

ANUARIO
DE LA
COMISION
DE DERECHO
INTERNACIONAL

1980

Volumen II
Primera parte

Documentos del trigésimo segundo período de sesiones
(excepto el informe de la Comisión
a la Asamblea General)

NACIONES UNIDAS



ANUARIO
DE LA
COMISION
DE DERECHO
INTERNACIONAL

1980

*Volumen II
Primera parte*

*Documentos del trigésimo segundo período de sesiones
(excepto el informe de la Comisión
a la Asamblea General)*

NACIONES UNIDAS
Nueva York, 1982



ADVERTENCIA

La primera parte del volumen II del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* contiene los informes de los Relatores Especiales examinados durante el período de sesiones, así como algunos otros documentos. La segunda parte de ese volumen contiene el informe de la Comisión a la Asamblea General.

Las referencias a esos informes y documentos y los pasajes citados en el presente volumen remiten a la versión editada de los mismos que figura en el volumen II del *Anuario*.

Las firmas que figuran en el texto, compuestas de letras mayúsculas y cifras, corresponden a documentos de las Naciones Unidas. Las referencias al *Anuario* se hacen en forma abreviada, a saber: la palabra *Anuario* seguida de puntos suspensivos, el año y el volumen [por ejemplo, *Anuario... 1975*, vol. II (primera parte)].

A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.81.V.4 (Part I)

ÍNDICE

Página

Sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados (tema 1 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/333.</i> —Duodécimo informe sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, por el Sr. Mohammed Bedjaoui, Relator Especial—Proyectos de artículos, con comentarios, sobre la sucesión en relación con los archivos de Estado (<i>continuación</i>)	1
Responsabilidad de los Estados (tema 2 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/318/Add.5 a 7.</i> —Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago—El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional (<i>conclusión</i>)	15
<i>Documento A/CN.4/318/Add.8.</i> —Responsabilidad de los Estados—El origen de la responsabilidad internacional: principales obras citadas en los informes del Sr. Ago—Documento preparado por la Secretaría	75
<i>Documento A/CN.4/328 y Add.1 a 4.</i> —Comentarios y observaciones de los gobiernos sobre los capítulos I, II y III de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos	92
<i>Documento A/CN.4/330.</i> —Informe preliminar sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del proyecto de artículos), por el Sr. Willem Riphagen, Relator Especial	113
Cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales (tema 3 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/327.</i> —Noveno informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, por el Sr. Paul Reuter, Relator Especial—Proyecto de artículos, con comentarios (<i>conclusión</i>)	137
Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (tema 4 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/329 y Add.1.</i> —Respuestas de los gobiernos al cuestionario de la Comisión	159
<i>Documento A/CN.4/332 y Add.1.</i> —Segundo informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, por el Sr. Stephen M. Schwebel, Relator Especial	166
Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (tema 5 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/331 y Add.1.</i> —Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial	209
Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (tema 6 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/335.</i> —Informe preliminar sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, por el Sr. Alexander Yankov, Relator Especial	243
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (tema 7 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2.</i> —Informe preliminar sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial	259
Lista de documentos del 32.º período de sesiones	279

SUCESIÓN DE ESTADOS EN LO QUE RESPECTA A MATERIAS DISTINTAS DE LOS TRATADOS

[Tema 1 del Programa]

DOCUMENTO A/CN.4/333

Duodécimo informe sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, por el Sr. Mohammed Bedjaoui, Relator Especial

Proyectos de artículos, con comentarios, sobre la sucesión en relación con los archivos de Estado
(continuación)

[Original: francés]
[20 de mayo de 1980]

ÍNDICE

		<i>Página</i>
<i>Abreviaturas</i>		2
<i>Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas</i>		2
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCIÓN	1-9	2
<i>Capítulo</i>		
I. LABOR DE LAS NACIONES UNIDAS	10-17	3
II. LABOR DE LA UNESCO	18-22	4
III. EXAMEN DE LA CUESTIÓN EN LA SEXTA COMISIÓN	23-50	5
A. Título del proyecto de artículos	25-28	5
B. Necesidad de codificar la sucesión en relación con los archivos de Estado	29-32	6
C. Naturaleza jurídica exacta de los archivos de Estado	33-46	7
D. Definición de los archivos de Estado	47-48	9
E. Necesidad de completar los artículos A y B con otros artículos relativos a supuestos de sucesión de Estados distintos de la descolonización	49-50	9
IV. LIGERAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LOS PROYECTOS DE ARTÍCULOS PROPUESTOS POR EL RELATOR ESPECIAL EN SU UNDÉCIMO INFORME	51-72	10
A. Traspaso de una parte del territorio de un Estado a otro Estado	53-61	10
<i>Artículo B'.</i> —Traspaso de una parte del territorio de un Estado a otro Estado	61	11
B. Unificación de Estados	61-66	11
<i>Artículo D.</i> —Unificación de Estados	65	12
C. Separación de parte o partes del territorio de un Estado	67-69	12
D. Disolución de un Estado	70-72	13
CONCLUSIÓN	73-74	13

ABREVIATURAS

CDI	Comisión de Derecho Internacional
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

NOTA EXPLICATIVA: PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

Cada vez que en el presente documento figura un asterisco en el texto de una cita, se indica con ello que el pasaje en cursiva que precede inmediatamente al asterisco ha sido subrayado por el Relator Especial.

Introducción

1. El presente estudio es continuación del undécimo informe que el Relator Especial presentó a la CDI en su 31.º período de sesiones y que versaba sobre la sucesión en relación con los archivos de Estado¹. Este estudio tiene como finalidad complementar y modificar ciertos aspectos de ese informe, que, sin embargo, sigue siendo el documento de base para los próximos trabajos de la Comisión por cuanto ésta no terminó su examen en su último período de sesiones. El Relator Especial desea que la CDI examine el presente estudio en relación con las partes de su undécimo informe que dejó pendientes.

2. Los complementos y las modificaciones que aquí se agregan al undécimo informe se basan:

a) en la labor realizada en el trigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General acerca de la *restitución de las obras de arte a los países víctimas de expropiación*, por lo que respecta a los problemas de sucesión en los archivos de Estado como bienes de valor histórico y cultural;

b) en los trabajos más recientes realizados por la UNESCO en este campo y, en particular, los del *Comité Intergubernamental para fomentar el retorno de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita*, que acaba de clausurar su primer período de sesiones en París, el 9 de mayo de 1980;

c) en los debates celebrados en la Sexta Comisión, durante el trigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, sobre el undécimo informe de la CDI y en los puntos de vista expresados por las delegaciones acerca del problema de la sucesión en relación con los archivos de Estado;

d) en las opiniones manifestadas por los miembros de la CDI en su 31.º período de sesiones, cuando ésta

examinó el undécimo informe del Relator Especial y aprobó provisionalmente dos artículos sobre la sucesión en los archivos de Estado.

3. Antes de iniciar esa tarea, el Relator Especial desea resumir muy brevemente el estado de los trabajos de la CDI acerca de la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados.

4. Como indica su título, la esfera de la «sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados» abarca todas las materias con excepción de los tratados y, en particular, la sucesión respecto de los bienes públicos, las deudas públicas, la legislación y el derecho interno del Estado predecesor, la condición jurídica de los habitantes (y en especial su nacionalidad), los problemas territoriales, los derechos adquiridos, etc. Al tratarse, pues, de una esfera sumamente vasta y compleja, la Comisión, a petición del Relator Especial, la limitó al principio a la *sucesión de Estados en materia económica y financiera*.

5. Ahora bien, incluso limitado de ese modo, el tema ha resultado ser demasiado amplio para esta primera etapa de su codificación. En efecto, aun reduciendo la «sucesión de Estados en materia económica y financiera» al solo estudio de la sucesión en los bienes públicos y en las deudas públicas, como había propuesto el Relator Especial, y eliminando otros aspectos importantes, el campo de estudio seguía siendo todavía demasiado vasto por cuanto por bienes públicos y deudas públicas podían entenderse conjuntos que abarcaban al mismo tiempo los bienes y deudas del Estado, los de colectividades territoriales distintas de las estatales y los de empresas públicas u organismos de carácter público, sin contar los bienes y deudas propios del territorio al que se refiera la sucesión de Estados. Por ello, el Relator Especial, cuyo criterio a este respecto fue aceptado por la Comisión, limitó su estudio a partir de 1973 al examen de una sola categoría de bienes públicos y deudas públicas, la relativa al Estado mismo. Los

¹ Véase *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 67, documento A/CN.4/322 y Add.1 y 2.

proyectos de artículos aprobados conforme a ese criterio de 1973 a 1978 por la CDI versan exclusivamente sobre la sucesión de Estados en materia de bienes de Estado y de deudas de Estado².

6. En 1979, en el 32.º período de sesiones de la Comisión, el Relator Especial, atendiendo al deseo de algunos miembros de la CDI y de varios representantes en la Sexta Comisión, así como, por lo demás, al suyo propio, propuso que se completara el proyecto de artículos con algunas disposiciones relativas al problema de la sucesión en relación con los archivos de Estado, que a su juicio correspondía a la esfera de la sucesión en los bienes de Estado. Su undécimo informe incluía a estos efectos el texto de seis nuevos artículos (A a F). La Comisión aprobó en primera lectura dos proyectos de artículos, A y B³, concernientes, respectivamente, a la definición de los archivos de Estado y a la sucesión en relación con los archivos de Estado en el caso de los Estados de reciente independencia.

7. En el trigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, celebrado en 1979, la Sexta Comisión examinó el conjunto de los proyectos de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, en la forma en que habían sido aprobados en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional, junto con los dos proyectos de artículos (A y B) relativos a la sucesión en relación con los archivos de Estado⁴. La Sexta Comisión y la Asamblea General, que remitieron esos proyectos a los Estados para que formularan observaciones, han expresado el deseo de que la CDI complete su labor en esta esfera con la elaboración de algunos otros proyectos de artículos en materia de sucesión en los archivos de Estado a fin de disponer de proyectos de

² Véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 109 a 111, documento A/33/10, cap. IV, secc. B, subsecc. 1.

³ Correspondientes a los artículos A y C propuestos por el Relator Especial en su undécimo informe. Véase *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 95 y 97, documento A/34/10, cap. II, secc. B, adición.

⁴ *Ibid.*, págs. 16 y ss., documento A/34/10, cap. II, secc. B.

artículos que abarquen los casos de sucesión en los archivos de Estado en los supuestos de sucesión de Estados distintos de la descolonización (proyectos de artículos B, D, E y F del undécimo informe del Relator Especial, que no ha examinado todavía la Comisión).

8. En su resolución 34/141, de 17 de diciembre de 1979, la Asamblea General tomó nota «con reconocimiento de que la Comisión de Derecho Internacional terminó en su 31.º período de sesiones la primera lectura de su proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, de conformidad con la resolución 33/139, de 19 de diciembre de 1978, de la Asamblea General». Pero recomendó a la CDI que

continúe su labor sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados con el objeto de concluir, en su 32.º período de sesiones, *el estudio de la cuestión de los archivos de Estado* * y, en su 33.º período de sesiones, la segunda lectura de la totalidad del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, teniendo en cuenta los comentarios presentados por escrito por los gobiernos y las opiniones expresadas sobre el tema en los debates celebrados en la Asamblea General.

9. La CDI ha recibido el mandato de elaborar en su período de sesiones de 1980 algunos proyectos de artículos sobre la sucesión en relación con los archivos de Estado correspondientes a diferentes tipos de sucesiones de Estados. A estos efectos, el Relator Especial ruega a la Comisión que se remita a su undécimo informe y, en particular, a los proyectos de artículos B, D, E y F⁵, que pueden completar útilmente los dos artículos que ya ha aprobado. Le ruega asimismo que tome en consideración el presente estudio, cuya finalidad es proporcionar algunos datos complementarios sobre este tema e introducir algunas modificaciones en relación con los proyectos de artículos que figuran en su undécimo informe.

⁵ *Ibid.*, vol. II (primera parte), págs. 109, 119 y 123, documento A/CN.4/322 y Add.1 y 2, párrs. 140, 189, 204 y 206.

CAPÍTULO PRIMERO

Labor de las Naciones Unidas

10. En su undécimo informe, el Relator Especial analizó detenidamente los trabajos de la UNESCO en la esfera de la sucesión en los archivos de Estado, mientras que sólo dedicó unos pasajes muy breves a las deliberaciones y recomendaciones de las Naciones Unidas concernientes a la misma materia⁶. Esos breves pasajes no daban razón suficiente de la importancia que la Asamblea General atribuye a ese problema.

11. Esta cuestión se incluyó por primera vez en el programa de la Asamblea General con ocasión de su vigésimo octavo período de sesiones, a petición del

⁶ La actividad de las Naciones Unidas se resumía en un solo párrafo (párr. 54).

Zaire. En ese período de sesiones, la Asamblea General afirmó [resolución 3187 (XXVIII), de 18 de septiembre de 1973] que

la restitución pronta y gratuita a un país de sus objetos de valor artístico, monumentos, piezas de museo, *manuscritos* * y *documentos* * por otro país, en la medida en que constituya una justa reparación del perjuicio causado, ha de fortalecer la cooperación internacional.

Reconoció asimismo «las obligaciones especiales que al respecto incumben a los países que sólo tuvieron acceso a estos valores gracias a una ocupación colonial o extranjera». Finalmente, invitó al Secretario General de las Naciones Unidas a que, actuando en consulta con

la UNESCO y los Estados Miembros, le presentara un informe en su trigésimo período de sesiones acerca de los progresos realizados sobre este particular.

12. En el trigésimo período de sesiones de la Asamblea General se entabló un nuevo debate. En su resolución 3391 (XXX), de 19 de noviembre de 1975, la Asamblea General invitó en particular:

a) a los Estados Miembros a que ratificasen 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, aprobada en 1970 por la Conferencia General de la UNESCO⁷;

b) al Secretario General de las Naciones Unidas a que presentase un informe a la Asamblea General en su trigésimo segundo período de sesiones.

En esa misma resolución, la Asamblea General expresó su interés por la cercana reunión del Comité de Expertos encargado de estudiar la cuestión de la restitución de obras de arte a los países víctimas de expropiación, creado por la UNESCO, que debía celebrarse en El Cairo a principios de 1976.

13. En su trigésimo segundo período de sesiones (resolución 32/18, de 11 de noviembre de 1977), la Asamblea General:

a) hizo un nuevo llamamiento a los Estados Miembros para que firmasen y ratificaran la Convención de la UNESCO de 1970;

b) afirmó que la restitución a un país de sus objetos de valor artístico, monumentos, piezas de museo, manuscritos, documentos y cualquier otro tesoro cultural o artístico constituía un paso adelante hacia el fortalecimiento de la cooperación internacional y la conservación y ulterior desarrollo de los valores culturales;

⁷ UNESCO, *Actas de la Conferencia General, 16.ª reunión, Resoluciones*, pág. 141.

c) y decidió examinar en su trigésimo cuarto período de sesiones los progresos realizados y, en particular, las medidas adoptadas por la UNESCO en esta esfera.

14. En el trigésimo tercer período de sesiones, por su resolución 33/50, aprobada el 14 de diciembre de 1978, la Asamblea General acogió con beneplácito la creación tan esperada del Comité Intergubernamental para fomentar el retorno de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita⁸.

15. Por otra parte, al inaugurarse el trigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, 43 Estados habían ratificado o aceptado la Convención de la UNESCO de 1970.

16. En la resolución 34/64, de 29 de noviembre de 1979, la Asamblea General encarece a los Estados Miembros

que alienten a los medios de información para las masas, así como a las instituciones educativas y culturales, a promover una conciencia mayor y más general en lo que respecta a la devolución o restitución de bienes a sus países de origen.

17. En el trigésimo cuarto período de sesiones, con ocasión de los debates sobre la restitución de las obras de arte a los países víctimas de expropiación, algunos representantes hicieron referencia directamente al problema de los archivos. El representante del Senegal puntualizó:

La UNESCO ha establecido en Tombuctú, Malfí, el Centre Ahmed Baba para promover la reunión de documentos, manuscritos y materiales vinculados con la escritura. En algunos archivos del Irán, del Iraq, de la India, de la China, de Europa y de las Américas, muchas partes de la historia de Africa esperan ser examinadas por los investigadores⁹.

⁸ *Ibid.*, 20.ª reunión, *Resoluciones*, París, 1978, pág. 96, resolución 4/7.6/5. Texto reproducido en A/34/529 y Corr.1, anexo, apéndice I.

⁹ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sesiones plenarias*, 51.ª sesión, párr. 46.

CAPÍTULO II

Labor de la UNESCO

18. El Director General de la UNESCO presentó un informe, de septiembre de 1977 a junio de 1979, sobre las actividades más recientes de su organización, encaminadas a promover la devolución o la restitución de bienes culturales a sus países de origen¹⁰. En ese informe se indica cómo el Director General ha tratado de interesar al público en general y a los especialistas en la cuestión y de definir los principios que podrían servir de base para la restitución o la devolución de bienes culturales, así como el mandato, los medios de acción y los métodos de trabajo de un comité intergubernamental.

¹⁰ Véase A/34/529, y Corr.1, anexo.

19. Las actividades de información del público tenían por objeto, por una parte, desvanecer los malentendidos difundidos por los grandes periódicos en torno a la cuestión de la devolución o la restitución de bienes culturales a sus países de origen y, por otra, despertar el interés de los especialistas y del público en general por esa operación. El mensaje del Director General de la UNESCO a la 12.ª Asamblea General del Consejo Internacional de Museos, celebrada en Moscú en mayo de 1977, y el solemne llamamiento de 7 de junio de 1978 al mundo entero, han permitido inculcar mejor en la mente de todos «la importancia que asignaban los países de origen a la devolución de objetos que tuvieran una significación fundamental desde el punto de vista

de los valores espirituales y del patrimonio del pueblo afectado»¹¹. La UNESCO ha difundido en sus publicaciones especializadas informaciones sobre la naturaleza, el alcance y las razones éticas de las medidas que es menester adoptar en este campo. Finalmente, se encuentran en preparación un seminario de periodistas y conservadores de museo y un folleto destinado a personalidades que estén en condiciones de influir sobre la opinión pública.

20. Por otra parte, la constitución, decidida por la UNESCO, del Comité Intergubernamental para fomentar el retorno de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita¹² respondía a la necesidad de buscar medios y procedimientos para facilitar las negociaciones bilaterales con miras a la restitución o la devolución de bienes culturales a los países que los hubieran perdido como consecuencia de la ocupación colonial o extranjera.

21. Dicho Comité, integrado por 20 países elegidos por la Conferencia General de la UNESCO, tiene carácter consultivo. Destinado a facilitar las negociaciones bilaterales para lograr la restitución de las obras de arte, también tiene como función fomentar la cooperación bilateral y multilateral, promover una campaña

de información pública y orientar la concepción y aplicación del programa de actividades de la UNESCO en este campo. Además, el Comité está encargado de fomentar las investigaciones y los estudios necesarios para la elaboración de programas coherentes de constitución de colecciones representativas en los países cuyo patrimonio cultural ha sido dispersado, alentar la formación del personal científico y técnico necesario y promover intercambios internacionales de bienes culturales.

22. El Comité Intergubernamental acaba de clausurar, el 9 de mayo de 1980, su primer período de sesiones en la sede de la UNESCO, en París, con la adopción por unanimidad de una serie de recomendaciones que se someterán a la próxima Conferencia General de la UNESCO. El Comité ha tomado nota de las propuestas del Director General, a las que ha otorgado su pleno apoyo. Ha propuesto asimismo el inventario de los bienes culturales en todo el mundo, la lucha contra el tráfico ilícito de esos bienes, campañas de información del público y la coordinación de todas las formas de cooperación entre los Estados Miembros interesados. Por primera vez ha planteado en términos concretos el problema del retorno o la restitución de los bienes culturales y ha indicado las soluciones adecuadas. El Comité se reunirá de nuevo en la sede de la UNESCO en septiembre de 1981.

¹¹ *Ibid.*, párr. 5.

¹² Véase *supra*, nota 7.

CAPÍTULO III

Examen de la cuestión en la Sexta Comisión

23. Con ocasión del trigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, celebrado en 1979, la Sexta Comisión examinó los artículos del proyecto sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados que la CDI había aprobado en primera lectura. Dichos artículos incluían, en una adición, dos proyectos de artículos (A y B) relativos a la sucesión en relación con los archivos de Estado. La Sexta Comisión decidió pedir a los gobiernos de los Estados Miembros que formularan sus observaciones sobre la totalidad del proyecto a fin de que la CDI pudiera proceder a una segunda lectura y concluir el estudio de este tema antes de que finalizase su mandato en 1981.

24. Durante el debate en la Sexta Comisión se mencionaron diversos problemas. El Relator Especial destacará los cinco siguientes:

- a) título del proyecto de artículos;
- b) necesidad de incluir en el proyecto disposiciones sobre los archivos de Estado;
- c) naturaleza jurídica exacta de los archivos de Estado;
- d) definición de los archivos de Estado;

e) necesidad de completar los artículos A y B con otros artículos relativos a otros supuestos de sucesión de Estados.

A.—Título del proyecto de artículos

25. A juicio de varias delegaciones, la CDI debería *modificar el título del tema estudiado*¹³. Ese título, en su redacción actual, da a entender, en efecto, que el contenido del proyecto de artículos se refiere a todas las materias distintas de los tratados, aun cuando la

¹³ Véanse las intervenciones del Sr. Barboza (Argentina) (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión, 46.ª sesión, párr. 41; e ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección*); del Sr. Ríos (Chile) (*ibid.*, 48.ª sesión, párr. 43; e *ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección*); del Sr. Tolentino (Filipinas) (*ibid.*, 44.ª sesión, párr. 27; e *ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección*); del Sr. Jezil (Checoslovaquia) (*ibid.*, 48.ª sesión, párr. 50; e *ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección*); del Sr. Mickiewicz (Polonia) (*ibid.*, 48.ª sesión, párr. 59; e *ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección*); del Sr. Yimer (Etiopía) (*ibid.*, 43.ª sesión, párr. 10; e *ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección*); y del Sr. Mazilu (Rumania) (*ibid.*, 51.ª sesión, párr. 5; e *ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección*).

CDI ha manifestado la intención de limitar por ahora el ámbito de su proyecto a los bienes de Estado, las deudas de Estado y los archivos de Estado. La fórmula actual no refleja el contenido exacto del proyecto, puede dar a entender que más adelante se incluirán otras materias y, en cualquier caso, hace pensar que no es completo.

26. Conforme a los deseos de la CDI y de su Relator Especial, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 33/139, manifestó su interés por que los trabajos relativos a esta cuestión concluyeran rápidamente y la Comisión no tiene la intención de codificar, por ahora, la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los bienes, las deudas y los archivos de Estado. Esa decisión y esa intención plantean efectivamente el problema del título del proyecto de artículos. La mayoría de los representantes que eran partidarios de modificar el título sugirieron que, a semejanza de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, el proyecto de artículos llevase por título «Sucesión de Estados en materia de bienes de Estado, deudas de Estado y archivos de Estado». Un orador sugirió que se conservara el título actual introduciendo las aclaraciones necesarias, lo que le indujo a proponer: «Sucesión de Estados en lo que respecta a *determinadas* * materias distintas de los tratados»¹⁴.

27. Por el contrario, algunos representantes estimaron que existiría un verdadero paralelismo entre la Convención sobre la sucesión de Estados en materia de tratados y el proyecto sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados si no se introducía ninguna modificación en la redacción actual del título de la materia objeto de estudio. El representante de Nigeria, Sr. Sanyaolu, añadió que, además, el título actual estaba en conformidad con la resolución 2634 (XXV) de la Asamblea General¹⁵.

28. El Relator Especial desea hacer dos observaciones sobre ese problema, en relación con los trabajos de la CDI en su 31.º período de sesiones. En primer lugar, está perfectamente claro que la cuestión del título del tema no guarda relación con la inclusión del estudio sobre los archivos de Estado en los proyectos de artículos iniciales de conformidad con la decisión de la Comisión. Al contrario, esa decisión, que agrega otra materia a los bienes y las deudas de Estado, aunque guarde relación directa con los bienes de Estado, no plantea de por sí el problema del título, que de todas maneras se hubiera planteado ineluctablemente. Es probable, en efecto, que con mayor motivo se hubiera planteado con dos materias (bienes y deudas) que con tres (bienes, deudas y archivos). La segunda observación es la de que resulta preferible que la CDI no adopte por ahora ninguna decisión de cambiar el título. Parece más prudente, en efecto, esperar las observaciones de los gobiernos de los Estados Miembros. La Comisión podrá pronunciarse definitivamente a este

respecto con ocasión de la segunda lectura del proyecto de artículos. Por consiguiente, el Relator Especial no propone por ahora ningún cambio.

B.—Necesidad de codificar la sucesión en relación con los archivos de Estado

29. Ninguno de los representantes que intervinieron en el debate en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI negó la necesidad de incluir en el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados disposiciones específicas que regularan la sucesión en los archivos de Estado. Muy pocas fueron las intervenciones en favor de que se atribuyera a la codificación de esta materia el alcance más modesto posible, no tanto porque sus autores desconocieran la importancia en sí de los archivos de Estado cuanto porque temían las complicaciones de una codificación sistemática y rígida en este campo¹⁶. Todos los demás representantes insistieron, por el contrario, en la importancia excepcional de los archivos de Estado y en la necesidad de codificar los diversos aspectos de la sucesión de Estados en este campo en función de todos los casos sucesorios.

30. Así, por ejemplo, nuestro colega el Sr. Díaz González (Venezuela), que hablaba además en nombre de los Estados signatarios del Acuerdo de Cartagena¹⁷, indicó que los archivos de Estado «constituyen un caso muy particular dentro del contexto de la sucesión de Estados» cuya necesaria codificación conviene llevar a cabo «para preservar los derechos de los pueblos a conservar y recuperar su patrimonio histórico y cultural»¹⁸. Añadió que

países de América Latina han prestado particular atención a esta cuestión, y de ello es resultado el Convenio Cultural «Andrés Bello»¹⁹, en el cual son partes los países del Pacto Andino²⁰.

¹⁴ Véase la intervención del Sr. Hisaeda (Japón). A juicio de este representante

«debe restringirse lo más posible la esfera de aplicación de los artículos del proyecto relativos a esta cuestión, a fin de incluir solamente los documentos indispensables para la administración. En cuanto a los archivos de otro tipo, como los archivos históricos, pueden tratarse perfectamente en el marco de las disposiciones relativas a los bienes de Estado. En lo que respecta al artículo B, convendrá [...] una redacción más explícita a fin de reducir al mínimo el riesgo de que se susciten controversias [...]. Si se restringe la esfera de aplicación a los documentos oficiales de carácter administrativo, los problemas de redacción serán, en cierta medida, menores.» (*Ibid.*, 42.ª sesión, párr. 2; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.)

¹⁷ Acuerdo de Integración Subregional (Pacto Andino) (Bogotá, 26 de mayo de 1969).

¹⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 44.ª sesión, párr. 14; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁹ Convenio Andrés Bello de integración educativa, científica y cultural de los países de la región andina, firmado en Bogotá el 31 de enero de 1970.

²⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 44.ª sesión, párr. 14; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁴ Intervención del Sr. Yimer (Etiopía) (*ibid.*, 43.ª sesión, párr. 10; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección).

¹⁵ *Ibid.*, 49.ª sesión, párr. 45; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

A juicio del Sr. Díaz González, por consiguiente, los dos artículos A y B elaborados hasta ahora por la CDI representaban «un mínimo» en sus respectivos ámbitos de aplicación²¹.

31. Esa disposición de ánimo era compartida por muchos representantes.

Bangladesh —declaró el Sr. Sircar— confiere gran importancia a la protección y restitución de los archivos históricos y obras de arte y [...] acoge con agrado la decisión de la CDI de incluir disposiciones sobre los archivos de Estado en el proyecto de artículos [...] ²².

El representante de Mongolia, Sr. Damdindorz, declaró por su parte que su país

confiere gran importancia al tema de los archivos de Estado y acoge con agrado la inclusión de los dos proyectos de artículos sobre ese tema. Los archivos presentan un interés particular para los Estados de reciente independencia, y deben servir para asegurar el derecho de los pueblos de esos Estados al desarrollo y a la información relativa a su historia y su patrimonio cultural. Por esa razón, la CDI debe iniciar en su próximo período de sesiones un estudio más detallado de todos los aspectos de la cuestión [...] ²³.

32. El Relator Especial podría citar otros ejemplos, pero se limitará por el momento a la conclusión de que la gran mayoría de los Estados desean la inclusión, en el proyecto de artículos, de disposiciones relativas a la sucesión respecto de los archivos de Estado en todos los supuestos de sucesión territorial. Invita, por lo tanto, a la CDI a proseguir sus trabajos en esta esfera. De ese modo, la Comisión responderá a la preocupación claramente expresada por la Asamblea General que ha sacado las conclusiones adecuadas de este debate de la Sexta Comisión. En efecto, por su resolución 34/141, de 17 de diciembre de 1979, ha recomendado a la CDI que «Continúe su labor sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados con el objeto de *concluir, en su 32.º período de sesiones, el estudio de la cuestión de los archivos de Estado*». Así pues, el mandato es preciso y la Comisión debería atenerse a él.

C.—Naturaleza jurídica exacta de los archivos de Estado

33. En su gran mayoría, los representantes en la Sexta Comisión consideraron que los archivos de Estado eran fundamentalmente *bienes de Estado* aun cuando se tratara de bienes de naturaleza especial que debían ser objeto de un trato especial —sin que, no obstante, ese trato especial justificara la exclusión de los archivos de Estado del título general relativo a los bienes de Estado.

34. Así, el Sr. Riphagen (Países Bajos) subrayó que si bien los archivos de Estado son normalmente bienes de Estado en el sentido del artículo 5²⁴, y les son aplicables las dis-

posiciones relativas a los bienes muebles de Estado, se trata de bienes de Estado de un tipo particular²⁵.

35. El Sr. Barboza (Argentina) resumió perfectamente la posición de esa mayoría de representantes al afirmar que:

Aunque en cierto modo cabe considerar que los archivos están incluidos bajo el título correspondiente a los bienes de Estado y las normas aplicables a los bienes de Estado podrían aplicarse también a los archivos, su delegación cree que las características especiales de los archivos aconsejan tratarlos por separado. Algunos de los criterios aplicables a su traspaso por sucesión, tal como se menciona en el proyecto de artículos, son diferentes de los criterios aplicables a los bienes de Estado. [...] Empero, ello no significa que las disposiciones sobre este tema no puedan incluirse en la parte II, bajo el título de bienes de Estado, como normas especiales²⁶.

36. Unos pocos representantes estimaron, en cambio, que los archivos de Estado debían ser tratados de modo distinto de los demás bienes muebles, sin considerarlos formalmente, por otra parte, diferentes de éstos por naturaleza²⁷. Otros manifestaron la opinión de que los archivos de Estado no debían figurar entre los bienes de Estado por constituir «un caso especial dentro del contexto de la sucesión de Estados»²⁸.

²⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión, 39.ª sesión, párr. 5; e ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección.*

²⁶ *Ibid.*, 46.ª sesión, párr. 43; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

Véanse asimismo las intervenciones del Sr. Mickiewicz (Polonia), que opinó que los archivos eran bienes de Estado, pero que, por su carácter y valor particulares, exigían un trato diferente (*ibid.*, 48.ª sesión, párr. 63; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección); del Sr. Lacleta (España), que estimó que los archivos de Estado, como bienes de Estado, debían estar sujetos a las disposiciones de los artículos correspondientes (*ibid.*, 44.ª sesión, párr. 4; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección); del Sr. Meissner (República Democrática Alemana), que consideró que los archivos eran «tanto bienes muebles de Estado como objetos de valor histórico y cultural» que debían figurar al final de la parte del proyecto que trata de los bienes de Estado, para subrayar su carácter especial y su estrecha relación con los bienes de Estado (*ibid.*, 43.ª sesión, párrs. 26 y 28; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección); del Sr. Yimer (Etiopía), que afirmó que los «archivos de Estado [...] constituyen un tipo particular de bienes de Estado» (*ibid.*, párr. 16; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones); del Sr. González Gálvez (México), a juicio del cual la definición de los archivos de Estado debería precisar que se refiere a los bienes de Estado en el sentido del artículo 5 del proyecto (*ibid.*, 41.ª sesión, párr. 44; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección); del Sr. Kolesnik (URSS), que estimó que los archivos de Estado eran bienes de Estado, pero que debían ser objeto de un trato particular; del Sr. Damdindorz (Mongolia), que señaló la conveniencia de colocar los artículos sobre los archivos de Estado al final de la segunda parte del proyecto, relativa a los bienes de Estado (*ibid.*, 50.ª sesión, párr. 36; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección); del Sr. Elaraby (Egipto), quien sostuvo que los archivos de Estado eran bienes de Estado, que debían figurar en la parte del proyecto dedicada a los bienes de Estado, aunque fueran de naturaleza especial (*ibid.*, 51.ª sesión, párr. 19; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección); etc.

²⁷ Véase la intervención del Sr. Muchui (Kenya) (*ibid.*, 43.ª sesión, párr. 1; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección).

²⁸ Intervención de la Sra. Konrad (Hungría) (*ibid.*, 44.ª sesión, párr. 33; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección). Véase también la intervención del Sr. Tolentino (Filipinas) (*ibid.*, párr. 27; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección).

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*, 50.ª sesión, párr. 29; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

²³ *Ibid.*, párr. 36; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

²⁴ Véase *supra*, nota 4.

37. Finalmente, un representante consideró que no se debía adoptar por ahora ninguna decisión a este respecto. Recordó que la CDI tenía el propósito de reexaminar el artículo 5 de su proyecto, relativo a la definición de los bienes de Estado, «a la luz de la decisión que pudiera adoptarse en el futuro en cuanto a la relación exacta que existe entre los bienes de Estado y los archivos de Estado»²⁹. A su juicio, por lo tanto, «la decisión final acerca de si se han de mantener separados los artículos A y B o se han de combinar con los artículos relativos a los bienes de Estado dependerá de la decisión que se tome acerca de si la expresión *bienes de Estado* incluye los *archivos de Estado*»³⁰.

38. A juicio del Relator Especial, es evidente que los archivos de Estado son fundamentalmente bienes de Estado y, como tales, deben regirse por las disposiciones relativas a los bienes de Estado. Sin embargo, no es menos evidente en su opinión que los archivos de Estado constituyen una categoría de bienes de Estado que presenta grandes particularidades derivadas del carácter, la naturaleza y la función de esos bienes. Tales particularidades justifican la elaboración de normas propias en el marco de la sucesión en los bienes de Estado. Ahora bien, en lo que concierne a todas las cuestiones no reguladas por esas normas propias, se impone la aplicación de las normas elaboradas para la sucesión en materia de bienes de Estado.

39. Con todo, el Relator Especial opina que, en el presente estado de sus trabajos, la CDI no tiene que resolver, por el momento, el problema del lugar que han de ocupar dentro del proyecto en su conjunto los artículos relativos a los archivos de Estado. Es obvio que se trata de una importante cuestión de fondo, ya que el hecho de incluir o no los artículos sobre los archivos de Estado en la parte del proyecto dedicada a los bienes de Estado da lugar a la aplicación o no aplicación, según el caso, a los archivos de Estado de las disposiciones generales concernientes a los bienes de Estado.

40. A juicio del Relator Especial, la CDI debería limitarse por ahora a elaborar normas concernientes a la sucesión en los archivos de Estado en los supuestos de sucesión de Estados distintos del que se produce como consecuencia de una descolonización, a que se refiere el artículo B, ya aprobado, del proyecto. La Comisión podría esperar las observaciones de los gobiernos para determinar, con ocasión de su segunda lectura del proyecto, el lugar que convendría que ocuparan los artículos sobre los archivos de Estado en el marco de todo el proyecto.

41. Una cuestión que podría plantearse y que ha sido planteada efectivamente es la siguiente: si es verdad que los archivos de Estado constituyen una categoría de bienes de Estado, ¿por qué no se deja su regulación

a las normas elaboradas para la sucesión en los bienes de Estado? En otras palabras: la asimilación de los archivos a los bienes debería hacer superfluo todo intento de codificación suplementario. Este razonamiento no tiene suficientemente en cuenta el carácter específico de los archivos como bienes de Estado de naturaleza especial, que exige, en ciertos aspectos, una codificación específica.

42. El representante de España, Sr. Lacleta, que planteó ese problema en la Sexta Comisión, llevó a su último extremo las consecuencias de la pertenencia de los archivos de Estado a la categoría general de los bienes de Estado y sólo aceptó que la CDI prosiguiera sus trabajos normativos sobre los archivos de Estado por razones prácticas. De ese modo, declaró que, a juicio de su delegación,

esos archivos son bienes de Estado, y que por ello están sujetos a las disposiciones de los artículos correspondientes. *Así pues, tal vez no sea necesario añadir artículos específicos sobre archivos de Estado* *. Sin embargo, los textos propuestos pueden adoptar un elemento de interpretación específica y, por consiguiente, podrían incluirse en la segunda parte del proyecto de artículos [bienes de Estado]³¹.

43. El representante de los Países Bajos, Sr. Riphagen, fue mucho menos categórico al declarar:

[...] si bien los archivos de Estado son normalmente bienes de Estado en el sentido del artículo 5 y les son aplicables las disposiciones relativas a los bienes muebles de Estado, se trata de bienes de Estado de un tipo particular que revisten una importancia muy especial para los Estados de reciente independencia. De todos modos, como el tratamiento de los archivos de Estado en el marco de otros tipos de sucesión de Estados puede presentar igualmente interés, la delegación de los Países Bajos comprendería que la Asamblea General pidiese a la CDI que estudiase esta cuestión en el futuro. Sin embargo, preferiría que no se procediese así³².

44. La respuesta al argumento del representante de España puede encontrarse quizá en la presentación irreprochable de los diversos aspectos del problema que hizo el representante de la Argentina, Sr. Barboza, quien declaró:

Aunque en cierto modo cabe considerar que los archivos están incluidos bajo el título correspondiente a los bienes de Estado y las normas aplicables a los bienes de Estado podrían aplicarse también a los archivos *, su delegación cree que las *características especiales de los archivos* * aconsejan tratarlos por separado. Algunos de los criterios aplicables a su traspaso por sucesión [...] son diferentes de los criterios aplicables a los bienes de Estado³³.

45. Análogamente, el representante de Bulgaria, Sr. Yankov, resumió perfectamente la orientación que debería darse al estudio de la CDI al puntualizar que:

La cuestión de los archivos de Estado [...] *debe tratarse mutatis mutandis dentro del contexto de las normas que rigen la sucesión de Estados en materia de bienes de Estado* *, con

²⁹ *Anuario...* 1979, vol. II (segunda parte), pág. 20, documento A/34/10, cap. II, secc. B, art. 5, párr. 12 del comentario.

³⁰ Intervención del Sr. Asthana (India) (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 51.ª sesión, párr. 61; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección).

³¹ *Ibid.*, 44.ª sesión, párr. 4; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

³² *Ibid.*, 39.ª sesión, párr. 5; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

³³ *Ibid.*, 46.ª sesión, párr. 43; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

la condición de *que se preste la debida consideración a los aspectos concretos del tema de los archivos de Estado* *³⁴.

46. En conclusión, la tarea de la Comisión en el actual período de sesiones consiste en elaborar proyectos de artículos relativos a la sucesión en los archivos de Estado, salvo el supuesto de descolonización ya regulado en el artículo B. La Comisión puede evitar pronunciarse sobre el lugar que deben ocupar esos artículos en el conjunto del proyecto hasta que proceda a su segunda lectura. Como señaló el representante de la RSS de Bielorrusia, Sr. Rassolko, es preciso

que prosiga la labor sobre los archivos de Estado [...] y [...] que se estudien todos los aspectos de los problemas relacionados con la posibilidad de su traspaso en el caso de distintos tipos de Estados sucesores³⁵.

La Asamblea General, en su resolución 34/141, confirió expresamente ese mandato a la Comisión de Derecho Internacional.

D.—Definición de los archivos de Estado

47. Las consideraciones que anteceden han puesto de manifiesto que el problema de la definición de los archivos de Estado estuvo en el centro mismo del debate de la Sexta Comisión. Todos los representantes se refirieron a esta cuestión, bien para declararse satisfechos con el proyecto de artículo A propuesto a estos efectos por la CDI³⁶, bien, más a menudo, para rogar a ésta que revisara la definición propuesta. Unos consideraron que la definición era demasiado vaga y demasiado imprecisa³⁷. Otros reconocieron la dificultad de cualquier tipo de definición³⁸. En opinión de algunos, era conveniente limitar la definición, por ejemplo, a los archivos puramente administrativos³⁹. Otros, por último, propusieron, al contrario, ampliar esa definición suprimiendo la remisión que en ella se hace al derecho

³⁴ *Ibid.*, párr. 59; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

³⁵ *Ibid.*, 44.ª sesión, párr. 21; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

³⁶ Intervención del Sr. Al-Khasawneh (Jordania) (*ibid.*, 51.ª sesión, párr. 54; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección).

³⁷ Intervención de la Sra. Konrad (Hungria) (*ibid.*, 44.ª sesión, párr. 33; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección).

³⁸ Intervención del Sr. Quateen (Jamahiriya Árabe Libia) (*ibid.*, 50.ª sesión, párr. 2; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección).

³⁹ Véase, por ejemplo, la intervención del Sr. Hisaeda (Japón) (*ibid.*, 42.ª sesión, párr. 2; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección).

interno de Estado predecesor⁴⁰ o incorporándole de modo más explícito la dimensión historicocultural y convirtiendo los archivos en un componente del patrimonio cultural nacional de los pueblos⁴¹.

48. A juicio del Relator Especial, la CDI, que ya ha sometido el texto del proyecto de artículo A a la consideración de los gobiernos de los Estados Miembros, no debe corregirlo más por el momento, y esperar, para reexaminarlo, a la segunda lectura de la totalidad del proyecto. La Comisión examinará esa definición de los archivos de Estado cuando vuelva a examinar la definición de los bienes de Estado enunciada en el proyecto de artículo 5⁴².

E.—Necesidad de completar los artículos A y B con otros artículos relativos a supuestos de sucesión de Estados distintos de la descolonización

49. La mayoría de los representantes en la Sexta Comisión convinieron en la necesidad de completar el artículo A (Archivos de Estado) y el artículo B (Estado de reciente independencia) con otros artículos relativos a la sucesión en los archivos de Estado en los demás supuestos de sucesión de Estados.

50. A pesar de que los archivos de Estado pertenecen a la categoría de los bienes de Estado, el carácter específico de esa materia no permite, en efecto, deducir en todos los casos soluciones válidas para los archivos de Estado basadas en las normas generales relativas a los bienes de Estado. Por otra parte, el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados sería incompleto si se examinara la sucesión de los archivos de Estado en relación con un solo supuesto de sucesión de Estados, con exclusión de todos los demás, mientras que la sucesión en materia de bienes de Estado y la sucesión en materia de deudas de Estado se examinaron en relación con todos los tipos sucesorios. Esta es la razón por la cual la Asamblea General, por recomendación de la Sexta Comisión, aprobó la resolución 34/141 en la que daba a la CDI el mandato de elaborar disposiciones complementarias relativas a los archivos de Estado que abarcasen los demás supuestos de la sucesión de Estados.

⁴⁰ Intervención del Sr. Elaraby (Egipto) (*ibid.*, 51.ª sesión, párr. 19; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección).

⁴¹ Intervenciones del Sr. Sanyaolu (Nigeria) (*ibid.*, 49.ª sesión, párr. 49; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección), y del Sr. Mazilu (Rumania) (*ibid.*, 51.ª sesión, párr. 5; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección).

⁴² Varios representantes intervinieron en el mismo sentido, en particular el Sr. Asthana (India) (*ibid.*, párr. 61; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección).

CAPÍTULO IV

Ligeras modificaciones introducidas en los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial en su undécimo informe

51. La CDI aprobó en primera lectura y transmitió a los gobiernos de los Estados Miembros los dos proyectos de artículos siguientes relativos a la sucesión de Estados en materia de archivos de Estado:

Artículo A.—Archivos de Estado

Para los efectos de los presentes artículos, se entiende por «archivos de Estado» un conjunto de documentos de todo tipo que, en la fecha de sucesión de Estados, pertenecían al Estado predecesor de conformidad con su derecho interno y eran conservados por él en calidad de archivos de Estado.

Artículo B.—Estado de reciente independencia

1. Cuando el Estado sucesor sea un Estado de reciente independencia:

a) los archivos que, habiendo pertenecido al territorio al que se refiera la sucesión de Estados, se hayan convertido durante el período de dependencia en archivos de Estado del Estado predecesor pasarán al Estado de reciente independencia;

b) la parte de los archivos de Estado del Estado predecesor que, para una administración normal del territorio al que se refiera la sucesión de Estados, deban encontrarse en ese territorio pasarán al Estado de reciente independencia.

2. El paso o la reproducción apropiada de las partes de los archivos de Estado del Estado predecesor distintas de las mencionadas en el párrafo 1, de interés para el territorio al que se refiera la sucesión de Estados, se determinará por acuerdo entre el Estado predecesor y el Estado de reciente independencia de tal manera que cada uno de esos Estados pueda aprovechar en la forma más amplia y equitativa posible esas partes de los archivos de Estado.

3. El Estado predecesor proporcionará al Estado de reciente independencia los medios de prueba más fehacientes disponibles de los documentos de los archivos de Estado del Estado predecesor que guarden relación con títulos territoriales del Estado de reciente independencia o con sus fronteras o que sean necesarios para aclarar el sentido de los documentos de los archivos de Estado que pasen al Estado de reciente independencia en aplicación de las otras disposiciones del presente artículo.

4. Los párrafos 1 a 3 se aplican cuando un Estado de reciente independencia esté formado por dos o más territorios dependientes.

5. Los párrafos 1 a 3 se aplican cuando un territorio dependiente pase a formar parte del territorio de un Estado distinto del que era responsable de sus relaciones internacionales.

6. Los acuerdos que se celebren entre el Estado predecesor y el Estado de reciente independencia en materia de archivos de Estado del Estado predecesor no podrán menoscabar el derecho de los pueblos de esos Estados al desarrollo, a la información sobre su historia y a su patrimonio cultural.

52. Por consiguiente, para tomar en consideración todos los supuestos de sucesión de Estados queda por

examinar la sucesión en los archivos de Estado en caso de:

a) traspaso de una parte del territorio de un Estado a otro Estado;

b) unificación de Estados;

c) separación de parte o partes del territorio de un Estado;

d) disolución de un Estado.

53. El Relator Especial no volverá a examinar en el presente estudio la multitud de precedentes (jurisprudencia, acuerdos y práctica de los Estados) relativos a la sucesión en los archivos de Estado. Se remite, a ese respecto, a su undécimo informe.

A.—Traspaso de una parte del territorio de un Estado a otro Estado

54. En su undécimo informe, el Relator Especial propuso un proyecto de artículo B, cuyo texto se reproduce a continuación como artículo B' para evitar que se confunda con el artículo B aprobado por la CDI en relación con el supuesto del Estado de reciente independencia:

Artículo B'.—Traspaso de una parte del territorio de un Estado a otro Estado

Cuando una parte del territorio de un Estado sea traspasada por éste a otro Estado:

1. El paso de los archivos de Estado vinculados a la administración y a la historia del territorio al que se refiera la sucesión de Estados se determinará por acuerdo entre los Estados predecesor y sucesor.

2. A falta de un acuerdo,

a) pasarán al Estado sucesor:

i) los archivos de toda índole que pertenezcan al territorio al que se refiera la sucesión de Estados,

ii) los archivos de Estado que conciernan de manera exclusiva o principal al territorio al que se refiera la sucesión de Estados, si han sido constituidos en ese territorio;

b) permanecerán en el Estado predecesor:

los archivos de Estado que conciernan de manera exclusiva o principal al territorio al que se refiera la sucesión de Estados, si han sido constituidos en el territorio del Estado predecesor.

3. El Estado al que pasen esos archivos de Estado o el que los conserve hará, a solicitud y a expensas del otro Estado, todas las reproducciones apropiadas de esos archivos de Estado.

55. Para que la CDI pueda apreciar claramente el alcance de este anteproyecto de artículo, el Relator Es-

pecial desea recordar la disposición equivalente relativa a la sucesión en los bienes de Estado. Esa norma dice así:

Artículo 10.—Traspaso de una parte del territorio de un Estado

1. Cuando una parte de un territorio de un Estado sea traspasada por éste a otro Estado, el paso de los bienes de Estado del Estado predecesor al Estado sucesor se determinará por acuerdo entre los Estados predecesor y sucesor*.

2. A falta de un acuerdo:

a) los bienes de Estado inmuebles del Estado predecesor situados en el territorio al que se refiera la sucesión de Estados pasarán al Estado sucesor;

b) los bienes de Estado muebles del Estado predecesor vinculados a la actividad del Estado predecesor en relación con el territorio al que se refiera la sucesión de Estados pasarán al Estado sucesor*.

56. Como los archivos de Estado constituyen una categoría de bienes muebles de Estado, es preciso comparar las soluciones del artículo B' con las que figuran en el apartado b del párrafo 2 del artículo 10. En el proyecto de artículo B', como en el artículo 10, se da primacía, desde luego, al acuerdo entre las partes. A falta de acuerdo, el artículo 10 aplica el criterio del vínculo que existe entre el bien de Estado mueble y la actividad del Estado predecesor en relación con el territorio al que se refiera la sucesión de Estados. En el proyecto de artículo B' se aplica, en el fondo, un criterio bastante análogo. Se trata de un criterio de «pertenencia» de los archivos al territorio considerado. Esos documentos han sido elaborados, creados —«generados»— en el territorio o por el territorio al que se refiere la sucesión de Estados. Pueden ser archivos locales propios del territorio, y en este caso no hay razón alguna para desposeer a éste de ellos en beneficio del antiguo Estado predecesor. Pero pueden ser también archivos de Estado constituidos en el territorio y concernientes a la actividad del Estado predecesor en ese territorio. Es normal que pasen al Estado sucesor.

57. Desde este punto de vista puede sostenerse que el criterio del artículo 10 se ha ampliado considerablemente en el proyecto de artículo B'. Pero al mismo tiempo, y a la inversa, ese mismo criterio del artículo 10 queda considerablemente limitado en cuanto los archivos de Estado vinculados a la actividad del Estado predecesor en relación con el territorio cedido no pasan al Estado sucesor si han sido constituidos en el territorio del Estado predecesor. El criterio de la «actividad» en el territorio, que inspiró las soluciones del artículo 10 para los bienes de Estado, se ha adaptado así al caso específico de los archivos de Estado.

58. No hay que perder de vista, finalmente, que, en el caso de traspaso de una parte del territorio de un Estado a otro Estado, la Comisión ha considerado esencialmente el supuesto de traspaso de pequeñas porciones de territorio que se realiza generalmente por acuerdo entre los Estados interesados. Tal acuerdo determina, en principio, el problema de los archivos de Estado.

59. El Relator Especial no ve qué soluciones se podrían proponer que fueran mejores que las que figuran en el artículo B'. A lo sumo, si la Comisión desea aligerar la parte dispositiva de ese artículo, el Relator Especial podría proponerle, y aun eso muy a su pesar, que renunciara al inciso i) del apartado a del párrafo 2, que se refiere a «los archivos de toda índole que pertenezcan al territorio al que se refiera la sucesión de Estados». Cabe pensar, en efecto, que se trata por lo general —aunque no en todos los casos— de archivos locales y no de archivos de Estado y que, además, si se trata de documentos de *propiedad* del territorio cedido, es natural que el Estado predecesor no los retire.

60. Con el mismo ánimo de simplificación, cabría considerar que el inciso ii) del apartado a del párrafo 2 contiene de por sí la sustancia del apartado b del mismo párrafo 2. En efecto, si «los archivos de Estado que conciernan de manera exclusiva o principal al territorio al que se refiera la sucesión de Estados» pasan al Estado sucesor «si han sido constituidos en ese territorio» [inciso ii) del apartado a del párrafo 2], ello significa *a contrario* que no pasan al Estado sucesor «si han sido constituidos en el territorio del Estado predecesor» (apartado b del párrafo 2). En consecuencia, el apartado b del párrafo 2 podría suprimirse.

61. Si es necesario, pues, se podría simplificar el texto del artículo, aunque con el riesgo de perder algo de su claridad, de la siguiente manera:

Artículo B'.—Traspaso de una parte del territorio de un Estado a otro Estado

Cuando una parte del territorio de un Estado sea traspasada por éste a otro Estado:

1. El paso de los archivos de Estado vinculados a la administración y a la historia del territorio al que se refiera la sucesión de Estados se determinará por acuerdo entre los Estados predecesor y sucesor.

2. A falta de un acuerdo, los archivos de Estado que conciernan de manera exclusiva o principal al territorio al que se refiera la sucesión de Estados pasarán al Estado sucesor, si han sido constituidos en ese territorio.

3. El Estado al que pasen los archivos de Estado o el que los conserve hará para el otro Estado, a solicitud y a expensas de éste, todas las reproducciones apropiadas de esos archivos de Estado.

B.—Unificación de Estados

62. En su undécimo informe, el Relator Especial propuso un proyecto de artículo D redactado en los siguientes términos:

Artículo D.—Unificación de Estados

1. Cuando dos o más Estados se unan formando un Estado sucesor, los archivos de Estado del Estado predecesor pasarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2, al Estado sucesor.

2. La adjudicación de los archivos de Estado del Estado predecesor al Estado sucesor o, según el caso, a sus partes componentes se registrará por el derecho interno del Estado sucesor.

63. A fin de facilitar la comparación o para otros efectos, conviene reproducir aquí la disposición relativa a la sucesión en los bienes de Estado en caso de unificación de Estados. Se trata del proyecto de artículo 12, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 12.—Unificación de Estados

1. Cuando dos o más Estados se unan y formen de ese modo un Estado sucesor, los bienes de Estado de los Estados predecesores pasarán al Estado sucesor.

2. Sin perjuicio de la disposición del párrafo 1, la adjudicación de los bienes de Estado de los Estados predecesores al Estado sucesor o, según el caso, a sus partes componentes se registrará por el derecho interno del Estado sucesor.

64. El paralelismo entre ambos artículos es evidente y el Relator Especial no tiene nada que añadir al razonamiento que expuso en su undécimo informe para justificar el enunciado del proyecto de artículo D. Sin reanudar el debate entablado en la CDI y en el Comité de Redacción, el Relator Especial podría armonizar de forma más rigurosa el proyecto de artículo D y el artículo 12 suprimiendo en el proyecto de artículo D las palabras «sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2», que figuran al final del párrafo 1, e introduciendo esa salvedad al principio del párrafo 2.

65. El proyecto de artículo D diría en definitiva lo siguiente:

Artículo D.—Unificación de Estados

1. Cuando dos o más Estados se unan y formen de ese modo un Estado sucesor, los archivos de Estado de los Estados predecesores pasarán al Estado sucesor.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, la adjudicación de los archivos de Estado de los Estados predecesores al Estado sucesor o, según el caso, a sus partes componentes se registrará por el derecho interno del Estado sucesor.

66. El paralelismo perfecto entre el artículo D y el artículo 12 plantea evidentemente el *problema de la utilidad del artículo D*, que no hace más que reiterar en los mismos términos las disposiciones del artículo 12. Sin embargo, como la Comisión no ha resuelto ni tiene probablemente la intención de resolver en el presente período de sesiones la cuestión del lugar que ocuparán los artículos sobre los archivos de Estado en el conjunto del proyecto, el Relator Especial propone que se mantenga por ahora el proyecto de artículo D. Si más adelante se decide que los artículos sobre los archivos de Estado deben figurar en el título relativo a los bienes de Estado, la Comisión tendrá que pronunciarse sobre el carácter reiterativo del proyecto de artículo D.

C.—Separación de parte o partes del territorio de un Estado

67. En su undécimo informe, el Relator Especial propuso un proyecto de artículo E que se refería a este supuesto y cuyo texto era el siguiente:

Artículo E.—Separación de parte o partes del territorio de un Estado

1. Cuando una o varias partes del territorio de un Estado se separen de él y formen un Estado, el paso de los archivos de Estado del Estado predecesor al Estado sucesor se determinará por acuerdo entre el Estado predecesor y el Estado sucesor.

2. En defecto de un acuerdo:

a) los archivos de Estado del Estado predecesor vinculados a la actividad del Estado predecesor en relación con el territorio al que se refiera la sucesión de Estados pasarán al Estado sucesor;

b) los archivos de Estado del Estado predecesor distintos de los mencionados en el apartado a) pasarán al Estado sucesor en una proporción equitativa.

3. Cada uno de los dos Estados realizará, para satisfacer las necesidades del otro Estado y a petición de éste, una reproducción apropiada de los archivos de Estado que haya conservado o que se le hayan adjudicado, según el caso.

4. Los párrafos 2 y 3 se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión de compensación equitativa que pueda surgir como consecuencia de una sucesión de Estados.

5. Las disposiciones de los párrafos 1 a 4 se aplicarán cuando una parte del territorio de un Estado se separe de él y se una con otro Estado.

68. También en este caso conviene recordar el proyecto de artículo correspondiente relativo a la sucesión en los bienes de Estado:

Artículo 13.—Separación de parte o partes del territorio de un Estado

1. Cuando una o varias partes del territorio de un Estado se separen de él y formen un Estado, y a menos que el Estado predecesor y el Estado sucesor hayan convenido en otra cosa:

a) los bienes de Estado inmuebles del Estado predecesor pasarán al Estado sucesor en cuyo territorio se encuentren;

b) los bienes de Estado muebles del Estado predecesor vinculados a la actividad del Estado predecesor en relación con el territorio al que se refiera la sucesión de Estados pasarán al Estado sucesor;

c) los bienes de Estado muebles del Estado predecesor, distintos de los mencionados en el apartado b), pasarán al Estado sucesor en una proporción equitativa.

2. El párrafo 1 es aplicable cuando una parte del territorio de un Estado se separe de él y se una a otro Estado.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión de compensación equitativa que pueda surgir como consecuencia de una sucesión de Estados.

69. El Relator no tiene ninguna propuesta nueva ni ninguna modificación que presentar para mejorar el proyecto de artículo E, que somete en su presente forma a la consideración de la Comisión.

D.—Disolución de un Estado

70. En su undécimo informe, el Relator Especial propuso un proyecto de artículo F que decía lo siguiente:

Artículo F.—Disolución de un Estado

1. Cuando un Estado predecesor se disuelva y desaparezca, formando las partes de su territorio dos o más Estados, el paso de los archivos de Estado a los distintos Estados sucesores se determinará por acuerdo entre ellos.

2. En defecto de un acuerdo:

a) los archivos de Estado de toda naturaleza del Estado predecesor pasarán a un Estado sucesor, independientemente del lugar en que se encuentren, cuando se refieran de manera exclusiva o principal al territorio de ese Estado sucesor, a condición de que éste efectúe una reproducción apropiada para satisfacer las necesidades de los otros Estados sucesores, a petición y a expensas de éstos;

b) los archivos de Estado indivisibles o que se refieran de igual manera a los territorios de dos o varios Estados sucesores pasarán al Estado sucesor en cuyo territorio se encuentren, recibiendo los demás una compensación equitativa, a condición de que el Estado sucesor al que pasan dichos archivos efectúe una reproducción apropiada para satisfacer las necesidades de los otros Estados sucesores interesados y a petición de éstos;

c) los archivos de Estado de la categoría mencionada en el apartado b que se encuentren fuera del territorio del Estado predecesor disuelto pasarán a uno de los Estados sucesores interesados en las condiciones previstas en dicho apartado b.

71. El texto del artículo 14, que es la disposición correspondiente del proyecto relativa a la sucesión en los bienes de Estado, es el siguiente:

Artículo 14.—Disolución de un Estado

1. Cuando un Estado predecesor se disuelva y deje de existir, formando las partes de su territorio dos o más Estados, y a menos que los Estados sucesores de que se trate hayan convenido en otra cosa:

a) los bienes de Estado inmuebles del Estado predecesor pasarán al Estado sucesor en cuyo territorio se encuentren;

b) los bienes de Estado inmuebles del Estado predecesor situados fuera de su territorio pasarán a uno de los Estados sucesores y los demás recibirán una compensación equitativa;

c) los bienes de Estado muebles del Estado predecesor vinculados a la actividad del Estado predecesor en relación con los territorios a los que se refiera la sucesión de Estados pasarán al Estado sucesor de que se trate;

d) los bienes de Estado muebles del Estado predecesor, distintos de los mencionados en el apartado c, pasarán a los Estados sucesores en una proporción equitativa.

2. Las disposiciones del párrafo 1 se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión de compensación equitativa que pueda surgir como consecuencia de una sucesión de Estados.

72. El Relator Especial, por las razones expuestas en su undécimo informe, considera totalmente justificadas y equitativas las soluciones propuestas en su proyecto de artículo F. En consecuencia, no estima oportuno sugerir ninguna modificación de ese proyecto de disposición.

Conclusión

73. Como conclusión, el Relator Especial quisiera insistir una vez más en que los archivos de Estado constituyen una parte esencial del *patrimonio histórico y cultural* de toda comunidad nacional y en que la elaboración y la conservación de los archivos han pasado a ser mucho más que un medio indispensable de administración para convertirse en *una de las claves del poder*. La solución del problema de los archivos en el contexto de la sucesión de Estados es tanto más oportuna cuanto que la UNESCO y la Asamblea General de las Naciones Unidas se interesan activamente por la protección del patrimonio cultural de las naciones, del que los archivos forman parte integrante. El problema de los archivos debe plantearse siempre desde el punto de vista del *derecho al desarrollo, el derecho a la información y el derecho a la identidad cultural* en el contexto del establecimiento de un nuevo orden internacional en todas las esferas.

74. Por último, el Relator Especial quisiera recordar una vez más, tras los 12 informes presentados (1968-1980) sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, que, a pesar de todos los esfuerzos realizados por la CDI y por él personalmente, no se ha agotado el tema de la sucesión entre

sujetos de derecho internacional. Falta incluso mucho para agotarlo. *La Comisión no ha estudiado la sucesión de gobiernos ni la sucesión de una organización internacional por otra*. Tampoco ha examinado todo el tema de la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, puesto que ha dejado a un lado los *problemas de sucesión en los derechos territoriales, de nacionalidad y de condición jurídica de los habitantes de los territorios traspasados, de sucesión en materia legislativa y judicial, etc.* Incluso el tema de la sucesión de Estados en lo que respecta a materias económicas y financieras se ha *limitado exclusivamente a los bienes, deudas y archivos de Estado*, omitiendo los problemas de sucesión relativos a los *bienes, deudas y archivos de empresas públicas, de sociedades nacionales, de establecimientos públicos*, así como los relativos a las *colectividades territoriales, locales o provinciales*. No obstante, ante la amplitud excepcional del tema de la sucesión en derecho internacional, la CDI, que ha hecho al Relator Especial el honor de escucharlo, ha estado acertada al limitar de ese modo sus aspiraciones y sus trabajos con el fin de evitar que la elaboración del proyecto de artículos se convirtiese en una tarea realmente interminable.

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

[Tema 2 del Programa]

DOCUMENTO A/CN.4/318/ADD.5 A 7

Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago *

El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional
(conclusión)

[Original: francés]
[29 de febrero, 10 y 19 de junio de 1980]

ÍNDICE

		Página
Abreviaturas		15
Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas		16
<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	
V. CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD (conclusión)	1-124	16
5. Estado de necesidad	1-81	16
<i>Artículo 33</i>	81	54
6. Legítima defensa	82-124	54
<i>Artículo 34</i>	124	74

ABREVIATURAS

AELI	Asociación Europea de Libre Intercambio
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justicia
<i>C.I.J. Mémoires</i>	<i>CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents</i>
<i>C.I.J. Recueil</i>	<i>CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
C.N.R.	Consiglio Nazionale delle Ricerche (Italia)
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
<i>C.P.J.I., serie A</i>	<i>CPJI, Recueil des arrêts</i>
<i>C.P.J.I., serie A/B</i>	<i>CPJI, Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i>
<i>C.P.J.I., serie C</i>	
N.º 1 a 19	<i>CPJI, Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour</i>
N.º 52 a 88	<i>CPJI, Plaidoiries, exposés oraux et documents</i>
<i>C.P.J.I., serie D</i>	<i>CPJI, Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour</i>
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
OEA	Organización de los Estados Americanos
OCMI	Organización Consultiva Marítima Intergubernamental
S.I.O.I.	Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale (Italia)

* Las secciones 5 y 6 del capítulo V del octavo informe fueron presentadas por el Sr. Ago, ex Relator Especial, después de dimitir de su cargo en la Comisión. Esas secciones completan el documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4, reproducido en *Anuario...* 1979, vol. II (primera parte), pág. 3.

NOTA EXPLICATIVA: PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

Cada vez que en el presente documento figura un asterisco en el texto de una cita, se indica con ello que el pasaje en cursiva que precede inmediatamente al asterisco ha sido subrayado por el autor.

CAPÍTULO V

Circunstancias que excluyen la ilicitud (conclusión¹)

5. ESTADO DE NECESIDAD

1. En la sección 4 del presente capítulo (Fuerza mayor y caso fortuito) tuvimos más de una vez ocasión de aludir al «estado de necesidad»; no, desde luego, con el objeto de determinar desde ahora el sentido y el alcance de ese concepto, sino a fin de precisar por oposición los contornos y límites de los conceptos que entonces se consideraban. Así fue que en el párrafo 103 demostramos que, en la hipótesis más típica de una circunstancia de fuerza mayor —cuando un factor exterior imprevisto e inevitable, una «fuerza» independiente de la voluntad del sujeto que actúa y a la que es imposible resistir, pone a dicho sujeto en la imposibilidad material de obrar de conformidad con una obligación internacional—, el comportamiento concretamente adoptado y que constituye, como tal, el hecho del Estado, es un comportamiento absolutamente *involuntario*. Del mismo modo, en el párrafo 104 destacamos que, en la hipótesis que puede considerarse típica de lo que se llama «caso fortuito» —cuando un factor exterior imprevisto pone a la persona cuya conducta se atribuye al Estado en la imposibilidad de percatarse de la contradicción entre su comportamiento y una obligación internacional—, es el hecho de la no conformidad del comportamiento adoptado con la obligación internacional, si no el comportamiento mismo, lo que es igualmente y por completo involuntario, *no intencional*. Por el contrario —subrayamos en el párrafo 102—, en los casos en que la acción u omisión estatal se produce a título de estado de necesidad, el carácter «voluntario» de dicha acción u omisión, el aspecto «intencional» de su no conformidad con la obligación internacional, son no sólo innegables, sino —hemos dicho— lógicamente inherentes a la excusa que se invoca, y ello, desde luego, cualquiera que sea el valor que corresponda atribuir objetivamente a tal excusa.

2. En la sección anterior² evocamos también los aspectos que permiten distinguir entre las situaciones que se encaran habitualmente cuando se emplean las pala-

bras «estado de necesidad» y ciertas situaciones que, bajo aspectos diferentes, pero más superficiales que reales, podrían estar más próximas a ellas. Nos hemos referido a los casos en que el factor exterior irresistible (que también interviene en esos casos), sin forzar materialmente a las personas que actúan en nombre del Estado a adoptar, de manera completamente involuntaria, un comportamiento contrario a las exigencias de una obligación internacional de dicho Estado, las coloca de todos modos en una situación de «dificultad grave» tal que no pueden escapar a un destino trágico para ellas mismas, y, eventualmente, para quienes están confiados a su cuidado, sino actuando de manera no conforme con una obligación internacional que incumbe a su Estado. Señalamos que, según la opinión de la mayoría de los autores —bastante escasos— que la han examinado, y que nos parece fundada, esta hipótesis debe vincularse a la de fuerza mayor³, pues los factores exteriores que intervienen son generalmente los mismos y la incidencia de dichos factores se traduce en una imposibilidad relativa, ya que no propiamente absoluta, de actuar en conformidad con la obligación internacional. Sin embargo, el carácter voluntario del comportamiento concretamente adoptado por las personas en cuestión, sin estar completamente excluido, como en los casos de imposibilidad material y absoluta, de obrar de conformidad con la obligación internacional, es más teórico que real, pues se encuentra de hecho «aniquilado» por la dificultad grave en que se encuentran los seres humanos que actúan. Ahora bien, es distinto el caso en que, en procura de una justificación para su conducta, los gobiernos apelan al «estado de necesidad». La «necesidad» de que se habla entonces es una «necesidad de Estado». La situación de peligro extremo que se invoca no está representada por un riesgo para la vida de las personas físicas cuyo comportamiento se atribuye al Estado, sino constituida por un peligro grave para la existencia del Estado mis-

¹ Para el comienzo del capítulo V (secc. 1 a 4), véase *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 26, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4.

² *Ibid.*, pág. 48 y págs. 59 y ss., párrs. 103, 129 y ss.

³ Consideramos útil subrayar nuevamente esta convicción, pues algunos, como L. Buza («The state of necessity in international law», *Acta juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, Budapest, Akadémiai Kiadó*, 1959, t. I, págs. 213 y 214), colocan dentro del marco de las hipótesis de «state of necessity» los casos en que la situación de dificultad grave sólo existe para los miembros de los órganos que actúan por el Estado.

mo, para su supervivencia política o económica, para el mantenimiento de las posibilidades de funcionamiento de sus servicios esenciales, para la conservación de su paz interior, para la supervivencia de una parte de su población, para la conservación ecológica de su territorio o de parte de su territorio, etc.⁴. Dicha situación puede haber sido causada, pero no necesariamente, por un acontecimiento exterior súbito e imprevisto: puede ser también el desenlace, previsible aunque ineluctable, de factores duraderos. Y los órganos estatales llamados entonces a decidir sobre el comportamiento del Estado no se encuentran en modo alguno en condiciones susceptibles de aniquilar su voluntad. Sin duda alguna, deciden la conducta que han de adoptar en presencia de las condiciones anormales de peligro en que se encuentra el Estado del que son órganos responsables, pero su libre arbitrio no está afectado en modo alguno. El comportamiento adoptado será, así, la consecuencia de una elección deliberada, plenamente consciente y voluntaria en todos sus aspectos. Por lo tanto, es evidente que la hipótesis que examinamos ahora es nítidamente distinta de todas las que se encararon en la sección precedente en el marco general de la idea de «fuerza mayor».

3. Hechas estas precisiones en cuanto a la distinción que ha de establecerse entre el concepto de estado de necesidad, el de fuerza mayor y, con mayor razón, el de caso fortuito, apenas es necesario agregar que esta distinción es aún más fácil en relación con las demás «circunstancias» antes examinadas. Evidentemente la hipótesis en que se invoca un «estado de necesidad» como pretendida circunstancia que excluye la ilicitud de un hecho del Estado no conforme con una obligación internacional en vigor frente a otro Estado no tiene nada en común con la hipótesis en que lo que se invoca con ese fin es un «consentimiento» de ese otro Estado en la comisión del hecho mencionado⁵. En cierta forma, el Estado que dice actuar frente a otro porque se encuentra en estado de necesidad demuestra, por ese mismo hecho, que no ha pedido el consentimiento del otro Estado en cuestión, o que, si lo ha pedido, le ha sido negado. Por otra parte, el caso de un Estado que invoca el estado de necesidad para justificar un comportamiento que, de no ser así, sería ilícito frente a otro Estado, no tiene ninguna relación con el de un Estado que presenta su acción frente a otro como el ejercicio legítimo de una sanción⁶, como una medida legítima de reacción ante un hecho internacionalmente ilícito cometido anteriormente por ese otro Estado. En la hipótesis que se examina, el Estado que sufre el comportamiento pretendidamente adoptado en estado de necesidad no ha cometido una infracción internacional previa y el Estado autor del comportamiento correspondiente, según él, a una «necesidad» no pretende de ningún modo hacerse pasar por víctima de un hecho internacionalmente ilícito cometido por el otro Estado.

4. Añadamos, siempre para distinguir al «estado de necesidad» de las demás situaciones que pueden tomarse en consideración como circunstancias susceptibles de excluir la ilicitud de un hecho del Estado, que es preciso también cuidarse de toda clase de confusión entre el estado de necesidad y la legítima defensa. Trataremos de este segundo concepto en la sección siguiente del presente capítulo. En ese momento advertiremos que se puede, en rigor, encontrar en la legítima defensa un punto de semejanza con otra «circunstancia»: la que se trata en la sección 3. En efecto, hay un aspecto común entre el caso de un Estado que actúa en estado de «legítima defensa» y el de un Estado que aplica medidas legítimas de represión respecto de un Estado culpable de un hecho internacionalmente ilícito. En efecto, tanto en un caso como en el otro, la adopción por el Estado de un comportamiento no conforme con las exigencias de una obligación internacional frente a otro Estado está precedida por la comisión por ese otro Estado de una infracción internacional. También es necesario subrayar que la infracción contra la que reacciona el Estado a título de legítima defensa no es cualquier tipo de hecho internacionalmente ilícito, sino un tipo característico de infracción: ataque armado, ataque por la fuerza dirigido contra el Estado en cuestión. Además —y éste es un aspecto importante que hay que poner en evidencia—, la finalidad de la acción desarrollada en estado de legítima defensa no es (o en todo caso no es en primer término) la «puesta en práctica» de una responsabilidad internacional. El Estado que actúa en estado de legítima defensa tiene otras miras más inmediatas que las de infligir al Estado contra el cual actúa una «sanción» por la ilicitud cometida en detrimento suyo, si bien puede también proponerse ese fin, en particular en un momento ulterior. Su propósito inmediato y esencial es protegerse contra la agresión sufrida y contra sus efectos, impedir que esa agresión alcance sus objetivos. Sin querer adelantarnos a hacer desde ahora las precisiones que serán dadas más adelante, limitémonos a destacar, en esta etapa, que en este aspecto no hay puntos comunes entre legítima defensa y estado de necesidad. Indudablemente, el Estado que actúa en estado de legítima defensa busca evitar un peligro que amenaza su existencia, pero se trata de un peligro provocado por ese acto ilícito que es un ataque armado cometido por un Estado al que se resiste, recurriendo a medidas que, por el hecho mismo de ese ataque, no constituyen la violación de una obligación internacional. En cambio, como se acaba de observar en el párrafo anterior, cuando un Estado, para justificar un comportamiento adoptado en contra de una obligación internacional que lo vincula a otro Estado, no tiene más recurso que alegar que ha actuado en «estado de necesidad», no puede invocar en su defensa ninguna especie de hecho internacionalmente ilícito cometido por este otro Estado⁷, y menos que nunca

⁴ Se trata de ejemplos de lo que a menudo se hace valer en este contexto como intereses «esenciales» o «particularmente importantes» del Estado.

⁵ Véase secc. 2 [Anuario... 1979, vol. II (primera parte), págs. 30 y ss., documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4].

⁶ Véase secc. 3 (*ibid.*, págs. 38 y ss.).

⁷ Ya en 1917 Ch. de Visscher afirmaba:

«La existencia de un acto injusto, contrario a una norma de derecho internacional positivo, ése es, hemos visto, el elemento común que se encuentra a la base del derecho de legítima defensa y del derecho de represalias. Ese elemento

(Continúa en la página siguiente.)

podría pretender haber sufrido un ataque armado de dicho Estado. La «inocencia» de este último, desde el punto de vista del respeto del derecho internacional, no está en tela de juicio.

5. Siempre a propósito de la relación entre estado de necesidad y legítima defensa, puede subsistir, sin embargo, una duda. A veces un Estado invoca como circunstancia susceptible de excluir la ilicitud del comportamiento que ha adoptado frente a otro Estado el hecho de haber recurrido a ese comportamiento para prevenir una agresión o, más generalmente, un recurso a la fuerza contra él por parte de ese otro Estado. Desde luego, por el momento prescindimos de la cuestión de saber si, en un caso como éste, el derecho internacional considera o no excluida la ilicitud del comportamiento preventivo en cuestión, en la medida en que no sea conforme a una obligación internacional. La cuestión que nos interesa aquí es puramente sistemática: ¿debe examinarse esta hipótesis en el contexto del estado de necesidad, dado que en el momento en que se aplica la acción preventiva frente a otro Estado, el empleo ilícito de la fuerza esperado de este último no ha tenido lugar (o en todo caso no lo ha tenido todavía) y el Estado que actúa no puede, por lo tanto, alegar más que la necesidad de precaverse contra un peligro grave e inminente? ¿Se debe, por el contrario, tratar de esta cuestión en el marco de la legítima defensa, pues en todo caso es la amenaza, si no la realización de los actos temidos, la razón de ser de las medidas preventivas adoptadas frente al Estado cuyo ataque se teme? A nuestro juicio, debe aceptarse la segunda solución, pues si hubiera de admitirse la exclusión de la

ilicitud de dichas medidas, el fundamento sería siempre un factor ilícito imputable al Estado respecto del cual se han adoptado dichas medidas⁸. Por otra parte, la Carta de las Naciones Unidas prevé conjuntamente la hipótesis de la amenaza y la del uso de la fuerza y prevé a su respecto el mismo tipo de medidas. Por lo tanto, será en el marco de la próxima sección que tomaremos en consideración la hipótesis a que acabamos de aludir.

6. Hemos, pues, examinado todas las diferencias existentes entre el concepto de estado de necesidad y los otros conceptos que hemos tenido o debemos todavía tener en cuenta en el presente capítulo; en otras palabras: hemos perfilado los contornos externos del concepto de que se trata. Preciso es ahora que vayamos al corazón mismo de este concepto a fin de definir los términos con la precisión que exige el carácter particularmente delicado del problema a resolver. Sólo fundándonos en los resultados así adquiridos podremos plantear correctamente la pregunta relativa a si el estado de necesidad puede, en determinadas condiciones y situaciones, constituir una circunstancia capaz de excluir la ilicitud internacional de un hecho de Estado.

7. En este contexto nos corresponde en primer lugar desembarazar el terreno de todo residuo de los conceptos de derecho natural que han dominado la escena, por mayor tiempo aquí que en otros puntos, falseando la imagen de la cuestión. En particular, hay que rechazar la idea, todavía inconscientemente presente en ciertos círculos científicos, de que el problema inherente al estado de necesidad consista en la oposición o conflicto entre dos derechos subjetivos, uno de los cuales haya de sacrificarse inevitablemente al otro: por un lado, el derecho del Estado X que el Estado Y ha de respetar en virtud de una obligación internacional que le vincule a X, y, por otro lado, un supuesto «derecho» del mencionado Estado Y, que este último podría hacer valer a su vez con respecto a X. Esta idea tuvo su origen, en el siglo XIX, en la convicción por entonces extendida de la existencia de ciertos «derechos fundamentales de los Estados». El que se definía como «derecho a la existencia» o, sobre todo, «derecho a la conservación propia», o «derecho a la autoconservación» (*right of self-preservation*, *Recht auf Selbsterhaltung*), fue propuesto por numerosos autores como derecho subjetivo fundamental de todo Estado que, por su propio carácter, debía anteponerse a todo derecho de un Estado extranjero. En esta visión de las cosas, todo comportamiento del Estado que se estimase necesario para asegurar la preservación de su existencia había de considerarse jurídicamente legítimo, incluso si era indiscutiblemente contrario a una obligación internacional de dicho Estado⁹. Producto de pura especula-

(Continuación de la nota 7.)

desaparece en el estado de necesidad (*Notstand*).» («Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité», *Revue générale de droit international public*, París, t. XXIV, 1917, pág. 87.)

Algunos años más tarde, A. Verdross señalaba que «El estado de necesidad [...] se caracteriza por el hecho de que un Estado viola el derecho de un Estado inocente para salvarse» («Règles générales du droit international de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1929-V, París, Hachette, 1931, t. 30, págs. 488 y 489). Más recientemente, M. Sørensen afirmó que el «estado de necesidad se distingue de la legítima defensa en que no presupone un acto ilícito por parte de otro Estado y la medida no se dirige necesariamente contra quien haya provocado el peligro» («Principes de droit international public», *Recueil des cours...*, 1960-III, Leyden, Sijthoff, 1961, t. 101, págs. 219-220). Véase también A. Ross, *A Textbook of International Law*, Londres, Longmans, Green, 1947, págs. 247 y 248; J. L'Huillier, *Eléments de droit international public*, París, Rousseau, 1950, pág. 370; G. Schwarzenberger, «The fundamental principles of international law», *Recueil des cours...*, 1955-I, Leyden, Sijthoff, 1956, t. 87, pág. 343; D. W. Bowett, *Self-defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958, pág. 10; Buza, *loc. cit.*, págs. 216 y 217; A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1962, t. III, pág. 1529. P. Lamberti Zanardi [*La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1972, págs. 31 y ss., y «Necessità (Diritto internazionale)», *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1977, vol. 27, págs. 898 y ss.] y J. Zourek («La notion de légitime défense en droit international», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1975, Basilea, vol. 56, págs. 21 y ss. y 66) demostraron que esa distinción se va precisando gradualmente durante nuestro siglo, paralelamente a la progresiva afirmación de la prohibición del empleo de la fuerza y de la proscripción de la guerra.

⁸ También Verdross comprende la hipótesis de la reacción ante una amenaza injustificada en el ámbito de la «legítima defensa» (*loc. cit.*, pág. 485) y pone en evidencia que el «Estado que actúa en estado de necesidad viola, pues, el derecho de un Estado de cuya esfera no es ni atacado ni amenazado» (*ibid.*, pág. 489).

⁹ Véase, por ejemplo, J.-L. Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe*, 2.ª ed., París, Guillaumin, 1874, págs. 75 y 76; W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1924, págs. 322 y ss.; H. Wheaton, *Elements*

ción abstracta sin base en la realidad jurídica internacional, la teoría de los «derechos fundamentales» de los Estados tal como se concebía entonces se ha desvanecido con posterioridad y, en particular, la idea de un derecho a la «autoconservación» ha sido abandonada por entero. Pero por lo que se refiere a la cuestión que nos interesa, permanecen todavía las huellas de su paso: por un lado, se ha mantenido durante largo tiempo la idea de una conexión casi natural entre el concepto de necesidad y el de autoconservación¹⁰, y, por otro lado, se ha continuado pensando que las situaciones de necesidad están caracterizadas por la supuesta oposición de dos derechos subjetivos internacionales.

8. Con respecto al primer punto, conviene hacer resaltar claramente que los conceptos de autoconservación y estado de necesidad no son idénticos en modo alguno ni están indisolublemente asociados en el sentido de que uno constituya el fundamento y la justificación de otro¹¹. El concepto de autoconservación, si fuera preciso conservarlo a todo precio a pesar de los malos recuerdos que evoca, considerando los abusos que de él se han hecho en la historia, sólo podría lógicamente tener una aceptación más amplia en un aspecto y más restringida en otro que el de estado de necesidad, como circunstancia excluyente de la ilicitud por lo demás indiscutible de un hecho del Estado. Podría concebirse como origen de actuaciones plenamente lícitas, por ejemplo, de un acto de retorsión, la determinación de cuya legitimidad no requiere «excusa de necesidad» alguna. Por otra parte, si ha de asignarse a la idea de

autoconservación la justificación de ciertas actuaciones estatales que no se ajustan a una obligación internacional y dictadas por la «necesidad», no cabría actuar de otro modo con respecto, por ejemplo, a comportamientos adoptados como medidas legítimas de sanción contra un Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito o, sobre todo, respecto de toda acción efectuada en legítima defensa para resistir una agresión. A la inversa, hay que señalar —y es éste el aspecto que nos parece más importante— que, incluso en materia de «necesidad», el concepto de autoconservación no es un rigor utilizable más que para explicar actos cometidos con miras a soslayar un peligro extremo para la existencia misma del Estado, en tanto que, según la opinión hoy día dominante, el concepto de estado de necesidad podría sobre todo invocarse para excluir la ilicitud de comportamientos adoptados en ciertas condiciones a fin de salvaguardar un interés esencial del Estado sin que la existencia de este último se hallase en modo alguno en peligro¹². La idea de autoconservación, que en realidad no corresponde ni a un «derecho subjetivo» ni, en todo caso, a un principio que ocupe un puesto en la esfera del derecho¹³, puede, pues, descartarse definitivamente del contexto actual, pues carece de utilidad alguna a fines de la definición del concepto «jurídico» de «estado de necesidad» como circunstancia capaz de excluir la ilicitud de un hecho del Estado¹⁴.

¹² Buza (*loc. cit.*, págs. 210 y 211) ha demostrado tanto el carácter excesivamente restrictivo de una definición del estado de necesidad en términos del «derecho de conservación» como el peligro inverso de que el concepto de tal derecho se preste a ampliaciones peligrosas.

¹³ Schwarzenberger (*loc. cit.*, págs. 343 y ss.) denuncia eficazmente el carácter de pura abstracción de la formulación de un principio de «autoconservación» y se pregunta cuál puede ser el denominador común en el espíritu de los autores que permanecen apegados a tal concepto. Excluyendo que dicho denominador pueda encontrarse en la esfera del derecho, prosigue así:

«Se trata de un denominador psicológico: el instinto de autoconservación. [...] Desgraciadamente, vincula no solamente el acto que se afirma adoptar por motivos de legítima defensa, autoayuda o necesidad, sino también cualquier violación del derecho internacional que, de otra forma, sería imposible justificar incluso al dudoso nivel de la terminología cuasi jurídica. Cualesquiera que sean subjetivamente las intenciones de juristas internacionales determinados, que atribuyen a la autoconservación la dignidad de un principio jurídico, la función de este «principio» es puramente ideológica. Es una de las ironías de la situación el hecho de que sean los «puristas» jurídicos quienes eleven a nivel de principio jurídico esta categoría de la psicología colectiva, que, como principio jurídico, carece de todo apoyo en derecho internacional y de toda prueba a su favor y desempeña simplemente la función de puerta trasera por la que escapar con una apariencia de conciencia tranquila de las limitaciones que impone a los instintos el derecho internacional. Es propósito del método inductivo poner de manifiesto la falta de fundamento jurídico de todo pseudoprincipio, y de la interpretación sociológica del derecho internacional aclarar las funciones reales que tales conceptos están llamados a desempeñar. Así pues, hace ya tiempo que el maligno concepto de la «autoconservación» debiera haberse eliminado sin pérdida ninguna del vocabulario del jurista internacional.» (*Ibid.*, págs. 345 y 346.)

¹⁴ Descartado el concepto de autoconservación, otros conceptos no nos parecen tampoco más susceptibles de utilización para hacer destacar en sus aspectos apropiados la situación subyacente al estado de necesidad: ni el de «autoprotección»

on *International Law*, 6.^a ed., rev. por A. B. Keith, Londres, Stevens, 1929, vol. I, págs. 150 y ss.; A. W. Heffter, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 6.^a ed., Berlín, Schroeder, 1873, págs. 59 y ss.; A. Rivier, *Principes du droit des gens*, París, Rousseau, 1896, t. I, págs. 277 y 278; T. Twiss, *The Law of Nations (considered as Independent Political Communities)*, ed. rev., Oxford, Clarendon Press, 1884, págs. 178 y ss. Durante los primeros decenios del siglo xx se encuentra todavía la idea de un «derecho a la autoconservación» o «derecho a la existencia» como fundamento de la excusa de necesidad en autores como A. S. Hershey, *The Essentials of International Public Law and Organization*, 2.^a ed., Nueva York, Macmillan, 1927, págs. 231 y ss.; A. Faatz, «*Notwehr*» und «*Notstand*» im *Völkerrecht*, Greifswald, 1919 [tesis], págs. 25 y ss.; Ch. G. Fenwick, *International Law*, Londres, Allen and Unwin, 1924, págs. 142 y ss.; E. Vitta, «La necessità nel diritto internazionale», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Roma, nueva serie, vol. XI (1936), págs. 307 y ss.

¹⁰ Incluso un escritor como D. Anzilotti, que tan eficazmente ha contribuido a la crítica y al abandono de la teoría de los derechos fundamentales de los Estados, funda todavía la «licitud» del «acto de necesidad» en el hecho de que éste ha sido adoptado en el marco de la libertad que el derecho da a sus sujetos para atender a su conservación. Véase «La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers», *Revue générale de droit international public*, París, t. XIII, N.º 2, 1906, págs. 304 y 305, reimpresso en: S.I.O.I., *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. II, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, t. 1, Padua, CEDAM, 1956, págs. 200 a 203; y *Corso di diritto internazionale*, 4.^a ed.: S.I.O.I., *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. I, Padua, CEDAM, 1955, pág. 418.

¹¹ Sobre los errores causados por la confusión entre los conceptos de necesidad y autoconservación en la doctrina del siglo xix y comienzos del xx, véase, entre los autores recientes, I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, págs. 46 y ss.; Zourek, *loc. cit.*, págs. 21 y 66; y Lamberti Zanardi, «Necessità...» (*loc. cit.*), págs. 898 y 899.

9. Por lo que se refiere al segundo de los dos puntos mencionados anteriormente¹⁵, podemos señalar que algunos de quienes mantienen la idea de que el estado de necesidad es una circunstancia caracterizada por la presencia de un conflicto entre dos «derechos subjetivos» internacionales opuestos no se dieron por vencidos al hallarse obligados a comprobar, también ellos, la imposibilidad de concebir un verdadero «derecho subjetivo» a la autoconservación. En lugar de ese «derecho» inconsistente, y retornando a una terminología que habían utilizado antiguos autores como Grocio y Vattel para designar el derecho a ciertos bienes de propiedad extranjera que, a su juicio, daría a veces al Estado la necesidad¹⁶, construyeron el concepto general de «derecho de necesidad»¹⁷. El «derecho subjetivo»

así definido, no menos «supuesto» que los que vendría a sustituir, entraría en conflicto con el «derecho subjetivo» de un Estado extranjero, que habría de ceder ante él. De todas formas, la idea de un derecho subjetivo de necesidad, admisible en rigor en las épocas en que la ciencia jurídica no había afinado todavía sus conceptos, parece representar hoy día un auténtico disparate. El término «derecho», en el sentido subjetivo de este concepto, indica una «pretensión» que el «derecho», en sentido objetivo, es decir, el orden jurídico, otorga a un sujeto en relación con otros sujetos: una posibilidad de exigir de ellos en derecho una prestación o comportamiento determinado. Ahora bien, quien invoca a título de excusa una situación de «necesidad» quiere por esa vía justificar su actitud, consistente no en presentar por su parte una pretensión contra otro sujeto, sino en su carencia de respeto a la pretensión jurídica legítima de dicho sujeto frente a él. Anzilotti ha rechazado muy justamente la afirmación según la cual el Estado que actúa bajo el imperio de la necesidad estaría ejerciendo un «derecho subjetivo» al que correspondería una «obligación» del Estado perjudicado por las acciones del primero, y ha puesto de manifiesto que en este caso la «necesidad» no hace más que «legítimar» esas acciones, aunque sean contrarias a una obligación internacional¹⁸. Y Verdross ha hecho resaltar no menos justamente que en la situación descrita por el término «estado de necesidad» no entran en conflicto dos «derechos», sino, por una parte, un «derecho»

(Continuación de la nota 14.)

(«self-protection»), ni el prácticamente sinónimo de «autotutela» («self-help»). Este último es sobre todo evocado en la doctrina anglosajona, sea para caracterizar por oposición a la «legítima defensa» la aplicación de medidas de sanción o de «ejecución» (Schwarzenberger, *loc. cit.*, págs. 342 y 343; Bowett, *op. cit.*, págs. 11 y ss.), o para basar en él toda una vasta serie de medidas, desde la retorsión hasta la «legítima defensa» (G. von Glahn, *Law among Nations: An Introduction to Public International Law*, Nueva York, Macmillan, 1965, pág. 498). En la doctrina italiana se encuentran autores que, como G. Morelli (*Nozioni di diritto internazionale*, 7.ª ed., Padua, CEDAM, 1967, págs. 335 y 336) y Sereni (*op. cit.*, págs. 1524 y ss.), ven en la autotutela una circunstancia especial de exclusión de la ilicitud que se traduce en actos de fuerza o de otro tipo encaminados a obtener la ejecución de una obligación por el sujeto obligado o a obtener por otro camino el resultado del cumplimiento de la obligación. A nuestro juicio, el lugar que correspondería a tal «circunstancia» está ya ocupado por las otras circunstancias consideradas en este capítulo. Por otra parte, la Corte Internacional de Justicia, en la sentencia dictada en el Asunto del Canal de Corfú (*C.I.J. Recueil 1949*, pág. 35) no aceptó los argumentos británicos, según los cuales la operación de dragado de minas efectuada por sus navíos en las aguas territoriales albanesas los días 12 y 13 de noviembre de 1946 estaba justificada como medida de «self-help». Pero aparte de esto, lo que nos interesa sobre todo subrayar es que todos los conceptos de ese género que la literatura jurídica ha creado por vía de abstracción a partir de hipótesis disparatadas pueden aplicarse a toda una gama de situaciones con respecto a las cuales el estado de necesidad no es más que un ejemplo entre otros posibles. De acepción aún más amplia que el de autoconservación, los conceptos de autoprotección y autotutela no se prestan sin duda a su empleo para caracterizar concretamente el estado de necesidad en relación con otras situaciones en las cuales se permite internacionalmente a un Estado que adopte medidas encaminadas a lograr su propia tutela.

¹⁵ Párr. 7, *in fine*.

¹⁶ H. Grotius, *De jure belli ac pacis, libri tres* (1646), libro II, cap. II, párr. X: *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1925, vol. II (tr. inglesa), pág. 195 (*Le droit de la guerre et de la paix*, tr. de J. Barbeyrac, Leyden, Aux dépens de la Compagnie, 1759, t. 1, págs. 234 y 235); E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, Londres, 1758, libro II, cap. IX, párr. 119: *The Classics of International Law*, Washington (D.C.), Carnegie Institution of Washington, 1916, vol. I, pág. 341. Rivier había señalado, sin embargo, a propósito de la «excusa de necesidad»: «Se la llama también derecho de necesidad; pero esto no debe inducir a error acerca de su verdadero carácter [...]». (*Op. cit.*, pág. 278.)

¹⁷ K. Strupp («Das völkerrechtliche Delikt», *Handbuch des Völkerrechts*, textos compilados por F. Stier-Somlo, Stuttgart, Kohlhammer, 1920, t. III, primera parte a, págs. 126 y 148; y «Les règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours...*, 1934-I, París, Sirey, 1934, t. 47, pág. 567), es quien

ha sostenido sobre todo la existencia de un auténtico «derecho de necesidad». Dicho término es utilizado también por G. Cohn («La théorie de la responsabilité internationale», *Recueil des cours...*, 1939-II, París, Sirey, 1947, t. 68, págs. 317 y 318) y por R. Redslob (*Traité de droit des gens*, París, Sirey, 1950, pág. 249). Más recientemente, B. Graefrath, E. Oeser y P. A. Steiniger (*Völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten*, Berlín, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1977, pág. 75) afirman, acerca de la necesidad, que se debe hablar de un «derecho» y no simplemente de una circunstancia que excluye la ilicitud.

¹⁸ Véase Anzilotti, «La responsabilité internationale...» (*loc. cit.*), pág. 304, en que se opone a la idea de «explicar el principio de que hablamos como un conflicto entre dos derechos opuestos e irreconciliables, el menor de los cuales habría de plegarse al más importante», y precisa: «lo que falta en estos casos es el carácter obligatorio de la regla de derecho». Véase también, del mismo autor, *Corso...* (*op. cit.*), págs. 416 y 417, en que opone su tesis a la de Strupp.

Según G. Sperduti, no puede excluirse *a priori* la posibilidad de que el derecho internacional tome en consideración la situación de necesidad en que podría hallarse un Estado no sólo para excluir la ilicitud de su comportamiento no conforme con una obligación internacional que adoptaría ese Estado en tal situación, sino también para atribuirle un derecho subjetivo a adoptar tal comportamiento. Para ello, bastaría imaginar la existencia de dos normas: la primera tomaría en consideración la situación de necesidad como causa de suspensión de la norma que contiene la obligación, y la segunda —vinculada a la primera— atribuiría al Estado que se halle en esa situación el derecho subjetivo a adoptar el comportamiento que se ha convertido en lícito en virtud de la primera norma. Así pues, sólo sobre la base del examen del derecho en vigor se podría determinar si el derecho internacional hace del comportamiento adoptado en estado de necesidad un comportamiento que es simplemente lícito o un comportamiento que es el ejercicio de un derecho subjetivo. [G. Sperduti, «Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, Padua, vol. XXII (1943), págs. 101 y 102.]

y, por otra, un simple «interés», por indispensable que éste sea¹⁹.

10. En conclusión, la circunstancia respecto de la cual debemos determinar si (y en qué condiciones) puede producir el efecto de excluir excepcionalmente la ilicitud de un comportamiento del Estado, ya se la defina como «estado de necesidad» o, brevemente, «necesidad», como lo hacía la antigua literatura jurídica inglesa, es una situación de hecho en que un Estado hace valer la existencia de un interés cuya importancia es para él esencial hasta el punto de obligar a ceder a la obligación que de otro modo tendría de respetar un derecho subjetivo determinado de otro Estado, siendo ese respeto, en tales circunstancias, incompatible con la salvaguardia de dicho interés. Todo el problema del valor del «estado de necesidad» en derecho internacional se reduce, pues, a determinar si existen o no hipótesis en las cuales el derecho internacional otorga valor a tal postura, hipótesis en las cuales admite que el «derecho subjetivo» de un Estado sea sacrificado en beneficio de un interés esencial del Estado que estaría, de otro modo, obligado a respetar ese derecho.

11. Las consideraciones hasta aquí expuestas demuestran en gran medida que una respuesta válida a la cuestión que acabamos de evocar no puede suministrarse sobre la base de criterios preconstituidos y aprioristas, ya sean favorables o desfavorables en sus consecuencias al reconocimiento de la excusa de necesidad en las relaciones jurídicas internacionales. Por otra parte, estimamos que no se puede resolver la cuestión sobre la base exclusiva de los principios generales del derecho interno. Tales principios pueden sin duda servir de cierta ayuda, a condición de no olvidar, por una parte, que la determinación de su existencia en la materia está lejos de ser tan fácil como podría desearse²⁰ y, por otra parte, que su transposición del dominio de las relaciones interindividuales al de las relaciones interestatales no deja de plantear dudas²¹. En definitiva,

¹⁹ Verdross, «Règles générales...» (*loc. cit.*), págs. 488 y 489: «El estado de necesidad [...] se caracteriza por el hecho de que un Estado, al encontrarse en un conflicto entre, por una parte, la protección de sus intereses vitales y, por otra, el respeto al derecho ajeno, viola para salvarse el derecho de un Estado *inocente*». Véase también Schwarzenberger, «The fundamental principles...» (*loc. cit.*), pág. 343: «Así pues, la necesidad no otorga ningún derecho, pero puede suministrar una buena excusa.»

²⁰ Para un análisis comparado del concepto de «estado de necesidad» en los ordenamientos jurídicos internos y de las condiciones a que se halla sometido, véase D. F. Díaz Palos, «Estado de necesidad», *Nueva enciclopedia jurídica*, Barcelona, Seix, 1956, t. VIII, págs. 904 y ss. Para la situación en derecho francés, véase R. Rodière, «Responsabilité du fait personnel», *Répertoire de droit civil*, 2.ª ed., París, Dalloz, 1975, t. VI, págs. 8 y 9, y «Responsabilité pénale», *Nouveau Répertoire de droit*, 2.ª ed., París, Dalloz, 1965, t. IV, págs. 185 y 186; en derecho italiano: B. Inzitari, «Necessità (Diritto privato)», *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1977, vol. 27, págs. 852 y ss.; y C. F. Grosso, «Necessità (Diritto penale)», *ibid.*, páginas 897 y ss.; en derecho alemán: A. Schönke y H. Schröder, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 19.ª ed., rev. por T. Lenckner, Munich, Beck, 1978, págs. 485 y ss. Un concepto orgánico del «estado de necesidad» no parece familiar a los derechos de los países del *common law*.

²¹ Anzilotti [*Corso... (op. cit.)*, pág. 418] señala que «los elementos del estado de necesidad son menos fáciles de definir

como siempre, debemos buscar la respuesta que nos interesa en la realidad de la vida internacional. Sin embargo, si queremos que la verdad sobre el tema relumbre con toda la claridad y objetividad necesarias para tranquilizarnos, es preciso que la cuestión misma se plantee en términos precisos y completos; es sobre todo necesario que aparezca contenida dentro de los confines que le son necesariamente propios, dentro de los límites que lógicamente lleva ante todo consigo. Porque innecesario es decir que quien quisiera pedir a la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional la absolución para todo Estado que pretendiera liberarse del respeto a una obligación internacional, por importante que fuese, alegando simplemente un interés en actuar de tal modo —interés respecto del cual se arrogase además el derecho a calificarlo unilateralmente como esencial o incluso vital para sí—, fracasaría inevitablemente, so pena de reducir a la nada todo el sistema de las relaciones jurídicas internacionales. Para poder imaginar que una situación de «necesidad» constituya una circunstancia excluyente de la ilicitud de un comportamiento del Estado no conforme a una obligación internacional respecto de otro Estado es preciso que tal situación sea sumamente grave y que lo sea de manera irrefutable. Deben, pues, encontrarse reunidas condiciones particularmente rigurosas. Tratemos de enumerarlas, ayudados en ello por los resultados de una larga y atenta elaboración realizada en la materia por los autores más autorizados, los cuales, por otra parte, se inspiraron en gran medida en los principios aceptados en la materia por los sistemas de derecho nacional.

12. La «excusa de necesidad» sólo puede admitirse eventualmente en derecho internacional a condición de que sea de carácter absolutamente excepcional. De ello se deriva que el interés del Estado en quebrantar, en caso necesario, el derecho subjetivo de otro Estado debe ser, a su vez, de los que revisten importancia excepcional para el Estado que pretende hacerlo valer. No estimamos, por eso, que haya que reducir exclusivamente esos intereses al de la «existencia» del Estado²². Esa restricción de principio, debida una vez más a la identificación errónea entre los conceptos de necesidad y de autoconservación, así como a determinadas analogías, mal comprendidas por otra parte, con el derecho inter-

en el derecho internacional que en el derecho interno: tal vez no sea inexacto decir que toda cuestión es sustancialmente una cuestión de especie». Por el contrario, F. von Liszt estima que «las ideas, aceptadas en derecho penal y en derecho privado, sobre legítima defensa y necesidad encuentran igualmente su aplicación en derecho internacional» [*Le droit international*, tr. de G. Gidel de la 9.ª ed. alemana (1913), París, Pedone, 1928, pág. 201]; y Redlob afirma que «El derecho de necesidad deriva de un concepto de justicia. Aparece afirmado, con diversas variaciones, en las leyes civiles y criminales; encuentra su puesto en el derecho de gentes». (*Op. cit.*, pág. 249.)

²² Véase, en ese sentido, Anzilotti, *Corso... (op. cit.)*, páginas 418 y ss.; A. Vonlanthen, *Die Völkerrechtliche Selbstbehauptung des Staates*, Friburgo (Suiza), Paulusdruckerei, 1944 [tesis], págs. 175 y ss. (el autor habla de la existencia del Estado o de su población); B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, pág. 71; Sereni, *op. cit.*, pág. 1530. En su curso de 1939 sobre «Le délit international» (*Recueil des cours... 1939-II*, París, Sirey, 1947, t. 68, pág. 545), el autor del presente informe cayó en el mismo error.

no, ha terminado por crear una falsa imagen de la cuestión: los casos en que el estado de necesidad se ha invocado alegando un interés del Estado distinto de la preservación de su propia existencia han terminado por ser más frecuentes y menos discutidos que los otros. Digamos, más sencillamente, que debe tratarse de un interés «esencial»²³ del Estado. Pero, a nuestro juicio, sería inútil tratar de añadir precisiones y de establecer categorías de intereses que pudieran denominarse esenciales a los fines aquí considerados²⁴. El carácter más o menos «esencial» de un interés determinado es naturalmente función del conjunto de condiciones en las que se halla un Estado en las diferentes situaciones concretas; por consiguiente, debe evaluarse en relación con el caso particular en que se considere dicho interés, y no determinarse previamente en abstracto.

13. La amenaza, el peligro en que se halle ese interés esencial del Estado, debe ser extremadamente grave, debe afectar al interés amenazado²⁵, y su supervenencia debe ser absolutamente independiente de la voluntad del Estado cuyo interés se halle amenazado²⁶. Evidentemente, no se puede admitir que un Estado cree intencionalmente una situación de peligro para uno de sus intereses importantes con el solo objeto de sustraerse a la obligación de respetar un derecho subjetivo de otro Estado.

14. La adopción por un Estado de un comportamiento no conforme a una obligación internacional que le liga a otro Estado debe representar verdaderamente para él el único medio de conjurar el peligro extremadamente grave e inminente que percibe; en otras palabras: es preciso que ese peligro no pueda elejarse por otro medio, incluso mucho más oneroso, que permita respetar las obligaciones internacionales²⁷. Además, el compor-

²³ Por las razones que acaban de indicarse, nos ha parecido que la expresión «intereses esenciales» se ajusta mejor a la realidad que la de «intereses vitales», utilizada por Verdross [«Règles générales...» (*loc. cit.*), pág. 489], o la de «bienes supremos», de la que se sirve Redslob [*Traité... (op. cit.)*, pág. 249].

²⁴ Strupp ha intentado una especie de enumeración de esas categorías, al mencionar los casos en los que un Estado está amenazado «de un gran peligro a su existencia, su estatuto territorial o personal, su gobierno o su propia forma, [que puede] limitar, o incluso anular, su independencia o su capacidad de actuar» [«Les règles générales...» (*loc. cit.*), pág. 568]. A nuestro juicio, esa enumeración tiene poca utilidad para determinar, en una situación concreta, si las condiciones de existencia de un «estado de necesidad» se cumplen o no en ese aspecto.

²⁵ Véase Strupp, «Les règles générales...» (*loc. cit.*), pág. 568 (peligro actual o inminente); Anzilotti, *Corso...* (*op. cit.*), página 419 (peligro grave e inminente); Ago, *loc. cit.*, pág. 540 (peligro grave e inminente); G. Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, 8.ª ed., Milán, Giuffrè, 1962, pág. 247 (peligro grave e inminente); Vonlanthen, *op. cit.*, págs. 175 y ss. (a present and immediately upcoming danger); Redslob, *op. cit.*, pág. 249 (peligro grave y actual); Cheng, *op. cit.*, pág. 71 (actual and not merely apprehended); Buza, *loc. cit.*, pág. 214 (immediate danger). Sereni (*op. cit.*, pág. 1530) añade que debe tratarse de un peligro «imprevisible».

²⁶ Véase Anzilotti, *Corso...* (*op. cit.*), pág. 419; Vitta, *loc. cit.*, pág. 320; Ago, *loc. cit.*, pág. 545; Vonlanthen, *op. cit.*; Redslob, *op. cit.*, pág. 249; L'Huillier, *op. cit.*, pág. 369; Buza, *loc. cit.*, pág. 215; Sereni, *op. cit.*, pág. 1530.

²⁷ Que el estado de necesidad no puede lógicamente intervenir como circunstancia excluyente de la ilicitud de un compor-

tamiento en cuestión debe resultar indispensable en su totalidad, y no sólo en parte, para preservar el interés esencial amenazado. Todo rebasamiento de los límites estrictamente necesarios para tal fin constituye forzosamente por sí solo un acto ilícito, incluso en los casos en que, por lo demás, pueda admitirse la excusa de necesidad. En particular, es evidente que una vez alejado el peligro, mediante la adopción del comportamiento no conforme a la obligación internacional, toda persistencia ulterior en ese comportamiento le devolvería su carácter ilícito, incluso en los casos en que se hubiera excluido esa ilicitud en el período precedente. Debe reanudarse sin demora el respeto de la obligación internacional afectada, siempre que aún sea materialmente posible.

15. Evidentemente, el interés protegido por el derecho subjetivo atribuido al Estado extranjero, que se sacrificaría a la salvaguardia de un «interés esencial» del Estado obligado, debe ser inferior a ese otro interés. Esta puntualización es particularmente importante hoy, ya que, como se ha dicho²⁸, no se estima ya que el único interés para cuya salvaguardia puede invocarse la excusa de necesidad es la propia existencia del Estado. Por consiguiente, no puede tratarse de un interés comparable²⁹ e igualmente esencial para el Estado extranjero en cuestión. Dicho esto, se exagera algo al hablar, a ese respecto, de «bien de poco valor»³⁰ o de «valores secundarios»³¹. Es una cuestión relativa, de proporción, más bien que de valor absoluto.

16. Aunque todas las condiciones mencionadas se hallen reunidas en un caso concreto, el hecho de que un Estado invoque como justificación un estado de necesidad no puede tener como consecuencia la exclusión de la ilicitud de un comportamiento de ese Estado no conforme a una obligación internacional en caso de que esa obligación haya sido concebida especialmente para que tenga validez también, o particularmente, en situaciones anormales de peligro para el Estado obligado o para sus intereses esenciales, o con la intención manifiesta de excluir la ilicitud de un incumplimiento de dicha obli-

tamiento estatal cuando el peligro que ese comportamiento trata de evitar podría alejarse por otro medio ha sido subrayado expresamente por K. Strupp, *Eléments du droit international public universel, européen et américain*, París, Les Editions internationales, 1930, vol. I, pág. 343; y «Les règles générales...» (*loc. cit.*), pág. 568; por Vitta, *loc. cit.*, pág. 320; por Ago, *loc. cit.*, pág. 545; por Vonlanthen, *op. cit.*; por L'Huillier, *op. cit.*, pág. 369; por Buza, *loc. cit.*, págs. 214 y 215. Redslob (*op. cit.*, pág. 349) y Cheng (*op. cit.*, págs. 71 y 74) destacan especialmente que el estado de necesidad sólo puede valer como excusa cuando se han utilizado sin éxito todos los medios «legítimos» para alejar el peligro.

²⁸ Véase *supra*, párr. 12.

²⁹ Bin Cheng observa que:

«Sólo la gran disparidad de importancia de los intereses realmente en pugna justifica una inversión de la protección jurídica que normalmente se concede a esos intereses, de manera que un interés importante socialmente no perezca en aras del respeto de un derecho objetivamente menor. En cualquier caso, una comparación de los intereses en pugna parece ser indispensable.» (Cheng, *op. cit.*, págs. 74 y 75.) Y L. Buza destaca que «el derecho protegido debe ser más importante que el perjudicado» (*loc. cit.*, pág. 213).

³⁰ Es lo que dice Cohn, *loc. cit.*, pág. 317.

³¹ Así se expresa Sorensen, *loc. cit.*, pág. 220.

gación por razón de necesidad³². Si esta conclusión es, por así decir, automática cuando ese alcance especial de la obligación está expresamente previsto en la norma de que deriva, o en otras normas contenidas en el mismo instrumento, se puede estimar que en otros casos podría imponerse también, cuando la exclusión de toda excusa de necesidad en caso de incumplimiento de la obligación derivaría, implícita pero inequívocamente, de la naturaleza misma de la norma que la origina, de su objeto y de sus fines, o de las circunstancias de su elaboración y su adopción. Dejando al análisis de la práctica el cuidado de proporcionar una respuesta más motivada al respecto, podríamos decir desde ahora que excluimos la posibilidad de que el estado de necesidad funcione como circunstancia excluyente de la ilicitud de un comportamiento no conforme a una obligación derivada de una norma de *jus cogens*, o de determinadas normas del derecho internacional humanitario. Añadamos, en particular, que las razones imperativas a las que ha respondido la afirmación definitiva de la prohibición del recurso a la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de todo Estado nos hacen dudar de la posibilidad de aceptar la «necesidad» como justificación de una violación de esa prohibición y un recurso al empleo de la fuerza fuera, bien entendido, de los casos concretos en los que se admite tal circunstancia³³.

17. Por otra parte, no hay ninguna razón para que el estado de necesidad actúe como «circunstancia excluyente de la ilicitud» de un hecho del Estado en la hipótesis inversa, a saber: cuando la norma que establece la obligación —norma convencional, evidentemente— subordina explícita o tácitamente el cumplimiento de la obligación a la condición de que determinadas circunstancias no la hagan demasiado onerosa o peligrosa³⁴.

³² G. P. A. François señala que «el derecho de necesidad no puede invocarse» como circunstancia excluyente de la ilicitud en los casos en que, al elaborar la norma, se haya tenido ya en cuenta la situación anormal en que podría hallarse el Estado de que se trate. Añade:

«El beligerante, por ejemplo, no puede sustraerse a las normas relativas al derecho de la guerra invocando el peligro en que se halla su país. El adagio de Grotius, *licere in bello quae ad finem sunt necessaria*, constituye una directriz cuando se trata de la fijación común de normas del derecho de la guerra; pero no podría justificar una violación de las prescripciones una vez adoptadas y vigentes. El derecho de la guerra se basa en el consentimiento de los Estados de abstenerse de ciertos actos en caso de guerra, es decir, cuando están amenazados los intereses vitales de los Estados. Al adoptar ese derecho, el Estado renuncia a invocar el peligro en que se halla para liberarse de sus obligaciones.» (G. P. A. François, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours...*, 1938-IV, París, Sirey, 1938, t. 66, pág. 183.)

Véase también Buza, *loc. cit.*, pág. 224.

³³ Creemos que estas observaciones deben permitir a ciertos autores superar los temores suscitados por los abusos bien conocidos del concepto de «necesidad» que se han producido cuando se la ha invocado como pretexto para justificar ataques armados dirigidos contra otros Estados, intervenciones armadas en los asuntos internos de otros Estados o actos análogos. Más adelante tendremos la ocasión de examinar de nuevo este punto esencial.

³⁴ Anzilotti [*Corso...* (*op. cit.*), págs. 414 y 415] señala que obligaciones expresamente formuladas en ese sentido son frecuentes en el derecho de la guerra y menciona como ejemplo varias disposiciones del reglamento anexo a la Convención [IV]

El concepto de «necesidad» se incorpora entonces de hecho a la propia obligación como límite de su alcance. El Estado que, al hallarse en tales circunstancias anormales, adopte entonces un comportamiento diferente del que la obligación prevé para circunstancias normales, no viola en absoluto la obligación, no comete ningún acto «no conforme» a lo que esa obligación exige. En consecuencia, no existe, por su parte, ilicitud que haya que excluir.

18. La eventual exclusión de la ilicitud de un acto determinado cometido por el Estado, cuando se la admitiera, en un caso concreto, por razones de «necesidad», sólo implicaría por sí misma la exclusión de las consecuencias que el derecho internacional haría recaer en otro caso sobre el Estado autor del acto en cuestión por razón de su ilicitud. Por tanto, esa exclusión no se extendería en ningún caso a las consecuencias que el mismo hecho engendrara por otro título y particularmente al nacimiento de una obligación de indemnizar los daños causados por el acto de «necesidad» que se imputara al Estado con otra base que no fuera la de una responsabilidad *ex delicto*³⁵. Pero, evidentemente,

relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907). Indica al respecto que «no se puede hablar de actos objetivamente contrarios a la norma si ésta misma los permite».

³⁵ La idea de que se pueda considerar lícito el comportamiento adoptado por un Estado que actúa en «estado de necesidad» y al mismo tiempo se le exija que indemnice al Estado víctima los daños causados por tal comportamiento está ya presente en los autores del siglo XIX. Así, Twiss (*op. cit.*, pág. 185) y Hall (*op. cit.*, pág. 326), aun cuando afirman el «derecho» del Estado beligerante a penetrar en el territorio de un Estado neutral si ello resulta indispensable para salvaguardar su existencia, opinan que el Estado que adoptó ese comportamiento debe compensar al Estado neutral por los posibles daños que le hubiese causado. A. Rivier y F. von Liszt se expresan en términos más generales. El primero, tras señalar que el Estado «está autorizado [...] [a] violar el derecho de otro país» si ello fuera necesario para preservar su propia existencia, añade que «la violación del derecho debe limitarse a lo indispensable, y [...] debe repararse el daño causado» (Rivier, *op. cit.*, pág. 278). El segundo afirma que el estado de necesidad excluye «el carácter de acto contrario al derecho en la lesión cometida», pero añade que el Estado que se prevale del estado de necesidad «debe reparación al Estado que lesiona» (von Liszt, *op. cit.*, pág. 201). Sin embargo, es en la doctrina moderna sobre todo donde surge la convicción que la eventual obligación de indemnizar a las víctimas y de compensar los daños es totalmente ajena a la idea de una responsabilidad por hecho ilícito. Así, A. P. Sereni escribe: «parece además que el estado de necesidad, si bien excluye la ilicitud, no dispensa de la compensación del daño» (*op. cit.*, pág. 1531). Más claras aún son las posiciones adoptadas por A. Favre: «En cualquier caso, el Estado que comete el acto de necesidad está obligado a reparar el daño aunque el acto de necesidad haya tenido por efecto excluir la ilicitud» (*Principes du droit des gens*, París, Librairie de droit et de jurisprudence, 1974, pág. 644); y por Sørensen, para el que «nos enfrentamos así con el problema del deber de reparar el daño causado por un acto lícito (*loc. cit.*, pág. 221).

Es interesante señalar que también en derecho interno la evolución más reciente de la jurisprudencia ha tendido a considerar el estado de necesidad como una circunstancia excluyente tanto de la ilicitud penal como de la ilicitud civil de un hecho que se reconozca que se ha realizado en tales condiciones, y a tratar la obligación de indemnizar a las víctimas eventuales como una obligación derivada de un hecho lícito. Por otra parte, los criterios aplicados a la determinación de la in-

(Continúa en la página siguiente.)

el reconocimiento de la existencia de tal obligación no puede alegarse para concluir la ilicitud, incluso parcial³⁶, del hecho del que derive, ni utilizarla como argumento para negar todo valor al estado de necesidad como circunstancia excluyente de la ilicitud de un hecho del Estado en derecho internacional.

19. En consecuencia, debemos referirnos a un concepto de estado de necesidad claramente complementada por las condiciones y los límites enunciados cuando iniciemos a ese respecto el examen de la práctica diplomática y judicial internacional, a fin de establecer si se halla o no en ella la confirmación de su admisibilidad en derecho internacional general como circunstancia excluyente de la ilicitud de un hecho del Estado.

20. A este respecto, cabe señalar inicialmente que la petición de información dirigida a los Estados por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930) no planteaba a sus destinatarios la cuestión de saber si el «estado de necesidad» debía considerarse una causa de exclusión de la ilicitud de un hecho del Estado o no. Sin embargo, dos Estados hicieron alusión a ello en sus respuestas: Dinamarca y Suiza.

Respondiendo al punto XI, a, de la petición de información relativo a las condiciones para que un Estado pueda legítimamente pretender que ha actuado en estado de legítima defensa, Dinamarca indicaba lo siguiente:

*La legítima defensa y el estado de necesidad deberían ser invocados, por principio, en el derecho internacional; pero tanto aquí como en el derecho privado, deberían estar sometidos a ciertos límites que, sin embargo, no están aún suficientemente fijados *.* [...]

Tampoco se puede, en general, referirse al derecho de necesidad, pues, en tales casos, el Estado debe aplicar la legislación de expropiación, etc., igualmente válida para sus propios nacionales. En el futuro corresponde tratar de limitar en la medida de lo posible, o incluso de abolir completamente el vasto derecho de necesidad reconocido por el antiguo derecho internacional y sobre todo por el antiguo derecho de guerra. El Estado debe respetar el derecho nacional y el derecho internacional en vigor, y no puede usurpar los derechos de las otras naciones porque sus propios intereses estén amenazados. Por regla general, no se debe reconocer un derecho de necesidad, según el derecho internacional público, que exceda del derecho de necesidad admitido para los particulares en las relaciones de derecho privado³⁷.

(Continuación de la nota 35.)

demnización son en parte diferentes de los que se emplean para la determinación de la responsabilidad civil *ex delicto*. Véase al respecto, por ejemplo, Inzitari, *loc. cit.*, págs. 852 y ss.; Díaz Palos, *loc. cit.*, págs. 919 y 920.

³⁶ Nos parece que caen en ese error A. Sánchez de Bustamante y Sirvén (*Droit international public*, París, Sirey, 1936, t. III, pág. 527) y J. Combacau («La responsabilité internationale», en: H. Thierry *et al.*, *Droit international public*, París, Montchrestien, 1975, pág. 658 y 659).

³⁷ Sociedad de las Naciones, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III: *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C.75. M.69.1929.V), pág. 126.

Esas observaciones son manifiestamente vagas y sobre todo su enunciación no permite captar exactamente el alcance de la diferencia que el Gobierno de Dinamarca parece querer hacer entre «estado de necesidad» y «derecho de necesidad». Retengamos simplemente que dicho gobierno admitía que el estado de necesidad podía representar en derecho internacional una circunstancia excluyente de la ilicitud, pero pensaba que sólo se debía reconocer su existencia dentro de límites muy restringidos, a fin de evitar los abusos del pasado.

En cuanto a Suiza, en su respuesta al punto V de la petición de información relativo a la responsabilidad del Estado por los actos del poder ejecutivo, afirmaba:

Algunos pretenden que el acto cometido por un Estado dentro de los límites de su derecho e inspirado por el interés de su propia defensa no constituye un delito internacional, aunque pueda lesionar a otro Estado. Evidentemente, tal regla sería demasiado absoluta, crearía una inseguridad jurídica próxima al régimen del capricho. Sin embargo, corresponde tener en cuenta el derecho de conservación del Estado reconociendo a éste el derecho de legítima defensa, derecho que debe interpretarse estrictamente y cuya condición esencial es la existencia de una agresión injusta contraria a derecho. Por lo tanto, es importante distinguirlo claramente del *derecho de necesidad* * que, por su parte, es la puerta abierta a la injusticia y a la arbitrariedad³⁸.

Aquí se ve reaparecer, en la base de los dos conceptos de «legítima defensa» y «necesidad», la vieja idea del «derecho de conservación». A primera vista, esas expresiones podrían dar la impresión de que el Gobierno de Suiza era renuente a reconocer al estado de necesidad cualquier posibilidad de existencia en derecho internacional. Sin embargo, no se trata de una oposición de principio: sólo está motivada por el temor de posibles abusos. Por lo tanto, cabe preguntarse si una fórmula debidamente restrictiva no habría bastado para eliminar ese temor. Además, ya hemos señalado que el Gobierno de Suiza se declaró a favor de la admisión de la fuerza mayor como circunstancia que excluía la ilicitud internacional³⁹. Ahora bien, no era claro en su respuesta a ese respecto si, al hablar de «fuerza mayor», concepto cuyas fronteras con el de «estado de necesidad» han solido ser muy movedizas, los autores de la respuesta querían referirse a esa verdadera imposibilidad *absoluta* de actuar de conformidad con la obligación que es la esencia misma de la fuerza mayor, o bien además, en términos más generales, a dificultades graves que impidiesen cumplir la obligación, como no fuese sacrificando un interés esencial del Estado, lo que cubriría entonces asimismo la hipótesis del «estado de necesidad». En resumen, no se puede decir que sea posible sacar conclusiones determinantes, en lo que nos interesa, de las escasas tomas de posición en ocasión de la Conferencia de Codificación de 1930.

21. En la práctica internacional, son muy numerosos los casos en que un Estado ha invocado una situación de necesidad (haya o no empleado para designarla ese término preciso u otros) con el fin de justificar un com-

³⁸ *Ibid.*, pág. 58.

³⁹ Véase *Anuario...* 1979, vol. II (primera parte), pág. 49, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4, párr. 108.

portamiento diferente del que habría exigido en el caso una obligación internacional a su respecto. Sin embargo, sólo cabe mencionar y analizar los que, de un modo u otro, pueden revelarse concluyentes a los fines que nos interesan. Conviene asimismo remitirnos en primer lugar a los que se refieren a esferas respecto de las cuales la aplicabilidad de la excusa de necesidad —siempre en las condiciones y dentro de los límites que hemos tratado de definir— no parece haber dado lugar a verdaderas discusiones de principio, aun cuando se hayan planteado reservas y posiciones firmes en cuanto a su aplicación en los casos concretos. A continuación, como lo hemos hecho a propósito de otras «circunstancias», examinaremos separadamente los casos en que se invocó el estado de necesidad para excusar el incumplimiento de una obligación «de hacer» y los casos en que esa misma circunstancia se invocó para justificar un comportamiento no conforme con una obligación «de no hacer». Dentro de cada una de esas dos categorías será útil agrupar los casos según la materia específica a que se refieran.

22. Un conjunto importante de casos de inobservancia de obligaciones *de hacer*, por razones de necesidad, tienen que ver con la materia del *repudio o la suspensión del pago de deudas internacionales*. Así, en el *Asunto de las indemnizaciones rusas*, ya examinado bajo otro aspecto⁴⁰, el Gobierno del Imperio Otomano, para justificar su tardanza en el pago de la deuda contraída respecto del Gobierno de Rusia, había invocado, entre otras cosas, el hecho de haberse encontrado en una situación financiera sumamente difícil, situación que describía entonces con el término de «fuerza mayor», pero que, como hemos subrayado en varias ocasiones, tenía más bien los caracteres del «estado de necesidad». A este respecto, la Corte Permanente de Arbitraje —a quien se sometió la controversia— tuvo ocasión de afirmar lo siguiente:

La excepción de fuerza mayor invocada en primer lugar es oponible tanto en derecho internacional público como en derecho privado: el derecho internacional debe adaptarse a las necesidades políticas. El Gobierno Imperial ruso admite expresamente [...] que la obligación que tiene un Estado de ejecutar los tratados puede disminuir «si la existencia misma del Estado pelagra, si el cumplimiento de la obligación internacional es [...] autodestructivo».*

Es indiscutible que la Sublime Puerta ha probado, en apoyo de la excepción de fuerza mayor [...], que de 1881 a 1902 Turquía se encontraba sumida en dificultades financieras de extrema gravedad, sumadas a acontecimientos internos y externos (insurrecciones, guerras) que la obligaron a asignar buena parte de sus ingresos para fines especiales, a soportar el control extranjero de parte de sus finanzas, a acordar incluso una moratoria al Banco otomano y, en general, a demorarse en el cumplimiento de sus compromisos, o a ejecutarlos parcialmente, y ello a costa de grandes sacrificios. Pero ha quedado verificado por otra parte que durante este mismo período, y particularmente luego de la creación del Banco otomano, Turquía ha podido contratar empréstitos a tasas favorables y convertir otros y que ha logrado por último amortizar una parte importante de su deuda pública, valuada en 350 millones de francos [...]. Sería manifiestamente exagerado admitir que el pago o la contratación de un empréstito para el pago de la suma relativamente mínima de cerca de seis millones de francos

aproximadamente debida a los titulares rusos de indemnizaciones habría puesto en peligro la existencia del Imperio Otomano o comprometido gravemente su situación interna o externa*⁴¹.

Así pues, la Corte rechazó, en el caso particular, la excepción planteada por el Gobierno otomano, excepción que, según la demanda otomana, sigue llamando «de fuerza mayor», pero que, en la terminología de la Corte, se convierte aún más en un *ejemplo típico de excepción de «estado de necesidad»*. La Corte basó su decisión en la constatación de que en el caso concreto no se daban las condiciones necesarias para reconocer la aplicabilidad de la excepción. Por lo tanto, podemos decir, según nuestra terminología actual, que admite sin más la existencia en derecho internacional de una «excusa de necesidad», pero sólo dentro de límites muy rígidos. Para la Corte, el respeto de la obligación internacional debe ser *self-destructive* [autodestructivo] para que pueda excluirse la ilicitud del comportamiento no conforme con la obligación. Su concepto de «estado de necesidad» es un concepto restringido en cuanto al interés protegido. Únicamente en caso de que el respeto de la obligación pusiera en peligro la existencia del Estado o arriesgase *comprometer gravemente su situación interna* podría considerarse que el Estado está autorizado a no ajustarse a dicho respeto.

23. En el laudo arbitral dictado por el árbitro Ö. Ündén el 29 de marzo de 1933 en el *Asunto de los bosques de Rhodope central (fondo)*⁴², se había condenado a Bulgaria a pagar a Grecia, a título de reparación, la suma global de 475.000 leva oro más un interés de 5 % a contar de la fecha del laudo. Dado que Bulgaria no había dado cumplimiento al laudo dentro de los plazos previstos, el 6 de septiembre de 1934 Grecia apeló ante el Consejo de la Sociedad de las Naciones para que adoptase respecto de Bulgaria las medidas previstas en el párrafo 4 del Artículo 13 del Pacto de la Sociedad de las Naciones. Para justificar su comportamiento no conforme con la obligación impuesta por el laudo, Bulgaria declaró ante el Consejo que:

[...] el Gobierno de Bulgaria no tenía la intención, que tal vez pudiese inferirse de la actitud del Gobierno de Grecia de pedir que se incluyese la cuestión en el orden del día del Consejo (Anexo 1516), de eludir la obligación que le había impuesto el laudo arbitral en cuestión. Por lo tanto, confirmó la declaración de que su Gobierno estaba dispuesto a hacer efectivo a Grecia el pago estipulado en el laudo. Sin embargo, la situación actual de las finanzas nacionales impedía que el Gobierno de Bulgaria contemplara la posibilidad de hacer un pago en efectivo. No obstante, su Gobierno estaba dispuesto a examinar inmediatamente con el Gobierno de Grecia cualquier otro método de pago aceptable para éste. En particular, el Gobierno de Bulgaria estaría en condiciones de satisfacer su deuda mediante entregas en especie.

Grecia aceptó la propuesta de Bulgaria. El representante de Grecia ante el Consejo declaró lo siguiente:

El Gobierno de Grecia, tomando en consideración las dificultades financieras de Bulgaria, dio su asentimiento a esa pro-

⁴¹ *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 179, documento A/CN.4/315, párr. 394. El documento A/CN.4/315 se denomina en adelante «Estudio de la Secretaría».

⁴² Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1949.V.2), pág. 1405.

⁴⁰ *Ibid.*, págs. 33 y 34, párr. 65.

puesta y estuvo dispuesto a arreglar inmediatamente, de acuerdo con el Gobierno de Bulgaria, la naturaleza y la cantidad de las entregas que podría aceptar convenientemente en pago de su pretensión⁴³.

Por lo tanto, parece que ambos Gobiernos reconocieron claramente que una situación de *necesidad*, como la que representan *gravísimas dificultades financieras*, puede justificar, si no el repudio por un Estado de una deuda internacional, por lo menos el recurso a medios de satisfacción de la obligación distintos de los que ésta preveía.

24. A menudo, la cuestión de la posibilidad de invocar dificultades financieras gravísimas —y por lo tanto una situación susceptible de responder a las condiciones que permitan reconocer la existencia de un estado de necesidad— para justificar el repudio o la suspensión del pago de una deuda del Estado se ha discutido también a propósito de las deudas contraídas por el Estado no directamente respecto de otro Estado, sino respecto de bancos o de otras sociedades financieras extranjeras. Si bien se discute la existencia de una obligación internacional de derecho consuetudinario de respetar las deudas contraídas por el Estado respecto de «particulares» extranjeros, nos parecen interesantes algunas tomas de posición ocasionadas por las discusiones indicadas, no sólo porque, de todas maneras, tal obligación puede estar prevista en instrumentos convencionales, sino también porque a menudo esas tomas de posición se enunciaron con un alcance general que excedía del marco de la hipótesis del caso concreto.

25. En la petición de información dirigida a los Estados por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930) se planteaba la cuestión de saber si el Estado incurría en responsabilidad internacional o no en el caso en que mediante un acto del poder legislativo (punto III, 4) o del poder ejecutivo (punto V, 1, b) repudiara una deuda contraída con extranjeros. Varios gobiernos sostuvieron que la respuesta a esta pregunta dependía de las circunstancias del caso concreto; algunos de ellos mencionaron expresamente la excepción de «necesidad». Así, el Gobierno de Sudáfrica formuló la opinión siguiente:

Tal acción constituiría *prima facie* un incumplimiento de sus obligaciones internacionales y daría lugar a una reclamación internacional. Implicaría ciertamente una responsabilidad internacional si un Estado, con capacidad para cumplir sus obligaciones, al repudiar las deudas para con extranjeros, fuera movido por la falta de consideración hacia sus derechos.

No obstante, el Gobierno de la Unión *no excluiría la posibilidad de que tal rechazo fuera un acto justificable* *. Los extranjeros que prestan dinero a un Estado concreto difícilmente pueden esperar que no les perjudiquen en ninguna circunstancia las vicisitudes del Estado en cuestión. Si, a causa de circunstancias adversas que escapan a su control, un Estado se encuentra realmente en *tal situación que no puede cumplir todos sus compromisos y obligaciones, está virtualmente en una situación de necesidad* *. Tendrá que establecer entonces una prelación entre sus obligaciones y atender primero a las que sean de *más vital interés*. Por ejemplo, *no puede esperarse de*

*un Estado que cierre sus escuelas y universidades y sus tribunales, que licencie a su policía y que descuide sus servicios públicos en tal medida que exponga al caos y a la anarquía a su comunidad simplemente para disponer así del dinero para pagar a sus prestamistas, extranjeros * o nacionales. Hay límites a lo que puede esperarse razonablemente de un Estado **, del mismo modo que los hay para un individuo. Si en tal contingencia las consecuencias del infortunio se dividen equitativamente entre los nacionales y los extranjeros y no se discrimina especialmente contra estos últimos, no debe haber motivo de queja⁴⁴.

Adoptó una posición análoga el Gobierno de Austria, según el cual:

La doctrina predominante en derecho internacional no parece calificar al rechazo de deudas por parte de un Estado como una violación de las obligaciones internacionales de ese Estado a menos que actúe arbitrariamente; por ejemplo, que distraiga del destino apropiado las garantías asignadas a sus acreedores. Por otra parte, esta doctrina no admite que aquellos Estados cuyos nacionales hayan sido perjudicados por tal rechazo puedan intervenir en nombre de las personas damnificadas en caso de que el rechazo no haya sido arbitrario, sino impuesto por *vis major*. Hay que considerar que, en la mayoría de los casos, los riesgos que implica la adquisición de obligaciones de un Estado cuya situación financiera sea inestable están compensados ya por el precio de emisión o el tipo de interés⁴⁵.

Fundándose en las respuestas recibidas, el Comité Preparatorio distinguió, en las bases de discusión preparadas para la Conferencia, los casos de repudio de las deudas del caso de suspensión o modificación de su servicio. Sobre este último punto, determinó que:

El Estado incurre en responsabilidad si, aun sin desconocer una deuda, mediante una disposición legislativa suspende o modifica su servicio en todo o parte, salvo que se vea forzado a ello por *necesidades financieras* * [base de discusión N.º 4, párr. 2]⁴⁶.

26. La jurisprudencia internacional examinó repetidas veces la misma cuestión. En el *Asunto de la Compañía francesa de ferrocarriles de Venezuela*, el Gobierno de Francia fundaba su demanda, entre otras cosas, en que, en ocasión de la revolución de 1898-1899, el Gobierno de Venezuela no había pagado las deudas contraídas con la empresa. La controversia se sometió a la Comisión Mixta de Reclamaciones Francia/Venezuela, creada por el protocolo de 19 de febrero de 1902. En su decisión, el superárbitro declaró que, atendidas las circunstancias, al Gobierno de Venezuela «no puede imputarse responsabilidad [...] por su imposibilidad de pagar sus justas deudas», y que:

[...] El superárbitro no encuentra de parte del gobierno demandado intención o propósito alguno de dañar o perjudicar a la empresa demandante en ninguna manera o grado. Sus actos y sus negligencias fueron causados e incitados por razones y

⁴⁴ Estudio de la Secretaría, párr. 64.

⁴⁵ *Ibid.* Se sobrentiende que, cuando el Gobierno de Austria hablaba de «razones de fuerza mayor», quería referirse a situaciones que, a nuestro juicio, corresponden más bien al «estado de necesidad».

⁴⁶ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 220, documento A/CN.4/96, anexo 2. Véase también, en el mismo sentido, la base N.º 9, relativa al repudio o la modificación de deudas por el poder ejecutivo (*ibid.*).

⁴³ Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 15.º año, N.º 11 (primera parte), noviembre de 1934, pág. 1432.

motivos totalmente diferentes. *Su primer deber era para consigo mismo. Era fundamental su propia conservación* *. Sus ingresos se dedicaron apropiadamente a ese fin. La reclamación de fondos hecha por la empresa se dirigió a un tesoro vacío o, en todo caso, sólo adecuado para las exigencias del presupuesto de guerra⁴⁷.

27. En el *Asunto concerniente al pago de diversos empréstitos servios emitidos en Francia*, sometido a la Corte Permanente de Justicia Internacional y fallado por ésta el 29 de julio de 1927, el Estado servio-croata-esloveno, que se estimaba autorizado a considerar en lo sucesivo como concertadas en francos papel sus deudas contraídas originalmente en francos oro, invocaba dos argumentos en apoyo de su tesis. El primero era la imposibilidad física en que se encontraba de obtener en el Banco de Francia los francos oro necesarios para pagar sus deudas según las modalidades previstas en los acuerdos de empréstito. (Como se recordó⁴⁸, la Corte no consideró que podía aceptar en el caso de referencia esta excusa de «fuerza mayor», ya que las condiciones de los empréstitos no impedían en absoluto al deudor saldar sus deudas abonando a los acreedores las sumas de francos papel correspondientes al valor en francos oro de dichas deudas.) El segundo y principal argumento era la existencia en el Estado de reciente creación de una grave situación debida a la guerra, situación por la cual era imposible imponer a las finanzas del Estado una carga tan pesada como la del pago integral de su deuda exterior sin comprometer gravemente su estabilidad financiera. Como término de comparación, se citaba el hecho de que el Gobierno francés mismo había impuesto a sus propios acreedores un sacrificio irremediable por las medidas legislativas que había tenido que adoptar para estabilizar su moneda, ya que no podía hacer frente de otra manera a las cargas enormes derivadas de la guerra⁴⁹. El Gobierno francés, por su parte, negaba firmemente la aplicabilidad de esos argumentos en el caso de referencia, sin negar por ello que en otras condiciones una situación grave pudiera justificar la inobservancia de las cláusulas estipuladas en un acuerdo de empréstito⁵⁰. Lo mismo sucedió con la Corte, la cual, al resolver que no puede sostenerse que la guerra y sus consecuencias económicas afectasen «jurídicamente a las obligaciones nacidas de los contratos entre el Gobierno servio y los tenedores franceses de bonos»⁵¹, parece haber considerado que la situación financiera del Estado deudor en el caso de referencia no iba a empeorar como conse-

cuencia del pago íntegro de la deuda contraída. Pero la misma Corte parece admitir perfectamente en principio que en ciertos casos pueda invocarse un estado verdadero de necesidad para excluir la ilicitud de un comportamiento no conforme a una obligación financiera internacional.

28. Pero particularmente en el caso de la controversia que opuso Bélgica a Grecia en el *Asunto de la Société commerciale de Belgique* se discutió largamente la posibilidad de invocar la existencia de una *situación de dificultades financieras muy graves* para justificar la no ejecución del pago de una deuda de Estado contraída con una sociedad financiera extranjera. En el caso de referencia, dos laudos arbitrales habían resuelto que el Gobierno griego estaba obligado a abonar a la sociedad belga una suma determinada a título de reembolso de una deuda contraída con esa sociedad. Como ese Gobierno tardaba en ejecutar los laudos, el Gobierno belga presentó una demanda a la Corte Permanente de Justicia Internacional para que ésta declarase que el Gobierno griego, al negarse a ejecutar los laudos arbitrales, había violado sus obligaciones internacionales. Sin negar la existencia de esas obligaciones, el Gobierno griego adujo en su defensa que si hasta ese momento no había ejecutado los laudos arbitrales no se debía en lo más mínimo a mala voluntad, sino a la grave situación presupuestaria y monetaria del país. En la sección 4 del presente capítulo⁵² citamos el pasaje de los informes de dicho Gobierno en que hacía constar las condiciones que le hacían «imposible [...] sin comprometer gravemente la existencia económica del país» * y el funcionamiento normal de los servicios públicos hacer los pagos y efectuar la transferencia de divisas» que implicaba la ejecución integral de los laudos arbitrales. En ese momento ya destacamos que al hablar de «fuerza mayor» y de «imposibilidad» de adoptar el comportamiento requerido por su obligación, el portavoz del Gobierno griego no pensaba verosímelmente en una verdadera *imposibilidad absoluta*, sino en una imposibilidad de hacerlo sin lesionar con ello un *interés fundamental del Estado*, es decir, una situación que puede, a nuestro juicio, quedar incluida dentro del marco de una hipótesis de *estado de necesidad* y no de una hipótesis de fuerza mayor. Por esta razón volvemos aquí a este asunto, ya que el lugar que le corresponde verdaderamente, pese a las inexactitudes de terminología, figura entre los casos, y de los más significativos, de aplicación del concepto de «estado de necesidad».

29. Ya en su contramemoria de 14 de septiembre de 1938 el Gobierno griego alegaba como excusa una «necesidad imperiosa»*. Según él:

[...] el Estado tiene el deber de suspender la ejecución de la cosa juzgada si esa ejecución *puede perturbar el orden y la paz social* * que tiene la responsabilidad de resguardar, o *comprometer* * o entorpecer gravemente *el funcionamiento normal de los servicios públicos* *⁵³.

⁴⁷ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 60.V.4), pág. 353.

⁴⁸ Véase *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 54, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4, párr. 118.

⁴⁹ Véase Estudio de la Secretaría, párr. 264. El gobierno demandado incluía los dos argumentos invocados en el concepto único de «fuerza mayor», consagrado, según él, por la legislación de los dos países (*ibid.*). Véase también la intervención oral del Sr. Devèze, abogado del Estado servio-croata-esloveno (*ibid.*, párr. 266).

⁵⁰ Véase la respuesta oral del representante del Gobierno francés, Sr. Basdevant (*ibid.*, párr. 267).

⁵¹ *Ibid.*, párr. 268. Véase también el fallo dictado por la Corte en el *Asunto concerniente al pago en oro de los empréstitos federales brasileños emitidos en Francia* (*ibid.*, párr. 273).

⁵² *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), págs. 55 y 56, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4, párr. 120.

⁵³ Estudio de la Secretaría, párr. 276.

Por lo tanto, se defendía de haber «cometido un acto ilícito contrario al derecho internacional», como pretendía el demandante, afirmando que:

El Gobierno de Grecia, atento a los *intereses vitales del pueblo helénico, de la administración, de la vida económica, del estado sanitario, de la seguridad* * tanto interior como exterior del país, no podía seguir otro curso de acción. En su lugar, cualquier gobierno haría lo mismo⁵⁴.

Esta tesis se repite en la dúplica del Gobierno griego de 15 de diciembre de 1938, de la que hemos sacado precisamente el pasaje citado en la sección 4 y recordado en el párrafo precedente, pasaje en el cual se mencionaba el grave peligro para la *existencia económica del país* que habría comportado el cumplimiento de las obligaciones internacionales de éste⁵⁵. Pero fue sobre todo en la intervención oral del Sr. Youpis, consejero del Gobierno griego, de los días 16 y 17 de mayo de 1939, donde se desarrolló la cuestión de la excusa de necesidad. Habiendo reafirmado el principio de que los compromisos contractuales y los fallos deben ejecutarse de buena fe, el Sr. Youpis prosiguió como sigue:

Sin embargo, se presentan a veces circunstancias externas ajenas a la voluntad humana que colocan a los gobiernos en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones hacia los acreedores y sus deberes ante el pueblo; los recursos del país resultan insuficientes para cumplir a la vez los dos deberes. No es posible pagar totalmente la deuda y, a la vez, asegurar al pueblo una administración apropiada, garantizarle las condiciones indispensables para su desarrollo moral, social y económico. *Se plantea el penoso problema de elegir entre los dos deberes; uno de ellos debe ceder en cierta medida: ¿cuál?* *.

[...].

La doctrina y la jurisprudencia han tenido ocasión de ocuparse de la cuestión. [...]

A este respecto, la doctrina admite que *el deber de un gobierno de asegurar el buen funcionamiento de sus servicios públicos esenciales prima sobre el de pagar sus deudas* *. Ningún Estado está obligado a cumplir o a cumplir totalmente sus obligaciones pecuniarias si ello compromete el funcionamiento de sus servicios públicos y produce el efecto de desorganizar la administración del país. En el caso en que el pago de la deuda ponga en peligro la vida económica o comprometa la administración *, el Gobierno está autorizado, en opinión de los autores, a suspender o incluso a reducir el servicio de ésta *⁵⁶.

El consejero del Gobierno griego hacía a continuación un análisis detallado de la doctrina y la jurisprudencia, del cual sacaba una plena confirmación del principio que acababa de enunciar. En la esperanza de obtener así más fácilmente una acogida favorable, aunque su intención podía también ser otra, calificaba en primer lugar a este principio de «teoría de la fuerza mayor, expresada con otra fórmula». No obstante, rindiéndose a la evidencia, se apresuraba él mismo a agregar «*que hay escuelas y autores que expresan la misma idea por medio de la expresión: estado de necesidad*». Y concluía como sigue:

Si bien la terminología difiere, todo el mundo está, pese a ello, de acuerdo en el sentido y el alcance de la teoría; todos

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 278.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 281.

estiman que el *Estado deudor no incurre en responsabilidad alguna si se encuentra en una situación semejante* *⁵⁷.

30. El Gobierno demandado enunciaba así de una forma particularmente documentada y con un alcance absolutamente general el principio de que una situación de *necesidad* debidamente demostrada constituía en derecho internacional *una circunstancia que excluía la ilicitud de un comportamiento estatal no conforme a una obligación internacional de carácter financiero* y la responsabilidad que por otra parte derivaría. Ahora bien, es importante señalar que sobre el reconocimiento de este principio el Gobierno demandante se declaró plenamente de acuerdo. En su intervención del 17 de mayo de 1939, el Sr. Sand, consejero del Gobierno belga, afirmó:

En un estudio erudito [...], el Sr. Youpis sostuvo ayer que un Estado no estaba obligado a pagar su deuda si para pagarla ha de comprometer sus servicios públicos esenciales *.

El Gobierno belga estaría sin duda de acuerdo sobre el principio así enunciado *⁵⁸.

En realidad, el consejero belga no negaba, incluso de hecho, que la situación financiera en que entonces se hallaba el Estado griego pudiera justificar el cuadro trágico pintado por su portavoz. Los puntos sobre los que quería ser tranquilizado eran los siguientes: a) que la inexecución por el Estado de referencia del pago de su deuda no estaba dictada sino por consideraciones de hecho derivadas de la incapacidad de pago y que no intervenían otras razones derivadas de una impugnación del derecho del acreedor; b) que la incapacidad de pago podía reconocerse como la justificación de una «suspensión» total o parcial de ese pago, pero no como una liberación definitiva, ni siquiera parcial, de la deuda. Es decir, debía reconocerse que la exclusión de la ilicitud del comportamiento del Estado deudor no conforme a su obligación internacional cesaría en el momento en que la situación de necesidad desapareciera, en cuyo caso la obligación volvería a operar con respecto a la totalidad de la deuda⁵⁹. A ese respecto, la posición del Gobierno belga es particularmente valiosa a efectos de determinar este límite para la admisibilidad de la excusa de necesidad que hemos subrayado *supra* ⁶⁰.

31. Por su parte, la Corte, en su fallo de 15 de junio de 1939⁶¹, recordó que no cabía en su mandato declarar si, en el caso en examen, el Gobierno griego estaba justificado para no ejecutar los laudos arbitrales. No obstante, al destacar que en cualquier caso no podía

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 284.

⁵⁹ Al subrayar que la deuda cuyo pago no podía suspenderse subsistía en su totalidad y debería ser pagada tan pronto como desapareciera la situación transitoria de necesidad, el Gobierno belga se manifestaba particularmente contra la confusión engendrada en la tesis del consejero del Gobierno griego por la identificación práctica entre la idea de «estado de necesidad» y la idea de «fuerza mayor». En efecto, ésta podría haber sido utilizada para deducir de ella que el Estado deudor se hallaba definitivamente liberado de la deuda. Sobre esta cuestión, véanse las consideraciones formuladas en el párrafo 120 de la sección 4 [*Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), págs. 55 y 56, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4].

⁶⁰ Párr. 14.

⁶¹ Véase Estudio de la Secretaría, párr. 288.

hacer tal declaración sino tras haber comprobado por sí misma la situación financiera alegada por el Gobierno griego y haber determinado cuáles habrían sido los efectos de una ejecución de los laudos arbitrales, la Corte aceptó implícitamente el principio de base en el que ambas partes estaban de acuerdo.

32. Siguiendo dentro de la esfera de las obligaciones internacionales «de hacer», no solamente las obligaciones relativas al reembolso de las deudas internacionales en la práctica internacional han dado ocasión de invocar circunstancias que responden a las características de un «estado de necesidad» para justificar comportamientos estatales no conformes a sus previsiones. El *Asunto de los bienes inmuebles de las minorías búlgaras en Grecia* proporciona un caso bastante típico a nuestro juicio. Este asunto también se ha examinado en la sección precedente de este capítulo⁶², ya que la Comisión de la Sociedad de las Naciones que investigó la situación se sirvió del término «caso de fuerza mayor» para justificar el hecho de que el Gobierno griego, a raíz del final desfavorable de la guerra greco-turca, instaló refugiados griegos procedentes del Asia Menor en inmuebles abandonados temporalmente por sus propietarios búlgaros, inmuebles que deberían haber permanecido a disposición de sus propietarios de conformidad con el Tratado de Sèvres celebrado con Bulgaria. Examinando el caso de cerca, no obstante, el Gobierno griego, como hemos señalado⁶³, no se había hallado ante una «imposibilidad física» de cumplir sus obligaciones internacionales respecto de las propiedades búlgaras en su territorio. Por tanto, no cabría hablar, al menos según la terminología que hemos adoptado en este informe, de un caso de «fuerza mayor». En efecto, la excusa admitida por la Comisión de la Sociedad de las Naciones era más bien una excusa de «necesidad». Era la necesidad de salvaguardar un interés esencial para él, a saber: ofrecer un asilo inmediato a sus súbditos que en oleadas volvían a su territorio en busca de refugio, lo que llevó al Gobierno griego a actuar de una manera no conforme a las obligaciones internacionales que lo ligaban a Bulgaria. Ese comportamiento pudo, por tanto, ser exonerado del reproche de ilicitud internacional de que de otra manera podría haber sido tachado. Pero, por otro concepto, ese comportamiento conllevó la obligación de indemnizar a los particulares a quienes el acto cometido por el Gobierno griego en estado de necesidad había privado de sus propiedades. Por tanto, se trata de una de las hipótesis que hemos previsto específicamente⁶⁴.

33. Del análisis de los casos en que un Estado ha invocado la existencia de un estado de necesidad con la intención de justificar la inobservancia de una obligación internacional «de hacer», pasamos ahora al análisis del caso en que la obligación impugnada era una obligación «de no hacer», es decir, de abstenerse de ciertos comportamientos. A este respecto, es interesante tomar particularmente en consideración el caso en que

el «interés esencial» del Estado, amenazado por un «peligro grave e inminente», e imposible de salvaguardar salvo mediante la adopción de un comportamiento prohibido en principio por una obligación internacional, era asegurar la supervivencia de la fauna o de la vegetación de ciertos espacios terrestres o marítimos o de preservar la utilización normal de esas extensiones o, de forma más general, asegurar el equilibrio ecológico de una región. Particularmente en los dos últimos decenios ha venido a considerarse que la salvaguardia del equilibrio ecológico responde a un «interés esencial» de todos los Estados. Por tanto, es ahora sobre todo cuando surgirán tomas de posición encaminadas a excluir sobre esta base la ilicitud de un comportamiento no conforme a una obligación internacional. Pero hay también algunos precedentes, el más reciente de los cuales es tal vez la posición adoptada en 1893 por el Gobierno ruso en el asunto de la *pesca de focas de peletería frente a la costa de Rusia*. En vista del aumento en proporciones preocupantes de la captura de focas de peletería cerca de las aguas territoriales rusas por pescadores británicos y norteamericanos, y en vista de la inminencia de la apertura de la estación de caza, el Gobierno ruso, para conjurar el peligro del exterminio de esos animales, emitió un decreto por el que prohibía la caza en una zona contigua a sus costas, pero que en esa época formaba parte innegablemente de la alta mar y, por tanto, estaba sustraída a la jurisdicción rusa. En una carta de 12 (24) de febrero de 1893 al Embajador británico, el Ministro ruso de Relaciones Exteriores, Chickline, explicaba que esa medida se había adoptado a causa de la «necesidad absoluta» de tomar medidas provisionales inmediatas en vista de la inminencia de la estación de caza. El Ministro agregaba que consideraba

útil insistir en el carácter esencialmente *provisional* * de las medidas anteriormente mencionadas, impuestas por las presentes *circunstancias excepcionales* *⁶⁵,

y se declaraba dispuesto a concertar un acuerdo con el Gobierno británico para resolver de forma permanente la cuestión de la caza de focas en la región. Por tanto, esta toma de posición es interesante en tanto que afirmación de la validez de la excusa de necesidad en derecho internacional⁶⁶, y también porque aclara precisamente varias de las condiciones enunciadas *supra*⁶⁷ que deben reunirse en todo caso para que pueda simplemente pensarse que una situación de «necesidad» justifica la acción de un Estado no conforme a una obligación internacional, a saber: el carácter absolutamente excepcional de la situación alegada, el carácter inminente del peligro que pesa sobre un interés importante del Estado, la imposibilidad de conjurar tal peligro por otros medios y el carácter necesariamente temporal de esa «justificación», ligada a la persistencia del peligro

⁶⁵ Estudio de la Secretaría, párr. 155.

⁶⁶ Para calificar esas medidas, el Ministro del Zar mencionaba también la «fuerza mayor» y la «legítima defensa», pero es evidente que, según la terminología que nos hemos esforzado en clarificar en el presente informe, nos hallamos ante un ejemplo típico de medidas adoptadas «en estado de necesidad».

⁶⁷ Véase *supra*, párrs. 12, 13 y 14.

⁶² Véase *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 53, documento A/CN.4/318 y Add.1 y 4, párr. 115.

⁶³ *Ibid.*, pág. 53, nota 239.

⁶⁴ Véase *supra*, párr. 18.

temido. El acuerdo con el Gobierno británico fue concertado de hecho en mayo de 1893⁶⁸.

34. Es interesante establecer un paralelo entre la posición del Gobierno ruso y la que adoptaron en la misma época los Estados Unidos de América con respecto a la caza de focas de peletería en el Mar de Bering. El Gobierno de los Estados Unidos reclamaba el derecho de extender la aplicación de sus propios reglamentos de pesca más allá de sus aguas territoriales. El objetivo era poner fin a la actividad de los pescadores canadienses que, según afirmaba, daban caza a las focas de peletería en alta mar utilizando unos métodos de pesca que provocaban la masacre de esos animales en perjuicio de la industria peletera establecida por los Estados Unidos en una de las islas estadounidenses del Mar de Bering frecuentadas por esas focas. El Gobierno británico se opuso a una tal aplicación de los reglamentos de pesca estadounidenses aduciendo que los pescadores canadienses faenaban en alta mar. Con base en el tratado de 29 de febrero de 1892, se llevó el litigio a un tribunal arbitral. Ante ese tribunal el representante de los Estados Unidos hizo las siguientes observaciones:

El motivo con el que se trata de justificar la destrucción de las focas es que el mar abierto es libre y que, como la matanza se produce precisamente ahí, es el resultado del ejercicio de un derecho irrevocable [...]; que la nación perjudicada no puede defenderse en el mar y, en consecuencia, dadas las circunstancias del caso, no puede defenderse en absoluto, sean cuales fueren las consecuencias.

El Gobierno de los Estados Unidos rechaza este argumento. Aunque reconoce el principio general de la libertad de los mares, tal como establecen los usos modernos y el consenso de opinión, y está interesado en mantenerlo, sostiene que el mar sólo es libre a efectos del uso inocente e inofensivo, que no perjudique los justos intereses de ninguna nación limítrofe; [...] que el derecho de legítima defensa de una nación es un derecho perfecto y fundamental al que están subordinados todos los demás derechos y que jamás ha sido revocado en ninguna teoría reconocida del derecho internacional; que su ámbito cubre todos los intereses materiales de una nación cuya importancia justifica su defensa; [...] que, por consiguiente, puede ejercitarse en la alta mar lo mismo que en tierra firme, e incluso en el territorio de otras naciones amigas, siempre que aparezca claramente la necesidad, y que cuando un interés nacional, justo e importante, de cualquier género se ve amenazado por una actividad en la alta mar, destinada a la obtención de un beneficio individual, el derecho del individuo debe sacrificarse y la nación estará facultada para protegerse contra el perjuicio con el uso de cualquier medida de fuerza razonablemente necesaria, según los usos establecidos en casos análogos⁶⁹.

El agente del Gobierno británico se opuso a este argumento, negando que un Estado tuviera en tiempo de paz el derecho de cometer en alta mar, a título de «legítima defensa» (*self-defence*) o de «autoconservación» (*self-preservation*), cualquier acto que, a juicio del interesado, fuera necesario para proteger lo que consideraba su patrimonio o sus intereses. En su opinión, los

únicos casos en que el derecho internacional reconocía, aunque con limitaciones, a un Estado el derecho de actuar en virtud de «autoconservación» o «legítima defensa» contra el derecho de otro Estado eran casos de violaciones, cometidas en situación de «emergencia» («emergency») real, de obligaciones dimanantes sobre todo del derecho de guerra⁷⁰. El tribunal arbitral falló en 1893. Juzgó que los Estados Unidos no tenían «ningún derecho de protección o de propiedad sobre las focas que frecuentaban las islas de los Estados Unidos en el Mar de Bering cuando estas focas se encontraban fuera de los límites ordinarios de las tres millas»⁷¹. Además, la mayoría de los miembros del tribunal rechazó las propuestas de enmienda del fallo expuestas por el miembro estadounidense del tribunal, la principal de las cuales apuntaba a la conveniencia de reconocer a todas las naciones, en virtud del derecho internacional, derechos de autoconservación y legítima defensa⁷². En realidad, aunque ambas se relacionaban con la misma materia de la caza de las focas en alta mar, la semejanza entre la posición de Rusia y la de los Estados Unidos sólo era aparente. El Gobierno estadounidense, a diferencia del ruso, no hacía valer la presencia de una circunstancia excepcional de «estado de necesidad» para excusar, ante un peligro ecológico inminente e imposible de evitar por otros medios, la adopción provisional de medidas no conformes a la obligación de abstenerse de ciertos tipos de conducta en zonas del mar libre. El Gobierno de los Estados Unidos no se dirigía a los demás gobiernos interesados, como lo hacía el ruso, pidiendo que concertaran rápidamente un acuerdo para la adopción de medidas comunes contra un peligro común, a raíz del cual pondrían fin a su conducta incompatible con sus deberes internacionales. En realidad, el Gobierno de los Estados Unidos se apoyaba en un concepto distinto al de «estado de necesidad», como es la «autoconservación», el derecho de actuar en cualquier parte en protección de sus propios intereses y los de sus nacionales. El tribunal arbitral no se dejó, pues, influir por el argumento de la pretendida matanza de las focas que cabía temer por parte de los cazadores canadienses y consideró las medidas estadounidenses como una acción ejercitada esencialmente con el fin de proteger los intereses económicos de la industria estadounidense contra la competencia de una industria extranjera, asegurando a la primera un monopolio inadmisibles de la caza de focas en ciertos espacios marítimos cuyo acceso debía ser libre. Sería, pues, completamente erróneo considerar la decisión del tribunal arbitral como el rechazo del concepto de «estado de necesidad» y, en general, como un precedente contra la admisibilidad de este concepto en derecho internacional.

35. Un caso ocurrido en nuestros días, y que puede considerarse como ejemplo típico de la realización de las condiciones que juzgamos indispensables para que se reconozca la existencia de un «estado de necesidad» es el incidente del «Torrey Canyon». El 18 de marzo

⁶⁸ J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1898, vol. I, pág. 826.

⁶⁹ *Ibid.*, págs. 839 y 840.

⁷⁰ *Ibid.*, pág. 892.

⁷¹ *Ibid.*, pág. 917.

⁷² *Ibid.*, págs. 919 y 920.

de 1967 el petrolero *Torrey Canyon*, que enarbolaba pabellón liberiano y transportaba una carga de 117.000 toneladas de petróleo bruto, chocó contra unas rocas sumergidas a lo largo de la costa de Cornwall, aunque fuera de las aguas territoriales británicas. Se abrió una vía de agua en la obra viva y después de sólo dos días se habían vertido al mar cerca de 30.000 toneladas de petróleo. Era la primera vez que se registraba un incidente tan grave y no se sabía cómo remediar las consecuencias, que se preveían desastrosas para las costas inglesas y sus habitantes. El Gobierno británico intentó varios medios: utilizó primero detergentes para disolver el petróleo que se había extendido en la superficie del mar, pero sin resultados apreciables. Por otra parte, el problema principal era el petróleo que todavía quedaba a bordo. Para ello, se decidió primero ayudar en los esfuerzos de una compañía de salvamento contratada por el propietario del navío para que tratara de desencallararlo, pero el 26 y el 27 de noviembre el *Torrey Canyon* se partió en tres pedazos y otras 30.000 toneladas de petróleo fueron a parar al mar. La compañía de salvamento abandonó sus esfuerzos. Entonces el Gobierno británico decidió bombardear el navío a fin de inflamar y destruir el petróleo que quedaba a bordo. El bombardeo se inició el 28 de marzo y consiguió hacer arder casi todo el petróleo. Cabe subrayar que la acción del Gobierno británico no suscitó protestas de parte de los particulares interesados ni de sus respectivos gobiernos. Es cierto que el bombardeo no se produjo sino una vez que el navío no era más que una ruina y que el propietario parecía haberlo abandonado implícitamente; pero incluso antes, cuando se discutían las medidas que había que tomar, no se había producido una reacción negativa ante la idea de una destrucción tal, a la que el Gobierno estaba dispuesto a recurrir incluso contra la voluntad del propietario, si fuera necesario. El Gobierno británico no expuso una justificación jurídica de su conducta, pero insistió en varias ocasiones en la existencia de una situación de peligro extremo y en el hecho de que la decisión de bombardear el navío no había sido adoptada sino a raíz del fracaso de todos los demás medios utilizados⁷³. Creemos, pues, que aunque el propietario del navío no hubiera abandonado sus restos e incluso aunque hubiera tratado de oponerse a su destrucción, se habría impuesto la licitud internacional de la acción realizada por el Gobierno británico fuera de las zonas sometidas a su jurisdicción, ya que concurrían claramente las condiciones que configuraban un «estado de necesidad».

36. La lección del incidente del *Torrey Canyon* no quedó, por otra parte, en letra muerta. Como la recurrencia de tales incidentes era siempre posible, pareció indispensable que la facultad del Estado ribereño para adoptar medidas de protección se basara en normas po-

sitivas y más precisas que la eventual posibilidad de referirse al «estado de necesidad» como circunstancia excluyente de la ilicitud internacional en relación con ciertas medidas adoptadas en alta mar. Esa posibilidad debería conservarse como una especie de *ultima ratio* para circunstancias excepcionales y no para situaciones normalmente previsibles. Por ello la OCMI convocó en 1969 una conferencia, que el 29 de noviembre de 1969 aprobó el Convenio Internacional Relativo a la Intervención en Alta Mar en Caso de Accidentes que causen una Contaminación por Hidrocarburos. En su artículo I se autoriza a las partes en el convenio a tomar las medidas

necesarias para prevenir, mitigar o eliminar todo peligro grave e inminente contra su litoral o intereses conexos, debido a la contaminación o amenaza de contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, resultante de un accidente marítimo u otros actos relacionados con ese accidente, a los que sean razonablemente atribuibles consecuencias desastrosas de gran magnitud⁷⁴.

Las medidas adoptadas deben, naturalmente, guardar relación con el daño causado o amenazado.

El artículo 222 del texto integrado oficioso para fines de negociación, elaborado por el Presidente de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el 15 de julio de 1977, se sitúa en la misma perspectiva:

Medidas para prevenir la contaminación en casos de accidentes marítimos

1. Ninguna de las disposiciones de esta parte afectará el derecho de los Estados a tomar medidas de conformidad con el derecho internacional fuera de los límites del mar territorial para la protección de las costas o intereses conexos, incluso la pesca, contra peligros graves e inminentes de contaminación o riesgos de contaminación después de un accidente marítimo o actos relacionados con ese accidente.

2. Las medidas adoptadas de conformidad con este artículo estarán en proporción con el peligro real o inminente⁷⁵.

37. No obstante, es lógico que, a pesar de la evolución que se indica en el párrafo precedente, se invoque siempre un estado de necesidad como excusa de las conductas estatales no conformes a obligaciones internacionales y adoptadas en casos en que se revelan necesarias, a título excepcional, para conjurar un peligro grave, inminente, si no inevitable, que amenaza a un interés esencial de orden ecológico, bien se produzca esta conducta en alta mar, en el espacio ultraterrestre o en una zona sometida a la soberanía de otro Estado, hipótesis esta última que tampoco queda excluida⁷⁶. Tal sería el caso, por ejemplo, de la intervención de extrema urgencia de un Estado fuera de las fronteras si fuera éste el único medio de proteger al territorio

⁷³ En relación con este asunto, véase el Libro Blanco publicado por el Gobierno británico, *The «Torrey Canyon»*, Cmnd. 3246, Londres, H. M. Stationery Office, 1967; y Reino Unido, *Parliamentary Debates (Hansard), House of Lords, Official Report*, Londres, H. M. Stationery Office, 5.ª serie, vol. 281, 4 de abril de 1967, cols. 874 a 883; e *ibid.*, *House of Commons, Official Report*, 5.ª serie, vol. 743, 20 de marzo de 1967, cols. 1054 a 1060; y vol. 744, 4 de abril de 1967, cols. 38 a 54; 10 de abril de 1967, cols. 758 a 821 y 874 a 926.

⁷⁴ Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1969 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.71.V.4), pág. 179.

⁷⁵ *Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. VIII, *Texto integrado oficioso para fines de negociación* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.78.V.4.), documento A/CONF.62/WP.10.

⁷⁶ Véanse al respecto párrs. 56 y ss. *infra*.

nacional contra la llegada de gases tóxicos que se escaparan repentinamente de un depósito, y que los órganos del Estado vecino carecieran del tiempo o los medios necesarios para tomar las medidas oportunas. Cabría concebir otros ejemplos del mismo género.

38. Hay otra esfera en la cual resulta especialmente interesante analizar los casos en que un Estado, cuyo comportamiento no está de acuerdo con una obligación por la que se ha comprometido a abstenerse precisamente de un comportamiento de esa índole, alega como justificación (poco importa en qué términos, siempre que el contenido sea claro) la «necesidad» de conjurar el peligro grave e inminente que inevitablemente hubiera acarreado el respeto de la obligación. Se trata de la esfera de las obligaciones internacionales relativas al trato que ha de concederse en el territorio de un Estado a los extranjeros, ya se trate de personas físicas o jurídicas.

39. En estos casos, la obligación que se cuestiona suele ser de origen convencional; las obligaciones consuetudinarias en esta esfera y las divergencias de opinión en cuanto a su existencia y alcance son relativamente poco frecuentes. No obstante, cabe señalar un caso ya antiguo⁷⁷ en que las partes en la controversia parecen en realidad haber admitido que el Estado debía cumplir la obligación de derecho internacional general de respetar los contratos de concesión de derechos de investigación y explotación que había concertado con extranjeros. En el *Asunto de la Compañía General del Orinoco*, esta sociedad francesa había obtenido una concesión del Gobierno venezolano para la explotación de minerales y el desarrollo de una red de transportes en una vasta región sobre la cual Venezuela consideraba que ejercía la soberanía. Sin embargo, los territorios que se mencionaban en los contratos de concesión en gran parte eran reivindicados por Colombia, que, no sin razón, consideraba que le pertenecían. Por lo tanto, Colombia se opuso enérgicamente a que el Gobierno venezolano hiciera dichas concesiones y reclamó la restitución de la región. A fin de evitar el peligro de un conflicto armado con la república vecina, peligro que parecía inminente, Venezuela se vio obligada a rescindir los contratos de concesión que había concertado y a restituir a Colombia los territorios sobre los cuales, por error, había ejercido poderes soberanos. Como consecuencia de ello surgió una controversia entre el Gobierno venezolano y la Compañía General del Orinoco. El Gobierno francés apoyó a la empresa y la cuestión se llevó ante la Comisión Mixta de Reclamaciones Francia/Venezuela, establecida en virtud del protocolo de 19 de febrero de 1902. Esta comisión acogió favorablemente los argumentos presentados por Venezuela, según los cuales este país se había visto obligado, como en realidad había sido el caso, a revocar la concesión otorgada a la empresa francesa ante el peligro real, provocado por dicha concesión, de que estallara una guerra. En consecuencia, el árbitro tercero Plumley juzgó que

⁷⁷ Prescindiendo, evidentemente, de los casos ya examinados *supra* (párrs. 26 a 31) en que puede haberse tratado de la violación de la eventual obligación internacional consuetudinaria de saldar las deudas contraídas por el Estado con particulares extranjeros.

era internacionalmente lícito, dadas las circunstancias excepcionales del caso, que el Gobierno venezolano rescindiera la concesión, si bien admitió que la empresa tenía derecho a percibir una indemnización por las consecuencias de ese hecho, internacionalmente lícito, pero sumamente perjudicial para sus intereses⁷⁸.

40. En cuanto a los casos en que la obligación cuya inobservancia se ha querido justificar alegando que se ha obrado en «estado de necesidad» dimana de un convenio internacional, parece interesante mencionar tres asuntos. El primero de ellos es muy antiguo: se trata de una controversia anglo-portuguesa que se remonta a 1832. El Gobierno portugués, vinculado a Gran Bretaña por un tratado en que se comprometía a respetar los bienes de nacionales británicos que residieran en el país, invocó la necesidad urgente de atender a la subsistencia de determinados contingentes utilizados para reprimir disturbios internos para justificar la confiscación por el Gobierno de bienes pertenecientes a nacionales británicos. Ante esta respuesta a sus protestas, el Gobierno británico consultó a sus asesores jurídicos sobre el particular. El 22 de noviembre de 1832, el Sr. Jenner respondió enviando la opinión que se reproduce a continuación:

[...] tengo el honor de informar de que concuerdo con el Sr. Hoppner en que, cualquiera sea el punto de vista desde

⁷⁸ El razonamiento del árbitro tercero fue el siguiente:

«[...] El Gobierno de Venezuela, cuyo deber de autoconservación tenía primacía respecto de toda cuestión contractual, estaba facultado para revocar el contrato en todo o en parte. El Gobierno ejerció dichas atribuciones y rescindió la disposición de cesión ilimitada por considerar que el peligro dejaba sin efecto la obligación y sustituyó dicha obligación por la indemnización*. De no haber habido otra difícil cuestión de Estado involucrada en los contratos de la Compañía General del Orinoco, es muy posible que esta operación quirúrgica gubernamental no hubiera acabado con la existencia de la empresa demandante. Sin embargo, existía una compliación de esa índole.

»[...] A pesar de estar pendiente el litigio fronterizo, se permitió a la Compañía General del Orinoco tomar posesión absoluta e incontestable de las zonas en litigio. Desde el punto de vista de las naciones, el Gobierno demandado había cometido un grave error que debía reparar y sólo podía hacerlo retrocediendo. Ello sólo podía lograrse llegando a una transacción con la empresa o bien revocando el contrato. Cada día que pasaba sin que se rescindiera el contrato se cernía una amenaza más o menos grave sobre las relaciones pacíficas entre ambos países. Lo que se había considerado una empresa valiosa, una bendición para Venezuela, se había convertido, por los motivos expuestos, en una fuente de grave peligro nacional. [...]

»[...] Sin embargo, lo que se ha dicho basta para sugerir los motivos en que el árbitro funda su fallo, a saber: que la difícil situación en que se encontraba Venezuela respecto del incidente colombiano constituía un motivo poderoso para la posición asumida por el Gobierno demandado respecto de la Compañía General del Orinoco en 1889, 1890 y 1891. Se trataba de una cuestión de política gubernamental y el hecho de que Venezuela haya decidido adoptar este plan de acción debe atribuirse a su deseo de mantener la paz con una república hermana.» [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (op. cit., págs. 280 y 281).]

Es evidente que al hablar del «deber de autoconservación» el árbitro tercero procuraba presentar la rescisión del contrato por el Gobierno venezolano como un comportamiento adoptado en «estado de necesidad»; en ese entonces por lo general se consideraba que el presunto derecho o deber de «autoconservación» era el fundamento del «estado de necesidad».

el cual se considere, el actual conflicto en Portugal no puede menoscabar la inmunidad de los súbditos británicos que residen en dicho Reino ni privarlos de los privilegios que les han sido otorgados en virtud de un tratado. Sin embargo, la cuestión que en realidad se plantea es si los privilegios e inmunidades otorgados de ese modo han de respetarse en toda circunstancia, cualquiera sea el riesgo que ello entrañe *; en mi humilde opinión, entiendo que no es posible sostener dicha tesis hasta ese extremo *. Resulta fácil imaginar casos en que la estricta observancia del Tratado sería totalmente incompatible con el deber supremo que una nación tiene para consigo misma *. Vattel (libro II, cap. 12, párr. 170) observa que un caso de esa índole queda «exceptuado tácita y necesariamente del Tratado».

Por lo tanto, en caso de *necesidad apremiante* *, considero que el Gobierno portugués estaría facultado para confiscar para su utilización por el ejército las provisiones, etc., que fueran necesarias para la subsistencia de éste *, aun en contra de la voluntad de los propietarios, británicos o portugueses, ya que, según tengo entendido, los tratados concertados entre este país y Portugal no son tan rígidos ni inflexibles que no puedan modificarse en circunstancia alguna o que sus cláusulas deban ser acatadas tan estrictamente que se prive al Gobierno de Portugal del derecho a utilizar medios que pueden ser absoluta e indispensablemente necesarios para la seguridad e incluso la existencia misma del Estado *.

El alcance de la *necesidad* * que justifique una confiscación de esa índole de los bienes de súbditos británicos dependerá de las circunstancias particulares del caso, pero la necesidad debe ser *inminente y urgente* *⁷⁹.

A pesar de su antigüedad, este caso constituye un precedente especialmente válido, en particular debido a que ambas partes coinciden respecto de los principios enunciados y, por consiguiente, respecto del reconocimiento explícito de la validez de la excusa de necesidad cuando se reúnen determinadas condiciones. Sin embargo, este caso también reviste interés debido a la precisión, poco frecuente en la época, de la terminología empleada, así como a la contribución a la definición de las condiciones de «inminencia» y «urgencia» del peligro que se ha de conjurar, condiciones en que se ha insistido *supra* ⁸⁰.

41. El segundo caso, más próximo en un siglo a nosotros, es el *Asunto Oscar Chinn*, bien conocido por los autores que han tratado el «estado de necesidad». El Gobierno de Bélgica aprobó en 1931 medidas relativas a los transportes fluviales en lo que era entonces el Congo Belga, destinadas a favorecer a la compañía belga Unatra. Según el Reino Unido, uno de cuyos nacionales, Oscar Chinn, había sido perjudicado por las medidas aludidas, éstas habían creado un «monopolio de hecho» de los transportes fluviales en el Congo, lo que, según su parecer, era contrario a los principios de la «libertad de navegación», la «libertad de comercio» y la «igualdad de tratamiento», previstos en los artículos 1 a 5 de la Convención de Saint-Germain-en-Laye, del 10 de septiembre de 1919 ⁸¹. Se sometió la cuestión a la Corte Permanente de Justicia Internacional, que emitió su fallo el 12 de diciembre de 1934. La Corte opinó que el «monopolio de hecho» del que se quejaba

el Reino Unido no estaba prohibido por la Convención de Saint-Germain ⁸². Al no juzgar que el comportamiento del Gobierno de Bélgica no era conforme a sus obligaciones internacionales para con el Reino Unido, la mayoría de la Corte estimó que no debía examinar la cuestión de la posible exclusión de ilicitud del comportamiento en cuestión a causa de un posible estado de necesidad en que hubiera actuado el Gobierno de Bélgica. Por el contrario, la cuestión se trató a fondo en la opinión individual del juez Anzilotti, para quien, si se hubieran probado mejor los hechos alegados por el Gobierno del Reino Unido, a saber, la institución de un monopolio de los transportes fluviales para beneficio de la Unatra, el Gobierno de Bélgica no hubiera podido excusar su acto más que probando a su vez que actuó en «estado de necesidad». Anzilotti se expresó así:

6. Si, suponiendo que se han probado debidamente los hechos alegados por el Gobierno del Reino Unido, las medidas adoptadas por el Gobierno de Bélgica eran contrarias a la Convención de Saint-Germain, no puede tomarse en consideración la circunstancia de que dichas medidas se adoptaron para hacer frente a los peligros de una crisis económica. Es evidente que el derecho internacional no sería más que una palabra vana si bastara que un Estado invocara el interés público para sustraerse al deber de cumplir las obligaciones contraídas. [...].

7. La situación sería distinta en el caso en que el Gobierno de Bélgica se hubiera encontrado en estado de necesidad, pues la necesidad puede excusar el incumplimiento de las obligaciones internacionales *.

La cuestión de si el Gobierno de Bélgica se encontraba en lo que se llama *estado de necesidad* * es una cuestión de hecho que el Gobierno belga, llegado el caso, hubiera debido plantear y probar: no creo que ese Gobierno hubiera tenido la intención de invocar la excusa de la necesidad en el caso en que la Corte hubiera juzgado que las medidas adoptadas eran ilícitas; se limitó a aducir que las medidas se adoptaron por razones graves de interés público, a fin de salvar a la colonia de las consecuencias desastrosas de la caída de los precios.

Además, se puede observar que hay hechos seguros y que parecen imposibles de conciliar con la excusa de la necesidad *.

En primer lugar, el hecho de que el Gobierno de Bélgica adoptara la decisión de 20 de junio de 1931 escogiendo entre varias medidas posibles —y, además, contrariamente a la opinión de la Cámara de Comercio de Léopoldville— la que consideraba más apropiada en las circunstancias. Nadie podía poner en duda, ni lo hace, que correspondía al Gobierno de Bélgica decir cuáles eran las medidas más apropiadas para enfrentar la crisis. Esto, sin embargo, a condición de que las medidas escogidas no se opusieran a sus obligaciones internacionales: la libertad de escoger estaba limitada indiscutiblemente por el deber de respetar dichas obligaciones. En cambio, dicha libertad excluye la excusa de la necesidad * que, por definición, supone la imposibilidad de actuar de ninguna otra manera que no sea la contraria al derecho *.

Otro hecho cierto, y que parece *inconciliable con la excusa de la necesidad* *, es la oferta que hizo el Gobierno el 3 de octubre de 1932 a otros transportistas distintos de la Unatra. Cualquiera haya sido su valor práctico, dicha oferta demuestra que era posible conceder a todas las empresas ventajas análogas a las concedidas a la Unatra y, por lo tanto, evitar ese monopolio de hecho que, según la opinión del Gobierno del Reino Unido, era la consecuencia necesaria de la decisión de 20 de junio de 1931 ⁸³.

⁷⁹ A. D. McNair, *International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956, vol. II, págs. 231 y ss.

⁸⁰ Véase párr. 13.

⁸¹ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. VIII, pág. 25.

⁸² C.P.J.I., serie A/B, N.º 63, pág. 89.

⁸³ *Ibid.*, págs. 112 a 114.

La claridad de los términos y la lucidez del razonamiento de esa opinión, aunque no se trata más que de una opinión accesoria, hacen de ella una de las posiciones más célebres en materia de estado de necesidad. La admisibilidad como principio de la «excusa de la necesidad» en el derecho internacional se destaca de una manera que no deja lugar a dudas. Al mismo tiempo, el concepto de «estado de necesidad», al que se reconoce carta de naturaleza en las relaciones jurídicas internacionales, es muy restrictivo. Lo es en cuanto a la determinación de la *importancia esencial del interés* * del Estado, que debe encontrarse en peligro para que se pueda aplicar la excusa; lo es igualmente en cuanto a la exigencia de que el comportamiento no conforme a una obligación internacional del Estado sea verdaderamente, en este caso, el *único medio* * de salvaguardar el interés esencial amenazado.

42. El tercero de los casos que nos parece útil tomar en consideración es el que enfrentó a los Estados Unidos de América y Francia y se presentó en 1952 a la Corte Internacional de Justicia con el nombre de *Asunto relativo a los derechos nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*. La necesidad de precaverse de un peligro grave para un interés esencial del Estado, es decir, salvaguardar su «equilibrio económico fundamental», se invocó en este asunto como excusa para justificar el incumplimiento de una obligación internacional que concernía a la esfera del tratamiento de los extranjeros. Uno de los puntos en litigio se refería en efecto a si era o no lícita la aplicación a los nacionales norteamericanos de un decreto de 1948 del Residente General de Francia en Marruecos, decreto que limitaba las importaciones en la zona francesa de Marruecos de una manera que los Estados Unidos consideraban que no estaba conforme con las obligaciones derivadas de los tratados aprobados entre los Estados Unidos y Marruecos. Dichos tratados garantizaban a los Estados Unidos el derecho de comerciar libremente en Marruecos, sin más restricciones a las importaciones que las especificadas en los propios tratados⁸⁴. El Gobierno de Francia hizo valer para su defensa, entre otras cosas, el hecho de que las restricciones a las importaciones previstas en el decreto eran necesarias para asegurar el funcionamiento del control de cambios, medida indispensable a su vez para salvaguardar el equilibrio económico del país. Según sus afirmaciones, la supresión de dicho control en una situación candente a causa de las fluctuaciones del franco en el mercado libre de París, y por la «disparidad del dólar» en Marruecos, habría puesto en grave peligro ese equilibrio.

43. Es verdad que, para calificar la situación caracterizada por la «necesidad» de adoptar medidas apropiadas para evitar el grave peligro que, de lo contrario, hubiera comprometido un interés esencial del país, el Gobierno de Francia y su portavoz utilizaron el término «fuerza mayor» y no «estado de necesidad», que nos hubiera parecido más apropiado. Pero pensamos que lo hicieron sobre todo para poder invocar, en apoyo

de sus tesis, el precedente, que ya hemos analizado *supra*⁸⁵, del *Asunto de las indemnizaciones rusas*, donde sucedió lo mismo⁸⁶. Para nosotros, lo que importa en todo caso es el fondo. El hecho es, y eso es lo importante, que el Profesor Reuter, representante adjunto del Gobierno de Francia, tuvo cuidado de subrayar especialmente que, como en el precedente citado el Gobierno defensor había hecho valer que el pago de su deuda hubiera comprometido gravemente la situación interior y exterior del Imperio Otomano, en el caso que enfrentaba ahora a Francia con los Estados Unidos, el Gobierno de Francia alegaba que la abolición del control de cambios pondría en peligro el «equilibrio económico fundamental» de Francia⁸⁷. El demandante identificó así claramente la condición básica para el reconocimiento de un «estado de necesidad», a saber, como nos hemos esforzado por poner en evidencia, la existencia de un peligro grave e inminente, por lo demás inevitable, que afectaría al Estado en sus intereses esenciales si se ajustara a sus obligaciones internacionales. Por su parte, el representante de los Estados Unidos negó la existencia del peligro que temía su oponente y, en todo caso, el vínculo que éste establecía entre la necesidad de conjurar dicho peligro y las medidas de restricción impuestas a las importaciones norteamericanas sin el consentimiento del Gobierno de los Estados Unidos⁸⁸. Pero se abstuvo de poner en duda en absoluto el valor de la «excusa», cuyas características había descrito el Gobierno de Francia, y su posible aplicabilidad a situaciones diferentes a las del caso. Nos parece, por lo tanto, que este caso presta un apoyo no despreciable al reconocimiento de la aplicabilidad de la excusa de la necesidad en el derecho internacional⁸⁹.

44. Cabe recordar, por último, el *Asunto del buque «Wimbledon»*, en un contexto similar al del trato que se da a los extranjeros en el territorio nacional, a saber: el de las obligaciones que impone al Estado ya sea el derecho consuetudinario o el derecho convencional,

⁸⁵ Párr. 22.

⁸⁶ En el examen de dicho asunto, hemos constatado que en esa época, que no se caracterizaba todavía por un gran purismo en el lenguaje, el Gobierno otomano había empleado el término «fuerza mayor» para describir la situación financiera extremadamente difícil en que se debatía y en que el hecho de no satisfacer su deuda llegaba a ser una necesidad para precaverse del peligro del hundimiento económico del país. También hemos visto que la Corte Permanente de Arbitraje, al impugnar la tesis del Gobierno otomano, había mantenido la terminología, destacando claramente, mediante su razonamiento, que la presunta situación que alegaba el Gobierno deudor hubiera constituido, si se demostraba, una típica «excusa de necesidad».

⁸⁷ Véase Estudio de la Secretaría, párr. 311.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 312.

⁸⁹ La Corte no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el punto, que ya se había debatido ampliamente durante los alegatos de las partes. Al dar simplemente por admitida «la legalidad del control de cambios», la Corte declaró lo siguiente:

«Lo cierto es que las medidas aplicadas en virtud del decreto de 30 de noviembre de 1948 han supuesto una discriminación a favor de lo importado de Francia y de otras partes de la Unión Francesa. Esta discriminación no puede justificarse por consideraciones de control de cambios». (*Ibid.*, párr. 313.)

⁸⁴ C.I.J. *Mémoires, Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, vol. I, págs. 258 y ss. Véase Estudio de la Secretaría, párr. 310.

en el sentido de no imponer a los buques extranjeros restricciones u obstáculos al libre tránsito por ciertas zonas de sus aguas territoriales. Durante la guerra entre Rusia y Polonia en 1920-1921, las autoridades alemanas negaron el tránsito por el canal de Kiel al buque británico *Wimbledon*, que había sido fletado por una empresa francesa y transportaba municiones y otro equipo de guerra con destino a Polonia. Las autoridades alemanas alegaron que, dada la naturaleza de la carga, el tránsito del buque por aguas alemanas contravenía las disposiciones sobre neutralidad adoptadas por Alemania en relación con la guerra entre Polonia y Rusia. El Gobierno francés protestó, denunciando que el comportamiento alemán no se ajustaba al artículo 380 del Tratado de Versalles⁹⁰, según el cual

El canal de Kiel y sus accesos serán mantenidos libres y abiertos a las naves de comercio y de guerra de todas las naciones que se hallen en paz con Alemania en condiciones de completa igualdad.

La controversia consiguiente fue presentada a la Corte Permanente de Justicia Internacional. El Reino Unido, Italia y Japón, cosignatarios del mismo Tratado, intervinieron a favor de Francia ante la Corte. La cuestión que se debatió en el proceso fue esencialmente la de determinar si la medida adoptada por las autoridades alemanas en relación con el *Wimbledon* estaba o no prohibida en virtud del artículo 380 del Tratado de Versalles. En su fallo de 17 de agosto de 1923, la Corte determinó que de hecho existía tal prohibición y que ésta de ninguna manera contravenía las obligaciones de Alemania en su calidad de Estado neutral⁹¹. La Corte no se vio en la necesidad de pronunciarse sobre una posible «excusa de necesidad» a la que Alemania hubiera invocado para justificarse. Pero, en el transcurso de los debates orales, esta cuestión fue considerada por los representantes de las partes, tanto los de los dos gobiernos demandantes como por el del Gobierno defensor. Así, el representante del Gobierno de Francia, el Sr. Basdevant, observó lo siguiente:

¿Acaso los principios del derecho internacional, las normas generales del derecho de gentes*, no dan motivos para poner en entredicho la norma de libre tránsito* por el canal de Kiel en el caso de un navío que transporta material de guerra con destino a un Estado neutral? En primer lugar, señalo, sin detenerme en ello, que no se han invocado contra la aplicación de la norma de libre tránsito objeciones derivadas de la imposibilidad de la ejecución, ni del peligro que la ejecución de nuestra cláusula podría significar para Alemania, ni se ha recurrido a la excusa de la necesidad en forma alguna. En efecto,

⁹⁰ G.F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Weicher, 1923, 3.ª serie, t. XI, págs. 323 y ss. [Para una versión española del Tratado, véase E. Díaz Retg, *Tratado de paz entre las Potencias aliadas y asociadas y Alemania*, Barcelona, A.L.S.A., 1919, págs. 5 y ss.]

⁹¹ La Corte determinó que:

«[...] Alemania, en razón de su neutralidad, no tenía el deber de prohibir el tránsito del *Wimbledon* por el canal de Kiel; lejos de ello, tenía el derecho de permitirlo; por otra parte, en virtud del artículo 380 del Tratado de Versalles, su obligación jurídica era consentir en dicho tránsito. No podía oponer a los compromisos que había contraído en virtud de dicho artículo su mandato de neutralidad.» (C.P.J.I., serie A, N.º 1, pág. 30.)

tales objeciones parecen inconcebibles en este caso. No insisto más en ello⁹².

Con esto, el docto internacionalista francés, aunque pronunciándose contra la aplicabilidad de una «excusa» cualquiera en el caso en cuestión y recalcando que en todo caso dicha excusa no había sido invocada, revelaba que reconocía, en principio, que tanto el concepto de «fuerza mayor» (implícito en la mención de la «imposibilidad de ejecución») como el de «estado de necesidad», que se refleja claramente en la idea de «peligro» que la ejecución de la obligación haría correr al Estado obligado, constituían «motivos», reconocidos por las normas generales del derecho internacional, para «poner en entredicho» la ejecución de obligaciones internacionales.

45. A su vez, el representante del Gobierno italiano, Sr. Pilotti, se refirió especialmente a la cuestión de determinar si el comportamiento de Alemania podría justificarse por razones de «fuerza mayor» o de *status necessitatis*. Observó al respecto:

[...] es inconcebible que el sujeto obligado intente sustraerse a su deber de prestar el servicio; esto sólo se comprende en la medida en que los conceptos del derecho privado respecto de la ejecución de las obligaciones puedan aplicarse al derecho internacional.

Pero en este caso no se trata de una *imposibilidad material**, que está absolutamente fuera de cuestión, ni de una imposibilidad jurídica, que no podría justificarse con ningún argumento. En efecto, la cláusula de libre tránsito por el canal se concibió, como ya se ha dicho, para favorecer a todas las Potencias en paz con Alemania, incluso las no signatarias, y, en consecuencia, dicha cláusula no puede en sí misma obligar a Alemania a asumir una actitud ilícita de parcialidad respecto de una Potencia cualquiera que llegara a constituirse en parte beligerante.

Tampoco se podría hablar de *fuerza mayor** o, más concretamente, de ese concepto que se sanciona expresamente en el libro primero del Código Civil Alemán relativo al ejercicio de los derechos en general (N.º 227) que, por otra parte, se presta a discusión, a saber: el *status necessitatis*.

En efecto, no existe prueba alguna de que la guerra entre Polonia y Rusia, por las acciones de las dos partes beligerantes, constituyera para Alemania ese *peligro inmediato y actual contra el cual dicho país no habría tenido otro medio de defensa** que la interdicción general del tránsito de armas por su territorio, y sobre todo que existiera *peligro semejante en el momento** en que el *Wimbledon* se presentó a la entrada del canal⁹³.

Después de examinar otros argumentos presentados por Alemania, el Sr. Pilotti se refirió nuevamente al tema, y llegó a la siguiente conclusión:

Toda la discusión conduce nuevamente al terreno más simple y más seguro de la búsqueda de una *razón jurídica que justifique la no ejecución voluntaria** por Alemania, razón que no podría ser otra que la *imposibilidad de ejecución** o el *status necessitatis*. Por otra parte, es indudable que desde este punto de vista no basta invocar únicamente los conceptos generales de la soberanía y la neutralidad⁹⁴.

⁹² C.P.J.I., serie C, N.º 3, vol. I, págs. 178 y 179.

⁹³ *Ibid.*, págs. 279 y 280.

⁹⁴ *Ibid.*, pág. 283.

Esta posición no sólo era positiva por sus aspectos sustantivos en cuanto a la aplicabilidad en el derecho internacional del concepto de «estado de necesidad» derivado del derecho privado, sino que aportaba también elementos útiles para definir las condiciones en las cuales se podía invocar ese concepto⁹⁵.

46. Por último, el representante de Alemania, Sr. Schiffer, negó que su Gobierno hubiera tenido la intención de recurrir al estado de necesidad. A su juicio, Alemania nunca había tenido necesidad de «excusarse» de haber violado una obligación internacional, ya que no había existido ninguna infracción de su parte. Expuso su razonamiento de la manera siguiente:

En cuanto a la tesis expuesta por el representante de una de las partes demandantes, según la cual Alemania habría reclamado el *jus necessitatis*, debo decir que Alemania nunca ha apelado a tal cosa. No se le planteó ni una imposibilidad de hecho para observar las cláusulas del Tratado de Versalles ni una situación que la hubiera obligado indefectiblemente a incumplir sus obligaciones.

Pero Alemania no ha contravenido las disposiciones del Tratado de Versalles. [...].

Resumo mi planteamiento en unas pocas palabras: Alemania está muy lejos de querer reivindicar el *jus necessitatis*; no reivindica en ninguna forma ese derecho. Yo sostengo que no hemos infringido el Tratado de Versalles [...] ⁹⁶.

Aunque negando en términos igualmente explícitos la necesidad de recurrir a la *ultima ratio* representada por la excusa de la necesidad para justificar el comportamiento del Estado alemán en este caso, el Sr. Schiffer se cuidó bien de poner en tela de juicio el valor de esta excusa en principio. Se puede observar, pues, en el caso del *Wimbledon* una interesante concordancia de opiniones sobre la admisibilidad del «estado de necesidad» en el derecho internacional general como circunstancia que elimina el carácter ilícito de un comportamiento estatal que no se avenga a las estipulaciones de una obligación internacional y una contribución no menos interesante, de parte de algunos de los protagonistas, a la labor de determinar las condiciones necesarias para reconocer la existencia de tal circunstancia⁹⁷.

⁹⁵ Especialmente las condiciones que hemos expuesto en los párrafos 13 y 14 *supra*.

⁹⁶ *C.P.J.I.*, serie C, N.º 3, vol. I, págs. 306 y 307.

⁹⁷ Por el contrario, no consideramos que otros asuntos que los autores han citado como factores de interés para fines del estudio del «estado de necesidad» guarden verdaderamente relación con este concepto y merezcan, por consiguiente, que los analice aquí. Tal es, a nuestro juicio, el Asunto del *Virginius*, referente a la captura en alta mar de un navío que enarbolaba abusivamente pabellón norteamericano por un torpedero español enfrentado a las fuerzas de insurrección cubanas [véase J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1906, vol. II, págs. 895 y ss.]. A pesar de que durante las deliberaciones respectivas se mencionó el «right of self-preservation», de hecho el caso sólo se refería a la definición del derecho de visita y a las condiciones de su aplicación. Igual cosa ocurrió en el Asunto de la *Armstrong Cork Company*, cuando el Gobierno italiano, la víspera de su ingreso en la guerra, ordenó a un navío mercante italiano que transportaba carga de propiedad norteamericana, como lo ordenó a todos los demás barcos nacionales, que regresara inmediatamente a un puerto italiano. Sólo se trataba de una medida de precaución totalmente lícita, y la mención puramente incidental, por la Comisión de Conciliación Estados Unidos de América/Italia (creada en virtud del

47. El Estado que, en un caso dado, se comporta de manera no conforme a una obligación internacional en cuanto al trato que concede a la persona o a los bienes de los ciudadanos de otro país, en el momento de actuar puede estar en estado de guerra con un tercer país. Es evidente que esto no constituye en sí mismo un impedimento para que el Estado en cuestión invoque como justificación de su comportamiento la situación de necesidad que invocaría si se encontrara en paz con todo el mundo. Por otra parte, la guerra en la que está empeñado y sus consecuencias pueden ser el origen mismo del estado de necesidad que provocó el acontecimiento. El comportamiento que no se aviene con la obligación de respetar la propiedad de los ciudadanos extranjeros sobre bienes (productos alimenticios, por ejemplo) puede responder a una falta total de provisiones y a la imposibilidad más o menos absoluta de obtener dichas provisiones por otros medios. A este respecto siguen siendo pertinentes las posiciones adoptadas en un caso anterior, pero que se ha citado ampliamente. Se trata del *Asunto del «Neptune»*.

48. En 1795, hallándose Gran Bretaña en guerra con Francia, el buque estadounidense *Neptune*, que transportaba un cargamento de arroz y otros productos alimenticios pertenecientes a súbditos estadounidenses, fue capturado en alta mar por una fragata británica. La controversia que se produjo como consecuencia de ello fue presentada ante la Comisión Mixta establecida en virtud del artículo VII del Tratado de 19 de noviembre de 1794 («Jay Treaty»). Para justificarse, Gran Bretaña invocó, entre otras razones, el estado de necesidad causado por la carencia de abastecimientos que sufría el país a causa de la guerra. En su decisión, emitida en 1797, la Comisión rechazó la tesis británica, pero, como lo prueba la opinión redactada por algunos miembros de la Comisión, no porque tuviera la intención de negar que la «necesidad» podía representar una circunstancia que excluía la ilicitud de un comportamiento no conforme a una obligación internacional, sino porque en el caso no existían esas condiciones. Pinkney, uno de los miembros estadounidenses de la Comisión, se expresó como sigue:

No niego que la *necesidad extrema* puede justificar tal medida [confiscación de bienes de propiedad de neutrales]. Sólo importa determinar si esa *necesidad extrema* existía en esta oportunidad y en qué términos podía ejercerse el derecho que transmitía.

Grocio nos dice que la necesidad no debe ser imaginaria, que debe ser real y apremiante y que, incluso en ese caso, no da el derecho de apropiarse de los bienes de otros hasta tanto no se hayan probado y demostrado que son inadecuados todos los otros medios de socorro acordes con la necesidad. Cabe observar que están de acuerdo con esta opinión Rutherford, Burlamaqui y todo escritor que ha considerado este tema⁹⁸.

Tratado de paz con Italia, de 1947), del hecho de que se hubiera recurrido algunas veces al «derecho de necesidad» como un expediente para legitimar un hecho arbitrario [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 65.V.4), pág. 163] no justificaba en realidad ninguna deducción ni en un sentido ni en otro.

⁹⁸ J. B. Moore, *International Adjudications*, Nueva York, Oxford University Press, 1931, vol. IV, págs. 398 y 399.

Aplicando estos principios a los hechos alegados por Gran Bretaña, el árbitro mencionado llegó a la conclusión de que no eran suficientes para demostrar que el país «estaba apremiado por una necesidad de esta naturaleza». Igualmente, Trumbull, el otro miembro estadounidense de la Comisión, después de haber precisado que:

La necesidad, que puede admitirse sustituye a todas las leyes y elimina las limitaciones de la propiedad y el derecho, debe ser absoluta e irresistible, y, hasta tanto todos los otros medios de autoconservación hayan sido agotados, no podemos justificar, so pretexto de necesidad, el apoderamiento y aplicación a nuestro propio uso de lo que pertenece a otros⁹⁹,

se preguntaba: «¿Existía tal estado de cosas en Gran Bretaña en abril de 1795?», y llegaba también a una conclusión negativa. Los dos miembros de la Comisión se negaron, por consiguiente, a reconocer la existencia de un «estado de necesidad» en el caso que se les había presentado; sin embargo, reconocieron previamente que, si se hubieran hallado ante un caso de necesidad realmente «extrema» o «irresistible», se habrían visto en el caso de justificar la no observancia de una obligación internacional y, en particular, de la de respetar la propiedad de súbditos extranjeros.

49. Por consiguiente, nada impide que un Estado beligerante invoque la existencia de un «estado de necesidad», incluso si éste es provocado por el hecho mismo de la existencia de la guerra y las dificultades engendradas por ella, para justificar con él la no observancia de una obligación del derecho internacional de paz que lo obliga siempre, no obstante la ocurrencia del estado de beligerancia con otro Estado, con un tercer país con el que sigue estando en paz. En tiempo de guerra, sin embargo, la idea de «necesidad» es puesta en evidencia sobre todo en una forma distinta de la circunstancia que excluye excepcionalmente la ilicitud de una acción del Estado no conforme con las prescripciones de una obligación que le corresponde en virtud de una regla del derecho internacional. Al manifestar lo que antecede, aludimos a la función que se atribuye al concepto de «necesidad» denominada «bélica» o «militar» como criterio inspirador del fondo mismo de las reglas del derecho internacional de guerra y neutralidad. En este sector especial del derecho de gentes, el concepto de que se trata no se toma en consideración, en primer lugar por lo menos, como una clase de subespecie del «estado de necesidad», tal como nos hemos esforzado en definirlo en el contexto del derecho de paz y del que hemos dado numerosos ejemplos. Como se acaba de mencionar, vuelve a hallarse sobre todo este concepto —que aquí no tiene nada de excepcional, y con razón— en el origen de la existencia misma de la regla. Esta se ha formulado precisamente para el caso en que la «necesidad bélica» existe, y para responder a esta necesidad. En otras palabras: la «necesidad bélica» constituye entonces la *ratio*, la razón de ser de algunas normas fundamentales del derecho de guerra y de neutralidad, de estas normas que, al derogar principios del derecho de paz, atribuyen al Estado beligerante la facultad jurídica de recurrir, en relación con el enemigo y sus nacionales o —lo que es aún más importante a los fines que nos interesan— res-

pecto de los Estados neutrales y sus súbditos, a acciones que el derecho de paz prohibiría¹⁰⁰. Así pues, la situación es en cierto modo lo contrario de la del derecho de paz: la norma es la de la «licitud» de los comportamientos dictados al beligerante por las necesidades de la conducta de las hostilidades y del éxito de las operaciones, y la excepción la de la «ilicitud» de los comportamientos de ese tipo cuando, en un caso concreto, tales acciones parecen carentes de relación con las mencionadas exigencias y sin utilidad real en relación con ellas. En ese estado de cosas, no se trata por cierto de una incidencia de la «necesidad» como circunstancia que excluye la ilicitud de un comportamiento que la norma aplicable no prohíbe, sino más bien de una incidencia de la «no necesidad» como circunstancia que excluye la licitud de un comportamiento que en principio esta norma autoriza. Sólo cuando debe constatar, en el caso concreto, la ausencia de esta «necesidad bélica» cuya consideración constituye la base de la norma y de su aplicabilidad, esta norma del derecho especial de guerra y de neutralidad no se aplica y vuelve a imperar la norma general del derecho de paz que prohíbe ciertas acciones.

50. Por otra parte, si se considera la práctica internacional, se observa que hay numerosas tomas de posición conocidas de portavoces de los gobiernos en las que se ha sostenido o reconocido la licitud en tiempo de guerra (o de guerra civil) de hechos tales como la destrucción involuntaria o incluso voluntaria de bienes de propiedad de neutrales cometida por razones de «necesidad militar», o la ilicitud de acciones de este tipo porque no respondían en el caso a necesidad alguna de esta clase, o porque eran «wanton» (sin propósito), como se dice en la práctica anglosajona¹⁰¹. Pero estas tomas de posi-

¹⁰⁰ Cabe considerar sobre todo las medidas que el derecho internacional de neutralidad permite tomar a los beligerantes con respecto a la propiedad privada de nacionales de países neutrales, respecto del comercio de nacionales de países neutrales con el enemigo, en relación con la libertad de tránsito y de navegación de naves de bandera neutral, etc. También entran en consideración las facultades que el derecho de guerra permite utilizar con respecto a la propiedad privada de súbditos enemigos, aunque en lo que concierne al enemigo el derecho de guerra admite la comisión de todo un grupo de acciones que, incluso, no se fundan en la «necesidad bélica».

¹⁰¹ Entre las tomas de posición más conocidas relativas a destrucciones de bienes de súbditos de países neutrales llevadas a cabo incidentalmente durante guerras internacionales, cabe recordar la de los consejeros jurídicos de la Corona británica acerca del bombardeo de Grey Town (1854) (véase Estudios de la Secretaría, párr. 247), del Secretario General del Ministerio de relaciones Exteriores de Italia con motivo del Asunto Bottaro (1871) [S.I.O.I.-C.N.R., *La prassi italiana di diritto internazionale*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana Publications, 1970, 1.ª serie (1861-1887), vol. II, pág. 1146], del Ministerio de Relaciones Exteriores de Rusia durante el Asunto del *Aghios Nicolaos* (1879) (*ibid.*, pág. 1152), del Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia acerca de los daños causados a neutrales por los beligerantes durante la guerra entre Chile, Perú y Bolivia (1882) (*ibid.*, págs. 1156 y 1157), de los consejeros jurídicos de la Corona británica sobre la misma cuestión (Estudio de la Secretaría, párr. 249), del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América en oportunidad del bombardeo de Samsun (1922) [G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1943, vol. V, págs. 693 y 694].

Entre las tomas de posición relativas a destrucciones de bie-

(Continúa en la página siguiente.)

⁹⁹ *Ibid.*, pág. 433.

ción se refieren manifiestamente a la determinación del contenido, las condiciones y los límites de aplicabilidad de una norma permisiva del derecho de guerra y de neutralidad y no a una supuesta incidencia en el caso del principio del derecho de responsabilidad internacional, que prevé el «estado de necesidad» como una circunstancia que excluye excepcionalmente la ilicitud de un comportamiento no conforme a una obligación planteada por una regla prohibitiva. Dicho de otra manera: lo que los gobiernos se proponían afirmar no es

(Continuación de la nota 101.)

nes de propiedad extranjera ocurridas, siempre incidentalmente, durante operaciones llevadas a cabo contra insurgentes o en una guerra civil, cabe recordar las tomas de posición del Ministerio de Relaciones Exteriores de Gran Bretaña acerca del bombardeo del depósito de Amberes (1830) [Estudio de la Secretaría, párr. 163], de los consejeros jurídicos de la Corona británica en oportunidad del bombardeo de Mesina (1848) (*ibid.*, párrs. 170 y 171) y con motivo de la insurrección de Santo Domingo (1861-1863) (*ibid.*, párr. 179), del consejero de los Estados Unidos en el Asunto Dutrieux (1884) [Moore, *History and Digest... (op. cit.)*, vol. IV, págs. 3702 y ss.], del Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia respecto del bombardeo y ocupación de Sfax (1881) (S.I.O.I.-C.N.R., *op. cit.*, págs. 1155 y 1156) y respecto de la guerra civil brasileña (1893-1894) (Estudio de la Secretaría, párr. 212), del Departamento de Estado de los Estados Unidos en oportunidad del bombardeo de Almería (1937) (Hackworth, *op. cit.*, pág. 694), etcétera.

Por otra parte, la licitud internacional de la destrucción voluntaria de bienes pertenecientes a súbditos de países neutrales ha sido afirmada y generalmente admitida cuando tiene por objeto evitar que estos bienes caigan en manos del enemigo y sean utilizados por éste, o para evitar perjuicios al ejército, como por ejemplo una epidemia. Véase a este respecto el punto 8 de los principios aplicados por la Comisión de reclamaciones creada en 1901 por ley del Congreso de los Estados Unidos para que efectuara el examen de las reclamaciones relativas a los daños causados por la insurrección cubana (1895-1898) (Estudio de la Secretaría, párr. 226); y las respuestas de Gran Bretaña al punto VIII y de los Estados Unidos al punto XI del pedido de información presentado a los gobiernos por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación de 1930 [Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, pág. 105, e *idem*, *Supplément au tome III [C.75(a). M.69(a).1929.V]*, pág. 22]. Véanse también las tomas de posición gubernamentales en los asuntos relativos a la destrucción de navíos, por ejemplo, en el Asunto Duclair (1870), citado por B. C. Rodick, *The Doctrine of Necessity in International Law*, Nueva York, Columbia University Press, 1928, pág. 102, y en el Asunto Leontios y Nicolas Arakas c. Estado búlgaro (1926) (véase *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, París, Sirey, 1928, t. VII, págs. 37 a 39), o en los asuntos relativos a los daños causados a cables telegráficos submarinos, por ejemplo, en el Asunto Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company Ltd. (Great Britain) c. Estados Unidos de América (1923) [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1955.V.3), págs. 115 y ss.], etc.

Con respecto a la destrucción de bienes en interés del ejército, véanse, por ejemplo, las posiciones expresadas en el Asunto Hardman (1913), relativas a la destrucción de edificios para impedir la difusión de una epidemia en el ejército (*ibid.*, págs. 25 y 26), o en el Asunto Faletich (1929), acerca de la destrucción de una casa con el fin de obtener materiales para construir trincheras y barracas para los soldados (Hackworth, *op. cit.*, págs. 697 y 698).

El reconocimiento de la licitud de la destrucción voluntaria de propiedades de neutrales es, por supuesto, sin perjuicio de la posibilidad de exigir del Estado autor de esta medida una indemnización a título distinto del de la reparación de un hecho internacionalmente ilícito.

en absoluto la existencia de una obligación que prohíbe en general a los Estados beligerantes destruir, en el transcurso de operaciones de guerra, bienes de propiedad de neutrales y que no puede dejarse de lado sino en los casos en que existe la posibilidad de excusar su no observancia en situaciones excepcionales de necesidad causadas por la guerra. Por el contrario, lo que han querido sostener es que la obligación de no causar la destrucción de propiedades de neutrales sólo existe realmente respecto de una destrucción efectuada por pura malignidad y sin relación alguna con las finalidades de las operaciones militares. Estas conclusiones se ven, por otra parte, confirmadas por el examen de algunas decisiones de comisiones arbitrales o de reclamaciones¹⁰². Lo que antecede es, por otra parte, también válido para las tomas de posición, igualmente numerosas, que se relacionan con la requisición de bienes de propiedad de súbditos de países neutrales en caso de guerra internacional o de nacionales extranjeros en caso de guerra civil¹⁰³. En resumen, es posible llegar entonces a la conclusión de que, para la determinación del «estado de necesidad» que intentamos en el marco de esta sección, no corresponde tener en cuenta todas estas tomas de posición y la aplicación en ellas del concepto de «necesidad militar».

51. Algunos autores han preconizado una aplicación del concepto de la «necesidad militar», que se aproxima

¹⁰² Véanse, entre otras, la decisión de la Comisión Arbitral Chile/Estados Unidos de América, establecida por la Convención de 7 de agosto de 1892 en el Asunto Du Bois (Estudio de la Secretaría, párr. 353); la decisión del tercer árbitro Plumley de la Comisión Mixta Países Bajos/Venezuela, establecida en virtud del Protocolo de 28 de febrero de 1903, en el Asunto Bembelista [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (*op. cit.*), pág. 718]; la del Comisionado Paúl, de la Comisión Mixta Estados Unidos de América/Venezuela, establecida en virtud del Protocolo de 17 de febrero de 1903, en el Asunto American Electric and Manufacturing Co. [*ibid.*, vol. IX (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 59.V.5), pág. 146]; la del árbitro tercero Gutiérrez Otero, de la Comisión Mixta España/Venezuela, establecido en virtud del Protocolo de 2 de abril de 1903, en el Asunto Mena [*ibid.*, vol. X (*op. cit.*), págs. 749 y ss.]; etc. Cabe destacar especialmente la afirmación del Comisionado Paúl, que definió como principio general del derecho internacional el de la licitud de los daños causados a la propiedad de neutrales por «necesidades imperiosas de las operaciones militares».

¹⁰³ La licitud de estas requisiciones cuando las necesidades de guerra las exigen (siempre sin perjuicio de la obligación de pagar una indemnización a los propietarios) y, a la inversa, su ilicitud en el caso de que esta condición no subsistiera fueron afirmadas, por ejemplo, por el árbitro tercero Thornton en el Asunto Bartlett y Barge (1874) [Moore, *History and Digest... (op. cit.)*, vol. IV, pág. 3721]; por el árbitro Alexander en su decisión de 16 de junio de 1900 relativa al Asunto Orr y Lauenheimer entre los Estados Unidos y Nicaragua [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: E/F.69.V.1), pág. 40]; por la decisión de la Comisión Mixta Estados Unidos/Venezuela, establecida por el Protocolo de 17 de febrero de 1903, en el Asunto Upton [*ibid.*, vol. IX (*op. cit.*), pág. 236]; por la Comisión Mixta Estados Unidos/México, establecida por la Convención de 8 de septiembre de 1923, en el Asunto Coleman [*ibid.*, vol. IV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1951.V.1), pág. 367]. Para una definición restrictiva de las necesidades de guerra a los fines que se consideran en este texto, véase también el *aide-mémoire* de 4 de marzo de 1941 de la Embajada de Alemania en Washington (Hackworth, *op. cit.*, 1943, vol. VII, pág. 539).

maría al concepto de la «necesidad» propiamente dicha por atribuir precisamente a esta forma particular de necesidad, caracterizada por el objetivo de salvaguardar el interés supremo de triunfar en las operaciones militares contra el enemigo y, en última instancia, de lograr la victoria contra ese enemigo, al efecto de excluir excepcionalmente la ilicitud de la inobservancia de una obligación del Estado beligerante que dimana de una regla del derecho internacional de guerra. Esta idea cuenta ante todo con el favor de una parte considerable de la doctrina alemana anterior a la primera guerra mundial, y por otra parte, alrededor de esta idea se ha cristalizado en la literatura del derecho internacional el debate principal acerca de la admisión o el rechazo del concepto de «necesidad militar»¹⁰⁴.

52. Existen de hecho reglas del derecho internacional de guerra que obligan a las partes beligerantes a cumplir obligaciones en lo que respecta a los medios y métodos de conducir las hostilidades entre ellos. Sobre la base de la premisa implícita de que todo comportamiento tendente a perjudicar al enemigo beligerante es en principio lícito según el derecho internacional de guerra, a menos que esté concretamente prohibido en virtud de una regla particular de ese derecho, estas obligaciones imponen justamente al Estado beligerante ciertas limitaciones en lo que respecta a los mencionados medios y métodos, con el objetivo general de atenuar el rigor de la guerra. Se encuentran allí las llamadas reglas de derecho humanitario aplicadas a los conflictos armados; se trata además, en su mayoría, de reglas codificadas en convenciones internacionales. Se plantea entonces la cuestión de si la existencia de un estado de «necesidad», y más concretamente de «necesidad militar», puede invocarse o no para justificar la adopción de un comportamiento que no se ajusta al que se requiere del Estado en virtud de una de las obligaciones de que se trata. Los autores que tienden hacia una respuesta afirmativa a esta cuestión han sostenido de hecho que, si el respeto de una u otra de esas obligaciones fuera incompatible con el éxito de las operaciones que se realicen con miras a triunfar sobre el enemigo, la «Kriegsraison»

(razón de guerra) impondría por sí misma un motivo para no respetarlas y excluiría la ilicitud del comportamiento del Estado que actuara de tal manera.

53. No obstante, es evidente que esta tesis resulta insostenible; en nuestros días ha sido generalmente rechazada. Para apoyar esta hipótesis se ha afirmado que de todas maneras existen reglas escritas de derecho humanitario de guerra que contemplan una excepción explícita a la obligación de respetar lo estipulado en el caso de «necesidad militar urgente»¹⁰⁵. Esto es cierto, pero en nuestra opinión ello es prueba justamente de lo contrario de lo que se pretende deducir. En primer lugar, si se hubiera querido realmente que el alcance de una excepción de este tipo se extendiera a la totalidad de las disposiciones del convenio o de los convenios que se examinan, se habría incluido dicha excepción en la cláusula general que figura al final de cada convenio, que sería en consecuencia válida para todas sus disposiciones y no, como se ha hecho, en el texto de una disposición que abarca un tema particular en que la presencia de esa excepción tiene su propia razón de ser. Donde no se mencione explícitamente esa excepción no se puede presumir su existencia¹⁰⁶. Además, pensándolo bien, la sola idea de una generalización de la excepción a que se hace referencia estaría totalmente en contradicción con las finalidades de los instrumentos elaborados. La adopción de reglas de derecho humanitario relativas a la conducta de las operaciones de guerra se ha realizado con plena conciencia de que la «necesidad militar» es el criterio mismo de esta conducta. Los representantes de los Estados que formularon estas reglas se proponían imponer mediante ellas ciertos límites a los Estados, contemplar ciertas restricciones a la libertad de acción casi total en que actúan los beligerantes,

¹⁰⁵ Por ejemplo, el artículo 33 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, de 12 de agosto de 1949, estipula que:

«El material de las unidades sanitarias móviles de las fuerzas armadas que hayan caído en poder de la parte adversaria quedará afecto a los heridos y enfermos», y agrega que:

«Los edificios, el material y los depósitos de los establecimientos sanitarios fijos de las fuerzas armadas continuarán sometidos al derecho de la guerra, pero no podrán ser distraídos de su empleo mientras sean necesarios para los heridos y enfermos. Sin embargo, los comandantes de los ejércitos en campaña podrán utilizarlos, en caso de *necesidad militar urgente*», con la condición de tomar previamente las medidas necesarias para el bienestar de los heridos y enfermos cuidados en ellos.» (Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 11.ª ed., Ginebra, 1975, pág. 46.)

¹⁰⁶ Diversos manuales militares publicados después de la segunda guerra mundial estipulan que, en los convenios de derecho humanitario, la excepción en favor de la «necesidad militar» sólo es válida para las disposiciones en que se la menciona de manera expresa. Véase, por ejemplo, Estados Unidos de América, Department of the Army, *The Law of Land Warfare* (Field Manual, FM 27-10), Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1956; y Reino Unido, War Office, *The Law of War on Land, being Part III of the Manual of Military Law*, Londres, H. M. Stationery Office, 1958. La jurisprudencia de los tribunales sobre los crímenes de guerra rechazó la justificación de la necesidad militar en caso de atrocidades cometidas respecto de heridos, prisioneros, etc. A este respecto, véanse los casos citados por Dunbar, *loc. cit.*, págs. 446 a 449, y por Sereni, *op. cit.*, t. IV, págs. 1936 y ss.

¹⁰⁴ Recordemos aquí, respecto de este debate entre dos tesis opuestas, las siguientes obras: C. Lüder, «Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen», *Handbuch des Völkerrechts*, textos compilados por F. J. von Holtzendorff, Hamburgo, Verlagsanstalt und Druckerei, 1889, vol. 4, págs. 253 y ss.; M. Huber, «Die Kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsraison», *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, vol. VII, 1913, págs. 351 y ss.; D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, Roma, Athenaeum, 1915, vol. III, págs. 207 y ss.; U. Borsi, «Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, Roma, X año, II serie, vol. V (1916), págs. 157 y ss.; de Visscher, *loc. cit.*, págs. 74 y ss.; Vitta, *loc. cit.*, págs. 339 y ss.; P. Weiden, «Necessity in international law», *Transactions of the Grotius Society*, vol. 24, *Problems of Peace and War*, Londres, Sweet and Maxwell, 1939, págs. 105 y ss.; N. C. H. Dunbar, «Military necessity in war crimes trials», *The British Year Book of International Law*, 1952, Londres, vol. 29, 1952, págs. 442 y ss.; W. G. Downey, «The law of war and military necessity», *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 47, N.º 2 (abril de 1953), págs. 251 y ss.; W. V. O'Brien, «The meaning of military necessity in international law», *World Polity*, Utrecht, Spectrum, 1957, vol. I, págs. 109 y ss.; Buza, *loc. cit.*, págs. 222 y ss.; Sereni, *op. cit.*, 1965, t. IV, págs. 1927 y ss.; G. Schwarzenberger, *International Law*, Londres, Stevens, 1968, vol. II, págs. 128 y ss.

en sus relaciones recíprocas, en virtud de este criterio. Quienes formularon estas reglas no tenían la intención de permitir que la necesidad de la guerra redujera retrospectivamente a la nada estos logros tan difícilmente alcanzados. Por otra parte, sabían perfectamente que el respeto de las restricciones previstas podría dificultar el éxito de una operación militar, pero si hubieran querido admitir estas restricciones solamente en el caso en que no dificultaran el éxito de una operación militar, lo habrían expresado abiertamente, o bien, lo que es más probable, habrían renunciado a su tarea, cuya utilidad sería en ese caso muy relativa. Los convenios en materia de derechos humanitarios se proponen subordinar, en ciertas esferas, el interés de la parte beligerante a un interés superior; los Estados que se han adherido a esos convenios se han comprometido a respetar esta subordinación sin buscar sustraerse a ella mediante pretextos. Sería absurdo apelar a la idea de una necesidad militar o de guerra para sustraerse al deber de respetar las obligaciones concebidas precisamente para evitar que las necesidades de la guerra causaran sufrimientos que se querían proscribir en forma definitiva. Para concluir, más allá de las disposiciones que se incluyeron explícitamente en ciertas reglas determinadas, no hay «necesidad de guerra» que valga como excusa para un comportamiento de Estado no conforme a las obligaciones impuestas por los convenios tendentes a humanizar la guerra.

54. De esta conclusión no se desprende automáticamente que la esfera del derecho internacional de guerra esté absolutamente cerrada a toda aplicación posible del «estado de necesidad» como circunstancia excluyente de la ilicitud de un comportamiento no conforme a una de las obligaciones de las reglas, consuetudinarias y de otra índole, que este sector especial del derecho internacional impone a los beligerantes. Una conclusión tan absoluta sería probablemente excesiva, aunque tuviera en cuenta el carácter de por sí limitado a lo esencial de las reglas de derecho internacional de guerra y el hecho de que algunas de estas reglas son sin lugar a dudas, en nuestra opinión, reglas de *jus cogens*, y que por ello queda excluida toda «excusa de necesidad» por no observarlas¹⁰⁷. En todo caso resulta evidente que admitir la excusa de necesidad en la esfera de las obligaciones previstas por el derecho internacional de guerra sólo sería concebible si la situación que se alega que constituye un estado de necesidad reuniera todas las condiciones que hemos enunciado¹⁰⁸; y especialmente si el interés «esencial» que se salvaguardara en desmedro de un interés inferior de otro no fuera el simple interés de asegurar el éxito de una operación militar y prevalecer sobre el enemigo, que es la característica de lo que se ha convenido en llamar la «necesidad de guerra».

55. En nuestra investigación tendente a identificar, mediante un examen de la práctica y la jurisprudencia internacionales, las esferas en que el «estado de necesidad» ha hallado y puede, en nuestra opinión, seguir hallando aplicación como circunstancia que excluye ex-

cepcionalmente la ilicitud del incumplimiento, hecho en condiciones determinadas, de una obligación internacional, hasta ahora no nos hemos referido al sector del conjunto de las obligaciones internacionales de los Estados que se relaciona con el respeto por todo Estado de la soberanía territorial de los demás. Sin embargo, la historia demuestra que en numerosas ocasiones los gobiernos han pretendido asignar a la «necesidad» un papel importante como excusa de una acción perpetrada derogando una obligación relativa a dicho sector. Esta omisión de nuestra parte podría sorprender, tanto más que la polémica relativa a la admisibilidad en general de la excusa de necesidad ha girado precisamente en torno al hecho de que algunos Estados han recurrido en algunos casos a ella tratándose incluso de las obligaciones más importantes, siendo dicha excusa la que más ha contribuido a movilizar gran parte de la doctrina en contra del principio mismo de una excusa de dicha naturaleza. No obstante, la omisión que cabría reprocharnos se explica fácilmente. Los casos concretos a los que nos referíamos eran casos en los cuales la existencia, con mayor frecuencia pretendida, de un «estado de necesidad» se invocaba con la intención de justificar con ella la anexión por un Estado del territorio de otro Estado o de una parte de dicho territorio, realizada o no mediante una guerra o mediante operaciones bélicas¹⁰⁹ o la ocupación y utilización con fines de guerra del territorio de un Estado neutralizado en virtud de un tratado celebrado antes de que una guerra estallase entre algunas de las partes¹¹⁰, o incluso del territorio de un Estado que había declarado su neutralidad con

¹⁰⁹ Entre los casos históricos citados más frecuentemente en que se ha invocado el estado de necesidad para justificar anexiones realizadas recurriendo a la guerra citemos el de la Ciudad Libre de Cracovia, anexionada por Austria en 1846 (E. Hertslet, *Map of Europe by Treaty*, Londres, Butterworth, 1875, vol. II, págs. 1061 y ss.; G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil général de traités*, Gotinga, Dieterich, 1852, t. X, págs. 111 y 125), el de Roma, anexionada por Italia en 1870 (S.I.O.I.-C.N.R., *op. cit.*, págs. 871 y ss.; V. Bruns, ed., *Fontes Juris Gentium*, Series B, Sectio I, Tomus I, Pars 1, Berlín, Heymanns, 1932, págs. 960 y 961), el de Etiopía, anexionada por Italia en 1936 [Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 16.º año, N.º 11 (noviembre de 1935), pág. 1137]. Austria-Hungría invocó también la «necesidad» en 1908 como justificación de la anexión —realizada por un golpe de fuerza, pero sin guerra— de Bosnia-Herzegovina, provincia del Imperio Otomano, cuya administración le había encomendado el Tratado de Berlín (13 de julio de 1878), pero cuya soberanía seguía en poder de Turquía. Véase la nota enviada por Austria-Hungría a los Estados signatarios del Tratado para justificar la anexión en *British Documents on the Origins of the War, 1889-1914*, Londres, H. M. Stationery Office, 1928, vol. V, págs. 398 y ss.

¹¹⁰ El caso «clásico», por así decirlo, es el de la ocupación de Luxemburgo y Bélgica por Alemania en 1914, ocupación que Alemania intentó justificar por la necesidad de prevenir un ataque contra su territorio por Francia a través de Luxemburgo y Bélgica. Véase especialmente la nota presentada el 2 de agosto de 1914 por el Ministro alemán en Bruselas al Ministro belga de Relaciones Exteriores (J. B. Scott, ed., *Diplomatic Documents Relating to the Outbreak of the European War*, Nueva York, Oxford University Press, 1916, parte I, págs. 749 y 750) y el discurso pronunciado en el Reichstag por el Canciller alemán, von Bethmann Hollweg, el 4 de agosto de 1914, que contenía la conocida frase: «Wir sind jetzt in der Notwehr; und Not kennt kein Gebot!» [*Jahrbuch des Völkerrechts*, vol. III (número especial), *Politische Urkunden zur Vorgeschichte des Weltkrieges*, Munich, 1916, pág. 728].

¹⁰⁷ Véase *supra*, párr. 16.

¹⁰⁸ Véase *supra*, párr. 12 y ss.

ocasión de una guerra entre otros Estados¹¹¹; en una palabra: acciones que consistían todas, de una u otra manera, en un atentado por la fuerza contra la existencia misma de otro Estado o contra la integridad de su territorio o contra el ejercicio independiente de su soberanía. Ahora bien, sin detenernos a discutir aquí cuál podría ser la situación en derecho internacional en el momento de dichas acciones, especialmente las más antiguas¹¹², no cabe duda alguna de que en la época actual todo uso por un Estado de la fuerza armada que se traduzca en uno de los atentados indicados contra la soberanía de otro Estado cae bajo el concepto de «agresión» y, como tal, es objeto de una prohibición de *jus cogens*, de la más típica e indiscutible prohibición de *jus cogens*, tanto en el derecho internacional general como dentro del sistema de las Naciones Unidas. Fal-

tando la condición esencial que ya indicamos¹¹³, en nuestra opinión ninguna invocación de «estado de necesidad» alguno podría tener por efecto la exclusión de la ilicitud internacional de un comportamiento estatal que no se ajustara a dicha prohibición. Sería absurdo que la obligación que prohíbe todo recurso a la fuerza que constituye una agresión tuviera, por su carácter imperativo, el poder de hacer que fuera nulo todo acuerdo derogatorio celebrado entre dos Estados y que, por consiguiente, se negara todo efecto de excusa al consentimiento previamente otorgado por el Estado que es víctima del recurso a la fuerza, pero que se pudiera reconocer dicho efecto de excusa ante la invocación por el Estado que fuera su autor de un estado de necesidad, aunque fuera real. Sería igualmente absurdo, por otra parte, si bastara que un Estado que hubiera cometido una acción que el derecho internacional actual calificara de «crimen internacional»¹¹⁴ sostuviera que había actuado en «estado de necesidad» —e incluso supongamos que lo pudiera probar— para que esa acción dejara de tacharse de ilicitud. Agreguemos que el artículo 5 de la Definición de la agresión, aprobada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1974¹¹⁵, dispone en el párrafo 1 que:

Ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión.

Por lo tanto, podemos afirmar sin la sombra de una duda que, cualquiera que sea la extensión del efecto que el derecho internacional actual reconoce como excusa al «estado de necesidad», éste no podría jamás constituir una circunstancia excluyente de la ilicitud de un comportamiento estatal no conforme a la obligación de abstenerse de todo uso de la fuerza que constituya un acto de agresión contra otro Estado.

56. La esfera de las obligaciones internacionales en que se traduce y articula el principio fundamental que requiere el respeto por todo Estado de la soberanía de los demás puede, sin embargo, conocer otras infracciones aparte de éstas que merecen calificarse de actos de agresión y que, en los casos más graves al menos, aparecen como «crímenes internacionales». Dando por sen-

¹¹¹ Los casos son muy numerosos: cabe recordar la ocupación de Corea por las tropas japonesas durante la guerra ruso-japonesa de 1904 (v. los documentos citados por E. T. Hazan en *L'état de nécessité en droit pénal interétatique et international*, París, Pedone, 1949, pág. 53); la ocupación de algunos territorios o islas pertenecientes a Grecia por las Potencias de la Entente durante la primera guerra mundial para utilizarlas como base para sus operaciones militares contra Turquía [v. los documentos citados por Th. P. Ion en «The Hellenic crisis from the point of view of constitutional and international law — Part IV», *The American Journal of International Law*, Nueva York, vol. 12, N.º 3 (julio de 1918), págs. 564 y ss.], la ocupación por Alemania durante la segunda guerra mundial de Dinamarca, Noruega, Bélgica y Luxemburgo, y por Alemania e Italia de Yugoslavia y Grecia (v. *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946*, Nuremberg, 1949, t. XXII, págs. 475 y ss.); y, durante esa misma guerra, la ocupación de Islandia por Gran Bretaña (*ibid.*, t. XVIII, pág. 421), del Irán por Gran Bretaña y la Unión Soviética [G. E. Kirk, «The Middle East», en *Survey of International Affairs, 1939-1946 — The World in March 1939*, textos compilados por A. Toyne y F. T. Ashton-Gwatkin, Londres, Oxford University Press, 1952, págs. 133 y ss.; y M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1965, vol. 5, págs. 1042 y ss.], y del Timor portugués por los Países Bajos y Australia (*Keesing's Contemporary Archives, 1940-1943*, Bristol, vol. IV, págs. 4943 y ss.). Aunque se buscó una «justificación» de dichas acciones, siempre se recurrió más o menos abiertamente a la «necesidad».

¹¹² En realidad, con frecuencia se recurría en ese entonces a la «necesidad» como justificación de dichas acciones por razones esencialmente políticas y morales, ya que ningún Estado quería aparecer a los ojos del mundo como autor de acciones movidas únicamente por fines de expansionismo brutal y por la persecución de intereses puramente arbitrarios. Pero desde el punto de vista propiamente jurídico, fuera de los casos en que las acciones en cuestión estaban especialmente prohibidas por tratados, este recurso a la «necesidad» no tenía sino un valor *ad abundantiam*, ya que la prohibición del recurso a la fuerza no se había incorporado aún en el derecho internacional general y, por lo tanto, no se discutía la exclusión excepcional de la ilicitud de un hecho que en sí mismo no podía considerarse ilícito. Por otra parte, es interesante señalar que, desde que comenzó a afirmarse en derecho internacional la prohibición del recurso a la fuerza armada, los Estados han invocado cada vez menos la necesidad para justificar dicho recurso de su parte. Con ocasión del conflicto del Chaco entre Paraguay y Bolivia (1928-1935), el primero de esos dos países asignó al otro la intención de basarse en la «necesidad» para justificar la marcha de sus tropas hacia el río Paraguay y la invasión por ellas de la región del Chaco [Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 13.º año, N.º 9 (septiembre de 1932), pág. 1581]. Pero Bolivia se defendió con firmeza de haber tenido jamás tal intención e hizo valer que sólo reclamaba la posesión efectiva de un territorio que formaba parte de su patrimonio nacional desde siempre (*ibid.*, pág. 1583).

¹¹³ Véase *supra*, párr. 16.

¹¹⁴ Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 94 y 117 y ss., documento A/31/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2, art. 19 y párrs. 59 y ss. del comentario.

¹¹⁵ Resolución 3314 (XXIX), anexo.

La imposibilidad, tras la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, de invocar el «estado de necesidad» para justificar una agresión ha sido afirmada por K. J. Partsch, «Selbsterhaltungrecht», *Wörterbuch des Völkerrechts*, textos compilados por K. Strupp, 2.ª ed., rev. por H.-J. Schlochauer, Berlín, de Gruyter, 1962, t. III, pág. 529; G. Dahm, *Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1960, t. II, pág. 444; A. Favre, «Fault as an element of the illicit act», *The Georgetown Law Journal*, Washington (D. C.), vol. 52, N.º 2 (invierno de 1964), pág. 566; y *Principes du droit des gens (op. cit.)*, pág. 644; W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlín, Springer, 1964, t. I, págs. 390 y 391; P. A. Steiniger, «Die allgemeinen Voraussetzungen der Völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten», *Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin, Gesellschafts- und Sprachwissenschaftliche Reihe*, Berlín, vol. XXII, N.º 6, 1973, pág. 445; Graefrath, Oeser y Steiniger, *op. cit.*, pág. 75; Lamberti Zanardi, «Necessità...» (*loc. cit.*), pág. 898.

tado, por lo tanto, que atentados tan importantes y flagrantes contra la soberanía de otros no podrían justificarse jamás en el derecho internacional actualmente vigente debido a la invocación de un estado de necesidad cualquiera, queda todavía abierta la cuestión de si la presencia demostrada de dicha circunstancia podría o no tener el efecto de excluir excepcionalmente la ilicitud de un atentado cuya gravedad, especialmente en el contexto, resultara menor. Nos referimos especialmente a algunas acciones de Estados en el territorio de otros Estados y que, a la vez que podrían tal vez tener un carácter coercitivo, sólo corresponderían a intenciones y finalidades limitadas, sin relación con las finalidades propias de un verdadero acto de agresión. Entrarían en este marco, por ejemplo, algunas incursiones en territorio extranjero para impedir allí la acción perjudicial de un grupo armado que se preparaba a atacar el territorio del Estado o para perseguir a una banda armada o a delincuentes que hubieran franqueado la frontera y que tuvieran eventualmente sus bases en ese territorio extranjero, o incluso para resguardar la vida de nacionales o de otros particulares atacados o detenidos por fuerzas o grupos hostiles que no dependen del Estado y que no están bajo su control, o sobre todo para eliminar o neutralizar una fuente de males que amenazan producirse o extenderse más allá de las fronteras, etc. La característica común de estos casos diferente es, por una parte, la existencia de un peligro grave e inminente para el Estado, algunos de sus nacionales o seres humanos a secas, peligro del cual el territorio del Estado extranjero es o el escenario o el lugar de origen, y que el Estado extranjero en cuestión tendría el deber de conjurar con sus propias acciones, pero que dejaría subsistir la falta de voluntad o de posibilidad de su parte. Es otra característica común el carácter limitado de las acciones en cuestión en cuanto a la duración y en cuanto a los medios empleados en función de su objetivo, restringido a la eliminación del peligro temido.

57. Algunos autores se han referido a veces anteriormente precisamente a hipótesis tales como las que acabamos de formular para ponerlas como ejemplo de situaciones en las que un Estado podría invocar el estado de necesidad como justificación de una acción no conforme con las prescripciones de una obligación internacional¹¹⁶. Por otra parte, no han dejado de producirse casos concretos en que la «necesidad» ha sido invocada precisamente para excluir la ilicitud de una incursión armada en territorio extranjero realizada para llevar a cabo allí una u otra de las operaciones aquí previstas. Es el caso —por no citar sino uno de los múltiples ejemplos que guardan relación con las hipótesis en cuestión— del célebre *Asunto del «Caroline»*, en el que fuerzas armadas británicas penetraron en territorio nor-

teamericano y allí atacaron y destruyeron (causando también pérdidas de vidas) un navío perteneciente a particulares norteamericanos, cargado de reclutas y materiales de guerra y de otra índole, destinados a los insurgentes canadienses¹¹⁷; es el caso de las violaciones reiteradas de la frontera mexicana efectuadas entre 1836 y 1896 por las tropas norteamericanas dedicadas a perseguir a los indios que realizaban ataques en territorio norteamericano partiendo de sus bases en territorio mexicano y se refugiaban de nuevo a continuación en él¹¹⁸; es el caso del envío en 1876 de buques de guerra italianos y austríacos a las aguas de Salónica para proteger la vida de ciudadanos de los dos países que, como los demás extranjeros, se veían amenazados por las manifestaciones de xenofobia de las masas en

¹¹⁷ La acción se produjo la noche del 29 de diciembre de 1837. La necesidad fue aducida primero, como respuesta a las reclamaciones norteamericanas, por el Ministro de Gran Bretaña en Washington, Fox, que habló de «necesidad de legítima defensa y de autoconservación»; esta idea fue recogida luego por los asesores jurídicos consultados por el Gobierno británico, quienes señalaron que «la conducta de las autoridades británicas» estaba justificada porque había sido «absolutamente necesaria como medida de precaución» [W. R. Manning, ed., *Diplomatic Correspondence of the United States: Canadian Relations, 1784-1860*, Washington (D. C.), Carnegie Endowment for International Peace, 1943, vol. III, págs. 422 y ss., y McNair, *op. cit.*, págs. 221 y ss.]. Del lado norteamericano, el Secretario de Estado Webster replicó al Ministro que «todo lo que no sea una necesidad clara y absoluta [no puede] justificar» la comisión «de actos hostiles dentro del territorio de una Potencia de paz», y destacó que el Gobierno británico debía probar que la acción de sus fuerzas había sido verdaderamente provocada por «una necesidad de legítima defensa instantánea, abrumadora, que no dejaba ninguna elección posible de medios y ningún tiempo para deliberar» (*British and Foreign State Papers, 1840-1841*, Londres, Ridgway, vol. 29, 1857, págs. 1129 y ss.). En su mensaje al Congreso del 7 de diciembre de 1841, el Presidente de los Estados Unidos reiteró que «este Gobierno no [puede] conceder a ningún gobierno extranjero la facultad, excepto en el caso de la necesidad más urgente y extrema, de invadir su territorio, ya sea para detener a las personas o para destruir los bienes de quienes puedan haber violado las leyes internas de ese gobierno extranjero [...]» (*ibid.*, 1841-1842, vol. 30, 1858, pág. 194). Eliminada así en el plano de los principios, la divergencia de opiniones se desplazó entonces al plano de los hechos. El incidente no quedó concluido hasta 1842, después de un canje de cartas en las que los dos gobiernos estuvieron de acuerdo tanto para reconocer el principio fundamental del carácter inviolable del territorio de una nación independiente como para admitir que puede surgir «una necesidad fuerte e insuperable en cuya oportunidad este gran principio [pueda] y [deba] suspenderse». «Esto debe hacerse —añadió Lord Ashburton, enviado especial del Gobierno británico a Washington— por el período más breve posible durante la existencia de una necesidad imperiosa y reconocida como tal, y estar estrictamente limitado a los límites más estrechos impuestos por esa necesidad» (*ibid.*, págs. 195 y ss.). Véase la respuesta del Secretario de Estado Webster (*ibid.*, págs. 201 y ss.). La aplicabilidad en principio de la justificación de necesidad en la materia de que tratamos fue así objeto de reconocimiento explícito de las dos Potencias entre las cuales se había producido la controversia.

¹¹⁸ Véase, para casos que van justamente de 1836 a 1896, J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1906, vol. II, págs. 418 y ss. Marcó el fin de los repetidos incidentes la concertación, el 4 de junio de 1896, de un acuerdo entre los Estados Unidos y México, en virtud del cual las fuerzas armadas de las dos naciones se reconocieron recíprocamente el derecho de perseguir las bandas de indios hostiles más allá de la frontera, en regiones desérticas y hasta una profundidad determinada.

¹¹⁶ Anzilotti [*Corso...*, 4.ª ed. (*op. cit.*), pág. 414] cita como caso típico de un Estado que actúa en «estado de necesidad» aquel en que ese Estado, al enterarse de que en la proximidad de la frontera, pero en territorio extranjero, algunos exiliados organizan una intrusión que está a punto de realizarse para provocar en el país un movimiento revolucionario o separatista, y, en la imposibilidad de advertir con resultado a las autoridades extranjeras, envía al lugar fuerzas armadas para apoderarse de los conjurados.

ocasión de los desórdenes que estallaron en la ciudad¹¹⁹; es, por último, el caso de otros envíos a territorio extranjero de fuerzas de tierra o de mar efectuados en la época y posteriormente invocando motivos análogos¹²⁰. En nuestra opinión, en consecuencia, antes de la primera guerra mundial e igualmente entre las dos guerras, la convicción jurídica de los Estados sobre el punto que nos interesa era que el «estado de necesidad», si se alegaba de buena fe y era debidamente establecido y revelado por la *existencia real de todas las condiciones enumeradas*, podía considerarse como una circunstancia susceptible de excluir excepcionalmente la ilicitud, que de otra manera hubiera sido innegable, de una intervención en territorio extranjero efectuada para una u otra de las finalidades limitadas y temporales a las cuales nos hemos referido. Las dudas y resistencias de una parte de la doctrina a este respecto no se debían en realidad a una oposición de principio a la idea como tal de una justificación semejante, sino a una intención, por otro lado muy explicable, de reacción ante los abusos evidentes que hacían los Estados con frecuencia de la justificación que planteaban, y al temor de que, por la repetición de esos abusos, se acabara por llegar a la afirmación de la existencia de un verdadero «derecho de intervención» en territorio extranjero.

58. ¿Ha cambiado la situación al respecto después de la segunda guerra mundial, y en especial después de la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas? Como se ha destacado *supra*¹²¹, el aspecto más notable de la evolución del derecho internacional en el curso del período que va desde el fin del decenio de 1920 hasta el fin del decenio de 1960 ha sido la formación gradual, en la *opinio juris* de los miembros de la comunidad internacional, de la convicción del carácter imperativo, que no tolera ninguna derogación, del principio que prohíbe la agresión. En la Carta, la prohibición en cuestión está consagrada como norma escrita, englobada en la prescripción del párrafo 4 del Artículo 2 (la disposición clave de este instrumento), que exige a los Estados Miembros que se abstengan de recurrir a la fuerza «contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas». Y es sobre todo teniendo en cuenta el carácter actualmente innegable de *jus cogens* de esta misma prohibición fundamental que hemos llegado a la conclusión de que ninguna excusa de necesidad podría tener actualmente como efecto la justificación de la perpetración de un acto de agresión. Dicho esto, puede plantearse en primer lugar el problema de determinar

si, en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, se proponía únicamente prohibir bajo todos sus aspectos posibles la comisión de una agresión, o si la intención era ir más allá de la prohibición de la agresión solamente y extender también la obligación de abstención que se enuncia en ella a las demás formas posibles de empleo de la fuerza, con excepción del empleo hecho en ejercicio del derecho de «legítima defensa» tal como se prevé en el Artículo 51. La cuasi similitud entre la redacción del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta y la del artículo 1 de la Definición de la agresión aprobada por la Asamblea General¹²² podría, a primera vista, hacer pensar que los autores de la Definición interpretaban que la prohibición consagrada en la Carta se refería únicamente a la «agresión». Sin embargo, la enumeración que se hace en el artículo 3 de la misma Definición de los actos que reúnen las condiciones de un acto de agresión¹²³ nos convence de que la intención de los redactores del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta era forzosamente incluir también en la obligación de abstención que se enuncia en ella otros actos distintos de los que merecen la calificación de actos de agresión y que no debería quedar ninguna duda en cuanto a la prohibición por la Carta —siguiendo los pasos del derecho internacional general, por otra parte— de toda clase de comportamiento que implique un atentado de cualquier índole contra la soberanía territorial de otro Estado, cualesquiera que sean las proporciones, la duración o la finalidad. No cabe ninguna duda tampoco en cuanto a la exclusión de la posibilidad de considerar todavía actualmente la existencia, a veces pretendidamente avanzada, de un verdadero «derecho de intervención» en el territorio extranjero, para una u otra de las razones particulares, o para uno u otro de los propósitos, aunque muy limitados, que hemos planteado¹²⁴. Sin embargo, así y todo, no se podría todavía decir que la ilicitud, en este caso tan indiscutible en principio, de una intervención por la fuerza en territorio extranjero que tuviera, sin embargo, un carácter claramente menos grave que un verdadero acto de agresión no pudiera excluirse excepcionalmente por el hecho de que el Estado autor de la intervención actúa en con-

¹²² «La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas tal como se enuncia en la presente Definición.»

¹²³ Esta enumeración, en los apartados *a* a *g*, del artículo 3 de la Definición [v. *supra*, nota 115] no incluye varios actos de menor alcance que podría cometer un Estado en el territorio de otros Estados. A este respecto cabe señalar por otra parte que en el artículo 2 de la misma Definición se reconoce al Consejo de Seguridad la facultad de concluir que ciertos actos que entrañan el empleo de la fuerza en violación de la Carta no deben considerarse como actos de agresión por no tener estos actos o sus consecuencias una gravedad suficiente. Por otra parte, una interpretación amplia, aunque no engloba de ninguna manera todas las prohibiciones comprendidas en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, parecería desprenderse del primer principio 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», aprobada por la Asamblea General el 24 de octubre de 1970 [resolución 2625 (XXV), anexo].

¹²⁴ Véase *supra*, párr. 56.

¹¹⁹ El Cónsul de Italia en Salónica recibió, sin embargo, instrucciones en virtud de las cuales no estaba autorizado para hacer desembarcar a los destacamentos armados salvo en el caso de *peligro real e inminente* o en el caso en que las autoridades locales declararan formalmente que no disponían de fuerzas suficientes. Véase S.I.O.I.-C.N.R., *op. cit.*, pág. 939. El Gobierno italiano adoptó la misma actitud en otras ocasiones diferentes (*ibid.*, págs. 931 y ss.).

¹²⁰ Véase, para casos extraídos de la práctica japonesa entre las dos guerras, Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 9.º año, N.º 6 (junio de 1928), págs. 792 y 798, e *ibid.*, 12.º año, N.º 12 (diciembre de 1931), págs. 2347 y 2376.

¹²¹ Párr. 55.

diciones que permitan reconocer claramente la existencia de un «estado de necesidad». Por el contrario, el problema de la aplicabilidad eventual de una «excusa» no puede lógicamente plantearse sino cuando el hecho que ha de excusarse debe considerarse en términos absolutos como ilícito.

59. Se impondría evidentemente una conclusión negativa en cuanto al reconocimiento de esta posibilidad excepcional de exclusión de la ilicitud si en la interpretación de la regla de *jus cogens* que prohíbe la agresión se adoptara un concepto de agresión tan extenso que incluyera toda forma de acción cometida por la fuerza en territorio extranjero. Sin embargo, se correría así posiblemente el riesgo de ampliar más allá de lo que es actualmente aceptado por la convicción jurídica de los Estados, ya sea el concepto de «agresión»¹²⁵ o el de «norma imperativa», de conformidad con los términos del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados¹²⁶. Pero sin llegar a eso, se podría más simplemente hacer referencia al hecho de que el Artículo 51 de la Carta sólo menciona la legítima defensa como forma admisible del empleo de la fuerza para deducir de ello que los redactores de la Carta podrían haber tenido la intención de *excluir* implícitamente la aplicabilidad de la excusa de necesidad, por fundada que ésta pudiera estar en casos concretos determinados, a cualquier comportamiento no conforme con la obligación de abstenerse del empleo de la fuerza. En otros términos, se podría suponer que habían querido prever, en esta esfera particular, una excepción a la excepción de otra forma posible a la regla de la ilicitud de un comportamiento no conforme a una obligación internacional. Por pertinente que pueda ser, sobre todo a causa de su simplicidad, esa suposición, sólo es una suposición, y sería arbitrario de nuestra parte, en el marco de la realización de nuestra tarea actual, transformarla sin otra certidumbre. El hecho de que se haya considerado indispensable salvaguardar especial y explícitamente, ante la prohibición general del recurso a la fuerza, el derecho a emplear la fuerza en «legítima defensa» no trae como consecuencia lógica y necesaria que se haya querido así excluir de manera absoluta la eliminación de la ilicitud de un comportamiento no conforme a esta prohibición en virtud de la existencia de otras circunstancias. En todo caso, la Carta no hace explícitamente esa exclusión, por lo que sólo implícitamente los órganos competentes, al interpretarla, podrían haber extraído la conclusión de esa exclusión al considerar casos concretos.

60. No obstante, el examen de los casos prácticos presentados ante la CIJ o ante los órganos políticos de las Naciones Unidas no parece ayudar mucho para los fines

que nos preocupan. En lo que respecta a la Corte, todo lo que podemos recordar es que, en su fallo de 9 de abril de 1949 a propósito del *Asunto del canal de Corfú*¹²⁷, la CIJ rechazó el argumento presentado por Gran Bretaña para defender la acción de limpieza de minas ejecutada por la armada británica en las aguas albanesas del canal a raíz del incidente que se había producido en ellas y durante el cual dos buques de guerra británicos habían explotado luego de haber tropezado con minas. Pero donde la Corte tomó una posición negativa fue con respecto a la afirmación, por parte de los representantes del Gobierno británico, de la existencia a favor del Estado víctima de una violación grave del derecho internacional de un *derecho de intervención mediante la acción directa en el territorio del Estado autor de la violación*, o por lo menos de un *derecho a adoptar en ese territorio medidas de contraparte de protección propia* para detener la prosecución ilícita o para evitar que el Estado culpable hiciera desaparecer las pruebas de su contravención, todo ello a despecho de la prohibición de la Carta de las Naciones Unidas del recurso a la fuerza y como limitación a esa prohibición. Es entonces en el ejercicio de *ese derecho* (nosotros diríamos de esta *facultad*) de adoptar directamente medidas de fuerza con respecto al Estado sorprendido en violación del derecho internacional que el Gobierno británico sostenía haber actuado¹²⁸. Haciéndose eco de las tendencias recientes en esta materia, la Corte puso en duda que, limitado o no, el «pretendido derecho de intervención» pudiera «encontrar un lugar en el derecho internacional» y negó que un Estado pudiera hacerse justicia por su mano, aplicando, a título de «autoprotección o *self-help*», medidas de contraparte forzosas con respecto al Estado autor de una infracción internacional¹²⁹. Pero parece claro que la cuestión de derecho que ella debía solucionar era la de la existencia o no, en el orden jurídico internacional actual, de la facultad para el Estado perjudicado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado de reaccionar unilateralmente en menoscabo de la soberanía territorial de ese otro Estado y esto a título de «medida de contraparte» coercitiva por la infracción sufrida. Por el contrario, la Corte no debía de ninguna manera pronunciarse sobre la cuestión completamente diferente de si un Estado que se encontraba, independientemente de todo hecho ilícito de otro, en una situación material caracterizada por la absoluta «necesidad» de actuar en contra de sus obligaciones para salvaguardar un interés esencial de otra manera ineludiblemente amenazado por un peligro inminente, podía o no invocar este «estado de necesidad» como circunstancia excepcionalmente susceptible de excluir la ilicitud de otra manera innegable

¹²⁵ Incluso ateniéndose a los términos ya considerablemente amplios del artículo 3 de la Definición de la agresión, que enumera toda una gama de actos como actos de agresión, no se llegaría probablemente a presentar como «agresiones» todos los tipos de actos con objetivos limitados con respecto a los cuales nos planteamos aquí la cuestión de una posible aplicabilidad de la excusa de necesidad.

¹²⁶ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 311.

¹²⁷ *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4.

¹²⁸ En el procedimiento escrito, el Gobierno británico había sostenido la existencia sin limitación alguna de un «derecho de intervención». En el curso de sus alegatos orales, Sir Eric Beckett, que presentó la tesis del Gobierno de Londres, sólo se refirió a un «derecho limitado de autoprotección» («*self-help*» o «*self-redress*»), atribuido por el derecho internacional a todo Estado víctima de la violación de una obligación internacional. Véase *C.I.J. Mémoires, Détroit de Corfou*, vol. II, págs. 282 y ss.; vol. III, págs. 295 y ss.; vol. IV, págs. 579 y ss.

¹²⁹ *C.I.J. Recueil 1949*, págs. 34 y ss.

de su comportamiento¹³⁰. Los términos de la controversia sometida a su juicio eran muy distintos: el Gobierno británico afirmaba que había actuado en el ejercicio de su derecho; no invocaba entonces de ningún modo, como excusa de una actuación de otra manera ilícita de su parte, una circunstancia de la cual no se decía, por otra parte, que todas las condiciones de su existencia estuvieran reunidas en el caso correcto. En nuestra opinión, sería entonces forzar el significado y el alcance de este fallo pretender extraer de él, sea en un sentido o en otro, consecuencias con respecto a la aplicabilidad de la excusa de la necesidad en la esfera a que hacemos referencia.

61. En cuanto a la práctica de los Estados, su análisis no parece tampoco permitirnos extraer conclusiones seguras y definitivas sobre el punto preciso que deseáramos dilucidar. No se trata para nosotros —cabe repetirlo para que no haya ningún malentendido— de buscar la forma de determinar si la existencia de un «estado de necesidad» podría o no excluir la ilicitud de una acción de fuerza llevada a cabo contra el territorio de un Estado extranjero y que menoscabaría su integridad territorial o su independencia política, o que, de cualquier manera, por sus objetivos y sus proporciones, revestiría el aspecto de un acto de agresión: la respuesta negativa a este respecto ya ha sido clara y neta. No se trata tampoco de tratar de determinar si ciertas acciones, aunque entrañen un cierto empleo de la fuerza, pero circunscritas en cuanto a las proporciones y a la duración, ejecutadas, como se ha considerado *supra*¹³¹, con objetivos limitados y desprovistos de verdaderos fines agresivos contra el Estado de cuyo territorio se trata, están también prohibidas por el derecho internacional actual: para las necesidades de nuestra investigación actual, hemos dado por adquirida esta prohibición en el marco del sistema de las Naciones Unidas. El único punto sobre el cual deseáramos, de ser posible, arrojar alguna luz, es el de determinar si la ilicitud, admitida en principio como innegable, de una de esas acciones podría o no encontrarse excepcionalmente excluida cuando el Estado que la hubiera cometido estuviera en condiciones de probar que actuó en un verdadero «estado de necesidad», en que todas las condiciones que permitieran reconocer la existencia de esta circunstancia estuvieran efectivamente reunidas.

62. Ahora bien, si se examina la práctica, se comprueba que los Estados autores de cierta acción de fuerza han pretextado en algunas ocasiones su obliga-

ción de proteger con ella un interés vital de un grave peligro que lo amenazaba, pero en ningún momento han invocado expresamente, para justificarse, la excusa de necesidad por estar verosímilmente convencidos ellos mismos de que el conjunto de las condiciones para hacerlo no se había reunido en el caso y que, por otra parte, las proporciones y los fines de la acción emprendida no revestían un carácter que permitiera calificarla de limitada y no agresiva¹³².

63. En otros casos —por ejemplo, los de intervenciones en territorio extranjero realizadas a título de *hot-pursuit* de formaciones de movimientos de insurrección o de liberación nacional que realizaban sus actividades a partir de bases situadas en dicho territorio extranjero¹³³—, los gobiernos autores de dichas intervenciones generalmente han hecho valer que el Estado en cuyo territorio intervenían eludía deliberadamente el cumplimiento de su obligación de prevenir los ataques que de ahí provenían o no podían ejercer dicha prevención. Sin embargo, dejando esto de lado, han invocado como justificación su acción —poco importa saber si en forma justa o no— no el hecho de encontrarse en estado de necesidad, sino unas veces el de haber actuado en condición de «legítima defensa», otras el de haber aplicado una «sanción», una contramedida coercitiva. Al hacerlo, su intención era aparentemente subrayar que su acción constituía una respuesta a un ataque ilícito de otro. Los debates que tuvieron lugar a propósito de esos casos, por lo tanto, en su mayoría

¹³² Con ocasión de la acción realizada el 30 de octubre de 1956 por las fuerzas anglo-francesas en la región del canal de Suez, los dos gobiernos invocaron ante el Consejo de Seguridad y la Asamblea General, como uno de los motivos de su acción, el peligro que las hostilidades, que se aproximaban a la zona del canal, hacían correr al libre paso de las naves en dicha vía de agua. Subrayaron en consecuencia la intención de proteger con su intervención los intereses de los países usuarios. Durante los debates que siguieron, la mayor parte de los representantes de los Estados Miembros que intervinieron sostuvieron que la proporción, la finalidad y la envergadura de la acción emprendida por las dos Potencias le atribuían el carácter de un verdadero acto de agresión. Señalaron además: a) que el fin confesado de dicha acción —que en opinión de algunos de ellos no era sino un pretexto— no podía lograrse con tales medios, y b) que el resguardo del interés vital de unos no podía obtenerse al costo del sacrificio de un interés no menos vital de otros. Véase *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, undécimo año*, sesiones 749.^a a 751.^a, y *Documentos Oficiales de la Asamblea General, primer período extraordinario de sesiones de emergencia*, sesiones 561.^a y 562.^a. Si los dos gobiernos protagonistas de la acción hubieran invocado la excusa de necesidad se les habría opuesto en este caso la falta de las condiciones requeridas.

¹³³ Véase, además de las obras citadas en una nota de la sección 3 del presente capítulo [*Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 42, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4, nota 186]: I. Brownlie, «International law and the activities of armed bands», en: British Institute of International and Comparative Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 7, N.º 4, octubre de 1958, págs. 731 y ss.; J. Charpentier, «Existe-t-il un droit de suite?», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXII, N.º 2 (abril-junio de 1961), págs. 301 y ss.; M. R. García Mora, *International Responsibility for Hostile Acts of Private Persons against Foreign States*, La Haya, Nijhoff, 1962, págs. 115 y ss.; F. Pocar, *L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio straniero*, Padua, CEDAM, 1974, págs. 27 y ss., 87 y ss.; A. F. Panzera, *Attività terroristiche e diritto internazionale*, Nápoles, Jovene, 1978, págs. 96 y ss.

¹³⁰ Incluso el Juez Krylov, que, después de haber afirmado en su opinión disidente (*ibid.*, págs. 76 y 77) que el pretendido ejercicio de un «derecho de *self-help*» no era «más que una intervención», fue el único en mencionar el término «necesidad», sólo lo hizo para negar la admisibilidad en el derecho internacional actual de un «derecho de necesidad» en el sentido del *Notrecht* proclamado anteriormente por muchos autores alemanes», es decir, en el sentido de un pretendido derecho supremo que debía primar sobre cualquier derecho de otro. Como lo hemos subrayado *supra* (párr. 9), la idea de este pretendido derecho no es sólo falsa, sino que nada tiene que ver con la de un «estado de necesidad» como circunstancia de hecho que acompaña la comisión por el Estado de una acción de otro modo ilícita, acción que nada tiene del ejercicio de un derecho.

¹³¹ Véase párr. 56.

carecen de interés en lo que respecta a su aplicabilidad en esta esfera de la excusa de necesidad.

64. En otros casos todavía, especialmente los de intervención en territorio extranjero con fines llamados «humanitarios», como salvar la vida de nacionales o extranjeros amenazada por insurgentes o grupos hostiles, etc.¹³⁴, podemos destacar un llamado explícito, aunque no exclusivo, a la «excusa de necesidad» en la justificación dada por el Gobierno belga de su envío de paracaidistas al Congo en 1960 para proteger la vida de nacionales belgas y de otros países europeos retenidos, en su opinión, como rehenes por los amotinados del ejército y por los insurgentes congoleños. A este respecto, según un autor, el Primer Ministro (Sr. Eyskens) afirmó, en efecto, en el Senado que el Gobierno se había encontrado «en una situación de necesidad absoluta»¹³⁵. El Ministro de Relaciones Exteriores (Sr. Wigny), cuando intervino ante el Consejo de Seguridad, afirmó que Bélgica se había visto forzada «por la necesidad» a enviar tropas al Congo, y, en la misma ocasión, insistió en el carácter «puramente humanitario» de la acción emprendida, en el hecho de que ésta se había mantenido dentro de límites estrictamente proporcionales al fin perseguido, y en que se había concebido como una acción puramente temporal, a la espera de una intervención oficial de las Naciones Unidas¹³⁶. El Gobierno congoleño respondió sosteniendo que la excusa que Bélgica había dado era un pretexto y que su fin real había sido la secesión de Katanga y que, por lo tanto, se estaba en presencia de un acto de agresión¹³⁷. Las opiniones expresadas en el Consejo de Seguridad se dividieron en torno a las dos posiciones opuestas; sin embargo, ambos bandos se concentraron en la determinación y la evaluación de los elementos de hecho¹³⁸. De ninguna parte hubo una toma de po-

sición de principio con respecto a la posible validez de un «estado de necesidad» como circunstancia susceptible, una vez reunidas sus condiciones de existencia, de excluir la ilicitud de una acción no conforme a una obligación internacional. Destaquemos solamente —lo que no deja de tener importancia— que el principio de la excusa de necesidad mismo no fue objeto de dene-gación alguna¹³⁹.

65. Desde el punto de vista que nos interesa, el caso de la intervención belga en el Congo sigue siendo, sin embargo, aislado. En los diferentes casos más recientes en que se han emprendido acciones armadas en territorio extranjero para liberar a los rehenes de terroristas que habían desviado aviones¹⁴⁰ la «justificación» invocada por los gobiernos autores de esos *raids* ha sido a veces el consentimiento del Estado en cuyo territorio tuvo lugar el *raid* (Mogadishu, 1977; Larnaca, 1978), o la legítima defensa (Entebbe, 1976). El concepto de estado de necesidad ni se ha mencionado ni se ha tomado en consideración, aunque algunos de los datos de hecho invocados por quienes hablaban de «legítima defensa», y que disputaban sus opositores¹⁴¹, podían tener más relaciones con el estado de necesidad que con la legítima defensa. ¿Habría que ver en este hecho en sí mismo una prueba indirecta de la convicción de la imposibilidad de principio de invocar la aplicación del «estado de necesidad», como circunstancia que excluye excepcionalmente la ilicitud, respecto de acciones no conformes a la obligación de no cometer en forma alguna un atentado contra la soberanía terri-

¹³⁴ En general, sobre la cuestión de la licitud o ilicitud de dichas intervenciones después de la aprobación de la Carta, véase especialmente H. Waldock, «The regulation of the use of force by individual States in international law», *Recueil des cours...*, 1952-II, París, Sirey, 1953, t. 81, pág. 503; Bowett, *op. cit.*, págs. 87 y ss.; Brownlie, *International Law... (op. cit.)*, págs. 290 y ss.; J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6. ed., rev. por H. Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963, págs. 427 y ss.; A. J. Thomas y A. van Wynen Thomas, *The Dominican Republic Crisis 1965: Background Paper and Proceedings of the Ninth Hammarskjöld Forum*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana Publications, 1967, págs. 16 y ss.; Ch. G. Fenwick, «The Dominican Republic: intervention or collective self-defense?», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 60, N.º 1 (enero de 1966), págs. 64 y ss.; R. T. Bohan, «The Dominican case: unilateral intervention», *ibid.*, N.º 4 (octubre de 1966), págs. 809 y ss.; R. B. Lillich, «Forcible self-help by States to protect human rights», *Iowa Law Review*, Iowa City (Iowa), vol. 53, N.º 2 (octubre de 1967), págs. 325 y ss.; Ph. C. Jessup, *A Modern Law of Nations: An Introduction*, 3.ª ed., Nueva York, Macmillan, 1968, págs. 169 y ss.; Lamberti Zanardi, *La legittima difesa...* (*op. cit.*), págs. 74 y ss.

¹³⁵ D. W. McNemar, «The postindependence war in the Congo», en *The International Law of Civil War*, textos compilados por R. A. Falk, Baltimore (Md.), Johns Hopkins Press, 1971, pág. 273.

¹³⁶ Véase *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, decimoquinto año*, 873.ª sesión, párrs. 182 y ss.; 192 y ss.; 877.ª sesión, párr. 142; 879.ª sesión, párr. 151.

¹³⁷ *Ibid.*, 877.ª sesión, párrs. 31 y ss.

¹³⁸ *Ibid.*, 873.ª sesión, párr. 144; 878.ª sesión, párrs. 23, 65 y 118; 879.ª sesión, párrs. 80 y ss.

¹³⁹ Con ocasión de la segunda intervención belga en el Congo, en 1964, el Gobierno belga invocó como excusa, a diferencia de la vez anterior, el «consentimiento» del Gobierno congoleño, lo que éste negó (*ibid.*, *decimonoveno año, Suplemento de octubre, noviembre y diciembre de 1964*, documentos S/6055, S/6063). Se definió la operación como una «misión de socorro urgente».

La justificación invocada por los Estados Unidos de América para la intervención en la República Dominicana a fin de salvar a los nacionales de los Estados Unidos y de una treintena de otros países en peligro fue simplemente la incapacidad del Gobierno dominicano del momento para asegurar la protección debida [v. *Répertoire de la pratique du Conseil de sécurité, Supplément 1964-1965* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: F.68.VII.1), págs. 152 y ss.].

¹⁴⁰ Véase a este respecto en general, A. F. Panzera, «Raids e protezione dei cittadini all'estero», *Rivista di diritto internazionale*, Milán, vol. 61, N.º 4, 1978, págs. 759 y ss. Véase además U. Beyerlin, «Die israelische Befreiungsaktion von Entebbe in völkerrechtlicher Sicht», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 37 (1977), N.º 2, págs. 213 y ss.; H. Strebel, «Nochmals zur Geiselfreiung in Entebbe», *ibid.*, N.º 3-4, págs. 691 y ss.; los artículos de Ch. Zorgbibe, «La protection d'humanité», y de J. Schoebel, «Le raid israélien et la Charte de l'ONU», publicados en *Le Monde*, respectivamente el 7 y 9 de julio de 1976; de F. Pocar, «Soltanto il consenso della Somalia ha permesso l'operazione militare», publicado en el *Corriere della sera* de 19 de octubre de 1977; la nota de E. Sciso, «Il raid egiziano a Larnaca», *Rivista di diritto internazionale*, Milán, vol. 61, N.º 4, 1978, págs. 945 y ss.

¹⁴¹ Véanse las diferentes posiciones adoptadas respecto del *raid* israelí en Entebbe, así como los proyectos de resolución, ninguno de los cuales fue aprobado, en *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, trigésimo primer año, Suplemento de julio, agosto y septiembre de 1976*, documentos S/12123, 12124, 12132, 12135, 12136 y 12139, e *ibid.*, *trigésimo primer año*, sesiones 1939.ª, 1941.ª y 1942.ª

torial de otro Estado? Es posible, pero también es posible pensar que el hecho de haber preferido recurrir a otras «excusas» más bien que a la de «necesidad» se debió, en algunos casos concretos, a la intención de dejar más en claro algunos aspectos del caso del que se trataba (por ejemplo, la no «inocencia» del Estado víctima de la acción realizada), o a la convicción de no poder determinar si se reunían en el caso todas las condiciones particularmente rigurosas de la existencia de un verdadero «estado de necesidad»¹⁴². Como sea, si bien se puede observar en los debates que dichos casos suscitaron en el Consejo de Seguridad una tendencia dominante a la mayor severidad con respecto a toda forma de acción que de una u otra manera atente contra la soberanía territorial del Estado, no se podría, sin embargo, sacar de ahí conclusiones a favor o en contra de la admisibilidad de la excusa de necesidad en tales casos¹⁴³.

66. La práctica de las propias Naciones Unidas no nos parece entonces, por el momento, suficientemente rica y concluyente sobre el punto que nos interesa para permitirnos dar sobre la base de esa práctica una respuesta segura y definitiva a la pregunta planteada *supra*¹⁴⁴. Una vez comprobado esto, no pensamos prudente llevar más adelante esta investigación y aventurarnos a asumir la responsabilidad de tomar una posición sobre ese punto específico. Nos hemos preguntado si la ilicitud de un comportamiento no conforme con la prohibición de ciertas acciones limitadas que entrañen el uso de la fuerza en territorio extranjero —prohibición que consideramos firmemente establecida por el sistema de la Carta, pero a la cual, como hemos indicado¹⁴⁵, vacilamos en atribuir el mismo carácter de *jus cogens* que, a nuestro parecer, debe reservarse a la prohibición de la agresión— podría o no quedar excluida en casos excepcionales en que se vieran verdaderamente reunidas todas las rigurosas condiciones que hemos considerado para el reconocimiento de un «estado de necesidad». Como hemos comprobado también¹⁴⁶, la respuesta a esta pregunta depende esencialmente de la interpretación que deba darse a ciertas disposiciones de ese instrumento de origen convencional que es la Carta, a saber, de ciertas reglas fundamentales enunciadas en ese instrumento. Corresponde entonces a los

diferentes órganos encargados de esa interpretación la tarea de enunciar esta respuesta, y no a un proyecto concerniente a la definición de reglas «secundarias» sobre la responsabilidad internacional a que se dedica la CDI. Bastará, sin duda, para los fines que perseguimos aquí, con indicar claramente, en el proyecto de artículos que redactaremos, que la admisibilidad que decidiríamos reconocer en ciertas condiciones y dentro de ciertos límites, en el derecho internacional general, al «estado de necesidad» como circunstancia excluyente de la ilicitud de un comportamiento no conforme con una obligación internacional, debería siempre entenderse con la reserva de una conclusión diferente que se impusiera en una esfera determinada, no solamente por la existencia de una regla de *jus cogens*, sino también por eventuales previsiones explícitas contenidas en un tratado o en otro instrumento internacional, o por las deducciones que habría que extraer implícitamente de él.

67. Lo que acabamos de decir en último lugar nos lleva lógicamente a tratar una vez más, en forma expresa y más a fondo de lo que hemos podido hacer hasta aquí, una cuestión colateral, pero cuya importancia no podría escapar a nadie. ¿Cuáles son, debemos preguntarnos, las modalidades de incidencia que la presencia, en un sector determinado del derecho internacional, de disposiciones convencionales que se refieren, de una manera u otra, a situaciones de necesidad pueden tener sobre las consecuencias que de otra manera se desprenderían del principio general que habremos de reconocer como el propio del derecho internacional actual en lo que respecta a la «excusa de la necesidad»? Hemos tenido aquí oportunidad de mencionar la posibilidad de que, dejando a cargo de los Estados partes las obligaciones relativas a un cierto objeto, una convención, sea ella multilateral o bilateral, prevea expresamente en una de sus disposiciones generales que los Estados en cuestión podrán no ajustarse a esas obligaciones en el caso en que una situación especial de «necesidad» les impida hacerlo. Ahora bien, pueden presentarse entonces diferentes posibilidades. Es posible, en primer lugar, que la esfera del derecho internacional dentro de la cual recaen las obligaciones establecidas por la convención sea una de aquellas con respecto a las cuales hemos podido señalar que la práctica de los Estados revela la existencia, en el derecho internacional general, de un principio que reconoce, aunque dentro de condiciones extremadamente rigurosas, al «estado de necesidad» el valor de circunstancia excluyente de la ilicitud de un comportamiento no conforme con una obligación internacional. La cláusula especial contenida en la convención podrá entonces no tener más razón de ser ni más valor que el de explicar, y si se desea proteger de toda posible contestación, consecuencias idénticas a aquellas que la aplicación del principio de derecho internacional general entrañaría ya por sí misma. Pero más frecuentemente, la razón de ser de la inclusión en la convención de la cláusula que menciona explícitamente la «necesidad» habrá sido una intención más específica. Las partes en la convención pueden haber querido prever, mediante el reconocimiento de una situación de necesidad susceptible de excusar

¹⁴² Nos referimos en especial a la condición de ausencia absoluta de otro medio de resguardar el interés «esencial» amenazado en el caso concreto y a la de no atentar, con la acción emprendida para proteger dicho interés, contra un interés no menos esencial del Estado objeto de dicha acción.

¹⁴³ También para Wengler (*op. cit.*, págs. 390 y 391) esta cuestión queda abierta. El caso de la violación del territorio de un Estado llevada a cabo para prevenir un desastre natural es tal vez el que se presta a menos discusión en la doctrina. Incluso autores que no admiten la excusa de necesidad afirman que la prohibición del uso de la fuerza estipulada en el Artículo 2, párr. 4, de la Carta no se aplica en el caso en que la intervención en territorio extranjero sea el único medio de evitar un desastre natural. Véase, por ejemplo, Brownlie, *International Law... (op. cit.)*, pág. 370, y K. Skubiszewski, «Use of force by States. Collective security. Law of war and neutrality», *Manual of Public International Law*, textos compilados por M. Sørensen, Londres, Macmillan, 1968, pág. 775.

¹⁴⁴ Párr. 57.

¹⁴⁵ Véase *supra*, párr. 58.

¹⁴⁶ *Idem*.

al Estado parte en la convención del no cumplimiento de sus obligaciones, condiciones menos rígidas, o en todo caso diferentes de aquellas que deben reunirse para que haya un «estado de necesidad» tal como el previsto por el derecho internacional general. Las mismas partes pueden también haber querido precisar explícitamente los intereses esenciales cuya salvaguardia «necesaria» puede invocarse para justificar una excepción a la observancia de las obligaciones previstas por la convención¹⁴⁷. Las exigencias propias de la materia específica a que se refiere la convención, la naturaleza especial de las obligaciones previstas en ella, pueden, en efecto, requerir una adaptación análoga del principio general¹⁴⁸. Será entonces evidente que la regla especial

¹⁴⁷ Así, por ejemplo, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos, el párrafo 1 del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1966, anexo] prevé que:

«En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.»

Pueden encontrarse disposiciones análogas en el artículo 15 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 [v. Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 213, pág. 233 (para una versión española, véase A. Truyol, *Los Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1977, pág. 111)], y en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969 [v. OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos («Pacto de San José de Costa Rica»)*, Serie sobre Tratados, N.º 36, Washington (D. C.), Secretaría General de la OEA, pág. 9].

¹⁴⁸ En materia de libertad de tránsito, por ejemplo, el artículo 12 de la Convención sobre el comercio de tránsito de los Estados sin litoral, de 8 de julio de 1965, permite hacer una excepción a las reglas establecidas por la Convención cuando una «situación de emergencia» ponga en peligro la existencia política o la «seguridad» del Estado de tránsito (v. Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 597, pág. 95). Se encuentran disposiciones análogas en el artículo 7 del Estatuto sobre la libertad de tránsito (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. VII, pág. 28) y en el artículo 19 del Estatuto sobre el régimen de las vías navegables de interés internacional (*ibid.*, pág. 60), aprobados el 20 de abril de 1921. La Convención sobre el comercio de tránsito de los Estados sin litoral y el Convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional, de 9 de abril de 1965 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 591, pág. 265), prevén también la posibilidad de aplicar, en derogación de las obligaciones establecidas, medidas temporales necesarias para preservar la moral, la salud o la seguridad públicas. En materia económica y comercial, los acuerdos multilaterales acuerdan a menudo a los Estados Miembros la facultad de apartarse de las obligaciones que contienen si ello es necesario para proteger la salud y la vida de seres humanos, de animales o de plantas, el patrimonio artístico y cultural, o para prevenir desórdenes, etc. [v., por ejemplo, el artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, *Instrumentos básicos y documentos diversos*, vol. IV [N.º de venta: GATT/1969-1], págs. 40 y 41) y el artículo 12 de la Convención que establece la AELI (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 370, pág. 212)]. A veces la regla especial llega sólo a prever que un órgano apropiado pueda intervenir para acordar a un Estado Miembro de un acuerdo general la facultad de no ajustarse a una obligación internacional en el caso en que ello resultara necesario como consecuencia de circuns-

prevalecerá y que la existencia de una situación de necesidad adecuada para excusar la no observancia de una obligación deberá apreciarse según los términos de esta regla especial y no según el principio de derecho internacional.

68. La hipótesis que en toda lógica se opone a la que hemos considerado en el párrafo anterior es que la convención multilateral o bilateral de que se trate contenga una cláusula que *excluya expresamente* toda posibilidad de invocar una «necesidad» cualquiera para justificar la adopción por un Estado de un comportamiento que no esté en conformidad con una de las obligaciones establecidas por la convención. En ese caso, sin duda más raro —se encuentran ejemplos en la esfera de las convenciones internacionales para la humanización de la guerra—, es evidente que la aplicabilidad del principio de derecho internacional general relativo a la excusa de necesidad quedará automáticamente descartada por lo que se refiere a las obligaciones emanadas de la convención. Ni siquiera el hecho de que en un caso concreto se encuentren indiscutiblemente reunidas todas las distintas y rigurosas condiciones exigidas por el principio señalado podrá alterar en modo alguno esta conclusión negativa.

69. Pero pueden también encontrarse ejemplos de una tercera hipótesis. La excusa de la necesidad puede aceptarse explícitamente, no en una cláusula general de una convención y con respecto al conjunto de las obligaciones establecidas por la convención, sino en el marco de una cláusula particular, que imponga a los Estados partes cierta obligación determinada. La adopción de una postura explícita de ese tipo con respecto a la posibilidad de fundarse o no fundarse en la «necesidad» para sustraerse excepcionalmente al cumplimiento de la obligación establecida en el mismo artículo puede corresponder tanto a la adopción de una postura positiva¹⁴⁹ como a la adopción de una postura negativa¹⁵⁰. En ambos casos se planteará el problema de saber cuál habrá de ser la conclusión que ha de extraerse implícitamente de esta disposición particular, que no se refiere más que a una obligación determinada, respecto

tancias excepcionales, de una emergencia o de fuerza mayor [v. el Convenio Internacional del Azúcar de 1968, art. 56, párr. 1 (*ibid.*, vol. 654, pág. 267), el Convenio Internacional del Café de 1968, art. 57, párr. 1 (*ibid.*, vol. 647, pág. 225) y el Convenio Internacional del Cacao de 1975, art. 60, párr. 1 (*Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cacao, 1975* [publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.76.II.D.9], pág. 24)].

¹⁴⁹ Véase *supra*, nota 105.

¹⁵⁰ El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo párrafo 1 hemos citado en la nota 147, contiene tras esta disposición un párrafo en el que se precisa que la disposición del párrafo 1 no autoriza «suspensión alguna» de algunos de los artículos del acto, por ejemplo, el artículo 7, que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes, o el artículo 8, que prohíbe la esclavitud y la servidumbre, etc. En este caso es evidente que la prohibición de invocar una excusa de necesidad en relación con el incumplimiento de ciertas disposiciones del Pacto lleva consigo el derecho a alegar esa excusa respecto del incumplimiento de una de las restantes disposiciones, y ello en los términos y dentro de los límites definidos en el párrafo 1 del mismo artículo más bien que en los términos y dentro de los límites previstos por el principio de derecho internacional general.

de las restantes obligaciones establecidas en la convención. Sólo podrá darse una respuesta definitiva en cada caso mediante la interpretación de la convención en cuestión. Pero nos parecería normal que se reconociera en principio que el hecho de que se haya admitido a título excepcional la aplicabilidad de una excusa posible de necesidad respecto del incumplimiento de una obligación particularmente determinada implicaría necesariamente una conclusión negativa con respecto a la posibilidad de invocar la misma excusa para un comportamiento que no estuviera en conformidad con cualquiera de las restantes obligaciones de la convención. En sentido inverso, la expresión explícita de una prohibición de fundarse en la necesidad para justificar la suspensión de una obligación particularmente determinada conducirá necesariamente a la conclusión de que se podrá invocar la necesidad cuando las obligaciones incumplidas por efecto del comportamiento del Estado sean distintas de aquellas con respecto a la cual se ha formulado la prohibición.

70. Un examen detallado de las posturas adoptadas por los autores de obras científicas, desde la primera vez que se planteó en derecho internacional la cuestión de la admisibilidad de la excusa de la necesidad, podría ocupar demasiado espacio en el marco de un informe que ha rebasado ya con mucho los límites habitualmente fijados para una investigación de este género. Por otra parte, hemos tenido la oportunidad de referirnos a las opiniones expresadas por los distintos autores que más han contribuido, en épocas sucesivas, a la definición del concepto de «estado de necesidad» o de «necesidad» simplemente: a) a los argumentos que han alegado en el debate en favor o en contra de la admisibilidad del valor de tal circunstancia como causa de exclusión de la ilicitud de un comportamiento estatal no conforme a una obligación internacional; b) al fundamento «teórico» que han querido dar al concepto que han adoptado y a la tesis que han preconizado; c) a las condiciones que, a su juicio, deben exigirse para que una situación concreta merezca ser calificada jurídicamente como «estado de necesidad» y producir, por tanto, el efecto de excluir la ilicitud, por otra parte comprobada, de un comportamiento estatal¹⁵¹. Todo nos incita, pues, a evitar repeticiones inútiles y a limitarnos a señalar aquí los delineamientos fundamentales de la evolución que ha caracterizado históricamente la literatura jurídica en lo relativo a la cuestión básica del reconocimiento en el derecho internacional general del «estado de necesidad» entre las circunstancias susceptibles de justificar excepcionalmente que un Estado se haya conducido de manera distinta de como debería

¹⁵¹ En relación con lo anterior, véase *supra*, párr. 4 y nota 7; párr. 7 y notas 9 y 10; párr. 8 y notas 12 a 14; párr. 9 y notas 16 a 19; párr. 11 y notas 20 y 21; párr. 12 y notas 22 a 24; párr. 13 y notas 25 y 26; párr. 14 y nota 27; párr. 15 y notas 29 a 31; párr. 16 y nota 32; párr. 17 y nota 34; párr. 18 y nota 35 y 36.

La Secretaría ha elaborado un análisis verdaderamente exhaustivo de las opiniones doctrinales relativas al «estado de necesidad» desde los orígenes del estudio de esta cuestión hasta nuestros días: «El estado de necesidad («état de nécessité») como circunstancia excluyente de la ilicitud: examen de las opiniones doctrinales» (estudio no publicado, preparado en 1979).

haberse conducido. Veremos en forma más detallada solamente las tendencias manifestadas por los autores de nuestro siglo, en particular los que han tratado este tema después de la segunda guerra mundial.

71. La idea de que la necesidad pueda excepcionalmente excusar un comportamiento del Estado contrario a una obligación internacional está explícitamente admitida —pero en el marco de una investigación en que el análisis del derecho interno se encuentra mezclado al del derecho internacional— por los autores «clásicos» de nuestra disciplina, tales como B. Ayala, A. Gentili y sobre todo H. Grocio en los siglos XVI y XVII, y S. Pufendorf, Ch. Wolff y E. de Vattel en el XVIII¹⁵². Esta aceptación, si bien no había sido impugnada, estaba sujeta, es preciso señalarlo, a condiciones muy restrictivas. Durante el siglo XIX aparecen los primeros esfuerzos de algunos de los defensores de esta idea¹⁵³ para dotar al reconocimiento de la excusa de necesidad con una «justificación» de principio, tan ineficaz como inútil por otra parte. Como se ha visto, estos intentos tendrán el inconveniente de complicar gravemente el problema oscureciéndolo. Paralelamente se manifiestan las primeras resistencias de algunos escritores¹⁵⁴ al principio aceptado por todos hasta entonces. Pero conviene subrayar una vez más que los argumentos expuestos por esos primeros adversarios, que fueron recogidos por casi todos los que adoptaron la misma postura, no llevan realmente a un auténtico rechazo de la idea misma de la «necesidad» como excusa excepcionalmente aceptable de algunos comportamientos estatales. Tales argumentos representan más bien una doble reacción: a) en el plano teórico, al voluminoso bagaje de «fundamentos» y «justificaciones» con que los preconizadores de la idea de la «necesidad» querían ahora enriquecerla, y b) en el plano práctico, a la aplicación

¹⁵² B. Ayala, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari, libri tres* (1582), *The Classics of International Law*, Washington (D. C.), Carnegie Institution of Washington, 1912, vol. II (tr. inglesa), pág. 135; A. Gentili, *De iure belli, libri tres* (1612), *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1933, vol. II (tr. inglesa), pág. 351; H. Grotius, *De jure belli ac pacis, libri tres* (1646), *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1925, vol. II (tr. inglesa), págs. 193 y ss.; S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium, libri octo* (1688), *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1934, vol. II (tr. inglesa), págs. 295 y 296; *Le droit de la nature et des gens*, tr. francesa de J. Barbeyrac, Amsterdam, Schelte, 1706, t. I, págs. 253 y 254; Ch. Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1764), *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1934, vol. II (tr. inglesa), págs. 173 y 174; E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle* (1758), *The Classics of International Law*, Washington (D. C.), Carnegie Institution of Washington, 1916, vol. I, pág. 341.

¹⁵³ Mencionemos, entre otros, los nombres de Klüber, *op. cit.*, págs. 75 y 76; Hall, *op. cit.*, págs. 332 y ss.; Wheaton, *op. cit.*, págs. 150 y ss.; Heffter, *op. cit.*, págs. 53 y ss.; Rivier, *op. cit.*, págs. 277 y 278; Twiss, *op. cit.*, págs. 178 y ss., págs. 184 y 185.

¹⁵⁴ Véase P. Fiore, *Droit international public*, tr. de P. Pradier-Fodéré, Paris, Durand, 1868, págs. 344 y ss.; R. Piédelièvre, *Précis de droit international public*, Paris, Librairie Cotillon, 1894, t. I, pág. 175; P. Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public européen et américain*, Paris, Pedone-Lauriel, 1885, t. I, págs. 374 y 381; J. Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge, University Press, 1894, págs. 113 y 114 y 257 y ss.

enteramente abusiva que algunos gobiernos hacían de ella. Hablando con claridad, por una parte, lo que constituye el blanco de los autores de esta revisión crítica es la idea de la existencia de un «derecho fundamental» y «natural» a la «autoconservación»¹⁵⁵, y, por otra parte, lo que conduce a esos autores a atrincherarse tras una actitud en principio hostil a otorgar al concepto de «estado de necesidad» carta de naturaleza en el orden jurídico internacional es la preocupación suscitada por el uso enteramente inadmisibles de la idea señalada de autoconservación, o de «Not», hecho por los Estados con fines de expansión o de dominación¹⁵⁶. Pero, por otra parte, hay que precisar que algunos autores más sensibles a las realidades de la vida internacional, tales como Westlake¹⁵⁷, aunque manifestando su oposición a un reconocimiento en general de la excusa de necesidad en el derecho internacional, no estiman, sin embargo, que deban llevar esa oposición hasta el punto de negar la aplicabilidad de la excusa en cuestión a comportamientos que no estén en conformidad con algunas categorías de obligaciones. En otros términos, lo que comienza a perfilarse vagamente es sobre todo una oposición a la posibilidad de invocar la necesidad como justificación del recurso a actos ilegales, que entrañen el uso de la fuerza, contra la soberanía ajena: sólo más tarde podrá evidentemente llegarse a una mayor precisión en los términos y los contornos. Por otra parte, en los casos en que se trata una vez más de un Estado que ha adoptado un comportamiento no conforme a una obligación internacional, pero en que esa obligación afecta a una esfera menos fundamental, menos peligrosa para la vida internacional, se siente que la oposición al hecho de ver en el estado de necesidad una circunstancia susceptible de excluir la ilicitud del comportamiento en cuestión no tiene razón de ser y no es mantenida.

72. Durante la primera parte del siglo xx y, de modo más preciso, durante el período que precede al segundo conflicto mundial, la mayor parte de la doctrina sostiene todavía claramente la opinión de que la «necesidad» es, en derecho internacional, una justificación capaz de excluir, al menos en ciertas hipótesis, la ilicitud de un hecho cometido en violación del derecho internacional por un Estado impulsado a actuar así por un «estado de necesidad». Comparten esa opinión, entre otros, Anzilotti, von Liszt, Kohler, Schoen, Faatz, Strupp, Hershey, Fenwick, Le Fur, Baty, Potter, Wolff, Spiropoulos, Vitta, Weiden, François, Cohn, Ago y Sperduti¹⁵⁸.

¹⁵⁵ En el párrafo 7 hemos criticado concretamente la idea de ese supuesto «derecho», así como la de los otros no menos supuestos «derechos fundamentales», fruto, tanto lo uno como otro, de la pura especulación abstracta.

¹⁵⁶ A lo cual se añadía el hecho de que los Estados, al apelar a su derecho inalienable a la autoconservación, daban también pruebas de una tendencia clara a erigirse en únicos jueces de la «necesidad» invocada como justificación de sus acciones.

¹⁵⁷ Westlake, *op. cit.*, pág. 115.

¹⁵⁸ Anzilotti, «La responsabilité internationale des Etats...» (*loc. cit.*), págs. 303 y ss.; y Corso... 4.º ed. (*op. cit.*), págs. 144 y ss.; von Liszt, *op. cit.*, págs. 201 y 202; J. Kohler, *Not kennt kein Gebot — Die Theorie des Notrechts und Ereignisse unserer Zeit*, Berlín, Rotschild, 1915; P. Schoen, «Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen», *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, Kern's, Suplemento 2 al tomo X,

Sólo algunos de esos autores¹⁵⁹ se refieren todavía a la idea del derecho a la autoconservación como fundamento teórico de la excusa de necesidad, pero esta explicación es rechazada en lo sucesivo por la mayoría de los autores, que son plenamente conscientes de que la idea de tal supuesto «fundamento» es rotundamente perjudicial para la tesis que defienden¹⁶⁰. El concepto de «estado de necesidad» se transforma gradualmente en el de una situación de hecho que forma el marco en que se comete un acto estatal determinado, una situación capaz de ser considerada por el derecho como motivo excepcional de exclusión de la ilicitud, de otra forma innegable, de dicho acto¹⁶¹. En la elaboración del concepto que proponen, algunos autores, sobre todo alemanes, italianos y franceses, hacen resaltar la influencia del concepto correspondiente del derecho interno, concepto codificado en sus países en el período entre los dos siglos¹⁶². Pero al mismo tiempo que ponen de manifiesto las analogías con el concepto correspondiente de derecho interno, la mayoría de los autores en cuestión se apresuran a subrayar que en modo alguno se fundan en una mera analogía al observar en el «estado de necesidad» un concepto propio también del derecho internacional. Lo hacen porque su convicción al respecto se halla confirmada por el análisis de la práctica de los Estados, a la que algunos de ellos consagran una atención nueva. Por otra parte, al igual que los defensores de la opinión opuesta, estos autores no desconocen que se han cometido y se cometen abusos fundándose en la idea de «necesidad», pero no dejan de recordar que también otros principios jurídicos se han prestado a interpretaciones y aplicaciones abusivas, y

1917, págs. 110 y ss.; Faatz, *op. cit.*; Strupp, «Das völkerrechtliche Delikt» (*loc. cit.*), págs. 122 y ss.; y «Les règles générales...» (*loc. cit.*), págs. 567 y 568; Hershey, *op. cit.*, págs. 230 y ss.; Fenwick, *op. cit.*, págs. 142 y 143; L. Le Fur, «La théorie du droit naturel depuis le xvii^e siècle et la doctrine moderne», *Recueil des cours...*, 1927-III, París, Hachette, 1928, t. 18, págs. 429 y ss.; T. Baty, *The Canons of International Law*, Londres, Murray, 1930, págs. 95 y ss.; K. Wolff, «Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux», *Recueil des cours...*, 1931-II, París, Sirey, 1932, t. 36, págs. 519 y ss.; J. Spiropoulos, *Traité théorique et pratique de droit international public*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1933, págs. 287 y 288; Vitta, *loc. cit.*, págs. 288 y ss.; Weiden, *loc. cit.*, págs. 105 y ss.; François, *loc. cit.*, págs. 182 y 183; Cohn, *loc. cit.*, pág. 318; Ago, *loc. cit.*, págs. 540 y ss.

¹⁵⁹ Por ejemplo, Liszt, Hershey, Faatz, Fenwick, Baty y Vitta.

¹⁶⁰ Los hay quienes, como Strupp, hablan todavía de un «derecho» de necesidad, pero se trata, como se ha visto, de una postura prácticamente aislada. Sobre todos estos puntos, véase lo dicho *supra* (párrs. 7 a 9).

¹⁶¹ Puede considerarse como característica de este período la definición de «estado de necesidad» dada por Anzilotti. Según este internacionalista, la hipótesis a que se hace referencia cuando se invoca este concepto es aquella en que «un Estado, obligado por la necesidad de salvarse de un peligro grave e inminente, que no ha causado voluntariamente y que no puede evitar de otra forma, comete un acto contrario al derecho de otro Estado» [Anzilotti, *Corso...*, 4.º ed. (*op. cit.*), pág. 414].

¹⁶² Esa es probablemente la razón que lleva a autores como Wolff, Spiropoulos y Cohn a hacer del principio que acepta la excusa de necesidad en derecho internacional uno de los «principios generales de derecho» mencionados en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (art. 38) (C.P.J.I., serie D, N.º 1, pág. 22).

que el hecho de negar en abstracto la existencia de principios que funcionan evidentemente en la realidad de la vida jurídica internacional no hará cesar los abusos que se cometen so pretexto de la aplicación de tales principios. Lo que esos autores tratan más bien de destacar son los límites inherentes a la aplicabilidad de la excusa de la necesidad: en ese período fue precisamente cuando se realizó un primer esfuerzo de precisión de las condiciones que hemos enunciado *supra* ¹⁶³.

73. Durante el mismo período, el número de los autores que adoptan una postura contraria a la aplicabilidad en derecho internacional del concepto de «estado de necesidad» aumenta. Recordemos los nombres de Fauchille, Borsi, Cavaglieri, de Visscher, Stowell, Brierly, Kraus, van Hill, Bourquin, Kelsen y Basdevant ¹⁶⁴. A pesar de ello, la corriente que representan continúa siendo minoritaria. Con la excepción de algunas refutaciones —por otra parte no siempre justificadas— en relación con la interpretación de la práctica de los Estados dada por sus adversarios, los argumentos expuestos por estos autores en apoyo de su tesis no difieren apenas de los formulados por los expositores de la misma postura en el siglo XIX. En sus escritos se vuelve a encontrar la polémica, sin duda fundada, pero ajena a la cuestión que nos interesa, contra los supuestos derechos fundamentales de los Estados y en particular contra el «derecho de autoconservación» ¹⁶⁵. Vuelve a encontrarse igualmente la insistencia habitual en los peligros del empleo abusivo del concepto controvertido,

¹⁶³ Véanse párrs. 12 a 18.

¹⁶⁴ P. Fauchille, *Traité de droit international public* (8.ª ed. del *Manuel de droit international public* de M. H. Bonfils), París, Rousseau, 1922, t. I, primera parte, págs. 418 y ss.; Borsi, *loc. cit.*, págs. 170 y ss.; A. Cavaglieri, «Lo stato di necessità nel diritto internazionale», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Roma, vol. LX (1917), N.º 1, págs. 89 y ss., y N.º 2, págs. 171 y ss.; Ch. de Visscher, «Les lois de la guerre...» (*loc. cit.*), págs. 74 y ss.; y «La responsabilité des Etats», *Bibliotheca Visseriana*, Leyden, Brill, 1924, t. II, págs. 111 y 112; E. C. Stowell, *Intervention in International Law*, Washington (D. C.), Byrne, 1921, págs. 399 y ss.; J. L. Brierly, «The shortcomings of international law», *The British Year Book of International Law*, 1924, Londres, vol. 5, págs. 10 y 11; H. Kraus, «La morale internationale», *Recueil des cours...*, 1927-I, París, Hachette, 1928, t. 16, págs. 523 y 524; W. van Hille, «Etude sur la responsabilité internationale de l'Etat», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. X, N.º 3, 1929, págs. 567 y ss.; M. Bourquin, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours...*, 1931-I, París, Sirey, 1932, t. 35, pág. 220; H. Kelsen, «Unrecht und Unrechtsfolgen im Völkerrecht», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. XII, N.º 4, octubre de 1932, págs. 564 y ss.; J. Basdevant, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours...*, 1936-IV, París, Sirey, 1937, t. 58, págs. 551 y ss.

¹⁶⁵ Debe verse sobre todo una forma de oposición a la teoría del derecho fundamental a la autoconservación del Estado en la Declaración de Derechos y Deberes de las Naciones aprobada en 1916 por el Instituto Americano de Derecho Internacional, según la cual:

«Toda nación tiene el derecho de existir, proteger y conservar su existencia; pero este derecho no implica el derecho ni justifica el acto del Estado a protegerse o a conservar su existencia cometiendo actos ilegales contra Estados inocentes o que no son agresores.» (Carnegie Endowment for International Peace, *Recommendations on International Law and Official Commentary thereon of the Second Pan American Scientific Congress, held in Washington December 27, 1915-January 8, 1916*, J. B. Scott, ed., Nueva York, Oxford University Press, 1916, pág. 46.)

peligros acompañados de los inconvenientes derivados de la ausencia en derecho internacional de una jurisdicción obligatoria a la que encomendar, en caso de controversia, la determinación de la ausencia o la existencia de un estado de necesidad capaz de excusar el incumplimiento de una obligación internacional. Sin embargo, aquí no se trata tampoco más que de los inconvenientes inherentes a todo el conjunto del sistema jurídico internacional, y no se puede a causa de ello poner en duda la validez de todos los principios del sistema. Por otra parte, cuando se observa con cuidado esta cuestión, no deja de resultar notable el hecho de que la oposición al «estado de necesidad» y las advertencias respecto de sus peligros se centran, en esta corriente doctrinal, en torno a casos en los que este concepto se había invocado como pretexto para legalizar un empleo rotundamente ilegítimo de la violencia, a saber la violación flagrante por parte de un Estado de una obligación internacional relativa al respeto a la soberanía territorial y la independencia de otro Estado: la invasión de Bélgica y Luxemburgo, países neutralizados, constituye así el ejemplo más reciente y doloroso. En otras esferas en que no es tan grande el temor de que se cometan abusos podemos señalar una vez más que las objeciones a la aplicabilidad de la excusa de necesidad son mucho menos enérgicas, y que algunos autores que en principio muestran reticencias a que se hable de «estado de necesidad en derecho internacional» reconocen, empero, la aplicabilidad de este concepto en estas otras esferas, con tal de que estén reunidas ciertas condiciones y estén presentes ciertas garantías ¹⁶⁶.

74. Después de la segunda guerra mundial, las opiniones doctrinales sobre el tema que nos interesa se encuentran todavía divididas. La mayoría de los autores de esta época se muestran también favorables al reconocimiento de esta causa de exclusión de la ilicitud. Recordemos a Ross ¹⁶⁷, Redslob ¹⁶⁸, Cheng ¹⁶⁹, Schwarzenberger ¹⁷⁰, Oppenheim-Lauterpacht ¹⁷¹, Morelli ¹⁷², Balladore Pallieri ¹⁷³, García Amador ¹⁷⁴, von der Heydte ¹⁷⁵,

¹⁶⁶ Véase, por ejemplo, Verdross, «Règles générales...» (*loc. cit.*), págs. 489 y ss.; y Rodick, *op. cit.*, págs. 119 y ss.

¹⁶⁷ Ross, *op. cit.*, págs. 247 y ss.

¹⁶⁸ Redslob, *op. cit.*, págs. 248 y ss.

¹⁶⁹ Cheng, *op. cit.*, págs. 31, 69 y ss.

¹⁷⁰ Schwarzenberger, «The fundamental principles...» (*loc. cit.*), pág. 343.

¹⁷¹ L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8.ª ed., rev. por H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, págs. 297 y ss.

¹⁷² Morelli, *op. cit.*, págs. 338 y 339.

¹⁷³ Balladore Pallieri, *op. cit.*, págs. 247 y 248.

¹⁷⁴ F. V. García Amador, «Tercer informe sobre responsabilidad internacional», *Anuario... 1958*, vol. II, págs. 51 y ss., documento A/CN.4/111. En el anteproyecto preparado en 1958 por el primer Relator de la Comisión en materia de responsabilidad de los Estados figura un texto redactado del modo siguiente:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el Estado no es responsable de los daños causados al extranjero cuando las medidas adoptadas obedezcan a una fuerza mayor, o a un estado de necesidad, determinado por un peligro grave e inminente que amenace algún interés vital del Esta-

(Continúa en la página siguiente.)

Buza¹⁷⁶, Sereni¹⁷⁷, Monaco¹⁷⁸, Sørensen¹⁷⁹, Favre¹⁸⁰, Wengler¹⁸¹, Schlochauer¹⁸², Graefrath, Oeser y Steiniger¹⁸³, Zourek¹⁸⁴. Todos estos autores aceptan un concepto restrictivo del estado de necesidad. Algunos de ellos estiman, como ya lo habían hecho otros antes, que para evitar abusos sería conveniente limitar la aplicabilidad de la excusa de la necesidad sólo a los casos en que la «existencia» del Estado estuviese en peligro. Otros, por el contrario, consideran altamente impropio la idea misma de tal limitación, fruto de un análisis abstracto de la situación existente en el derecho interno, considerando que los casos en que los Estados han invocado para justificarse un peligro que amenazaba su existencia eran precisamente los que habían dado la oportunidad para los abusos más graves. Han mantenido, pues, en conformidad con la práctica, que la excusa de necesidad debía aplicarse en los casos en que los intereses esenciales amenazados eran intereses distintos del representado por la «existencia» del Estado. Un punto subrayado frecuentemente era que, en todo caso, se precisaba la existencia de una desproporción clara entre el interés «esencial» de un Estado salvaguardado por la acción «necesaria», contraria al derecho internacional, y el interés sacrificado de otro Estado inocente, interés que debía ser por fuerza de menor importancia. Se llega así gradualmente a formular la pregunta de si no habría que considerar como excluidos

(Continuación de la nota 174.)

do, siempre que éste no lo haya provocado ni podido contrarrestar por otros medios.» (*Ibid.*, pág. 78, documento A/CN.4/111, apéndice, art. 13, párr. 1.)

En el anteproyecto revisado elaborado por García Amador en 1961, el caso del estado de necesidad estaba separado del de la fuerza mayor. El texto relativo al estado de necesidad decía lo siguiente:

«Tampoco habrá lugar a la imputable si el acto obedece a un estado de necesidad que suponga un peligro grave e inminente que amenace algún interés vital del Estado y siempre que éste no lo haya provocado ni podido contrarrestar por otros medios y así evitar el daño.» (*Anuario... 1961*, vol. II, pág. 53, documento A/CN.4/134 y Add.1, adición, art. 17, párr. 2.)

¹⁷⁵ F. A. von der Heydte, *Völkerrecht, Ein Lehrbuch*, Colonia, Verlag für Politik und Wirtschaft, 1958, vol. I, pág. 314.

¹⁷⁶ Buza, *loc. cit.*, págs. 205 y ss.

¹⁷⁷ Sereni, *op. cit.*, t. III, págs. 1528 y ss.

¹⁷⁸ R. Monaco, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2.ª ed., rev. y aum., Turín, Unione tipografico-editrice torinese, 1971, pág. 574.

¹⁷⁹ Sørensen, *loc. cit.*, págs. 219 y ss.

¹⁸⁰ Favre, «Fault as an element...» (*loc. cit.*), págs. 565 y ss., y *Principes du droit des gens (op. cit.)*, págs. 643 y 644.

¹⁸¹ Wengler, *op. cit.*, págs. 387 y ss.

¹⁸² H.-J. Schlochauer, «Die Entwicklung des völkerrechtlichen Deliktsrechts», *Archiv des Völkerrechts*, Tubinga, vol. 16, N.º 3 (1975), págs. 270 y ss.

¹⁸³ Graefrath, Oeser y Steiniger, *op. cit.*, págs. 74 y 75. Véase también Steiniger, *loc. cit.*, pág. 45; y el sexto inciso del artículo 10 del proyecto de convención sobre responsabilidad internacional preparado por B. Graefrath y P. A. Steiniger, que dice lo siguiente:

«Die Entschädigungspflicht entfällt bei höherer Gewalt sowie im Falle eines Staatsnotstandes.» (La obligación de reparar cesa de existir si hay fuerza mayor o estado de necesidad.) (Graefrath, Oeser y Steiniger, *op. cit.*, pág. 234.)

¹⁸⁴ Zourek, *loc. cit.*, págs. 66 y ss.

de toda aplicabilidad de la excusa de necesidad los actos que no estén conformes a la obligación de no recurrir al empleo de la fuerza contra otro Estado o, al menos, los casos de actos de esa índole de mayor gravedad.

75. Los autores que, en la actualidad, adoptan (al menos en principio) una postura contraria a la excusa de necesidad son también numerosos. Mencionemos a Hazan¹⁸⁵, Glaser¹⁸⁶, Guggenheim¹⁸⁷, de Visscher¹⁸⁸, Sibert¹⁸⁹, Bowett¹⁹⁰, Dahm¹⁹¹, Quadri¹⁹², Delbez¹⁹³, Cavaré¹⁹⁴, Jiménez de Aréchaga¹⁹⁵, Ténékidès¹⁹⁶, Brownlie¹⁹⁷, Combacau¹⁹⁸, Toaka¹⁹⁹, Lamberti Zanardi²⁰⁰. La razón principal de su oposición es siempre el antiguo temor al abuso, temor que ha venido a aumentar el empleo de esta «excusa» hecho en los decenios de 1920 y 1930, por ejemplo por el Japón en 1933. Pero si se analizan a fondo los escritos de estos autores se observan inmediatamente dos cosas. En primer lugar, algunos de ellos (Glaser y Taoka, sobre todo) insisten en subrayar explícitamente que el «estado de necesidad» podría desempeñar un papel muy útil si no existiera este peligro de los abusos. En segundo lugar, resulta cada vez más claro que los autores cuyos nombres hemos mencionado temen sobre todo la posibilidad de empleos abusivos del concepto de estado de necesidad en relación con violaciones de la obligación proclamada en la Carta de las Naciones Unidas de modo más solemne y que ha asumido indiscutiblemente el carácter de una obligación de *jus cogens*. Dejando esto de lado, es particularmente interesante señalar que un número considerable de estos autores (como Glaser, Quadri y

¹⁸⁵ Hazan, *op. cit.*

¹⁸⁶ S. Glaser, «Quelques remarques sur l'état de nécessité en droit international», *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruselas, N.º 6, marzo de 1952, págs. 599 y ss.

¹⁸⁷ P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Ginebra, Georg, 1954, t. II, págs. 60 y ss.

¹⁸⁸ Ch. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4.ª ed., París, Pedone, 1970, págs. 314 y ss.

¹⁸⁹ M. Sibert, *Traité de droit international public*, París, Dalloz, 1951, t. I, págs. 236 y 237.

¹⁹⁰ Bowett, *op. cit.*, pág. 10.

¹⁹¹ Dahm, *op. cit.*, págs. 438 y ss. Este autor, aunque niega la existencia de un derecho de necesidad general, admite que el estado de necesidad pueda representar una circunstancia que excluye la ilicitud en toda una serie de hipótesis particulares.

¹⁹² R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5.ª ed., Nápoles, Liguori, 1968, págs. 226 y ss.

¹⁹³ L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, 3.ª ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964, págs. 371 y 372.

¹⁹⁴ L. Cavaré, *Le droit international public positif*, 3.ª ed., actualizado por J.-P. Quéneudec, París, Pedone, 1969, t. II, págs. 499 y 500.

¹⁹⁵ E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», *Manual of Public International Law*, textos compilados por M. Sørensen, Londres, Macmillan, 1968, págs. 542 y 543.

¹⁹⁶ G. Ténékidès, «Responsabilité internationale», *Répertoire de droit international*, París, Dalloz, 1969, vol. II, pág. 786.

¹⁹⁷ Brownlie, *International Law... (op. cit.)*, págs. 428 y ss.

¹⁹⁸ Combacau, *loc. cit.*, págs. 658 y 659.

¹⁹⁹ R. Taoka, *The Right of Self-defence in International Law*, Osaka, Osaka University of Economics and Law, 1978, páginas 82 y ss.

²⁰⁰ Lamberti Zanardi, «Necessità...» (*loc. cit.*), págs. 898 y ss.

Jiménez de Aréchaga) aceptan la posibilidad de invocar al estado de necesidad en los casos en que las posibilidades de abuso son menos frecuentes y menos graves, y particularmente cuando está presente la necesidad de salvaguardar un interés «humanitario» de la población²⁰¹. Finalmente, hay que señalar que otros, que se yerguen contra la idea de la «necesidad» como excusa distinta, adoptan paralelamente conceptos amplios de «legítima defensa»²⁰² y de «fuerza mayor»²⁰³ que permiten introducir en el marco de esas otras «excusas» admitidas casos de actos estatales que no están en conformidad con obligaciones internacionales que deberían considerarse más correctamente como casos de actos cometidos en «estado de necesidad».

76. Un reproche general que puede formularse, en relación con el tema que nos preocupa, contra una gran parte de la literatura jurídica, por docta que ella sea, es, a nuestro juicio, el de haber fundado excesivamente las conclusiones formuladas en razonamientos teóricos o en consideraciones de conveniencia más bien que en una investigación directa y exhaustiva de lo que la práctica manifiesta como la *opinio juris* de los miembros de la comunidad internacional. Pero, por otra parte, si bien se mira, la divergencia entre las opiniones que parecen dividir en dos campos opuestos tanto la doctrina más reciente como la que la precedió es en realidad mucho menos radical de lo que parece a primera vista y de lo que algunas afirmaciones tajantes quisieran hacer creer. En último análisis, la postura «negativa» en relación con el estado de necesidad viene a significar: estamos en contra del reconocimiento de la excusa de la necesidad como principio de derecho internacional general porque los Estados usan y abusan de ese supuesto principio para fines inadmisibles y a menudo inconfesables; pero estamos finalmente dispuestos a atribuirle una función limitada en algunas esferas particulares del derecho internacional, menos candentes que las que forman habitualmente la escena de los abusos deplorados. Por otra parte, reducida a lo esencial, la postura «positiva» se traduce del modo siguiente: aceptamos la excusa de necesidad como constitutiva de un principio admitido por el derecho internacional general en vigor; no podríamos dudar de la función que este concepto desempeña en las relaciones jurídicas interestatales, lo mismo que en los demás sistemas de derecho. Pero estamos dispuestos a fijar condiciones de aplicación muy restrictivas a fin de evitar que esta «excusa» termine convirtiéndose en pasaporte para la comisión de violaciones excesivamente fáciles del derecho internacional. Quisiéramos sobre todo impedir que se pueda utilizar en las esferas más clásicas de los abusos históricamente comprobados. Es, pues, fácil apercibirse de que la distancia que separa las posturas más «razonadas» de los dos campos es pequeña,

y no vemos realmente en divergencias doctrinales, cuya importancia se ha exagerado con frecuencia, un obstáculo grave que se oponga al cumplimiento de la tarea que se nos ha encomendado.

77. Ha llegado el momento de sacar la conclusión de este largo análisis del tema de la presente sección. En primer lugar hemos tratado de estudiar el concepto de «estado de necesidad» (o simplemente de «necesidad») separándolo de los otros conceptos examinados en el capítulo V, y sobre todo liberándolo de las superestructuras perjudiciales añadidas por la teoría iusnaturalista de los derechos fundamentales de los Estados. Sobre todo, hemos querido poner de manifiesto que por «estado de necesidad» hay que entender, para los fines que nos interesan, no un «derecho» cualquiera que pueda ejercer un Estado, sino una situación de hecho que acompaña a la comisión por ese Estado de un acto contrario al derecho, situación con respecto a la cual se plantea el problema de saber si se le puede atribuir, en derecho internacional, el valor de circunstancia excluyente de la ilicitud del acto mencionado. De ahí hemos pasado a determinar, una por una, las distintas y rigurosas condiciones, sin cuya presencia es, a nuestro juicio, imposible reconocer la existencia de un verdadero «estado de necesidad», cualquiera que sea el valor que quiera reconocerse a ese estado.

78. A continuación, fieles a nuestro criterio fundamental de no fundar nuestras conclusiones más que en el método inductivo, rechazando por anticipado las que estén fundadas en reflexiones abstractas, hemos examinado las realidades de la vida internacional, tal como se demuestran tanto por las decisiones judiciales y arbitrales como por la práctica de los Estados. Hemos procedido a esa investigación en las distintas esferas en que se plantea la posibilidad de una excusa de necesidad. Hemos visto desfilar así ante nuestros ojos los casos en que se han invocado, como intereses esenciales de un Estado cuya salvaguardia se juzgaba «necesaria»: la supervivencia económica, la supervivencia alimentaria de la población y la salvaguardia del orden ecológico. Hemos examinado los casos en que el estado de necesidad se ha invocado como excusa del incumplimiento de obligaciones internacionales de orden financiero, obligaciones de abstención de ciertos actos de jurisdicción en alta mar, obligaciones relativas al trato de los extranjeros y sus bienes, etc. Hemos examinado casos en que se ha invocado la excusa de necesidad en tiempo de paz y en tiempo de guerra, y ello en relación con obligaciones establecidas por el derecho de la paz o el derecho de la guerra y de la neutralidad. Y nos ha sido preciso reconocer que, en las esferas examinadas, el estado de necesidad podía desempeñar una función de circunstancia excluyente de la ilicitud de comportamientos estatales que no se ajustan a una obligación internacional.

79. Por el contrario, habiéndonos planteado en última instancia la cuestión de las reacciones actuales de la *opinio juris* de la sociedad internacional a las invocaciones de la idea de «necesidad» que se producen en la esfera clásica de las polémicas en torno al uso y el abuso de ese concepto, a saber: la de las obligaciones que prohíben el uso de la fuerza, hemos podido com-

²⁰¹ Quadri (*op. cit.*, pág. 226) y Jiménez de Aréchaga (*loc. cit.*, pág. 543) dan el ejemplo de la confiscación del cargamento de buques extranjeros en caso de hambre en el país; Brownlie [*International Law (op. cit.)*, pág. 370] habla de una acción necesaria para hacer frente a una plaga natural, el derrumbamiento de una presa, etc.

²⁰² Por ejemplo, de Visscher [*«La responsabilité des Etats» (loc. cit.)*, págs. 108 y 109] y Bowett (*op. cit.*).

²⁰³ Por ejemplo, Delbez (*op. cit.*, pág. 372).

probar el repudio claro de la idea de que una «excusa de necesidad» libere a un Estado de la ilicitud que entraña un acto de agresión cometido por él. Hemos puesto también de manifiesto que la exclusión de esta «excusa» debía extenderse lógicamente a todas las violaciones de una obligación fundada en una norma de *jus cogens*, una norma imperativa del derecho internacional general. Para terminar, nos hemos apercibido de la actitud rigurosísima que demuestran actualmente los miembros de la comunidad internacional en lo relativo a acciones que, sin llegar a tener toda la gravedad de un verdadero acto de agresión, se traducen, sin embargo, en el atentado de un Estado contra la soberanía territorial de otro Estado; y hemos comprobado que queda pendiente la cuestión de si la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas u otros convenios internacionales llevaría consigo la exclusión total de la aplicabilidad eventual de la excusa de necesidad a tales acciones, o si solamente se impone un aumento de la severidad con respecto a ellas en la comprobación de la existencia de un auténtico «estado de necesidad», a fin de evitar los abusos que pueden cometerse so pretexto de finalidades «humanitarias» o de otra índole. Se trata ahora de traducir el conjunto de los resultados del análisis resumido en el artículo que vamos a formular.

80. Queda por hacer solamente una observación. Es posible que, en una perspectiva errónea del «desarrollo progresivo», alguien proponga que se borre por entero el concepto de «necesidad» de la lista de las excusas posibles de la ilicitud de un comportamiento estatal. Dificilmente podríamos suscribir esa propuesta. Sin duda hay que eliminar la aplicabilidad de este concepto allí donde sea realmente peligrosa, pero no donde mantenga su utilidad como «válvula de seguridad» que permita hacer frente a las consecuencias inevitablemente enojosas del anhelo de conformidad a todo precio con las prescripciones de las normas jurídicas. Hay que evitar que la exigencia esencial de cumplimiento del derecho no acabe por llevarnos a situaciones que el adagio *summum jus, summa injuria* caracteriza perfectamente. Además, el concepto de «estado de necesidad» está ya demasiado enraizado tanto en la conciencia de los miembros de la comunidad internacional como en la de los miembros de las sociedades estatales. Expulsado por la puerta, volvería por la ventana en caso necesario, con formas distintas de las suyas propias. Se obtendría así solamente la desventaja de desnaturalizar y oscurecer otros conceptos cuya delimitación exacta no es menos esencial.

81. En vista de las consideraciones precedentes, proponemos a la Comisión que apruebe, como artículo relativo al tema examinado, el texto siguiente:

Artículo 33.—Estado de necesidad

1. La ilicitud internacional de un acto de Estado que no esté en conformidad con las exigencias de una obligación internacional quedará excluida si el Estado no ha tenido ningún otro medio de salvaguardar un interés estatal esencial amenazado por un peligro grave

e inminente. Dicha exclusión tendrá valor solamente en la medida en que el incumplimiento de la obligación para con otro Estado no entrañe el sacrificio de un interés de este otro Estado, comparable o superior al que se trate de salvaguardar.

2. El párrafo 1 no se aplicará si el surgimiento de la situación de «necesidad» se debe al Estado que pretende invocarla como excusa de su comportamiento.

3. El párrafo 1 no se aplicará tampoco:

a) Si la obligación internacional con que el acto del Estado no se halle en conformidad resulta de una norma imperativa de derecho internacional general y, en particular, si ese acto entraña el incumplimiento de la prohibición de la agresión;

b) Si la obligación internacional con la que el acto del Estado no se halle en conformidad está establecida en un texto convencional que, explícita o implícitamente, excluya la aplicabilidad de toda excusa de «necesidad» en relación con el incumplimiento de dicha obligación.

6. LEGÍTIMA DEFENSA

82. La incorporación al ordenamiento jurídico internacional de un concepto de «legítima defensa» comparable, en sus aspectos esenciales, al que se utiliza generalmente en los ordenamientos jurídicos nacionales sólo ha podido efectuarse en una época relativamente reciente. Esto no significa que los internacionalistas no hubieran empleado ya en siglos pasados una terminología con reminiscencias de ideas análogas, pero lo que tenían en el pensamiento era en realidad otra cosa. La distinción establecida por Grocio y sus predecesores, perpetuada luego por la doctrina del derecho natural, entre «guerra justa» y «guerra injusta» se basaba en ideas más afines a la moral que al derecho. Aun dejando a un lado este aspecto, cuando un tratadista como Emmerich de Vattel, por ejemplo, proponía una noción de las «causas justas de la guerra» por la que sólo reconocía a las naciones el derecho a hacer uso de la fuerza «para su defensa y para el mantenimiento de sus derechos»²⁰⁴, incluía entre esas «causas justas» no sólo la defensa contra un ataque armado o contra la amenaza de tal ataque, sino también la reacción considerada «legítima» de por sí, aunque fuese mediante una guerra ofensiva, contra una *injuria* o la *amenaza de una injuria*, es decir, contra la lesión, efectiva o inminente, de un derecho fundamental. Ahora bien, sus ideas y las de sus epígonos no tuvieron muchas posibilidades de desarrollarse y evolucionar, puesto que, con el triunfo en un momento dado de las nociones del positivismo jurídico y del estatismo voluntarista, se daría ineluctablemente de lado toda idea de una posible distinción, en lo que atañe al recurso a la fuerza y, en particular, a la guerra, basada en el carácter «legítimo» o «ilegítimo» en derecho de tal recurso. El hecho de que los Estados se achaquen mutuamente la responsabilidad de la guerra, la afirmación, sostenida muchas

²⁰⁴ De Vattel, *op. cit.*, libro III, cap. III, párr. 26. *The Classics of International Law (op. cit.)*, vol. II, pág. 21.

veces, del carácter supuestamente «defensivo» de las guerras por ellos iniciadas y el displicente homenaje tributado de ese modo a la idea de la superioridad moral de la posición de quien se defiende con respecto a la de quien ataca no responden más que a la necesidad de presentar a la opinión pública mundial y, sobre todo, a sus propios ciudadanos una imagen ideal de sí mismos, pero sería equivocado ver en ello la manifestación de que los Estados habían cobrado conciencia de la necesidad de justificar «jurídicamente» sus actos. En tal contexto no cabía, lógicamente, la idea propiamente dicha de «legítima defensa»²⁰⁵. Así pues, sólo cuando la conciencia jurídica de los Estados no tenga otro remedio que reaccionar ante los horrores y las nefastas consecuencias de la primera y la segunda guerras mundiales quedarán sentadas las premisas para la penetración en derecho internacional del concepto propiamente dicho de «legítima defensa».

83. La premisa absolutamente indispensable para que la idea de legítima defensa, en su sentido propio, pueda tener cabida en un sistema de derecho determinado es que ese sistema haya establecido, como norma general, la prohibición del empleo de la fuerza indiscriminadamente por sujetos particulares y no tolere en lo sucesivo ese empleo más que en los casos en que tenga finalidades estrictamente defensivas, es decir, en que adopte la forma de oposición a un ataque violento de otro sujeto. En otros términos, la legítima defensa debe considerarse como una causa excepcional de exclusión de la ilicitud de un comportamiento no conforme a una obligación general de no recurrir a la fuerza y, como tal, no tendría sentido concebir su aplicación en un sistema de derecho en el que no existiera tal obligación.

84. En los ordenamientos jurídicos nacionales, la aplicación del concepto de legítima defensa se basa además

²⁰⁵ Por otra parte, no consideramos en absoluto convincente la tesis, sostenida por algunos, de que en el siglo XIX se formara un verdadero concepto de «legítima defensa», no en relación con el recurso a la guerra, sino en torno del empleo de actos coercitivos distintos de la guerra. En la doctrina italiana reciente, Lamberti Zanardi ha recogido esa idea. A su juicio, el derecho internacional consuetudinario de la segunda mitad del siglo XIX prohibía ya el uso de la fuerza en formas distintas de la guerra, pero al mismo tiempo consideraba lícito el uso de la fuerza por un Estado en respuesta al uso ilícito de la fuerza por parte de otro Estado. Lamberti Zanardi cita al respecto algunas tomas de posición de órganos estatales en que se afirma la licitud de acciones que entrañen el uso de la fuerza siempre que esas acciones hayan sido cometidas para oponerse a un recurso ilícito a la fuerza por parte de otro Estado. El autor destaca que algunos de esos órganos hablan en ese caso de acciones cometidas a título de «legítima defensa». Concluye que, en los últimos decenios del siglo XIX, se había desarrollado una regla consuetudinaria «que atribuía a la legítima defensa la función de causa de justificación de actos normalmente ilícitos» [Lamberti Zanardi, *La legittima difesa...* (op. cit.), página 119]. A nuestro juicio, la vaguedad de la terminología utilizada por las cancillerías indujo a calificar de medidas de «legítima defensa» lo que no eran más que contramedidas (sanciones o medidas de ejecución) adoptadas precisamente en relación con un hecho internacionalmente ilícito de otro sujeto [art. 30 (para el texto de los artículos del proyecto aprobados hasta ahora por la Comisión, véase *Anuario...* 1979, vol. II [segunda parte], págs. 108 y ss., documento A/34/10, cap. III, secc. B, subsec. 1)] o también, a veces, actos realizados en «estado de necesidad» [proyecto de artículo 33 (v. *supra*, párr. 81)].

en otra premisa que, desde un punto de vista lógico, no es tan indispensable como la primera, pero que se ha afirmado históricamente como su complemento necesario. En efecto, en esos sistemas jurídicos, el empleo de la fuerza, aun con carácter exclusivamente defensivo, tampoco está admitido como regla general, sino únicamente también como excepción a una norma por la que se reserva a una autoridad centralizada el monopolio o el cuasi monopolio del uso de la fuerza para garantizar el respeto por todos de la integridad de los demás. Sólo en situaciones concretas en las que, por su propia naturaleza, el uso de la fuerza por órganos de una institución centralizada no podría ser suficientemente rápido ni eficaz para asegurar la defensa de un sujeto agredido por otro, sigue siendo legítimo el recurso por el sujeto agredido a medios de defensa que implican el uso de la fuerza²⁰⁶.

85. Ahora bien, como ya hemos señalado y como pondremos más especialmente de relieve después en la presente sección, el ordenamiento jurídico internacional no ha emprendido verdaderamente el camino de la limitación del uso de la fuerza como medio de salvaguardia por los Estados de sus derechos e intereses más que en una época relativamente reciente. Hace apenas algo más de 50 años que se ha logrado, en derecho internacional, establecer la ilegalidad de la guerra como instrumento de política internacional. Y lógicamente sólo desde entonces, una vez cumplida esa condición fundamental que se traduce en la prohibición de la agresión armada y de la guerra ofensiva, se afirma en las relaciones internacionales el principio básico que sólo el recurso a la guerra efectuado a título de *defensa* contra un ataque de otro sujeto en violación de esa prohibición puede ser conforme a derecho.

86. Por otra parte, también después de la segunda guerra mundial se produce en derecho internacional una primera tentativa, ambiciosa por sus intenciones, pero de momento poco satisfactoria en cuanto a su eficacia, de centralización de la facultad de uso de la fuerza. Con arreglo a las disposiciones acordadas, el recurso a la fuerza armada, incluso por el Estado víctima de un ataque de otro Estado, ya no estaría admitida sino con el carácter excepcional, limitado y transitorio propio de la noción de «legítima defensa» tal y como ha sido definitivamente forjada por la teoría general del derecho interno. Sin querer extendernos aquí sobre el estado de adelanto de esta etapa suplementaria, nos limitaremos por ahora a hacer constar que la prohibición a la que hoy está indudablemente sujeto todo Estado de atentar violentamente contra la integridad o la independencia de otro Estado representa ya de por sí la premisa a la vez necesaria y suficiente para que la noción de «legítima defensa» se considere arraigada en el ordenamiento jurídico internacional.

87. En la actualidad, por consiguiente, podemos considerar la legítima defensa como la forma (o mejor dicho, como la única forma) de «autoprotección armada» que el derecho internacional vigente reconoce aún

²⁰⁶ Acerca del concepto de «legítima defensa» en los ordenamientos jurídicos nacionales, véase C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, Londres, Stevens, 1958, págs. 140 y ss.; Zourek, *loc. cit.*, págs. 5 y ss.; y Taoka, *op. cit.*, págs. 1 y ss.

al Estado. Conviene puntualizar en seguida, sin embargo, que sólo mencionamos esta idea con un propósito meramente descriptivo; pretendemos lograr una comprensión exacta de lo que hay que entender por la expresión «legítima defensa». No se trata, ni mucho menos, de caer en el error, ya ampliamente denunciado por lo que respecta al «estado de necesidad»²⁰⁷, de querer buscar en otra noción, o en la supuesta existencia de un «derecho fundamental» del Estado que engloba en su definición esa otra noción, una «justificación», un «fundamento» de la legítima defensa como circunstancia que excluye excepcionalmente la ilicitud de un comportamiento que no esté en conformidad con la obligación general de abstenerse de emplear la fuerza armada. La única justificación jurídica del efecto que así se atribuye a la situación calificada de «legítima defensa» es, tanto en el presente supuesto como en el de todas las demás situaciones examinadas en este capítulo, la existencia de una norma de derecho internacional general en la que se prevé explícitamente este efecto, de una norma que nos proponemos aquí definir por escrito. Creemos también, una vez más, que querer presentar la legítima defensa o el estado de necesidad como un «derecho» y, por lo tanto, hablar de un «derecho de legítima defensa», es un error, aunque se trate de una expresión corriente consagrada incluso por la propia Carta de las Naciones Unidas. «Legítima defensa» y «estado de necesidad» son dos expresiones que no designan un derecho subjetivo, sino una situación, una condición de hecho²⁰⁸. El estado de legítima defensa es la situación en la que se encuentra un Estado como consecuencia de un ataque armado, dirigido contra él, en violación del derecho internacional. La existencia de una situación de esa índole en un caso determinado es lo que libera al Estado de la observancia, con respecto al agresor, de la obligación general de abstenerse del uso de la fuerza. Huelga decir que la libertad que así se reconoce al Estado que actúa en situación de legítima defensa también desaparecería, en el sistema previsto por la Carta, en caso de que el Consejo de Seguridad decidiese utilizar los medios coactivos que fueren necesarios para garantizar el respeto estricto de una situación vulnerada por la acción agresiva.

88. Dicho esto, las consideraciones formuladas en la sección precedente al examinar los elementos que permiten diferenciar el estado de necesidad de las demás circunstancias que excluyen la ilicitud nos eximen de extendernos en la determinación de los aspectos que en teoría aproximan la legítima defensa al estado de necesidad

²⁰⁷ Véanse las consideraciones que se hacen *supra* (párrs. 7 y 8) acerca del supuesto «derecho a la autoconservación» («self-preservation», «Selbsterhaltung», «auto-conservazione», etcétera) como «justificación» de la «excusa de necesidad».

²⁰⁸ Véase, por analogía, la crítica que se hace *supra* (párr. 9) a la supuesta existencia de un verdadero «derecho de necesidad». Bowett [*Self-defence...* (*op. cit.*), págs. 8 y 9] define acertadamente la legítima defensa diciendo que es «en sí misma un *privilegio* o *facultad* que justifica un comportamiento necesario para la protección de ciertos derechos *stricto sensu*». El «derecho» *stricto sensu* no es, pues, para este tratadista, el de actuar en legítima defensa, sino el «derecho sustantivo fundamental» del Estado —el derecho a la integridad territorial, en particular— que ha sido lesionado por la acción agresiva ante la que ese Estado reacciona en legítima defensa.

y en la de los que, por el contrario, separan claramente ambas «circunstancias». Desde luego, hemos señalado²⁰⁹ que el Estado que actúa en situación de legítima defensa y el que lo hace en estado de necesidad se ven obligados a determinar su conducta por la existencia de un peligro que les amenaza, de un peligro que, en ambos casos, debe ser grave, inmediato e imposible de evitar por otros medios. Pero, como hemos subrayado, el Estado contra el que otro Estado observa un comportamiento que no está en conformidad con una obligación internacional sin otra excusa que la «necesidad» es un Estado que no ha hecho nada internacionalmente ilícito contra el Estado que actúa. No ha creado en absoluto, por ningún acto propio, el peligro que amenaza al otro Estado²¹⁰. Por el contrario, el Estado contra el que otro Estado actúa en situación de «legítima defensa» es el Estado mismo causante del peligro que amenaza al otro Estado. Es el primer Estado el que ha creado el peligro, y lo ha creado mediante un comportamiento que no solamente es ilícito ante el derecho internacional²¹¹,

²⁰⁹ Véase *supra*, párr. 4.

²¹⁰ Esto no significa ciertamente, como varias veces hemos puesto de relieve, que el peligro inminente no pueda provenir del territorio del Estado de que se trate, de la esfera en que se ejerza su soberanía, que no pueda ser debido, por ejemplo, a actos realizados en ese territorio por particulares que no actúen por cuenta del Estado del territorio o que no estén sometidos a su control. Hemos visto ejemplos de ello, particularmente en el párrafo 57 *supra*. Lo que importa para que sea posible incluir un caso en la esfera del «estado de necesidad» y no en la de la «legítima defensa» es que en el origen del peligro grave e inminente no esté un hecho atribuible al Estado y que constituya *de parte de éste* un incumplimiento de una obligación internacional respecto del Estado que se ve obligado a actuar por «necesidad». Así pues, a nuestro juicio, incurren en un error los tratadistas que, como por ejemplo Cheng (*op. cit.*, pág. 87) y Schwarzenberger [*The fundamental principles...*] (*loc. cit.*), pág. 332], influidos por una antigua terminología oficial actualmente superada, incluyen en la esfera de la «legítima defensa» («self-defence») medidas adoptadas contra particulares, buques mercantes o aeronaves privadas en circunstancias que no entrañan ninguna responsabilidad internacional de su Estado nacional. Véase, por el contrario, en la perspectiva correcta, Bowett (*op. cit.*, págs. 56 y ss., 86 y ss.), G. Arangio-Ruiz [*Difesa legittima* (Diritto internazionale)], *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, vol. VI, 1960, págs. 632 y 633], Dahm (*op. cit.*, págs. 442 y 443) y Quadri (*op. cit.*, pág. 265). Acerca de este tema, véase también *infra*, párr. 106.

²¹¹ La ilicitud de ese comportamiento es, evidentemente, la primera condición para que el comportamiento en otro caso ilícito observado contra el autor del primer comportamiento pueda excusarse en concepto de «legítima defensa». En su gran mayoría, los tratadistas están de acuerdo en reconocer que, si cabe hablar de legítima defensa también en derecho internacional, ello es a condición de que la acción realizada en tal concepto haya estado precedida de un hecho internacionalmente ilícito perpetrado o, por lo menos, proyectado por el sujeto contra el que se dirige esa acción. Véase, entre los tratadistas que han escrito después de la segunda guerra mundial: Ross, *op. cit.*, pág. 244; Redslob, *op. cit.*, págs. 243 y 244; Bowett, *op. cit.*, pág. 9; Arangio-Ruiz, *loc. cit.*, pág. 623; Dahm, *op. cit.*, pág. 409; Sørensen, *loc. cit.*, pág. 219; H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2.ª ed. rev. por R. W. Tucker, Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, 1966, págs. 60 y 61; Morrell, *op. cit.*, pág. 353; E. I. Skakunov, «Samooborona i vopros o sanktsiaj v mezhdunarodnom prave», *Pravovedenie*, Ленинград, N.º 3 (mayo-junio de 1970), págs. 107 y ss.; J. Delivanis, *La légitime défense en droit international public moderne*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, páginas 69 y 70; Lamberti Zanardi, *La legittima difesa...* (*op. cit.*), pág. 120; Zourek, *loc. cit.*, págs. 59 y 60; Schlochauer, *loc. cit.*, pág. 269; Graefrath, Oeser y Steiniger, *op. cit.*, págs. 73 y 74.

sino que además constituye esa infracción internacional especialmente grave y caracterizada que es el recurso a la fuerza armada en violación de la prohibición general de tal recurso actualmente existente. Actuar en legítima defensa significa responder por la fuerza a una acción de fuerza ilícita ejecutada por otro; y si tal respuesta no es a su vez ilícita, ello se debe únicamente a la ilicitud del hecho que la ha provocado.

89. También ha sido en la sección 5 del presente capítulo²¹² donde hemos mencionado la cuestión de los aspectos que unen y que separan la legítima defensa, como circunstancia que excluye la ilicitud de un hecho estatal determinado, y esa otra circunstancia representada por el ejercicio legítimo de una sanción o, en otras palabras, por una de esas medidas de represión o de ejecución («enforcement») que adopta un Estado respecto de otro Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito, medidas que hemos examinado ya²¹³. Diversos autores han comparado, sobre todo, la acción ejecutada por un Estado en concepto de «legítima defensa» con las medidas adoptadas en concepto de «represalias». A nuestro juicio, existe incuestionablemente un elemento común, representado por el hecho de que en ambos casos el Estado que actúa lo hace después de haber sufrido un hecho internacionalmente ilícito, a saber: la conculcación de uno de sus derechos por el Estado contra el que se dirige tal actuación, o por lo menos en presencia de una amenaza en ese sentido. Pero sólo hasta aquí llega, en nuestra opinión, toda posible comparación, toda verdadera analogía. Los hechos internacionalmente ilícitos que autorizan excepcionalmente al Estado que los ha sufrido a observar, en concepto de sanción o de contramedida de ejecución contra el Estado que los ha realizado, un comportamiento no conforme a una obligación internacional pueden ser muy diversos. En cambio, el único hecho internacionalmente ilícito que autoriza excepcionalmente al Estado a reaccionar frente a otro Estado mediante un recurso a la fuerza armada, no obstante la prohibición general que a ese respecto existe, es una infracción constituida a su vez por una violación de esa prohibición²¹⁴. Se trata, pues, de una infracción internacional, no sólo de extrema gravedad, sino también perfectamente caracterizada.

90. Ahora bien, lo esencial no es eso. Sería totalmente erróneo creer que la legítima defensa puede definirse también como una forma de sanción, aun cuando se precisara que se trata de una sanción aplicable a un tipo determinado de hechos ilícitos. «Legítima defensa» y «sanción» son reacciones que corresponden a momen-

tos diferentes y, sobre todo, lógicamente distintos. Por otra parte, como su propio nombre indica, la acción realizada en estado de legítima defensa es una acción por la cual un Estado defiende su integridad territorial o su independencia contra un ataque violento, una acción que opone un uso «defensivo» de la fuerza a un uso «ofensivo» de la misma fuerza, y ello —conviene subrayarlo, pues este aspecto es fundamental— con objeto de impedir que tenga lugar la acción ilícita de otro sujeto, que ésta tenga éxito, que logre sus fines. En cambio, la acción consistente en infligir una sanción constituye la aplicación, *ex post facto*, al Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito consumado de una de las posibles consecuencias que el derecho internacional atribuye a la comisión de un hecho de esta naturaleza. Lo característico de la sanción es tener un objetivo esencialmente afflictivo o represivo; ese propósito afflictivo, a su vez, puede ser exclusivo y representar, como tal, un fin en sí mismo, puede llevar aparejada la intención de formular una advertencia contra la posible repetición de actos como los que se castigán o puede constituir, por último, un medio de presión para asegurar el resarcimiento del perjuicio sufrido, etc.²¹⁵.

²¹⁵ Tales ideas se encuentran también, aunque expresadas en términos a veces diferentes y con frecuencia imprecisos, en las obras de los internacionalistas más prestigiosos que han tratado el aspecto aquí considerado. Para Waldock (*loc. cit.*, pág. 464), «la legítima defensa corresponde a la esfera de la justicia preventiva» y, a diferencia de las represalias, «no comprende el derecho a exigir la reparación del perjuicio efectivamente causado al Estado que adopta medidas de legítima defensa». Siguiendo este criterio, Quadri (*op. cit.*, pág. 271) estima que «en las represalias, la agresión a la esfera jurídica de otro se justifica por un daño ya sufrido»; mientras que «en la legítima defensa, la acción de autoprotección tiende a impedir la consumación del daño [...], las represalias son una defensa a posteriori del orden jurídico, mientras que la de legítima defensa tiene carácter preventivo». Según D. W. Bowett [«Reprisals involving recourse to armed force», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 66, N.º 1 (enero de 1972), pág. 3],

«La diferencia entre las dos formas de autoprotección reside esencialmente en su finalidad. La legítima defensa se justifica por el fin de proteger la seguridad del Estado y sus derechos esenciales, en particular el derecho a la integridad territorial y la independencia política, del que depende esa seguridad. En cambio, las represalias tienen carácter punitivo y tienden a imponer una reparación del perjuicio causado o a forzar una solución satisfactoria de la controversia originada por el hecho ilícito inicial, o a obligar al Estado culpable a ajustarse al derecho en lo sucesivo. Ahora bien, al intervenir después de los acontecimientos y cuando ya se ha ocasionado el daño, las represalias no pueden calificarse de medios de protección.»

Según Lamberti Zanardi [*La legittima difesa... (op. cit.)*, páginas 133 y 134],

«las represalias se proponen una finalidad que va mucho más lejos que la simple defensa contra un hecho ilícito que se está consumando, o incluso ya consumado, puesto que tienden a castigar al autor del hecho ilícito y a obligarle a reparar el hecho perpetrado. La legítima defensa se propone, por el contrario, una finalidad puramente defensiva: la de reaccionar ante la ilicitud ya cometida o impedir su consumación, sin otros fines de carácter punitivo ni meramente compensatorio.»

Zourek (*loc. cit.*, pág. 60) escribe que

«El fin de las represalias es hacer cesar la actividad o la acción lesiva y, en su caso, forzar al Estado culpable a reparar el perjuicio causado, mientras que la legítima defensa

(Continúa en la página siguiente.)

²¹² Véase *supra*, párr. 4.

²¹³ Véase *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), págs. 38 y ss., documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4, párrs. 78 y ss.

²¹⁴ Según Lamberti Zanardi [*La legittima difesa... (op. cit.)*, pág. 131], «la legítima defensa no puede justificarse más que la reacción ante un tipo particular de hecho ilícito, a saber: el empleo ilícito de la fuerza», mientras que «las represalias, en cambio, pueden justificar una reacción ante cualquier tipo de hecho ilícito». Para Zourek (*loc. cit.*, pág. 60), «cualquier acto ilegal, bien de comisión [...], bien de omisión [...], puede dar lugar a actos de represalia, mientras que únicamente el ataque armado ilícito puede justificar el recurso a las medidas de legítima defensa».

Pero, sea como fuere, lo que importa es que la legítima defensa es una forma de reacción que corresponde a la esfera de la comisión del hecho internacionalmente ilícito aquí examinada, mientras que las sanciones, especialmente las represalias, constituyen reacciones que pertenecen al modo de «hacer efectivas» las consecuencias producidas por el hecho internacionalmente ilícito en el plano de la responsabilidad internacional. También cabe observar, en ese contexto, que nada impide al Estado que, en las condiciones y con los fines indicados, utilice la fuerza contra otro Estado en concepto de legítima defensa frente a un ataque ilícito de este último realizado por la fuerza que, posteriormente, adopte medidas de «sanción» por la infracción así sufrida²¹⁶. Es evidente, sin embargo, a la luz de lo que acaba de decirse, que tales medidas no forman parte en modo alguno de la acción de legítima defensa, que tienen un objetivo diferente y que, de estar justificadas, lo están por otros motivos.

91. Conviene añadir, por otra parte, a fin de no omitir ningún aspecto, que la legítima defensa suele llevar aparejado, casi por su propia naturaleza, el empleo de la fuerza armada. Por el contrario, como resultado de la evolución que aparentemente ha experimentado la *opinio juris* de los Estados después de la segunda guerra mundial y que hemos puesto de relieve en la sec-

(Continuación de la nota 215.)

no tiene otra finalidad que repeler la agresión armada y, en ciertos casos, impedir su repetición.»

Algunos autores, como Strupp, ven en la legítima defensa (sucesiva) una forma de represalia, pero reconocen al mismo tiempo que «existen diferencias profundas entre represalia y legítima defensa en lo que se refiere a la finalidad, las medidas y las condiciones» [Strupp, «Les règles générales...» (*loc. cit.*), pág. 570]. En lo tocante al primer punto, para Strupp «la finalidad de la legítima defensa es repeler un ataque presente e ilícito; se agota con ello». A las represalias, en cambio, el mismo autor atribuye un «fin represivo», al que se acumula algunas veces un «elemento preventivo» tendente a «evitar, para el futuro, nuevos delitos internacionales» (*ibid.*). Hoy día, Wengler (*op. cit.*, págs. 515 y ss., 520 y ss.) sostiene una concepción que se asemeja a la de Strupp. Este autor subdivide la categoría de represalias en dos subcategorías; la «Abwehrreprésalie» y la «Selbsthilferepressalie», cada una de las cuales tiene una finalidad y un régimen diferentes, y cuyo único elemento común es el hecho de ser medidas que serían ilícitas si no representaran una reacción a un hecho ilícito del Estado contra el cual se adoptan.

Los autores soviéticos (Levin, Petrovski) excluyen también, por lo general, la legítima defensa de las «sanciones» admitidas como contramedidas legítimas ante un hecho internacionalmente ilícito. Skakunov (*loc. cit.*, págs. 107 y ss.) constituye una excepción a esta tendencia y critica la concepción predominante, a la que reprocha el seguir una noción exclusivamente «punitiva» de la sanción. En su opinión, el concepto de sanción debería ampliarse de modo que abarcara también medidas tendentes a la efectiva observancia del derecho. Desde ese punto de vista, pues, presenta la legítima defensa como una forma de sanción. A igual conclusión llegan Graefrath, Oeser y Steiniger (*op. cit.*, págs. 73 y 74).

²¹⁶ Quadri (*op. cit.*, pág. 269) señala que la acción realizada en concepto de represalias se confunde a veces con la realizada en estado de legítima defensa, sobre todo cuando el hecho ilícito ante el que se reacciona tiene a la vez carácter violento y continuo y cuando la reacción del Estado víctima persigue al mismo tiempo objetivos diversos. El autor hace constar, sin embargo, que las dos figuras jurídicas no dejan por ello de estar nitidamente separadas.

ción 3 del presente capítulo²¹⁷, parece admitido que las «sanciones» y demás contramedidas susceptibles de ser aplicadas directamente al Estado culpable por el Estado víctima de una infracción internacional ya no pueden incluir, como antes, el empleo de la fuerza armada. Como se enuncia 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 Unidas²¹⁸: «Los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza.» Las represalias armadas ya no pueden considerarse legítimas. He aquí, pues, por si faltaba algo, otro elemento de diferenciación entre las dos nociones que acabamos de comparar.

92. Señalemos, para terminar con este punto, que la importancia práctica de la distinción entre legítima defensa y represalias —importancia acentuada precisamente por el actual rechazo de la admisibilidad de las represalias armadas— quedó puesta especialmente de relieve en los debates celebrados en el Consejo de Seguridad con motivo del ataque realizado el 28 de marzo de 1964 por las fuerzas aéreas británicas contra la República Árabe del Yemen. En esa oportunidad, el Reino Unido sostuvo que su acción debía interpretarse como una medida de «legítima defensa» según el Artículo 51 de la Carta, ya que sólo tenía finalidades defensivas y sólo se proponía evitar en el futuro la repetición de los actos de agresión y provocación cometidos por el Yemen contra la Federación de Arabia del Sur²¹⁹. A juicio de Checoslovaquia, el Iraq, Marruecos y la República Árabe Unida, por el contrario, el Reino Unido había cometido en ese caso actos «premeditados» e ilegítimos de represalia²²⁰. Sin pronunciarnos, desde luego, sobre esta diferencia de opiniones en cuanto a la evaluación de los hechos, interesa señalar, desde el punto de vista de los principios, la neta distinción que hizo el representante del Reino Unido entre «las dos formas de autoprotección»: una de naturaleza aflictiva o punitiva, denominada represalia, y la otra, calificada de legítima defensa, consistente en la resistencia a un ataque armado²²¹.

Los debates celebrados, también en el Consejo de Seguridad, con motivo del ataque contra dos contratorpederos norteamericanos por torpederos norvietnamitas —ataque llevado a cabo en el Golfo de Tonkín el 4 de agosto de 1964— y de la respuesta aérea norteamericana contra los torpederos de Viet Nam del Norte y buques auxiliares resultan igualmente interesantes. Según los representantes de los Estados Unidos de América y

²¹⁷ Véase *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), págs. 41 y 42, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4, párr. 89.

²¹⁸ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

²¹⁹ *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, decimonoveno año*, 1106.ª sesión, párr. 51; 1109.ª sesión, párrs. 25 a 31; 1111.ª sesión, párrs. 29 y 30.

²²⁰ *Ibid.*, 1106.ª sesión, párrs. 64 a 68 (Iraq); 1107.ª sesión, párrs. 14 a 17 (Iraq), 47 a 51 (República Árabe Unida); 1109.ª sesión, párrs. 57 y 58 (Iraq), 76 y 77 (Siria), 99 y 100 (Marruecos); 1110.ª sesión, párrs. 23 y 24 (Checoslovaquia).

²²¹ *Ibid.*, 1109.ª sesión, párrs. 26 a 31.

el Reino Unido, la acción limitada de la marina norteamericana había constituido la aplicación de una medida de legítima defensa admitida por la Carta²²², mientras que, según los representantes de Checoslovaquia y la Unión Soviética, se trataba de una acción de represalia cuya admisibilidad estaba excluida automáticamente por el reconocimiento, en el Artículo 51, tan sólo del derecho de legítima defensa²²³.

93. Ya hemos dicho²²⁴ que había que considerar la legítima defensa como la única forma de «autoprotección armada» que el derecho internacional actual reconoce aún al Estado. Creemos útiles algunas reflexiones suplementarias para poner más en claro nuestro pensamiento a propósito de la noción misma de «autoprotección» y su relación con la de «legítima defensa». A nuestro juicio, el término «autoprotección» (*self-help*, *Selbsthilfe*, *autotutela*, etc.) designa en general el sistema mediante el cual se consigue asegurar la efectiva observancia del derecho en el seno de una sociedad rigurosamente igualitaria, no institucionalizada y no jerarquizada, como es la comunidad internacional. Ese término pone bien de manifiesto, en efecto, que en derecho internacional —al menos en derecho internacional general— es en principio al sujeto titular de un determinado derecho subjetivo al que se le reconoce al mismo tiempo la facultad de tomar medidas para garantizar ese derecho, asegurar su respeto y lograr su satisfacción.

94. En el contexto de ese sistema puede ocurrir, desde luego, que el Estado, para garantizar por sí mismo su propio derecho, sólo recurra a medidas normalmente legítimas, tales como simples medidas de retorsión, o a otras formas de comportamiento que, aunque lesionen los intereses del sujeto que ha atentado contra su derecho, no están, sin embargo, en contradicción con una obligación internacional para con éste. En tal caso no se plantea el problema de «excusar» esas medidas, de excluir excepcionalmente con respecto a ellas una ilicitud que, de todas formas, no existe. El caso es muy distinto, en cambio, cuando el Estado, para proteger su propio derecho, recurre a medidas que normalmente serían ilícitas y que excepcionalmente pasan a ser lícitas por el hecho de que el Estado que las aplica ha sido víctima de una lesión de su derecho. Esas medidas se justifican entonces, para el derecho internacional, a título de sanciones por un hecho internacionalmente ilícito previamente cometido por el sujeto contra el cual se toman o, más generalmente, de contramedidas adoptadas como reacción contra ese hecho ilícito, tanto si su finalidad es puramente aflictiva (sanciones propiamente dichas) como si su finalidad es de ejecución, de prevención de repetición, de resarcimiento, etc. En la sección 3 del presente capítulo²²⁵ hemos puesto de relieve que, según los criterios actualmente en vigor en de-

recho internacional, las medidas de sanción a las que recurre el Estado perjudicado en uno de sus derechos, en ciertas condiciones y dentro de ciertos límites, contra el Estado que ha cometido esa infracción son medidas admitidas aunque consistan en comportamientos no conformes a tal o cual otra obligación internacional. Pero también hemos subrayado que esas medidas no pueden actualmente comprender el empleo de la fuerza armada. Hemos podido comprobar, en efecto, que las represalias armadas, forma típica tradicional de sanción por un Estado contra otro Estado autor respecto del primero y de un incumplimiento particularmente grave de obligación internacional, han quedado hoy excluidas del campo de las medidas «justificables». En la autoprotección de su derecho, el Estado sólo puede recurrir a represalias pacíficas.

95. Por último, siempre en el marco del mismo sistema, el Estado víctima de un ataque armado y que se encuentra, por consiguiente, en estado de «legítima defensa», está excepcionalmente autorizado a recurrir al uso de la fuerza armada para contener la agresión emprendida y desbaratar su propósito, independientemente de toda intención propiamente punitiva. Por eso hemos dicho que la legítima defensa era hoy la única forma de «autoprotección armada» que admite todavía el derecho internacional, la única excepción que éste prevé respecto de la prohibición general de autodefensa mediante el recurso a las armas. De esto se desprende que el término «autoprotección» no designa en modo alguno, como parecen pensar algunos autores²²⁶, una circunstancia aparte, distinta, que produce sus efectos en un sector diferente, sino que es de la misma naturaleza y se sitúa en el mismo plano que las demás circunstancias que pueden excluir la ilicitud del hecho de un Estado, que hemos tratado en el presente capítulo. Por «autoprotección», repitámoslo, hay que entender una noción por la que la teoría jurídica designa, y en la que incluye, todas las diferentes formas en las que, como se ha dicho, se articula concretamente el sistema consistente en reconocer en principio al Estado titular de un determinado derecho subjetivo la facultad de actuar, llegado el caso, para proteger y garantizar ese

²²² Ya se ha aludido (v. *supra*, nota 14) a la posición de Morelli (*op. cit.*, pág. 352) y de Sereni (*op. cit.*, págs. 1524 y ss.). Según esos tratadistas, la característica distintiva de la autoprotección con respecto a otras circunstancias que excluyen la ilicitud y, en particular, a la aplicación de una sanción residiría en el hecho de que se manifiesta en actos coercitivos tendente a ejercer presión sobre el Estado vinculado por una obligación internacional, a fin de obtener la ejecución de ésta, o en actos por los cuales el Estado titular de un derecho subjetivo aseguraría directamente la satisfacción de ese derecho, subrogándose a tal efecto al Estado obligado. Se podría, pues, recurrir a la autoprotección incluso a falta de un hecho internacionalmente ilícito del Estado contra el que se actuase. También se ha indicado en la misma nota que algunos tratadistas anglosajones [por ejemplo, Schwarzenberger, «The fundamental principles...» (*loc. cit.*), págs. 342 y 343, y Bowett, *Self-defence... (op. cit.)*, págs. 11 y ss.] emplean el término autoprotección («self-help») para caracterizar —por contraposición a la legítima defensa, que tendría una finalidad puramente defensiva— la aplicación de medidas de sanción o de ejecución («enforcement») contra el Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito.

²²² *Ibid.*, 1140.ª sesión, párrs. 44 a 46 (Estados Unidos), 78 y 79 (Reino Unido); 1141.ª sesión, párr. 52 (Estados Unidos).

²²³ *Ibid.*, 1141.ª sesión, párrs. 31 (Checoslovaquia) y 77 a 84 (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas).

²²⁴ Véase *supra*, párr. 87.

²²⁵ Véase *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), págs. 38 y ss., documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4, párrs. 78 y ss.

derecho²²⁷. La legítima defensa, al igual que la aplicación legítima de una sanción —siempre que se ejerzan dentro de los límites a que están hoy sujetas—, son formas admitidas de autoprotección y no figuras distintas y, por lo tanto, similares a ella.

96. Hemos considerado necesario formular previamente esas distinciones y precisiones con el fin de aclarar los caracteres distintivos de la noción de «legítima defensa» que nos servirá de base para proseguir nuestro estudio, que tiende a discernir, en el derecho internacional actual, el contenido preciso de la norma relativa a esta causa particular de exclusión de la ilicitud de un comportamiento estatal. Nos parece que ha llegado el momento de reanudar el hilo de las consideraciones sólo iniciadas en los primeros párrafos de esta sección y de proceder al examen de los antecedentes históricos de los que pretendemos deducir la confirmación de lo bien fundado del aserto hecho *supra*²²⁸. En efecto, ahí apuntamos ya la idea de que, desde mediados del decenio de 1920, aproximadamente, se han afirmado gradual y paralelamente en las relaciones jurídicas internacionales tanto el principio que prohíbe el empleo de la fuerza armada, aunque sea para salvaguardar un derecho, como el principio que hace excepción a aquél en favor del Estado que recurre a la fuerza armada en situación de legítima defensa. Así pues, abordaremos el análisis de la práctica de los Estados, de la jurisprudencia internacional y de la doctrina mediante el estudio de los acontecimientos ocurridos en derecho internacional a partir de la época indicada.

97. El examen de la práctica de los Estados en el período comprendido entre las dos guerras mundiales revela claramente que, en esa época, junto con la adopción en diversos instrumentos importantes de cláusulas que tendían a restringir progresivamente y finalmente a proscribir la libertad de los Estados de recurrir a la guerra (y a veces, de manera más general, de emplear la fuerza armada en cualquiera de sus formas), se afirmaba igualmente una limitación del alcance de tales cláusulas. Esa limitación se traduce en una excepción que tiene como efecto excluir, sin embargo, la ilicitud de un comportamiento que implique el recurso a la guerra en el caso de que un Estado sólo recurra a ella para defenderse contra un ataque armado²²⁹. En efecto,

²²⁷ Los defectos inherentes al sistema de la autoprotección, tal como lo ha configurado tradicionalmente el derecho internacional general, se encuentran corregidos en el derecho internacional particular por las diferentes formas de protección «asociada» o «colectiva» que en él se prevén y en virtud de las cuales una pluralidad de sujetos se compromete a cooperar en la protección y en la garantía del derecho de cada uno de ellos contra eventuales violaciones por parte de terceros. Lo que se llama la «legítima defensa colectiva» es precisamente una aplicación de ese tipo de protección. Pero el paso decisivo para superar el sistema generalizado de autoprotección sólo puede estar representado por esa centralización de la facultad de uso de la coacción, a cuya primera tentativa de realización en el sistema de las Naciones Unidas nos hemos referido anteriormente (párr. 86).

²²⁸ Véase *supra*, párr. 85.

²²⁹ Para un análisis detallado, realizado desde el punto de vista que nos interesa, de los acuerdos celebrados y, más generalmente, de la práctica de los Estados en los años 1920 a 1940, véase en especial la obra de Lamberti Zanardi, *La legítima difesa...* (op. cit.), págs. 79 y ss. Véase también Brownlie,

varios de los instrumentos adoptados en ese período y que establecen una prohibición general o particular del recurso a la guerra para la solución de las controversias internacionales contienen al mismo tiempo una cláusula expresa en la que se formula tal excepción. El prototipo de esa clase de instrumentos es el Protocolo para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, comúnmente denominado «Protocolo de Ginebra», aprobado el 2 de octubre de 1924 por la Quinta Asamblea de la Sociedad de las Naciones²³⁰. Ese Protocolo, que a decir verdad nunca entró en vigor, imponía en su artículo 2 a los Estados Partes la obligación de no recurrir a la guerra, pero enunciaba una excepción a esa obligación para el caso de «resistencia a actos de agresión». La expresión «legítima defensa» no se utilizaba directamente en el texto, pero es indudable que lo que se tenía presente era el concepto de legítima defensa²³¹. La expresión, y no sólo el concepto, aparece el año siguiente en el Tratado de garantía mutua entre Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña e Italia, que constituía el anexo A del Protocolo Final firmado en Locarno el 16 de octubre de 1925 y al que se denominó también «Pacto Renano»²³². En el artículo 2, ese Pacto imponía a Francia y Bélgica, por una parte, y a Alemania, por otra, la obligación de «no iniciar, de un lado ni del otro, ningún ataque ni invasión» y de «no recurrir en ningún caso, de un lado ni del otro, a la guerra». Después de lo cual continuaba así:

Sin embargo, esta estipulación no se aplicará si se trata:

1. Del ejercicio del derecho de *legítima defensa**, es decir, de oponerse a una violación del compromiso del apartado precedente o a una infracción flagrante de los artículos 42 o 43 del mencionado Tratado de Versalles, cuando tal infracción constituya un acto no provocado de agresión y que, a causa de la concentración de fuerzas armadas en la zona desmilitarizada, resulte necesaria una acción inmedita [...] ²³³.

International Law (op. cit.), págs. 231 y ss.; Zourek, loc. cit., págs. 25 y ss.; Taoka, op. cit., págs. 88 y ss.

²³⁰ Sociedad de las Naciones, *Journal officiel, Supplément spécial n° 21*, pág. 21.

²³¹ El informe general sobre el Protocolo, presentado a la Quinta Asamblea de la Sociedad de las Naciones por el Sr. Politis (Grecia) y el Sr. Beneš (Checoslovaquia), señala que la prohibición enunciada en el artículo 2 sólo se refiere a «la guerra de agresión. Huelga decir que no se aplica a la guerra defensiva. El derecho de *legítima defensa** se sigue respetando como corresponde. El Estado atacado conserva plena libertad para resistirse con todas sus fuerzas a los ataques de agresión de que sea víctima.» (Sociedad de las Naciones, *Journal officiel, Supplément spécial n° 23*, pág. 487.)

El Protocolo preveía al mismo tiempo una segunda excepción expresa a la obligación de no recurrir a la guerra, para el caso en que los Estados lo hicieran actuando «de acuerdo con el Consejo o la Asamblea de la Sociedad de las Naciones según las disposiciones del Pacto y del presente Protocolo».

²³² Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. LIV, pág. 289.

²³³ La noción de «legítima defensa» que hacía suya el Pacto Renano no se limitaba, pues, a la resistencia opuesta por un Estado a un acto de agresión dirigido contra su propio territorio, sino que se extendía también a la resistencia a una ocupación de la zona desmilitarizada del territorio del Estado limítrofe. Por otra parte, el mismo Pacto preveía también otra excepción a la obligación enunciada en el párrafo 1 del artículo 2 relativa al caso de una acción emprendida con arreglo al Artículo 16 del Pacto de la Sociedad de las Naciones o, más

En tratados bilaterales firmados entre 1926 y 1929 vuelven a encontrarse fórmulas análogas a la del Pacto Renano²⁵⁴. También figuran en los tratados-tipo de asistencia recíproca y de no agresión elaborados en 1928 por el Comité de arbitraje y seguridad de la Sociedad de las Naciones²⁵⁵. El 8 de julio de 1937, el Afganistán, el Irán, el Iraq y Turquía firmaron un tratado de no agresión. Después de indicar en el segundo párrafo del artículo 4 del tratado que se consideraban actos de agresión la declaración de guerra, la invasión por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, el ataque por las fuerzas armadas de un Estado de los buques o aviones de otro Estado, la ayuda o asistencia al agresor, se precisaba en el párrafo siguiente:

No constituyen actos de agresión:

1. El ejercicio del derecho de legítima defensa, es decir, la resistencia a un acto de agresión como los definidos *supra*; [...]²⁵⁶.

98. Por otra parte, la actitud observada por los Estados y la convicción manifestada por ellos acerca del alcance de los tratados tendentes a restringir a hipótesis extremas la posibilidad de recurrir a las armas, o incluso a proscribir totalmente esa posibilidad, sin incluir, no obstante, en las cláusulas correspondientes una disposición expresa acerca de la licitud del empleo de la fuerza armada por el Estado que sólo pretendiera defenderse contra un ataque ilícito, vienen a corroborar plenamente el fundamento de la alegación que se hace al comienzo del párrafo precedente. A primera vista, la existencia de instrumentos internacionales así concebidos y redactados podría parecer un dato negativo, con respecto a la tesis de la afirmación casi necesaria del principio que exonera la defensa legítima por las armas del carácter de ilicitud que afecta generalmente, en esos

generalmente, de una acción fundada en una resolución del Consejo o de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones. Véanse especialmente, sobre estos puntos, los comentarios formulados en esa época por K. Strupp (*Das Werk von Locarno*, Berlín, de Gruyter, 1926) y por G. Salvioli [*Gli accordi di Locarno*], *Rivista di diritto internazionale*, Roma, XVIII año, III serie, vol. V (1926), págs. 427 y ss.]. En la página 433 de su texto, este último autor utiliza la expresión «stato di legittima difesa» (estado de legítima defensa).

²⁵⁴ Por ejemplo, los tratados de 10 de junio de 1926 entre Francia y Rumania (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. LVIII, pág. 225), art. 1; de 11 de noviembre de 1927 entre Francia y el Reino de los Servios, Croatas y Eslovenos (*ibid.*, vol. LXVIII, pág. 373), art. 1; de 27 de marzo de 1929 entre Grecia y el Reino de los Servios, Croatas y Eslovenos (*ibid.*, vol. CVIII, pág. 201), art. 2; de 21 de marzo de 1928 entre Grecia y Rumania (*ibid.*, pág. 187), art. 1.

²⁵⁵ Todos los tratados-tipo contenían una cláusula formulada como sigue:

«Cada una de las Altas Partes Contratantes se compromete, respecto de cada una de las demás Partes, a no efectuar ningún ataque o invasión y a no recurrir en ningún caso a la guerra contra otra Parte Contratante.»

Sin embargo, esta estipulación no se aplicaba si se trataba del ejercicio del derecho de *legítima defensa*, es decir, del derecho de oponerse a una violación del compromiso asumido. (Sociedad de las Naciones, *Journal officiel, Supplément spécial n° 64*, págs. 182 y ss.)

²⁵⁶ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXC, pág. 24.

instrumentos, al recurso a la fuerza armada. Pero, en realidad, es precisamente en esos instrumentos y en su aplicación en que se basa la prueba más firme de la existencia incuestionable del principio que considera a la legítima defensa como una circunstancia que tiene por efecto excluir excepcionalmente la ilicitud de un comportamiento que entraña el uso de la fuerza armada. La actitud observada por los Estados en relación con los tratados aquí examinados revela sin asomo de duda que esos Estados consideraban totalmente lícito el empleo de la fuerza armada en estado de legítima defensa. La falta de una cláusula expresa a tal efecto no modificaba en absoluto su convicción a este respecto. El Pacto de la Sociedad de las Naciones y el Tratado general de renuncia a la guerra como instrumento de política internacional, firmado en París el 27 de agosto de 1928 (llamado comúnmente Pacto Briand-Kellogg o Pacto de París)²⁵⁷, dieron pie, en esa esfera, a manifestaciones particularmente significativas.

99. En lo que concierne al primero de dichos instrumentos, las deliberaciones acerca del alcance exacto de las limitaciones impuestas en el Pacto al recurso a las armas fueron prolongadas y numerosas. Se debatió sobre todo la cuestión de saber: 1.º si la prohibición establecida por el Pacto debía considerarse válida sólo en los casos previstos expresamente en los Artículos 12, 13 y 15²⁵⁸ o en relación con cualquier supuesto; 2.º si esa prohibición se refería únicamente a la utilización de la guerra propiamente dicha o también al empleo de la fuerza armada en otras formas. No nos corresponde pronunciarnos aquí sobre el contenido exacto de las obligaciones impuestas por el Pacto a los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones. En lo que nos interesa, basta señalar que, al menos en ciertas hipótesis, el recurso a las armas estaba indudablemente prohibido por el texto, y ello sin que éste agregara ninguna disposición expresa para hacer una reserva con respecto al supuesto en que tal recurso por parte de un Estado Miembro se debiese a la necesidad de hacer frente a un ataque armado perpetrado contra él por otro Estado en violación de dicha prohibición. Ahora bien, los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones, al igual que los órganos de ésta, siempre se manifestaron convencidos de que, a pesar de ello, el recurso a la fuerza armada en estado de legítima defensa seguía siendo totalmente legítimo. Con ocasión de conflictos armados en que se vieron envueltos y, más generalmente, a raíz de acciones emprendidas recurriendo al uso de la fuerza armada, los Estados implicados invocaron a menudo como justificación la pretensión, fundada o no, de haber obrado en estado de legítima defensa. Lo que es aún más importante, los Estados contra los cuales los primeros habían actuado, así como los órganos de la Sociedad de las Naciones,

²⁵⁷ *Ibid.*, vol. XCIV, pág. 57.

²⁵⁸ Es decir: a) antes de que el Estado interesado hubiera sometido la controversia a un procedimiento de arbitraje o arreglo judicial, o a examen por el Consejo, y antes del vencimiento de un plazo de tres meses contado desde la sentencia o la aprobación del informe del Consejo, y b) en ningún caso contra un Estado Miembro de la Sociedad de las Naciones que se hubiera ajustado al laudo arbitral o la sentencia de la CPJI o a un informe unánime del Consejo.

no impugnaron nunca el principio de la validez de la «excusa de legítima defensa». Se limitaron, por el contrario, a poner en tela de juicio la posibilidad de hacer valer tal justificación en el caso concreto ²³⁹.

100. Al celebrar el Pacto Briand-Kellogg, las Potencias signatarias dieron el paso más decisivo hasta ese momento para declarar contra la ley el recurso a la guerra. En el artículo I, en efecto:

Las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente en nombre de sus pueblos respectivos que condenan el recurso a la guerra para el arreglo de las controversias internacionales y renuncian a ello como instrumento de política nacional en sus relaciones recíprocas.

Y en el artículo II reconocen

que el arreglo o la solución de todas las controversias o conflictos, sea cual fuere su naturaleza o su origen, que puedan surgir entre ellas sólo deberá buscarse por medios pacíficos.

Explícitamente, el Pacto sólo prohibía el recurso a la guerra, y sería probablemente forzar su texto pretender deducir de él que la prohibición enunciada debía hacerse extensiva también al recurso a la fuerza distinto de la guerra. Ahora bien, no es ahí donde radica la cuestión. Lo que importa poner de relieve en este contexto es que ese instrumento no preveía ninguna excepción expresa para el caso de una guerra emprendida y llevada a cabo en estado de legítima defensa. Sin embargo, la correspondencia diplomática que precedió la celebración del Pacto ²⁴⁰ pone ampliamente de manifiesto que las partes contratantes tuvieron presente ese problema con mucha claridad y que estaban totalmente de acuerdo en reconocer que la renuncia a la guerra que iban a proclamar no excluiría para los signatarios el derecho de legítima defensa. El Gobierno francés y el Gobierno británico insistieron mucho en este punto. Si bien las partes contratantes reconocieron finalmente, después de las declaraciones interpretativas formuladas por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, que no era necesario incluir en el tratado una cláusula expresa de reserva relativa a la legítima defensa, ello fue tanto para adherirse al punto de vista del Secretario de Estado norteamericano, según el cual el valor del tratado dependía en gran medida de su sencillez, como por estimar, como él, que tal cláusula era superflua. A su juicio, la no ilicitud de una guerra librada en estado de legítima defensa era una verdad obvia, un principio que debía considerarse incluido implícitamente en todo instrumento convencional destina-

²³⁹ Así ocurrió en la controversia de 1925 entre Bulgaria y Grecia a raíz de un incidente fronterizo, en la controversia de 1932-1934 entre Paraguay y Bolivia acerca del territorio del Chaco, en la controversia entre el Japón y China respecto de Manchuria en 1931-1934, en la controversia entre Italia y Etiopía de 1935 y en la controversia entre China y el Japón de 1937. Véase una vez más, a este respecto, el análisis de la práctica que ofrece Lamberti Zanardi [*La legittima difesa...* (op. cit.), págs. 90 y ss.].

²⁴⁰ Véanse los documentos reproducidos en A. Lysen, ed., *Le pacte Kellogg—Documents concernant le traité multilatéral contre la guerre signé à Paris le 27 août 1928*, Leyden, Sijthoff, 1928; y respecto del punto que nos interesa, los pasajes citados en la nota, presumiblemente de T. Parassi, «Trattato di rinuncia alla guerra», que acompaña la publicación del texto del Pacto en la *Rivista di diritto internazionale*, Roma, XXI año, III serie, vol. VIII (1929), págs. 429 y ss.

do a limitar o excluir el recurso a la guerra, un principio, en suma, que dejaba necesariamente sin efecto, en el supuesto considerado, las disposiciones de tal instrumento ²⁴¹. A juzgar por las opiniones que expresaron, las partes contratantes llegaban a dar la impresión de que admitían resueltamente la existencia de un principio de derecho internacional no escrito, de carácter absoluto y, por lo tanto, que no admitía ninguna excepción por tratado, ni siquiera multilateral, y cuyo efecto era eliminar toda ilicitud del comportamiento observado por un Estado en situación de legítima defensa, aun cuando ese comportamiento se tradujera en actos de guerra.

101. La convicción acerca de la existencia de un principio reputado de carácter absoluto, e incluso imperativo, que excluía en el supuesto de legítima defensa la ilicitud, desde entonces innegable, del recurso a la guerra parece desprenderse asimismo de las respuestas de los Estados a un cuestionario redactado por la Secretaría de la Sociedad de las Naciones sobre la cuestión de las enmiendas que habría sido preciso introducir en el Pacto de la Sociedad de las Naciones para poner ese instrumento en armonía con las disposiciones del Pacto Briand-Kellogg. En esas respuestas, así como en las intervenciones que se produjeron durante el debate sobre esta cuestión en la Primera Comisión de la Asamblea, en los períodos de sesiones undécimo y duodécimo, numerosos Estados se pronunciaron en el sentido de que la inclusión en el Pacto de la Sociedad de las Naciones de una prohibición total y sin «fisuras» del recurso a la guerra se entendería sin perjuicio de la facultad de recurrir a ella cuando se encontraran reunidas las condiciones necesarias para la existencia de un estado de legítima defensa. El Gobierno de Italia, por ejemplo, hizo la siguiente observación en su respuesta al cuestionario:

[...] Es tan natural pensar que el Estado que no respetara la prohibición no tendría ninguna justificación para exigir que el Estado lesionado por su comportamiento se ajustase a ella que no hay ninguna necesidad de incluir en las enmiendas un texto relativo al supuesto de la legítima defensa ²⁴².

Y el representante de Alemania declaró durante el debate:

Aun cuando no figure enunciado en los pactos, el derecho de los pueblos a defenderse contra un ataque es indiscutible. Se basa en una ley natural superior a las convenciones ²⁴³.

²⁴¹ Para tranquilizar a las demás partes, el Gobierno norteamericano declaró expresamente en su nota de 23 de junio de 1928 que lo que llamaba «el derecho de legítima defensa» era, a su juicio, «inherente a todo Estado soberano y está contenido implícitamente en todo tratado. Cada nación es libre en todo momento e independientemente de cualquier disposición convencional * de defender su territorio contra todo ataque o invasión» (Lysen, op. cit., pág. 54). Muchos otros Estados (entre ellos Bélgica, Checoslovaquia, Francia, Irlanda, Italia, el Japón, Polonia, el Reino Unido y Sudáfrica) se remitieron a esas declaraciones al firmar el Pacto o adherirse a él. *Ibid.*, págs. 62 y ss.; cf. también Brownlie, *International Law...* (op. cit.), págs. 253 y ss.; Lamberti Zanardi, *La legittima difesa...* (op. cit.), págs. 84 y ss.; Zourek, loc. cit., págs. 32 y ss.

²⁴² Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 12.º año, N.º 8 (agosto de 1931), pág. 1602.

²⁴³ *Idem*, *Journal officiel, Supplément spécial n.º 94*, pág. 41.

Véanse las opiniones de otros Estados en Lamberti Zanardi, *La legittima difesa...* (op. cit.), págs. 99 y 100.

Se encontrarán estas mismas ideas en el informe redactado al término de los trabajos de la Primera Comisión y sometido a la Asamblea en su duodécimo período de sesiones ²⁴⁴.

102. Finalmente, para hacer más completa la enumeración de los casos en que, entre las dos guerras mundiales, los Estados tuvieron oportunidad de hacer conocer sus puntos de vista sobre la excusa de legítima defensa, falta mencionar todavía las respuestas dadas por los gobiernos a los que se dirigió la solicitud de información del Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930) sobre la responsabilidad de los Estados por los daños causados a la persona o los bienes de los extranjeros. En efecto, el punto XI, *a*, del cuestionario estaba redactado así:

XI. Circunstancias en que el Estado puede declinar su responsabilidad:

a) ¿Cuáles son las condiciones que deben cumplirse en caso de que el Estado alegue que ha actuado en estado de legítima defensa? ²⁴⁵.

Sin embargo, el hecho de plantear la cuestión de la legítima defensa como circunstancia que excluye la ilicitud de un comportamiento estatal en una esfera como la de la responsabilidad, no por actos cometidos directamente contra un Estado extranjero, sino por actos lesivos cometidos respecto de particulares extranjeros, podía inducir a error. Esta fue la razón por la que las respuestas de los gobiernos, en su conjunto, estuvieron lejos de ser tan significativas como las respuestas dadas a otros puntos del cuestionario y que ya hemos utilizado en nuestros informes anteriores. Desde luego, todos los gobiernos que se pronunciaron estuvieron de acuerdo en el principio de que el estado de legítima defensa constituía una circunstancia que autorizaba al Estado a declinar su responsabilidad, o más exactamente, diríamos nosotros, que eximía al Estado de la ilicitud, de otro modo incuestionable, de un comportamiento por él observado. Pero la idea en sí de legítima defensa que diversos gobiernos tenían presente era muy distinta de la que hemos indicado como la más correcta y muy diferente, por otra parte, de la que hemos visto formarse en la *opinio juris* de los Estados simultáneamente con la afirmación progresiva del principio de la prohibición del recurso a la guerra y como excepción necesaria a dicho principio. Así, por ejemplo, hubo gobiernos que se refirieron, al hablar de legítima defensa, al supuesto de las medidas adoptadas por un Estado para defenderse contra una amenaza proveniente no de otro Estado, sino de particulares ²⁴⁶, es decir, a un supuesto que, como hemos dicho, se sitúa, a nuestro juicio, en un contexto completamente diferente. Y ocurrió que, llevados por tales respuestas, los redactores del cuestionario acabaron por elaborar una base de discus-

sión que se alejaba claramente de la idea de «legítima defensa» propiamente dicha ²⁴⁷. Ello no impide, sin embargo, que podamos utilizar para nuestros fines las respuestas de otros gobiernos, como la de Bélgica, por ejemplo, que declaró que «el Estado está autorizado a declinar su responsabilidad en caso de legítima defensa contra un Estado agresor» ²⁴⁸, y también la de Suiza, en la que se dice que «el estado de legítima defensa existe desde que un Estado es víctima de una *agresión injusta, contraria al derecho*» ²⁴⁹.

103. Añadamos un testimonio *a posteriori* de la evolución ocurrida en la realidad de las relaciones internacionales durante los años 1920 a 1939. Los tribunales militares internacionales de Nuremberg y de Tokio, creados respectivamente por los acuerdos de 8 de agosto de 1945 y de 19 de enero de 1946, dieron prácticamente por sentado que, en ese período, se había formado en derecho internacional un principio de derecho no escrito que tenía por efecto excluir la ilicitud del uso de la fuerza armada en estado de legítima defensa, a título de excepción y de *limitación insuperable* a la prohibición general de tal uso establecida en instrumentos internacionales como, en especial, el Pacto Briand-Kellogg. El Tribunal de Nuremberg tuvo, en particular, que examinar si la invasión por la Alemania nazi de Dinamarca y de Noruega y, seguidamente, de Bélgica, Holanda y Luxemburgo, así como el ataque contra la Unión Soviética, podían justificarse en concepto de actos cometidos en estado de legítima defensa. El Tribunal de Tokio tuvo que decidir esta misma cuestión en relación con los comportamientos del Japón, por una parte, y de los Países Bajos, por otra (cuestión de la declaración de guerra de los Países Bajos al Japón). En las decisiones dictadas por los dos tribunales, el principio en sí de la licitud de un comportamiento que entraña el recurso a las armas observado a título de legítima defensa no fue objeto de la menor impugnación. Lo que se impugnó fue la existencia de hecho de las condiciones de un estado de legítima defensa y solamente sobre esta base se rechazó la excepción opuesta a este respecto. En esa ocasión se discutió también la licitud o ilicitud de una acción de legítima defensa «preventiva», así como la aceptabilidad o no aceptabilidad de la pretensión del Estado que afirma actuar en situación de legítima defensa a la competencia exclusiva para determinar si existían en el caso concreto las condiciones de la legítima defensa ²⁵⁰. Estas cuestiones se refieren ma-

²⁴⁷ Dice así:

«El Estado no es responsable del daño causado a un extranjero si acredita que su acto ha sido determinado por la necesidad inmediata de legítima defensa contra un peligro con el que el extranjero amenazaba al Estado u otras personas.» [Base N.º 24 (Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion...* [op. cit.], pág. 128).]

²⁴⁸ *Ibid.*, pág. 125.

²⁴⁹ *Ibid.*, pág. 127.

²⁵⁰ En lo que respecta al Tribunal de Nuremberg, véanse los pasajes de la sentencia de 1.º de octubre de 1946 reproducidos en: *Procès des grands criminels de guerre...* (op. cit.), 1947, t. I, págs. 215 a 226.

En lo que respecta al Tribunal de Tokio, véanse los pasajes de las sentencias reproducidos en: B. V. A. Röling y C. F. Rüter, eds., *The Tokyo Judgment*, Amsterdam, APA-University Press Amsterdam, 1977, vol. I, págs. 46 y ss. y 382.

²⁴⁴ Sociedad de las Naciones, *Journal officiel, Supplément spécial n° 93*, págs. 221 y ss.

²⁴⁵ *Idem*, *Bases de discussion...* (op. cit.), pág. 161.

²⁴⁶ Véanse las respuestas de Sudáfrica (*ibid.*, pág. 125), Dinamarca (*ibid.*, pág. 126), Reino Unido (*ibid.*) y los Estados Unidos de América [Sociedad de las Naciones, *Supplément au tome III* (op. cit.), pág. 22].

nifiestamente a la delimitación de la figura jurídica de la legítima defensa y las examinaremos bajo este aspecto llegado el momento. Lo que nos interesa destacar aquí es que esas discusiones mismas presuponían necesariamente el reconocimiento de la legítima defensa como circunstancia que tiene por efecto excluir la ilicitud de un comportamiento que entraña el empleo de la fuerza armada y que de otro modo sería ilícito. Por otra parte, el Tribunal de Tokio tuvo ocasión de afirmarlo expresamente en un *obiter dictum*. En la sentencia dictada por dicho Tribunal el 1.º de noviembre de 1948 se dice:

Las Potencias Contratantes [del Pacto Briand-Kellogg], incluido el Japón, declararon que condenaban el recurso a la guerra para la solución de las controversias internacionales y renunciaban a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones recíprocas. Las Potencias Contratantes convinieron seguidamente en que no tratarían de resolver ni solucionar cualquier controversia o conflicto de cualquier naturaleza u origen que pudiera suscitarse entre ellos salvo por medios pacíficos.

Con anterioridad a la ratificación del Pacto, algunas de las Potencias signatarias formularon declaraciones para reservarse el derecho de recurrir a la guerra en legítima defensa [...]. *Toda disposición, internacional o nacional, que prohíba el recurso a la fuerza está limitada necesariamente por el derecho de legítima defensa* * 251.

104. Al final de la segunda guerra mundial se completa el proceso destinado a prohibir en derecho el recurso a la fuerza armada en las relaciones internacionales, proceso del que hemos descrito en el presente informe las etapas. Bajo la influencia de la tragedia vivida, el principio que condena definitivamente ese recurso con la ilicitud más absoluta se ha integrado, a nuestro juicio, en la conciencia jurídica de los Estados y se ha convertido, por lo tanto, en un principio imperativo del derecho internacional general, no escrito, antes de que la Carta de las Naciones Unidas le diera forma escrita. Por otra parte, la Carta lo hace en términos mucho más rigurosos que el Pacto de la Sociedad de las Naciones y el propio Pacto Briand-Kellogg. El párrafo 4 del Artículo 2 prohíbe no sólo el recurso a la guerra, sino también «recurrir al uso de la fuerza» en cualquier forma e incluso a la «amenaza del uso de la fuerza». En correlación con el carácter rígido de esta prohibición, la Carta prevé, por otra parte, la atribución al Consejo de Seguridad de una serie de poderes mucho más amplios que los que el Pacto confería al Consejo de la Sociedad de las Naciones, en lo que respecta a la adopción de medidas susceptibles de prevenir y, llegado el caso, reprimir la violación de la obligación enunciada en la disposición clave del estatuto de la Organización. Pero, pese a ello, la Carta no deja de recordar *expressis verbis*, en el Artículo 51, que un comportamiento observado en estado de legítima defensa debe considerarse internacionalmente lícito incluso si, en otras circunstancias, un comportamiento análogo debiera considerarse internacionalmente ilícito por constituir una infracción al párrafo 4 del Artículo 2. Los términos fundamentales de esta cláusula son los siguientes:

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. [...] 252.

Ahora bien, confirmando lo que hemos señalado en los párrafos que preceden, observemos que ninguno de los Estados que, en San Francisco, participaron en la adopción del texto antes transcrito puso en duda el fundamento en derecho internacional general de la excepción que establece la no ilicitud de un comportamiento no conforme a la obligación de no recurrir al uso de la fuerza cuando se haya observado ese comportamiento en estado de legítima defensa. Después de la adopción de la Carta, no se ha mantenido que sería sólo en virtud de la norma convencional enunciada en el Artículo 51 y no, ante todo, en virtud de una norma absoluta ya consagrada del derecho internacional general que la legítima defensa podría excusar un comportamiento que entrañase el uso de la fuerza. Si se ha querido en ocasiones ver una diferencia de contenido entre el principio enunciado en el Artículo 51 y el principio correspondiente del derecho internacional general, ello se ha hecho con la idea de atribuir a la norma convencional el propósito, no de introducir alguna clase de novedad, sino, todo lo más, de restringir ligeramente el alcance del principio de derecho internacional general. Se confirma de este modo la existencia, antes de la adopción de la Carta, del principio relativo a la legítima defensa en el derecho internacional general.

105. Como hemos hecho respecto del examen de la práctica de los Estados, podemos también circunscribir, y por las mismas razones, el examen de las opiniones científicas de las obras publicadas después de 1920. Las obras aparecidas en el período entre las dos guerras confirman también la conclusión de que es en esa época cuando se perfila en sus contornos actuales el principio de que el estado de legítima defensa justifica excepcionalmente comportamientos que, a falta de tal condición, serían internacionalmente ilícitos en virtud de las prohibiciones impuestas sobre el recurso a la fuerza armada.

106. Dicho esto, todas las posiciones de orden teórico de esa época no aportan una contribución real a los fines que nos interesan. Tal es el caso, como hemos señalado ya, de los autores que se basan en una noción de legítima defensa que se aproxima de hecho mucho

²⁵² Los acuerdos de defensa colectiva celebrados después de la adopción de la Carta se refieren todos, explícita o implícitamente, al Artículo 51. En varios de ellos se recoge literalmente el principio enunciado en dicha disposición. Tal es el caso del párrafo 1 del artículo 3 del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (1947) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 21, pág. 77), del párrafo 1 del artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte (1949) (*ibid.*, vol. 34, pág. 243), del párrafo 1 del artículo 4 del Tratado de amistad, cooperación y asistencia mutua entre Albania, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, la República Democrática Alemana, Rumania y la URSS (1955) (*ibid.*, vol. 219, pág. 3). Véase la lista de esos acuerdos en L. M. Goodrich, E. Hambro y A. P. Simons, *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 3.ª ed. rev., Nueva York, Columbia University Press, 1969, págs. 349 y ss.

²⁵¹ *Ibid.*, págs. 46 y 47.

más a la que hemos calificado de «estado de necesidad» que a la que nos proponemos designar con la expresión de «legítima defensa». Pensamos en esos autores, anglosajones en su mayoría, que hablan de «self-defence» para indicar las condiciones en que tiene lugar un comportamiento cuya finalidad es la de conjurar un peligro, una amenaza procedente, en muchos casos, no del Estado con respecto al cual se observa ese comportamiento, sino de personas o grupos particulares, o, en todo caso, que no guardan relación alguna con la organización de ese Estado. Hemos visto que esta corriente doctrinal presenta como un caso típico de legítima defensa en derecho internacional el famoso *Asunto del «Caroline»*²⁵³. Es evidente que, para quienes comparten tal opinión, el comportamiento observado por un Estado respecto de otro para resistir a un ataque ilícito de este último debe también considerarse como un comportamiento justificable en concepto de legítima defensa. Pero, a nuestro juicio, la confusión entre dos supuestos tan diferentes es muy perjudicial para el objetivo fijado de llegar a una definición correcta de la legítima defensa. Se confunden de este modo los casos en que el comportamiento observado con respecto a un Estado constituya una reacción a un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado, y a una ilicitud tan grave como un acto de agresión, y los casos en que tal comportamiento no tenga otra excusa —siempre que pueda hablarse de excusa— que la necesidad de conjurar un peligro procedente únicamente del territorio de un Estado, sin que este último se haya hecho culpable de ninguna agresión ni de ningún hecho ilícito.

107. Las opiniones de muchos autores que establecen un vínculo lógicamente indispensable entre los progresos realizados, en la época en que escriben, por el movimiento en favor de la prohibición del recurso al uso

de la fuerza armada y la aceptación también en derecho internacional, de la noción de legítima defensa como límite necesario de tal prohibición nos parecen, pues, mucho más interesantes. Esos autores reconocen evidentemente que, en el marco del derecho internacional general del momento, la acción del Estado que recurre a la fuerza armada para repeler un ataque igualmente armado es siempre lícita en virtud del principio tradicional que autoriza el recurso a la autoprotección en todas sus formas, de un principio, pues, que rebasa ampliamente los límites de la idea de una «defensa» legítima. Pero esos autores reconocen también que la situación es distinta en el marco de un sistema de derecho internacional especial, establecido convencionalmente, que repudie la admisión generalizada de la autoprotección, y sobre todo de la autoprotección armada, bien como resultado de una verdadera centralización del uso de la coacción para la garantía del derecho, bien como resultado de una exclusión pura y simple, total o parcial, del recurso por el Estado individualmente considerado al uso de la fuerza, incluso para salvaguardar sus derechos (sistemas del Pacto de la Sociedad de las Naciones o del Pacto Briand-Kellogg). En estos casos, admiten esos mismos autores, ya no es impropio hablar de «legítima defensa» para calificar la situación excepcional en la que el recurso por un Estado a la fuerza armada no sería tachado de ilícito²⁵⁴. La contribución importante de la corriente de pensamiento dominante de esa época consiste, pues, en haber comprendido y puesto de manifiesto que, en los casos en que, de una u otra forma, existe una prohibición para el Estado individualmente considerado de recurrir al uso de la fuerza armada, existe necesariamente también una razón imperativa para excluir la ilicitud de tal recurso cuando se efectúa verdaderamente en estado de legítima

²⁵³ Véase *supra*, párr. 57. El peligro que justifica excepcionalmente el comportamiento que entraña el uso de la fuerza armada estaría representado en general por una amenaza de ataque armado procedente del territorio del Estado víctima de la acción supuestamente ejecutada en legítima defensa. Pero no se establece distinción alguna sobre la cuestión fundamental de saber si la amenaza procede del propio Estado extranjero o de simples particulares, cuando no de insurrectos o de órganos de un tercer Estado, sin que el Estado extranjero haya incurrido en ese caso en ilicitud y todavía menos cometido una agresión. Véase, por ejemplo, J. L. Brierly, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours...*, 1936-IV, París, Sirey, 1937, t. 58, págs. 126 y ss.; cf. también Fauchille, *op. cit.*, págs. 421 y 422; y de Visscher, «La responsabilité des Etats» (*loc. cit.*), págs. 107 y ss. En realidad, estos últimos autores afirman que la legítima defensa presupone una «agresión injusta», pero esto no les impide citar como ejemplos de legítima defensa aquellos en los que un Estado reacciona ante ataques procedentes de particulares.

Por otra parte, otros autores estiman que la legítima defensa es una noción que puede justificar reacciones a comportamientos distintos de un ataque armado o una amenaza de ataque armado. Basdevant (*loc. cit.*, págs. 545 y ss.) se pregunta si no debería justificarse en cuanto acción de legítima defensa la intervención armada de un Estado en territorio extranjero para la protección de nacionales, o la adopción de medidas de coerción en respuestas a hechos, incluso lícitos, de otro Estado que pongan en peligro los intereses vitales del Estado que recurra a estas medidas. El autor no da una respuesta a esta cuestión. No estaba seguro de que el derecho internacional reconociera entonces, con respecto a estas medidas, la exclusión de su ilicitud, pero estimaba claramente que, si la hubiera, tal exclusión se daría en concepto de legítima defensa.

²⁵⁴ Cavaglieri afirma en principio que:

«La noción de legítima defensa, excluida del derecho internacional común por el reconocimiento a los Estados del poder más amplio de autoprotección, conserva su razón de ser y su aplicación en las sociedades más restringidas, entre las cuales ese poder está limitado o incluso enteramente abolido.» (A. Cavaglieri, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours...*, 1929-I, París, Hachette, 1930, t. 26, págs. 555 y 556.)

A esto añade, desde el punto de vista concreto, que el Pacto de la Sociedad de las Naciones, los Tratados de Locarno y el Pacto de París han abierto el camino a una aplicación de la noción de legítima defensa en las relaciones internacionales. Véase también, del mismo autor, *Corso di diritto internazionale*, 3.ª ed., Nápoles, Rondinella, 1934, págs. 530 y ss.

Por su parte, Verdross, en el curso que dio el mismo año que Cavaglieri [«Règles générales du droit international de la paix» (*loc. cit.*), págs. 481 y ss.], afirma en primer lugar que «por legítima defensa se entiende el derecho de oponerse por la fuerza a una agresión injusta, es decir, contraria a una norma de derecho», después de lo cual proporciona la lista de los tratados que limitaban o excluían la libertad de los Estados Miembros de hacer la guerra a los demás Estados Miembros. Por consiguiente, también para este autor, la noción de legítima defensa era pertinente en derecho internacional a partir del momento en que había penetrado en él la prohibición del uso de la fuerza, aunque fuera sobre una base puramente convencional. Las mismas ideas aparecen en Anzilotti [*Corso...*, 4.ª ed. (*op. cit.*), págs. 413 y 414], Kelsen [«Unrecht und Unrechtsfolgen...» (*loc. cit.*), págs. 562 y ss.], E. Giraud («La théorie de la légitime défense», *Recueil des cours...*, 1934-III, París, Sirey, 1934, t. 49, pág. 715), Ago (*loc. cit.*, págs. 538 y ss.).

tima defensa. Poco importa que, cuando esta exclusión no está explícitamente prevista en los textos escritos que establecen la prohibición, se opte en la mayoría de los casos por considerarla —siguiendo el ejemplo de los promotores del Pacto Briand-Kellogg— inscrita implícitamente en el mismo texto, en lugar de concebirla como algo ya impuesto por una norma de derecho internacional general que esos textos no podrían dejar sin efecto. El resultado práctico es en definitiva el mismo. La convicción de la existencia en el derecho internacional general consuetudinario de un principio cuyo objeto específico es el de exonerar la acción que entraña un recurso a la fuerza armada si se ha cometido en estado de legítima defensa de la ilicitud que afecta en general a tal recurso se instalará definitivamente en la opinión de los internacionalistas el día en que el principio mismo de esa ilicitud haya pasado del derecho internacional convencional al derecho internacional consuetudinario general. Por otra parte, hemos dicho que, a nuestro juicio, esta evolución se ha producido incluso antes de la consagración de esos principios en la Carta de las Naciones Unidas. Por lo demás, es significativo que todos los autores de obras aparecidas después de la segunda guerra mundial estén de acuerdo en reconocer que el uso de la fuerza armada por un Estado para repeler una agresión debe considerarse lícito pese a la prohibición general del recurso a tal uso, cualquiera que sea la concepción por esos autores de la relación entre el derecho consuetudinario y las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas a esta materia ²⁵⁵.

108. Así pues, todo parece converger en la conclusión siguiente: el proceso formativo iniciado en el decenio de 1920 y concluido a finales de la segunda guerra mundial ha dado lugar a la existencia en derecho internacional de una norma imperativa que impone a todos los

²⁵⁵ La gran mayoría de los autores contemporáneos opinan que la prohibición de principio del uso de la fuerza armada se ha convertido en la actualidad en una norma de derecho internacional consuetudinario. Ninguno de esos autores pone en tela de juicio la licitud del recurso por un Estado al uso de la fuerza armada para repeler una agresión armada. Nos limitamos a citar, a ese respecto, la opinión de la CDI que, ya en 1949, aprobó un proyecto de Declaración de los derechos y deberes de los Estados que proclama, en su artículo 12, que:

«Todo Estado tiene el derecho de legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado.» [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 10 (A/925), pág. 10.*]

En las observaciones que acompañaban el proyecto, la Comisión señalaba que, a su juicio, los artículos del proyecto enunciaban principios generales de derecho internacional (*ibid.*, página 11, párr. 52).

Los pocos autores que siguen pensando que el derecho internacional consuetudinario permitiría todavía hoy el recurso a la fuerza armada para salvaguardar un derecho subjetivo o incluso un simple interés lo hacen (como los autores del período comprendido entre las dos guerras) convencidos de que el concepto de «legítima defensa» no tendría autonomía en derecho internacional general. Aceptan, sin embargo, la existencia de la excepción de «legítima defensa» en los sistemas de derecho internacional particular que prohíben el uso de la fuerza armada, como el de la Carta de las Naciones Unidas. También para ellos, pues, en esos sistemas el uso de la fuerza sigue siendo lícito si su finalidad es repeler una agresión injusta (véase, para todos ellos, Morelli, *op. cit.*, págs. 353 y 354).

Estados el deber de abstenerse de todo recurso a la fuerza armada en sus relaciones recíprocas. En virtud de ese mismo proceso han surgido también las condiciones de existencia de otra norma, paralela e igualmente imperativa, que establece la legítima defensa como única limitación a la prohibición prescrita por la primera norma. En la actualidad, ambas normas, que a nuestro juicio existen en el ordenamiento jurídico de la comunidad internacional en general, también forman parte, enunciadas por escrito, del sistema jurídico de esa comunidad internacional especial, pero de carácter universal y de composición casi idéntica a la primera, que constituyen las Naciones Unidas. La existencia en ese doble ámbito caracteriza la circunstancia de la «legítima defensa» con respecto a las demás circunstancias que tienen en común con ella el efecto de excluir la ilicitud de un comportamiento en otro caso legítimo, pero que, a diferencia de ella, no constituye el objeto de una disposición de la Carta de las Naciones Unidas. Cabe plantearse, pues, si hay que presumir o no una total identidad de contenido entre la norma de formación espontánea de derecho internacional general relativa a la legítima defensa y la norma de formación convencional enunciada en el Artículo 51 de la Carta. Conviene advertir que esa disposición no se limita a asegurar contra todo error de interpretación lo que denomina el «derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas», sino que, además, somete la invocación de ese «derecho» a ciertas limitaciones y a una reglamentación determinada. Por consiguiente, a los efectos de la cuestión que nos ocupa, es menester tener en cuenta los aspectos inherentes al hecho mismo de la inclusión de la norma considerada en un sistema que prescribe la presencia activa de las Naciones Unidas en la solución de las controversias y en el mantenimiento de la paz y la seguridad y que trata de lograr cierto grado de centralización del empleo de la coacción y, sobre todo, del poder de decisión acerca de tal empleo. Sin embargo, prescindiendo de esos aspectos en cierto modo exteriores, resulta difícil creer que pueda haber una diversidad de contenido entre el concepto de legítima defensa adoptado por el derecho internacional general y el que ha hecho suyo la Carta. La formación de la norma válida en el orden jurídico de la comunidad internacional universal y la de la norma válida en el sistema de derecho de las Naciones Unidas han sido, como se ha visto, prácticamente contemporáneas. Es difícil imaginar que, en el mismo momento y a raíz de los mismos acontecimientos históricos, casi todos los gobiernos hayan podido suscribir el instrumento convencional que los obliga recíprocamente con arreglo a un concepto determinado y que, al mismo tiempo, hayan podido conservar en su *opinio juris* el convencimiento de estar obligados recíprocamente con arreglo a un concepto divergente.

109. Con todo, aun rechazando de antemano, pues, una idea tan poco convincente como la de la existencia de dos conceptos de legítima defensa verdaderamente divergentes que corresponderían, respectivamente, al derecho internacional general y al sistema jurídico de las Naciones Unidas, nos parece necesario hacer algunas

observaciones. Una codificación realizada en el ámbito y bajo los auspicios de las Naciones Unidas no puede inspirarse en criterios que, desde cualquier punto de vista, no sean plenamente conformes a aquellos en que se basa la Carta, con el riesgo, además, de crear una peligrosa incertidumbre en una materia que afecta a una esfera tan delicada como la del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por consiguiente, aunque sin creer en inimaginables divergencias de fondo²⁵⁶ diéramos en pensar que la reglamentación de la legítima defensa establecida por el instrumento constitucional de las Naciones Unidas pretendía corregir algunos aspectos de la que había surgido en el derecho internacional general, no podríamos por menos de atenernos a los criterios adoptados por la Carta. El recurso al derecho internacional general en relación con la cuestión que nos interesa está justificado, ciertamente, siempre que contribuya a resolver los problemas de interpretación que pueden plantearse acerca del Artículo 51 o a aclarar algunos aspectos adicionales que ese texto pasa por alto, pero que no carecen desde luego de importancia. Nos referimos, por ejemplo, al aspecto de la proporcionalidad entre la acción ejecutada en estado de legítima defensa y el fin perseguido de repeler la agresión armada, o el de la determinación del momento en que un Estado puede invocar la existencia en lo que le concierne de una situación de legítima defensa, o aun el de la competencia para determinar la existencia, en un caso determinado, de las condiciones para invocar la legítima defensa, etc. Cabe que sea útil examinar algunas de estas cuestiones antes de concluir nuestro examen del tema. Sin embargo, esto no significa de ningún modo tomar en consideración la posibilidad de modificar de alguna manera el contenido y alcance de la norma enunciada en el Artículo 51 de la Carta, a la que, conviene insistir en ello, estimamos que debemos permanecer absolutamente fieles en nuestra labor de codificación de la materia objeto de estudio.

110. Dicho esto, no creemos posible ignorar totalmente la existencia de una corriente doctrinal que, a diferencia de aquella a la que nos adherimos, se niega a presumir que los redactores del Artículo 51 de la Carta pretendiesen atribuir en realidad a la norma de derecho escrito que formulaban el mismo objeto y el mismo alcance que el derecho internacional general atribuye a la norma concerniente a la legítima defensa como circunstancia que excluye la ilicitud de un comportamiento que entrañe el uso de la fuerza armada. Para los mantenedores de esa corriente de opinión, los redactores del Artículo 51 no habrían tenido la intención de atribuir a esta disposición el cometido de regular todos los supuestos en que un Estado estaría autorizado a invocar como excusa la situación de legítima defensa, sino sólo el supuesto más importante, es decir, el que concierne a la justificación de una acción emprendida para hacer frente a una agresión armada. Por lo que respecta a los demás casos en que, según esa misma doctrina, también podría invocarse legítimamente

la «legítima defensa», el Artículo 51 no los habría tomado en consideración y habría dejado su determinación y reglamentación al derecho internacional general, siempre que otros preceptos de la Carta no lo deroguen. Es evidente que si esta tesis resultara fundada, la codificación que hemos emprendido no podría ser completa si sólo tomase en cuenta el supuesto considerado en el Artículo 51 de la Carta. En tal caso sería indispensable proceder a un estudio más a fondo de todo el campo que el derecho internacional general reservara a la legítima defensa. Es menester, pues, que nos detengamos un momento para examinar la exactitud de la opinión a que acabamos de referirnos.

111. Según la tesis de los autores pertenecientes a la corriente doctrinal mencionada, el Artículo 51 de la Carta no revela en absoluto la intención de limitar la facultad de invocar la legítima defensa al «caso de ataque armado» contra el Estado. Dicha disposición, al referirse a ese caso específico, se limitaría a dar un ejemplo sin otro propósito que enunciar la norma relativa a un supuesto típico; no habría tenido en ningún momento la intención de excluir la posibilidad de invocar la legítima defensa en otros supuestos. En efecto, sostienen esos autores, tales otros supuestos están previstos en el derecho consuetudinario, que admite también la posibilidad de invocar la excusa de legítima defensa en los casos en que el comportamiento que deba excusarse no ha sido observado para resistir a una «agresión armada»²⁵⁷. Para todos esos demás casos, el

²⁵⁷ Véase Waldock, *loc. cit.*, págs. 495 y ss., así como el capítulo relativo al uso de la fuerza redactado por ese autor en J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6.ª ed. rev. por H. Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963, págs. 416 y ss.; L. C. Green, «Armed conflict, war and self-defence», *Archiv des Völkerrechts*, Tubinga, vol. 6, N.º 4 (1956-1957), págs. 432 y ss., 987 y ss.; Bowett, *Self-defence... (op. cit.)*, págs. 187 y ss.; la intervención de L. C. Green y las comunicaciones de D. W. Bowett y V. Dedijer con ocasión de los debates de 1958 en la Asociación de Derecho Internacional (ILA, *Report of the Forty-eighth Conference of the International Law Association held at New York* (1958), Londres, 1959, págs. 517, 598, 609 y ss.); M. S. McDougal y F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order — The Legal Regulation of International Coercion*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1961, págs. 232 y ss.; M. S. McDougal, «The Soviet-Cuban quarantine and self-defence», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 57, N.º 3 (julio de 1963), págs. 597 y ss.; D. P. O'Connell, *International Law*, 2.ª ed., Londres, Stevens, 1970, vol. I, págs. 316 y ss. Véanse también las observaciones de M. S. McDougal y Sir Francis Vallat sobre el informe provisional preparado por J. Zourek en *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1975, Basilea, vol. 56, págs. 76 y ss. Según J. Stone (*Legal Controls of International Conflict*, Londres, Stevens, 1954, págs. 243 y ss.), el Artículo 51 reserva, según sus términos, un derecho consuetudinario preexistente, indicando al mismo tiempo que esa reserva está sujeta a límites (exigencia de que se trate de una respuesta a una agresión armada, obligación de informar al Consejo de Seguridad) que el derecho internacional consuetudinario no conoce. Seguidamente añade:

«La forma del Artículo 51 como reserva y no como concesión es decisiva. Dentro de los límites del Artículo 51, la facultad de legítima defensa queda reservada aun cuando algunas otras disposiciones de la Carta aparentemente la prohíban. Fuera de esos límites, la legítima defensa por todos los Estados depende todavía del derecho internacional consuetudinario modificado (en el caso de Miembros) por

²⁵⁶ Y por sorprendente que pueda parecer la hipótesis que formularemos habida cuenta de lo que hemos dicho acerca de la formación histórica de la norma concerniente a la legítima defensa en el ordenamiento jurídico internacional.

derecho internacional general habría quedado como único depositario de la reglamentación correspondiente. Esos casos comprenderían ante todo, pero no únicamente, el del empleo de la fuerza armada frente a una «amenaza» de agresión armada²⁵⁸. Sería preciso todavía agregar, y algunos tratadistas insisten en ello, los casos de empleo de la fuerza que no entrañan un recurso a las armas y también los casos de resistencia a una acción ilícitamente lesiva de intereses vitales del Estado, aunque realizada sin recurrir al uso o la amenaza del uso de la fuerza²⁵⁹.

(Continuación de la nota 257.)

cualesquiera otras prohibiciones explícitamente formuladas en otras partes de la Carta.» (Stone, *op. cit.*, pág. 244.)

Este autor opina, pues, que en casos distintos del de una agresión armada los Estados Miembros de las Naciones Unidas pueden invocar la legítima defensa si así está admitido por el derecho internacional consuetudinario y si no está explícitamente prohibido por otras normas de la Carta. J. Stone confirmó ulteriormente su posición en *Aggression and World Order*, Londres, Stevens, 1958, págs. 43 y 44. S. M. Schwebel («Aggression, intervention and self-defence in modern international law», *Recueil des cours...*, 1972-II, Leyden, Sijthoff, 1973, t. 136, págs. 479 y ss.) describe minuciosamente las opiniones de los autores pertenecientes a esa corriente doctrinal y expone objetivamente los argumentos a favor y en contra de sus tesis, aun cuando manifiesta cierta inclinación por ellas.

²⁵⁸ Algunos de los autores que acabamos de citar consideran legítimo el recurso a la legítima defensa «preventiva» en términos más bien amplios. Así, por ejemplo, McDougal [«The Soviet-Cuban quarantine...» (*loc. cit.*), pág. 603] considera como un supuesto de legítima defensa preventiva el bloqueo de Cuba por los Estados Unidos de América en 1963. Otros, por el contrario, como Waldock (*loc. cit.*, págs. 497 y 498), no admiten la legítima defensa preventiva más que en el caso de que la agresión armada sea manifiestamente inminente. Sea como fuere, y sin pretender tomar partido, al menos por ahora, en cuanto a la admisibilidad o no en derecho internacional de la legítima defensa «preventiva», nos preguntamos si quienes comparten la tesis de tal admisibilidad tienen necesidad verdaderamente de recurrir a la idea de que el Artículo 51 de la Carta ha renunciado a regular esa cuestión y ha dejado tal cometido al derecho internacional general. A este respecto nos parece interesante destacar la opinión de R. Bidschedler («La délimitation des compétences des Nations Unies», *Recueil des cours...*, 1963-I, Leyden, Sijthoff, 1964, t. 108, págs. 397 y ss.), para quien los redactores del Artículo 51 habrían tenido el propósito de codificar en su totalidad, mediante la fórmula «en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas», las normas consuetudinarias en materia de legítima defensa. Así, pues, esa fórmula excluiría la posibilidad de que un Estado invocara la legítima defensa cuando sólo fuese víctima de una infracción que no constituyera una agresión armada. En cambio, la posibilidad de invocar la legítima defensa en los casos en que hubiera un peligro inminente de agresión armada debería ser reconocido, dado que dicha fórmula debería leerse a la luz del derecho internacional consuetudinario que, afirma ese autor, admite la legítima defensa preventiva. Ese autor confirma esta opinión en sus observaciones sobre el informe de Zourek en *Annuaire de l'Institut...* (*op. cit.*), págs. 72 y 73. Parece, pues, que llega a esta conclusión basándose en una interpretación del Artículo 51, aun cuando se trate de una interpretación hecha a la luz del derecho internacional general, más bien que basándose en un recurso directo a ese derecho, como consecuencia del desistimiento efectuado por la Carta en su favor.

²⁵⁹ La opinión más avanzada y más decidida en ese sentido es la de Bowett:

«Aun reconociendo que el derecho de legítima defensa se aplica generalmente en el contexto de la fuerza, no se deduce necesariamente de esto ni es correcta la conclusión de que el derecho de legítima defensa sólo se aplique a las medidas

112. Los autores cuyas opiniones acabamos de resumir, desde luego aproximadamente, en aquellos aspectos en que concuerdan, han apoyado sus tesis con verdadera abundancia de argumentos. Han aducido argumentos basados en los textos: la utilización por los redactores del texto original inglés de la expresión «inherent right» («derecho inmanente») denotaría el propósito de referirse a un derecho establecido por el derecho internacional general; la precisión formulada expresamente de que ninguna disposición de la Carta «menoscabará» («Nothing [...] shall impair») ese derecho sería prueba de la intención de no limitarlo en forma alguna; el empleo de la expresión «en caso de» ataque armado contra un Miembro, y no «sólo en el caso de», confirmaría la intención meramente «paradigmática» de los redactores de la fórmula, de los que, por otra parte, se critica la «inepcia». Los mismos autores han utilizado argumentos relativos al contexto, entre ellos especialmente el de la inclusión del Artículo 51 en el Capítulo VII de la Carta, lo que explicaría que no se mencionara la legítima defensa más que en relación con el supuesto de un ataque armado. Han agregado asimismo argumentos de orden histórico, a saber: que la disposición del Artículo 51 no figuraba en las propuestas de Dumbarton Oaks, al haber sido juzgada entonces superflua, como con ocasión de la redacción del Pacto Briand-Kellogg. Esta cláusula sólo se habría agregado más tarde con la finalidad precisa de coordinar los sistemas de seguridad de las Naciones Unidas y de las organizaciones regionales con respecto al ejercicio de una acción colectiva contra un agresor. Pero ello no habría afectado evidentemente a la reserva implícita en vigor desde el principio en favor de la legítima defensa individual.

113. No creemos que nos corresponda entrar aquí en un análisis detallado de la validez de los diversos argumentos mencionados ni, menos que nunca, dejarnos llevar a la interpretación de la Carta y de sus disposiciones, cosa que excede claramente de la tarea que se nos ha confiado. Por otra parte, lo que nos separa en realidad de las opiniones de los autores que hemos citado no es la interpretación de una disposición de la Carta, sino más bien la interpretación del derecho internacional general y, sobre todo, la determinación del alcance de las nociones que utilizamos. Debemos aprovechar esta oportunidad para reiterar una observación antes formulada. Es preciso remontarse a los orígenes de la insistencia con que esos tratadistas sostienen la tesis según la cual el derecho internacional general atribuye a la legítima defensa una esfera de acción mucho más

que entrañan el uso de la fuerza. La función del derecho de legítima defensa es la de justificar un acto, de lo contrario ilegal, que es necesario para proteger los derechos esenciales del Estado contra su violación por otros Estados.

»Los derechos sustantivos con los que guarda relación la legítima defensa y a los que sirve de medio de protección son:

- »a) el derecho a la integridad territorial;
- »b) el derecho a la independencia política;
- »c) el derecho a la protección de los nacionales;
- »d) ciertos derechos económicos.»

[Bowett, *Self-defence...* (*op. cit.*), pág. 270.]

vasta que la concerniente a la resistencia a una agresión armada y extraen de ello la consecuencia de que el Artículo 51 de la Carta, al salvaguardar expresamente la facultad exclusiva del Estado de reaccionar en estado de legítima defensa contra una agresión armada, no tendía a abarcar con sus disposiciones todo el ámbito de aplicación de la noción de la legítima defensa y dejaba intacto el alcance más vasto que el derecho internacional general reserva a esa noción. Esto se explica en gran medida por la fidelidad de muchos de esos autores a ciertas nociones y a cierta terminología, a nuestro parecer incorrecta, tomada de una parte relativamente antigua de la práctica estatal que les es más conocida. No es mera casualidad que en los razonamientos de estos autores reaparezca a menudo la mención de casos prácticos, como el del «*Caroline*» y otros, a los que sitúan en el contexto de la legítima defensa siguiendo el ejemplo de los diplomáticos de la época. Creemos haber mostrado claramente que, por el contrario, esos casos constituyen ejemplos de la aplicación de circunstancias diferentes, que sin duda tienen en común con la legítima defensa el efecto de excluir la ilicitud de ciertos comportamientos del Estado, pero que se distinguen netamente de ella en muchos otros aspectos fundamentales. A nuestro juicio, es absolutamente necesario aislar, de la manera más nítida, la noción de la legítima defensa propiamente dicha del conjunto de conceptos diferentes que es corriente reunir bajo la etiqueta común de la idea de autoprotección. La legítima defensa, digámoslo una vez más, es una noción forjada claramente por la teoría general del derecho para indicar la situación de un sujeto que se ve compelido por necesidad a defenderse mediante el empleo de la fuerza, y en particular mediante la utilización de un arma, o de las armas, contra una agresión de otro sujeto. Esto es así actualmente tanto en el sistema jurídico internacional como en los sistemas de derecho interno, en los que fue definida hace ya mucho tiempo. A nadie se le ocurre negar, con esta afirmación, que los Estados pueden recurrir en otras condiciones a ciertos comportamientos, justificados por un estado de necesidad y aun de peligro extremo, o exentos de toda ilicitud en cuanto medidas legítimas de reacción ante un ataque contra derechos propios que, sin embargo, no tenga nada que ver con una agresión armada, sin perjuicio, por supuesto, de tener presentes los actuales límites de tal posibilidad de reacción. El temor de que la adopción de una definición correcta y rigurosa de la posibilidad de recurrir a la legítima defensa pueda tener el efecto de impedir al Estado que actúe legítimamente, sobre otras bases y con otras condiciones, para proteger sus derechos, es finalmente infundado²⁶⁰. Nada se gana, a nuestro juicio,

²⁶⁰ No ignoramos que detrás de la idea de calificar como supuestos de «legítima defensa» situaciones que no caben en tal definición se puede esconder también el propósito de eludir el obstáculo que actualmente se opone, en forma que algunos consideran demasiado rígida, al empleo de la coacción en la aplicación por un Estado de contramedidas de sanción o de ejecución frente a un ataque ilícito contra sus derechos que no constituya una agresión armada. Sabemos también que, en vista de la prohibición absoluta de toda forma de sanción que entrañe el uso de la fuerza armada y habida cuenta de los deseos que han dado paso las esperanzas que hizo concebir la creación de las Naciones Unidas en lo concerniente al esta-

con deformar la noción de legítima defensa para atribuirle un ámbito de aplicación mucho más vasto que el que le corresponde, lo que sin duda no contribuiría a la necesaria clarificación de los conceptos.

114. Hechas estas consideraciones, apresurémonos a indicar que la corriente doctrinal a la que hemos creído necesario referirnos en primer lugar dista mucho de representar la opinión predominante, ni siquiera mayoritaria. Por el contrario, la mayoría de los autores que han tratado el tema de la legítima defensa no comparan en absoluto esos puntos de vista y se oponen a ellos con firmeza y eficacia²⁶¹. Se puede decir que todas las

blecimiento de un sistema eficaz de garantía centralizada del derecho, se puede tener a veces la impresión de que los derechos subjetivos de los Estados carecen finalmente con harta frecuencia de toda forma eficaz de protección. En rigor, aunque ese camino está demasiado erizado de inconvenientes para emprenderlo con ligereza, esto podría inducir a una eventual revisión, incluso por la vía de una evolución espontánea, de la rigidez de ciertas prohibiciones; sin embargo, no creemos que esa evolución se haya producido todavía ni que sea inminente. Ahora bien, en ningún caso consideramos ventajoso propugnar el recurso a interpretaciones descaminadas de ciertas disposiciones, que sólo podrían llevar a una peligrosa confusión de principios.

²⁶¹ Véanse, entre los autores de esta corriente mayoritaria: J. L. Kunz, «Individual and collective self-defence in Article 51 of the Charter of the United Nations», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 41, N.º 4 (octubre de 1947), págs. 877 y ss.; N. Q. Dinh, «La légitime défense d'après la Charte des Nations Unies», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XIX, N.º 1-2 (enero-junio de 1948), págs. 240 y ss.; H. Kelsen, «Collective security and collective self-defence under the Charter of the United Nations», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 42, N.º 4 (octubre de 1948), págs. 791 y 792, y *The Law of the United Nations*, Londres, Stevens, 1950, págs. 269 y 797 y ss.; Ph. C. Jessup, *A Modern Law of Nations: An Introduction*, Nueva York, Macmillan, 1948, págs. 165 y ss.; H. Wehberg, «L'interdiction du recours à la force — Le principe et les problèmes qui se posent», *Recueil des cours...*, 1951-I, Leyden, Sijthoff, 1952, t. 78, págs. 81 y ss.; Openheim, *op. cit.*, 7.ª ed., 1952, vol. II, pág. 156; E. Jiménez de Aréchaga, «La legítima defensa individual en la Carta de las Naciones Unidas», *Estudios de derecho internacional (Homenaje al profesor Camilo Barcia Trelles)*, Universidad de Santiago de Compostela (Zaragoza, Octavio y Félez, impr.), 1958, págs. 328 y ss., y *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, 1958, págs. 401 y ss.; D. Nincié, respuesta al cuestionario preparado por G. Schwarzenberger, en: *ILA, op. cit.*, págs. 617 y ss.; S. Krylov, intervención en el debate de la Asociación de Derecho Internacional: *ibid.*, pág. 512; Q. Wright, «United States intervention in the Lebanon», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 53, N.º 1 (enero de 1959), págs. 116 y ss.; Partsch, *loc. cit.*, pág. 257; G. Dahm, *Völkerrecht (op. cit.)*, págs. 410 y ss.; y «Das Verbot der Gewaltanwendung nach Art. 2 (4) der UNO-Charta und die Selbsthilfe gegenüber Völkerrechtsverletzungen, die keinen bewaffneten Angriff enthalten», en *Festschrift für Rudolf Laun zu seinem achtzigsten Geburtstag*, número especial del *Jahrbuch für internationale Recht*, Gotinga, 1962, vol. XI, págs. 51 y ss.; Brownlie, *op. cit.*, págs. 272 y ss.; L. Henkin, «Force, intervention and neutrality in contemporary international law», *Proceedings of the American Society of International Law at its Fifty-Seventh Annual Meeting (Washington, April 25-27, 1963)*, Washington (D. C.), 1963, págs. 148 y ss.; Skubiszewski, *loc. cit.*, págs. 765 y ss.; Skakunov, *loc. cit.*, págs. 107 y ss.; Lambert Zanardi, *La legítima defensa... (op. cit.)*, págs. 204 y ss.; Delivannis, *op. cit.*, págs. 49 y ss.; Zourek, *loc. cit.*, págs. 52 y ss. (véanse también las observaciones de E. Castrén y G. Chaumont sobre el infor-

tesis sostenidas por los autores que se adscriben a la mencionada corriente doctrinal han sido sometidas a un análisis crítico y rechazadas una tras otra. No entraremos en un análisis detallado de los diferentes argumentos utilizados a estos efectos. Limitémonos a señalar que la opinión mayoritaria niega totalmente la facultad de invocar la legítima defensa como excusa del recurso por un Estado al uso de la fuerza armada, salvo en el caso de que ese Estado sea objeto de una agresión armada, bien basándose en una interpretación directa y exclusiva del Artículo 51 de la Carta, bien tomando en consideración las relaciones entre dicha disposición y la norma correspondiente de derecho internacional general o, finalmente, fundándose en un estudio del derecho consuetudinario nada más. Señalemos en particular que, a propósito de la fórmula utilizada en el Artículo 51 de la Carta, se ha señalado que la expresión inglesa «inherent right», probablemente mal traducida al francés por la expresión «droit naturel» (que evoca inoportunamente la teoría iusnaturalista de los derechos fundamentales de los Estados²⁶²), y mejor traducida al español por la expresión «derecho inmanente» y al ruso por «neotemlemoe pravo» (derecho imprescriptible), no se utiliza jamás en la práctica para referirse al derecho consuetudinario²⁶³. Señalemos igualmente que se ha insistido mucho en el hecho de que la Carta sólo ha reconocido este carácter de «inmanencia» a la facultad de invocar la legítima defensa como justificación de un comportamiento observado «en caso de ataque armado» contra el Estado. No es posible encontrar en el texto del Artículo 51, explícita ni implícitamente, ninguna

ampliación de esa facultad a otros casos en que el Estado sea objeto de una infracción relativa a un derecho que, sea cual fuere su importancia, no sea de los afectados por un acto de agresión. La idea de que el supuesto mencionado en el Artículo 51 sólo responde a una finalidad paradigmática se rechaza, pues, por absurda y, además, contraria a todo lo que resulta de los trabajos preparatorios²⁶⁴. Señalemos finalmente —y es lo que más nos interesa desde el punto de vista de la tarea que nos incumbe— que los autores que más han ahondado en el problema que se examina han puesto muy claramente de relieve el postulado (del que estamos profundamente convencidos) que los principios de derecho internacional general en vigor en la época de la redacción de la Carta no diferían en nada, respecto del fondo de la cuestión, de los principios que sus autores incorporaron en el Artículo 51. Toda la cuestión del conflicto entre dos reglas supuestamente diferentes que habrían estado y que estarían en vigor, respectivamente, en el derecho internacional general y en el sistema jurídico de las Naciones Unidas es una cuestión planteada artificialmente y sin ninguna base real. No existe ningún conflicto, ninguna divergencia que hacer constar, ningún «reenvío» que considerar. Sólo existe en derecho internacional, ya se trate del derecho general consuetudinario o del derecho convencional de la Carta, una única regla básica relativa a la cuestión que examinamos; sólo existe una única excepción que tanto un sistema como el otro admiten a título de «legítima defensa» en lo que se refiere a la prohibición que hoy imponen respecto del recurso a la fuerza armada en las relaciones entre los Estados, a saber: la facultad de resistir por las armas a una agresión armada.

115. Las conclusiones a las que hemos llegado contribuyen a aclarar y simplificar considerablemente la tarea final que ahora nos toca cumplir definiendo, a los efectos y en el marco de nuestro proyecto, el principio que establece la legítima defensa como circunstancia que excluye la ilicitud de un comportamiento de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado. Por otra parte, sería erróneo creer que, a los mismos efectos y en el mismo marco, nos corresponda buscar y aportar también la solución de ciertos problemas, a veces muy debatidos, que suscitan en la doctrina y en la práctica de las Naciones Unidas la interpretación y la aplicación de la fórmula del Artículo 51 de la Carta. El cometido de la CDI es

(Continuación de la nota 261.)

me de Zourek, *ibid.*, págs. 74 y ss.); Taoka, *op. cit.*, págs. 126 y ss.

En la 2.ª edición de la obra de H. Kelsen, *Principles of International Law* (*op. cit.*), rev. por Tucker, este último somete a crítica las dos interpretaciones opuestas del Artículo 51, pero en definitiva parece preferir la interpretación según la cual la legítima defensa no puede aplicarse más que en el caso de una agresión armada (págs. 64 y ss.).

Del mismo modo, Goodrich, Hambro y Simons, en la 3.ª edición de su *Charter of the United Nations: Commentary and Documents* (*op. cit.*), págs. 344 y ss., se inclinan por la interpretación restrictiva, corrigiendo así la actitud que habían adoptado en las ediciones precedentes.

²⁶² Autores pertenecientes a una y otra corriente doctrinal destacan la inaceptabilidad de la tesis de una referencia al derecho natural: véase, por ejemplo, Bowett, *Self-defence...* (*op. cit.*), pág. 187; Bindschedler, *loc. cit.*, pág. 397; Zourek, *loc. cit.*, pág. 46; Lamberti Zanardi, *La legittima difesa...* (*op. cit.*), pág. 213.

²⁶³ En este sentido, Lamberti Zanardi (*ibid.*). No compartimos, sin embargo, la impresión de Kelsen [*The Law of the United Nations* (*op. cit.*), págs. 791 y 792], según la cual la calificación indicada sólo tendría un valor decorativo. A nuestro juicio, como a juicio de Lamberti Zanardi, el adjetivo «inherent», que es simplemente el mismo que se había utilizado ya en la nota de los Estados Unidos de América con ocasión de la negociación del Pacto Briand-Kellogg, pretende sobre todo poner de relieve que la facultad de hacer una excepción a la prohibición de recurrir a la fuerza cuando se trata de defenderse legítimamente contra una agresión armada constituye una prerrogativa de todo Estado soberano a la que éste no tiene derecho a renunciar. Ello significa —y ya hemos señalado este aspecto especialmente importante— que no se puede «dejar sin efecto» por un tratado esa prerrogativa claramente atribuida al Estado por un principio de carácter imperativo.

²⁶⁴ Véase el análisis de los trabajos preparatorios del Artículo 51 en Lamberti Zanardi, *La legittima difesa...* (*op. cit.*), págs. 192 y ss. y 209 y ss., análisis al que acompaña una reseña de las posturas más significativas. El autor deduce de ellas que los delegados de los Estados en la Conferencia de San Francisco y, en particular, los delegados de las cinco principales Potencias que colaboraron en la redacción del Artículo 51 eran perfectamente conscientes de que esa disposición admitía la legítima defensa únicamente en caso de ataque armado. El mismo autor, por otra parte, encuentra una confirmación de esa conclusión en el análisis que efectúa paralelamente de la práctica de las Naciones Unidas.

Por lo que respecta a la práctica de los años 1963-1970, véase también J.-P. L. Fonteyne, «Forcible self-help by States to protect human rights: recent views from the United Nations», *Humanitarian Intervention and the United Nations*, textos compilados por R. B. Lillich, Charlottesville (Va.), University Press of Virginia, 1973, págs. 211 y ss.

«codificar» el derecho internacional, en esta materia como en todas las demás que ha examinado en sus informes relativos a la responsabilidad internacional de los Estados. En lo que concierne a la «legítima defensa», hemos tratado de despejar previamente el terreno de la idea equivocada de la posible existencia de una divergencia de fondo entre la noción de legítima defensa adoptada por el derecho internacional consuetudinario y la noción adoptada por el derecho internacional convencional de las Naciones Unidas. Hemos visto que, a este respecto, los representantes de los Estados se limitaron a poner por escrito, es decir, a «codificar», las ideas y los principios que llevaban inculcados en su conciencia jurídica, en su *opinio juris*, en el momento en que redactaron la Carta. Hemos concluido, por lo tanto, que la norma que la CDI debe formular en esta materia no puede alejarse sustancialmente de la que enuncia la Carta. Pero estimamos que la Comisión rebasaría los límites del cometido que se le ha confiado si pretendiera pronunciarse además sobre problemas que, en definitiva, sólo los órganos competentes de las Naciones Unidas están facultados para dilucidar. Estimamos que la Comisión no debe tomar partido por una ni por otra de las tesis que a veces se enfrentan respecto de la interpretación de la Carta y de sus disposiciones.

116. En consecuencia, no concebimos que la Comisión pueda tomar partido, por ejemplo, en la polémica que opone los partidarios de una interpretación restrictiva a los partidarios de una interpretación extensiva de los términos con los que el Artículo 51 se refiere, en francés, al supuesto de que «un Membre des Nations Unies est l'objet * d'une agression armée» (en inglés: «an armed attack occurs * against a Member of the United Nations») ²⁶⁵. No creemos que incumba a la Comisión decidir si la interpretación correcta de esos términos es la que tiende, basándose en ellos, a excluir toda facultad de recurrir al uso de la fuerza armada frente a una acción que no se haya traducido concretamente todavía en una verdadera agresión («ataque armado») o más bien la que, también basándose en esos términos, tiende a admitir la facultad del recurso a lo que se denomina la legítima defensa «preventiva», sobre todo cuando la acción realizada en tal concepto esté encaminada a detener antes de que se produzca una agresión ya perfectamente concebida y concretamente dirigida a su realización. No se nos oculta que existen divergencias de opinión acerca de las conclusiones que deben deducirse a este respecto de una interpretación textual, histórica o teleológica. No desconocemos las discusiones intensas y prolongadas que han opuesto a este respecto a los Estados en muchos casos concretos ni ignoramos tampoco los inconvenientes que ineluctablemente son atributo de una o de otra solución. Y, por otra parte, dudamos de la posibilidad de que el derecho internacional general presente a este respecto una mayor claridad y certidumbre que el sistema jurídico de las Naciones Unidas y que pueda arrojar alguna luz para la interpretación de este último. Sea como fuere, no creemos que

²⁶⁵ El texto español dice: «en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas», y el texto ruso: «если произошло вооруженное нападение».

la norma que vamos a formular pueda hacer otra cosa que remitirse a decisiones que sólo pueden adoptarse en otros órganos.

117. Lo mismo ocurre con las diferentes cuestiones que se han planteado y se plantean en el ámbito de las Naciones Unidas con respecto a la interpretación de la expresión inglesa «armed attack» y la expresión francesa «agression armée» y a su equivalencia más o menos exacta ²⁶⁶. A este respecto, los órganos encargados de la interpretación y la aplicación de la Carta se han enfrentado muchas veces con el problema de la determinación del grado de intensidad y de amplitud que debe revestir el uso de la fuerza armada para poder ser considerado como «armed attack» («ataque armado») o «agression armée». No subestimamos las repercusiones que puede tener, en la solución de este problema y, más generalmente, en el de la determinación de los actos que pueden quedar comprendidos en los conceptos indicados, la existencia de la «definición de la agresión» aprobada en 1974 por la Asamblea General ²⁶⁷. En efecto, esa «definición» reúne con el título único de actos de agresión acciones que no están necesariamente comprendidas todas ellas en el concepto de «ataque armado», lo que plantea, por lo tanto, algunas cuestiones. También es bien sabido que a veces pueden surgir dificultades a causa del «objeto» concreto contra el que se ha dirigido un ataque armado o de los «sujetos» que se han encargado de ejecutarlo, cuando se trata de deducir la existencia o inexistencia de una «agresión» a tenor de lo dispuesto en el Artículo 51. Sin embargo, no corresponde a la disposición que tenemos que formular tratar de resolver esas distintas cuestiones.

118. Sin embargo, sin pretender abordar el examen de las diferentes cuestiones de interpretación de la Carta que se plantean con respecto a este punto, consideramos que debemos hacer algunas observaciones acerca de la «legítima defensa colectiva» ²⁶⁸. Es importante, en efecto, saber a qué atenerse cuando se menciona ese tipo especial de acción de legítima defensa junto a la

²⁶⁶ La expresión inglesa era la de las propuestas originales y fue traducida al español por «ataque armado» y al ruso por «вооруженное нападение».

²⁶⁷ Resolución 3314 (XXIX), anexo.

²⁶⁸ Véase, a este respecto, Kunz, *loc. cit.*, págs. 874 y 875; Kelsen, «Collective security...» (*loc. cit.*), págs. 792 y ss., y *The Law of the United Nations* (*op. cit.*), págs. 792 y ss.; Dinh, *loc. cit.*, págs. 24 y ss.; B. Boutros Ghali, *Contribution à l'étude des ententes régionales*, París, Pedone, 1949, págs. 193 y ss.; Stone, *Legal Controls...* (*op. cit.*), pág. 245; D. W. Bowett, «Collective self-defence under the Charter of the United Nations», *The British Year Book of International Law, 1955-1956*, Londres, vol. 32, 1957, págs. 130 y ss., y *Self-defence...* (*op. cit.*), págs. 200 y ss.; Jiménez de Aréchaga, *Derecho constitucional...* (*op. cit.*), págs. 412 y ss.; Arangio-Ruiz, *loc. cit.*, págs. 634 y 635; McDougal y Feliciano, *op. cit.*, págs. 244 y ss.; Brownlie, *International Law...* (*op. cit.*), págs. 328 y ss.; R. Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, Londres, Oxford University Press, 1963, págs. 208 y ss.; B. Boutros Ghali, *Contribution à une théorie générale des alliances*, París, Pedone, 1963, págs. 95 y ss.; Skubiszewski, *loc. cit.*, págs. 768 y ss.; Delivannis, *op. cit.*, págs. 155 y ss.; Lamberti Zanardi, *La legittima difesa...* (*op. cit.*), págs. 276 y ss.; Zourek, *op. cit.*, págs. 47 y 48; Taoka, *op. cit.*, págs. 137 y ss.

ejecutada por el Estado que es víctima directa de una agresión o de un ataque armado y cuando se indica que, en ambos casos, el estado de legítima defensa puede constituir una circunstancia que excluye la ilicitud de un comportamiento del Estado que entrañe el empleo de la fuerza armada. Para no multiplicar en exceso estas consideraciones, nos limitaremos a hacer dos observaciones. En primer lugar, no podemos por menos de eliminar la idea de que por legítima defensa «colectiva» debe entenderse únicamente una pluralidad de acciones de legítima defensa «individual» ejecutadas colectivamente —mejor sería decir paralelamente— por distintos Estados que hayan sido individualmente víctimas de una agresión armada. No se alcanza realmente a discernir por qué habría que recurrir en tal caso al adjetivo «colectiva» para caracterizar una situación que, en realidad, sólo sería la yuxtaposición puramente casual de varios comportamientos observados en estado de legítima defensa «individual». En segundo lugar, tampoco podemos adherirnos a la idea de que la mención de la legítima defensa colectiva en el Artículo 51 de la Carta, aunque sin duda vinculada inicialmente a la intención de salvaguardar en especial el funcionamiento de los acuerdos regionales de asistencia mutua²⁶⁹, no tenga posibilidad de aplicación también fuera del contexto de esos acuerdos. Nos parece totalmente contradictorio admitir en principio la plena licitud del funcionamiento de los acuerdos de asistencia mutua previamente celebrados y pretender, por otra parte, considerar ilícito el hecho de que un Estado acuda con las fuerzas de ese tipo —incluso a falta de todo acuerdo de ese tipo— en ayuda de otro Estado víctima de una agresión armada (es preciso, naturalmente, que ese otro Estado la solicite o, en todo caso, dé su consentimiento). A nuestro juicio, la licitud —la plena licitud— de tal comportamiento fue aceptada sin duda por el derecho internacional general, al mismo tiempo que la licitud del comportamiento observado por el Estado agredido para defenderse por la fuerza de las armas contra un ataque armado, a título de excepción a la prohibición general del recurso al uso de la fuerza armada cuando ese derecho formuló dicha prohibición.

119. Hemos hecho alusión²⁷⁰ a la utilidad de dedicar alguna atención a ciertas cuestiones que el texto del Artículo 51 de la Carta pasa por alto, pero que pueden tener importancia práctica en esta materia y respecto de las cuales el recurso al derecho internacional general también puede servir de ayuda. Consideramos oportuno, en efecto, referirnos brevemente ahora —aunque subrayando que nos parece que esas observaciones de-

berían figurar en el comentario y no en el texto del artículo que se ha de formular— a determinadas exigencias de las que con frecuencia se afirma que representan condiciones indispensables para la admisibilidad de la excusa de legítima defensa en un caso dado. Nos referimos, en especial, a las que requieren que la acción que deba excusarse resulte en cada caso «necesaria», que sea «proporcional» al fin que supuestamente persigue y que se produzca «inmediatamente». No se trata en realidad más que de tres aspectos del principio único en que se basa el efecto, atribuido al estado de legítima defensa, de excluir la ilicitud de un comportamiento determinado; el fin que debe fijarse ese comportamiento, su propia razón de ser, es obligatoriamente el de repeler una agresión e impedir que tenga éxito, y nada más²⁷¹.

120. Al subrayar la exigencia del carácter *necesario* de la acción ejecutada en estado de legítima defensa, se quiere insistir en el hecho de que el Estado agredido (o amenazado de agresión inminente, si se admite la legítima defensa preventiva) no debe disponer en el caso de que se trate de otro medio para detener la agresión que recurrir al uso de la fuerza armada. En otras palabras: si se hubiera podido alcanzar el mismo resultado mediante la adopción de medidas que no implicasen el uso de la fuerza armada, la justificación del comportamiento observado en contradicción con la prohibición general del recurso a la fuerza armada no sería posible. Se trata de una puntualización obvia y generalmente reconocida, por lo que no requiere mayores aclaraciones. Destaquemos solamente que la importancia de esta exigencia quedaría puesta de manifiesto sobre todo si se admitía la idea de la legítima defensa preventiva. Si sólo se considerase lícita la legítima defensa subsiguiente a la perpetración de la agresión, su importancia sería evidentemente menor.

121. La exigencia denominada de la *proporcionalidad* de la acción ejecutada en estado de legítima defensa concierne, como hemos dicho, a la relación entre esa acción y el fin que se propone alcanzar, es decir —nunca se insistirá bastante en ello—, detener y repeler la agresión o también, siempre que se admita la legítima defensa preventiva, impedir que se produzca la agresión. Sería equivocado, en cambio, creer que la proporcionalidad debe existir entre el comportamiento que constituye la agresión armada y el comportamiento que se opone a ésta. Es muy posible que la acción necesaria para detener y repeler la agresión deba adquirir propor-

²⁶⁹ Entonces se pensaba sobre todo en el Acta de Chapultepec (6 de marzo de 1945), por la que un grupo de Estados americanos convino en considerar un ataque dirigido contra cualquiera de ellos como un ataque dirigido contra todos. [Véase *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XVII (1946), págs. 94 y ss.] Después de la adopción de la Carta se celebraron muchos acuerdos basados en la misma idea; todos esos acuerdos prevenían la intervención de los demás contratantes para auxiliar al Estado parte que fuera víctima de una agresión armada, aun cuando esos otros contratantes no hubieran sufrido ellos mismos ninguna agresión y, por lo tanto, no se encontrasen en situación de actuar, en ese caso concreto, a título de la legítima defensa individual.

²⁷⁰ Véase *supra*, párr. 109.

²⁷¹ Acerca de las exigencias mencionadas, véase Kunz, *loc. cit.*, págs. 877 y 878; Jessup, *op. cit.*, págs. 163 y 164; Cheng, *op. cit.*, págs. 94 y ss.; Waldock, *loc. cit.*, págs. 463 y 464; Schwarzenberger, «The fundamental principles...» (*loc. cit.*), págs. 332 y ss.; Jiménez de Aréchaga, «La legítima defensa...» (*loc. cit.*), págs. 337 y 338, y *Derecho constitucional...* (*op. cit.*), págs. 411 y 412; Dahm, *Völkerrecht (op. cit.)*, págs. 417 y 418; McDougal y Feliciano, *op. cit.*, págs. 217 y 218, 229 y ss., 241 y ss.; Brownlie, *International Law...* (*op. cit.*), págs. 261 y ss. y 434; Higgins, *op. cit.*, pág. 205; Kelsen, *Principles...* (*op. cit.*), págs. 81 y ss.; Goodrich, Hambro y Simons, *op. cit.*, pág. 347; Lamberti Zanardi, *La legittima difesa...* (*op. cit.*), págs. 127 y ss., 267 y ss.; R. W. Tucker, «Reprisals and self-defense: the customary law», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 66, N.º 3 (julio de 1972), págs. 588 y 589; Zourek, *loc. cit.*, págs. 48 y ss.

ciones que no correspondan a las de la agresión sufrida. Lo que cuenta a este respecto es el resultado que debe alcanzarse mediante la acción «defensiva» y no las formas, la sustancia y la intensidad de la acción misma. Un empleo limitado de la fuerza armada puede bastar a veces al Estado agredido para resistir a un empleo también limitado de esa fuerza por el Estado agresor, pero no ocurre siempre así. A este respecto, hay que evitar sobre todo cualquier tendencia, incluso inconsistente, a considerar la legítima defensa como una forma de sanción propiamente dicha, como las represalias. Sin duda debe haber proporción entre la lesión ilícitamente causada por un Estado a un derecho de otro Estado y la lesión causada a título de represalias por este último a un derecho del primero. En el caso de un comportamiento observado con fines de represión, de una acción específicamente ejecutada con una finalidad aflictiva contra el autor de una infracción determinada, el equilibrio de proporciones entre la acción punitiva y la infracción es de una evidencia lógica. Pero en el caso de una acción cuyo fin específico es detener y repeler una agresión armada, no es en absoluto seguro que esa acción deba revestir proporciones más o menos idénticas a las de la acción agresiva. Su licitud, por lo tanto, no debe medirse más que con arreglo a su aptitud para alcanzar el resultado buscado. Cabe afirmar, por otro lado, que las exigencias de la «necesidad» y de la «proporcionalidad» de la acción ejecutada en legítima defensa no son sino las dos caras de la misma moneda. El estado de legítima defensa sólo constituirá causa de exclusión de la ilicitud del comportamiento del Estado si éste no podía alcanzar el resultado buscado mediante un comportamiento diferente que no entrañara el uso de la fuerza armada o que pudiera reducirse a un empleo más limitado de esa fuerza.

Dentro de estos límites y en ese sentido, la exigencia mencionada viene sin duda corroborada por la práctica de los Estados²⁷². La oposición y la perplejidad a veces manifestadas con respecto a esa exigencia no eran sino la consecuencia de la idea equivocada de que lo que se exigía era una especie de identidad de contenido y de intensidad entre la acción agresiva y la acción cometida en concepto de legítima defensa. Por otra parte, es preciso subrayar una vez más que esa exigencia sólo sería admisible a condición de concebirla con la necesaria flexibilidad. Como se ha señalado al comienzo de este párrafo, no es posible en definitiva pedir al Estado víctima de una agresión que adopte medidas que no rebasen en ningún aspecto los límites de lo que podría ser más o menos suficiente para impedir el éxito de la agresión y ponerle término. Por ejemplo, en el caso de que un Estado sufriera, de parte de otro Estado, una sucesión de actos distintos de agresión armada, la exigencia de la proporcionalidad no significaría sin duda que ese Estado no estuviera autorizado a emprender una acción armada única y de mayor envergadura para poner fin a esta escalada de comportamientos consistentes en agresiones. Si, convencidos de esto, se llegara al extremo opuesto de querer excluir totalmente la influencia de la exigencia de la proporcionalidad en la

legitimidad de una reacción armada en concepto de legítima defensa, se correría el riesgo de justificar hechos como el bombardeo masivo y mortífero de vastas extensiones del territorio de un Estado, ejecutado para lograr la evacuación de una pequeña isla ilícitamente ocupada por fuerzas de este último. Hasta los ordenamientos jurídicos internos castigan el exceso de legítima defensa.

Añádase a esto que, a este respecto también, hay que tener presente la distinción entre la acción ejecutada en concepto de legítima defensa propiamente dicha y la acción ulterior y separada, aunque materialmente similar, a la que podría recurrir el Estado víctima de la infracción constituida por la agresión armada contra el Estado autor de esa infracción a título de represión y de sanción. Por otra parte, es evidente que los límites inherentes a la exigencia de la proporcionalidad sólo tienen sentido en la medida en que no se instaure un verdadero estado de guerra entre los dos países como consecuencia de la agresión armada y de la resistencia igualmente armada a esa agresión.

122. Queda por examinar la tercera exigencia, a saber: que la resistencia por la fuerza de las armas contra una agresión armada se produzca *inmediatamente*, es decir, cuando se está desarrollando todavía la acción agresiva y no cuando ya haya terminado. El Estado ya no puede pretender actuar a título y en situación de legítima defensa cuando, por ejemplo, efectúa un bombardeo aéreo del país cuyo Estado ha ejecutado una incursión armada en su territorio en el momento en que la incursión ha terminado y las tropas se han retirado detrás de la frontera. Ahora bien, si la acción agresiva se traduce en una pluralidad de actos sucesivos, la exigencia del carácter inmediato de la acción ejecutada en legítima defensa deberá apreciarse con arreglo al conjunto de esos actos. Advuértase, para todos los efectos, que la práctica y la doctrina parecen estar totalmente de acuerdo con la exigencia aquí considerada, lo que no es sorprendente habida cuenta del evidente vínculo lógico que existe entre esa exigencia y la noción misma de legítima defensa.

123. Finalmente hay una última cuestión que merece ser tratada brevemente, a saber: a quién corresponde determinar si, en un caso concreto, se dan las condiciones necesarias para invocar la existencia de un estado de legítima defensa. Nos parece obvio que el Estado que se considera víctima de una agresión armada o, más generalmente, de un comportamiento que le autoriza a reaccionar en legítima defensa contra el Estado autor de ese comportamiento no deba solicitar previamente a nadie el permiso para obrar de ese modo; sostener lo contrario estaría en contradicción con la esencia misma de la noción de que se trata. Si, en determinadas circunstancias, un Estado estima que él u otro Estado son víctimas de una agresión y que, por lo tanto, le es preciso recurrir inmediatamente al uso de la fuerza armada para repeler esa agresión, es evidente que existe una situación de extrema urgencia que no le da tiempo ni posibilidad de acudir a otros órganos, incluido el Consejo de Seguridad, para ejecutar la necesaria acción de defensa. Esto no es, por otra parte, nada extraordinario. Considerada desde este punto de vista, la situación es

²⁷² Véanse los casos reseñados por Lamberti Zanardi, *La legítima defensa...* (op. cit.), págs. 127 y ss. y 267 y ss.

la misma que en el caso de que el comportamiento no conforme a una obligación internacional obedezca a otras causas que el derecho internacional también estime aptas para excluir la ilicitud de ese comportamiento. Esto no quiere decir, sin embargo, que la determinación de la existencia de las condiciones que permiten actuar en concepto de legítima defensa quede sin más y definitivamente al juicio unilateral del Estado que la invoque²⁷³. Otros Estados, y ante todo el Estado afectado por el comportamiento que se alega haber observado en estado de legítima defensa, podrán objetar que no estaban reunidas las condiciones necesarias. En tal caso surgirá una controversia, cuya solución deberá buscarse en principio por uno de los medios pacíficos menciona-

²⁷³ A ese respecto, véase H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, págs. 177 y ss.; Giraud, *loc. cit.*, págs. 800 y ss.; Basdevant, *loc. cit.*, pág. 549; Jessup, *op. cit.*, págs. 164 y 165; Oppenheim, *op. cit.*, 7.ª ed., 1952, vol. II, págs. 159, 186 y ss.; Jiménez de Aréchaga, «La legítima defensa...» (*loc. cit.*), págs. 335 y 336, y *Derecho constitucional...* (*op. cit.*), págs. 409 y 410; McDougal y Feliciano, *op. cit.*, págs. 218 y ss.; Higgins, *op. cit.*, pág. 205; Brierly, *The Law of Nations* (*op. cit.*), págs. 407 y 408; Zourek, *loc. cit.*, págs. 49 y 50.

dos en el Artículo 33 de la Carta. En el caso de que se reconociera que el Estado que haya actuado no estaba autorizado a invocar la legítima defensa como justificación de su acción, la ilicitud del comportamiento que haya observado no quedará excluida y, evidentemente, incurrirá en responsabilidad.

124. A nuestro juicio, ahora disponemos de los datos y los elementos necesarios para proceder a la definición de la norma de derecho internacional concerniente a la legítima defensa. Habida cuenta de las conclusiones a que hemos llegado acerca de los diferentes aspectos examinados en esta sección, proponemos a la Comisión que adopte el texto siguiente:

Artículo 34.—Legítima defensa

La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional para con otro Estado quedará excluida si ese hecho ha sido cometido en defensa propia o de otro Estado contra una agresión armada a tenor de lo dispuesto en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

Responsabilidad de los Estados — El origen de la responsabilidad internacional
Principales obras citadas en los informes del Sr. Ago

Documento preparado por la Secretaría

ACCIOLY, H.

«Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1959-I, Leyden, Sijthoff, 1960, t. 96.

Tratado de derecho internacional público, 2.ª ed., Río de Janeiro, I.B.G.E., impr., 1956, t. I.

AGO, R.

«Le délit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1939-II, París, Sirey, 1947, t. 68.

«Illecito commissivo e illecito omissivo nel diritto internazionale», *Diritto internazionale*, 1938, Milán, Istituti per gli studi di politica internazionale, 1939.

«Introduction au droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1971-III, Leyden, Sijthoff, 1972, t. 134.

«L'occupazione bellica di Roma e il Trattato lateranense», Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano, *Comunicazioni e Studi*, Milán, Giuffrè, 1945, t. II, p. 129.

«La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale», *Archivio di diritto pubblico*, mayo-agosto de 1938, Padua, CEDAM, 1938, vol. 3, fasc. 2.

La responsabilità indiretta nel diritto internazionale, Padua, CEDAM, 1934.

«La responsabilità indiretta nel diritto internazionale», *Archivio di diritto pubblico*, enero-abril de 1936, Padua, CEDAM, 1936, vol. 1, fasc. 1.

AKEHURST, M. B.

A Modern Introduction to International Law, Londres, Allen and Unwin, 1970.

«Reprisals by third States», *The British Year Book of International Law*, 1970, Londres, vol. 44.

«State responsibility for the wrongful acts of rebels — An aspect of the Southern Rhodesian problem», *The British Year Book of International Law*, 1968-1969, Londres, vol. 43.

ALESSI, R.

Principi di diritto amministrativo, Milán, Giuffrè, 1966, vol. I.

AMERASINGHE, C. F.

«The formal character of the rule of local remedies», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 25, N.º 3, 1965.

«Imputability in the law of State responsibility for injuries to aliens», *Revue égyptienne de droit international*, El Cairo, vol. 22, 1966.

State Responsibility for Injuries to Aliens, Oxford, Clarendon Press, 1967.

AMERICAN LAW INSTITUTE

Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States, Saint Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 1965.

ANZILOTTI, D.

Corso di diritto internazionale, Roma, Athenaeum, 1915.

Idem, 3.ª ed., 1928.

Idem, 4.ª ed.: S.I.O.I., *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. I, Padua, CEDAM, 1955.

Cours de droit international, tr. francesa de G. Gidel de la 3.ª ed. italiana, París, Sirey, 1929.

Il diritto internazionale nei giudizi interni, Bolonia, Zanichelli, 1905, reimpresso en S.I.O.I., *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. II, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, t. 1, Padua, CEDAM, 1956, pág. 281.

«Le questioni di diritto sollevate dagli incidenti del *Carthage* e del *Manouba*», *Rivista di diritto internazionale*, Roma, VII año, 2.ª serie, vol. II, fasc. IV, 1913, págs. 512 y ss.

«La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers», *Revue générale de droit international public*, París, t. XIII, N.º 1 y 3 (1906), reimpresso en S.I.O.I., *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. II, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, t. 1, Padua, CEDAM, 1956, pág. 149.

Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale, Florencia, Lumachi, 1902, reimpresso en S.I.O.I., *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. II, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, t. 1, Padua, CEDAM, 1956, pág. 1.

ARANGIO-RUIZ, G.

«Difesa legittima (Diritto internazionale)», *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, vol. V, 1960, pág. 633.

Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale, Milán, Giuffrè, 1951, vol. I.

«Stati e altri enti (Soggettività internazionale)», *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, vol. XVIII, 1971.

Sulla dinamica della base sociale nel diritto internazionale, Milán, Giuffrè, 1954.

ARATÓ, S.

Die völkerrechtliche Haftung, Pécs, Taizs, 1937.

ARIAS, H.

«The non-liability of States for damages suffered by foreigners in the course of a riot, an insurrection or a civil war», *The American Journal of International Law*, Nueva York, vol. 7, N.º 4 (octubre de 1913).

- AYALA, B.
De jure et officiis bellicis et disciplina militari, libri tres (1582), *The Classics of International Law*, Washington (D. C.), Carnegie Institution of Washington, 1912, vol. II (tr. inglesa).
- BAADE, H. W.
 «Intertemporales Völkerrecht», *Jahrbuch für internationale Recht*, Gotinga, vol. 7, N.º 2-3 (enero de 1958), pág. 229.
- BALLADORE PALLIERI, G.
 «Gli effetti dell'atto illecito internazionale», *Rivista di diritto pubblico — La giustizia amministrativa*, Roma, enero 1931, fasc. 1, 1.ª parte.
Diritto internazionale pubblico, 7.ª ed., Milán, Giuffrè, 1956.
Idem, 8.ª ed. rev., 1962.
- BAR, L. VON
 «De la responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas de troubles, d'émeute ou de guerre civile», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 2.ª serie, t. I, N.º 4, 1899.
- BARILE, G.
 «Note a teorie sulla responsabilità indiretta degli Stati», *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Roma, 3.ª serie (especial), vol. XXII, fasc. 3, 1948.
- BARSOTTI, R.
 «Insorti», *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1971, vol. XXI.
- BASDEVANT, J.
 «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1936-IV, París, Sirey, 1937, t. 58.
- BASSIOUNI, M. C.
International Extradition and World Public Order, Leyden, Sijthoff, 1974.
- BATY, T.
The Canons of International Law, Londres, Murray, 1930.
- BELLINI, V.
 «Il principio generale dell'effectività nell'ordinamento internazionale», *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Roma, 3.ª serie (especial), vol. XXVII, fasc. 3, 1951.
- BENTZ, J.
 «Le silence comme manifestation de volonté en droit international public», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXIV, N.º 1 (enero-marzo de 1963).
- BERBER, F.
Lehrbuch des Völkerrechts, Munich, Beck, 1977, vol. III.
- BERLIA, G.
 «La guerre civile et la responsabilité internationale de l'Etat», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XI, N.º 1 (enero-febrero de 1937).
- BEUS, J. G. DE
The Jurisprudence of the General Claims Commission United States and Mexico under the Convention of September 8, 1923, La Haya, Nijhoff, 1938.
- BEYERLIN, U.
 «Die israelische Befreiungsaktion von Entebbe in völkerrechtlicher Sicht», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 37 (1977), N.º 2.
- BILGE, A. S.
La responsabilité internationale des Etats et son application en matière d'actes législatifs, Estambul, Tsitouris, impr., 1950 [tesis N.º 471].
- BINDSCHEDLER, R.
 «La délimitation des compétences des Nations Unies», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1963-I, Leyden, Sijthoff, 1964, t. 108.
- BINDSCHEDLER-ROBERT, D.
 «De la rétroactivité en droit international public», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, Faculté de droit, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968.
- BISCOTTINI, G.
 «Volontà ed attività dello Stato nell'ordinamento internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, Padua, XXXIV año, serie IV, vol. XXI, N.º I-II, 1942.
- BISSONNETTE, P.-A.
La satisfaction comme mode de réparation en droit international (tesis presentada en la Universidad de Ginebra), Annemasse, Grandchamp, impr., 1952.
- BLUM, Y.
 «The Beirut raid and the international double standard. A reply to Professor Richard A. Falk», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 64, N.º 1 (enero de 1970).
- BLUNTSCHLI, J. C.
Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt, Nördlingen, Beck, 1868.
- BOGAERT, E. R. C. VAN
Het rechtsmisbruik in het volkenrecht, Amberes, De Sikkel, 1948.
- BOHAN, R. T.
 «The Dominican case: unilateral intervention», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 60, N.º 4 (octubre de 1966).
- BOLLECKER-STERN, B.
Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale, París, Pedone, 1973.
- BORCHARD, E. M.
The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims [1915], reimpr., Nueva York, Banks Law Publishing, 1928.
 «Important decisions of the Mixed Claims Commission United States and Mexico», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 21, N.º 3 (julio de 1927).
 «La responsabilité des Etats à la Conférence de codification de La Haye», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. XII, 1931.
 «Theoretical aspects of the international responsibility of States», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Berlín, vol. I, 1.ª parte, 1929.
- BORSI, U.
 «Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, Roma, X año, serie II, vol. V, N.º 2, 1916.

- BOTHE, M.
Streitkräfte internationaler Organisationen, Colonia, Heymann, 1968.
- BOURQUIN, M.
 «Observations» [relativas al informe Strisower], *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1927, Bruselas, vol. 33, t. I, pág. 501.
 «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1931-I, París, Sirvey, 1932, t. 35.
- BOUTROS GHALI, B.
Contribution à l'étude des ententes régionales, París, Pedone, 1949.
Contribution à une théorie générale des alliances, París, Pedone, 1963.
- BOUVÉ, C. L.
 «The national boycott as an international delinquency», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 28, N.º 1 (enero de 1934).
 «Quelques observations sur la mesure de la réparation due en certains cas par l'Etat responsable», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. XI, N.º 3, 1930.
 «Russia's liability in tort for Persia's breach of contract», *The American Journal of International Law*, Nueva York, vol. 6, N.º 2 (abril de 1912).
- BOWETT, D. W.
 «Collective self-defence under the Charter of the United Nations», *The British Year Book of International Law*, 1955-1956, Londres, vol. 32.
 «Reprisals involving recourse to armed force», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 66, N.º 1 (enero de 1972).
Self-defence in International Law, Manchester, Manchester University Press, 1958.
United Nations Forces: A Legal Study of United Nations Practice, Londres, Stevens, 1964.
- BRIERLY, J. L.
The Law of Nations, 6.ª ed., rev. por Sir Humphrey Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963.
 «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1936-IV, París, Sirey, 1937, t. 58.
 «The shortcomings of international law», *The British Year Book of International Law*, 1924, Londres, vol. 5.
 «The theory of implied State complicity in international claims», *The British Year Book of International Law*, 1928, Londres, vol. 9.
- BRIGGS, H. W.
The Law of Nations, 2.ª ed., Londres, Stevens, 1953.
 «The punitive nature of damages in international law and State responsibility for failure to apprehend prosecute or punish», *Essays in Political Science in Honour of W. W. Willoughby*, textos compilados por J. M. Mathews y J. Hart, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1937.
- BROWNIE, I.
 «Decisions of British courts during 1968 involving questions of public or private international law», *The British Year Book of International Law*, 1968-1969, Londres, vol. 43.
 «International law and the activities of armed bands», en: *British Institute of International and Comparative Law, International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 7, N.º 4, octubre de 1958.
International Law and the Use of Force by States, Oxford, Clarendon Press, 1963.
Principles of Public International Law, Oxford, Clarendon Press, 1966.
Idem, 2.ª ed., 1973.
- BRUNS, V., ed.
Fontes Juris Gentium, Series B, Sectio I, Tomus I, Pars 1, Berlín, Heymanns, 1932.
- BRUSA, E.
 «Responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute ou de guerre civile», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1898, París, vol. 17.
- BRUSA, E. y L. VON BAR
 «Nouvelles thèses», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1900, París, vol. 18.
- BURCKHARDT, W.
Die völkerrechtliche Haftung der Staaten, Berna, Haupt, 1924.
Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates für die auf seinem Gebiete begangenen Verbrechen, Société suisse de droit international, publ. N.º 17, Zurich, Orell Füssli, 1924.
- BUZA, L.
 «The state of necessity in international law», *Acta juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1959, t. I.
- CALOGEROPOULOS STRATIS, S.
 «La souveraineté des Etats et les limitations au droit de guerre», *Revue hellénique de droit international*, Atenas, vol. 2, 1949.
- CALVO, C.
 «De la non-responsabilité de l'Etat à raison des pertes et dommages éprouvés par les étrangers en temps de troubles intérieurs ou de guerres civiles», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 1.ª serie, t. I, N.º 3, 1869.
Le droit international théorique et pratique, 4.ª ed., París, Guillaumin, 1887, t. I, y 1888, t. III.
Idem, 5.ª ed., París, Rousseau, 1896, t. III.
- CANSACCHI, G.
 «Riparazione internazionale», *Novissimo Digesto Italiano*, Turin, 1968, vol. XV.
- CARDOZO, M. H.
 «When extradition fails, is abduction the solution?», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 55, N.º 1 (enero de 1961).
- CARLEBACH, A.
Le problème de la faute et sa place dans la norme du droit international, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962.
- CARNEGIE ENDOWMENT FOR INTERNATIONAL PEACE
Recommendations on International Law and Official Commentary thereon of the Second Pan American Scientific Congress, held in Washington December 27, 1915-January 8, 1916, J. B. Scott, ed., Nueva York, Oxford University Press, 1916.

- CASTRÉN, E.
«Civil War», *Annales Academiae Scientiarum Fennicae*, serie B, t. 142, fasc. 2, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1966.
- CAVAGLIERI, A.
Corso di diritto internazionale, 3.ª ed., Nápoles, Rondinella, 1934.
«Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1929-I, París, Hachette, 1930, t. 26.
«Lo stato di necessità nel diritto internazionale», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Roma, vol. LX (1917), N.º 1 y 2.
- CAVARÉ, L.
Le droit international public positif, 2.ª ed., París, Pedone, 1962, t. II.
Idem, 3.ª ed., actualizada por J.-P. Quéneudec, París, Pedone, 1967, t. I, 1969, t. II, y 1970, t. III.
- CEPELKA, C.
Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain, Praga, Universita Karlova, 1965.
- CHAPPEZ, J.
La règle de l'épuisement des voies de recours internes, París, Pedone, 1972.
- CHARPENTIER, J.
«Existe-t-il un droit de suite?», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXII, N.º 2 (abril-junio de 1961).
La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens, París, Pedone, 1956.
- CHEN, T. C.
The International Law of Recognition, Nueva York, Praeger, 1951.
- CHENG, B.
General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Londres, Stevens, 1953.
- [CLUNET, E.]
«Incident italo-américain de La Nouvelle-Orléans», *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, París, t. 18, N.º 4, 1891.
- COCATRE-ZILGIEN, A.
L'affaire Argoud — Considérations sur les arrestations internationalement irrégulières, París, Pedone, 1965.
- COHN, G.
«La théorie de la responsabilité internationale», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1939-II, París, Sirey, 1939, t. 68.
- [SPEYER] COLBERT, E.
Retaliation in International Law, Nueva York, King's Crown Press, 1948.
- COLOMBO, L. A.
«Responsabilidad del Estado por los actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial», *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe (Argentina), vol. 16, N.º 78, 1954, pág. 5.
- COMBACAU, J.
«La responsabilité internationale», en: H. Thierry *et al.*, *Droit international public*, París, Montchrestien, 1975.
- COUSSIRAT-COUSTÈRE, V. y P.-M. EISEMANN
«L'enlèvement de personnes privées et le droit international», *Revue générale de droit international public*, París, t. LXXVI, N.º 2 (abril-junio de 1972).
- DAHM, G.
Völkerrecht, Stuttgart, Kohlhammer, 1958, t. I; 1960, t. II; 1961, t. III.
- DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, A.
La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers, París, Rousseau, 1925 [tesis].
- DELBEZ, L.
Les principes généraux du contentieux international, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962.
Les principes généraux du droit international public, 3.ª ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964.
«La responsabilité internationale pour crimes commis sur le territoire d'un Etat et dirigés contre la sûreté d'un Etat étranger», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. IV (1930).
- DELIVANIS, J.
La légitime défense en droit international public moderne — Le droit international face à ses limites, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971.
- DESCAMPS, E., barón, y L. RENAULT
Recueil international des traités du XX^e siècle, année 1901, París, Rousseau.
- DESPAGNET, F.
Cours de droit international public, 3.ª ed., París, Larose et Tenin, 1905.
«Die deutsch-schweizerische Schiedsordnung im Falle Jacob», *Die Friedens-Warte*, Ginebra, vol. 35, N.º 4, 1935.
- DÍAZ PALOS, D. F.
«Estado de necesidad», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Seix, 1956, t. VIII.
- DINH, N. Q.
«La légitime défense d'après la Charte des Nations Unies», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª série, t. XIX, N.º 1-2 (enero-junio de 1948).
- DONATI, D.
I trattati internazionali nel diritto costituzionale, Turín, Unione tipografico-editrice torinese, 1906, vol. I.
- DONNEDIEU DE VABRES, H.
Les principes modernes du droit pénal international, París, Sirey, 1928.
- DONNER, B.
«K otázce nutnosti vyčerpání vnitrostátních právních prostředků před diplomatickým zákrokem» [Acerca del agotamiento de los medios de recursos internos antes de la intervención diplomática], *Studie z mezinárodního práva*, Praga, 1958, vol. IV.
- DONOT, M.
De la responsabilité de l'Etat fédéral à raison des actes des Etats particuliers, París, Pedone, 1912.
- DOWNNEY, W. G.
«The law of war and military necessity», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 47, N.º 2 (abril 1953).

- DRAGO, R.
«La réparation des dommages causés par les attroupements et les attentats en Tunisie», *Revue tunisienne de droit*, Túnez, vol. I, N.º 2, abril-junio 1953.
- DUMAS, J.
De la responsabilité internationale des Etats, París, Sirey, 1930.
«Du déni de justice considéré comme condition de la responsabilité internationale des Etats en matière criminelle», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. X, N.º 2, 1929.
«La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1931-11*, París, Sirey, 1932, t. 36.
Les sanctions de l'arbitrage international, París, Pedone, 1905.
- DUNBAR, N. C. H.
«Military necessity in war crimes trials», *The British Year Book of International Law 1952*, Londres, vol. 29.
- DUNN, F. S.
The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law, Londres, Oxford University Press, 1932.
- DURAND, CH.
«La responsabilité internationale des Etats pour déni de justice», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. V (1931).
- DURANTE, F.
Responsabilità internazionale e attività cosmiche, Padua, CEDAM, 1969.
Ricorsi individuali a organi internazionali, Milán, Giuffrè, 1958.
- EAGLETON, C.
«Denial of justice in international law», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 22, N.º 3 (julio de 1928).
«International organization and the law of responsibility», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1950-I*, París, Sirey, 1951, t. 76.
«Measure of damages in international law», *Yale Law Journal*, New Haven (Conn.), vol. XXXIX, N.º 1, noviembre de 1929.
The Responsibility of States in International Law, Nueva York, New York University Press, 1928.
- EISSEN, M. A.
«Les réserves *ratione temporis* à la reconnaissance du droit de recours individuel», *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bari, Levante, 1974.
- ELYNYTCHEV, V. N.
«Problema vmenenia v mejdounarodnom prave», *Pravovedenie*, Leningrado, 1970, N.º 5.
- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, DEPARTMENT OF THE ARMY
The Law of Land Warfare (Field Manual, FM 27-10), Wáshington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1956.
- EUSTATHIADES, C. TH.
«Les sujets du droit international et la responsabilité internationale — Nouvelles tendances», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1953-III*, Leyden, Sijthoff, 1955, t. 84.
- «Principes généraux de la responsabilité internationale des Etats», *Etudes de droit international, 1929-1959*, Atenas, Klissionnis, 1959, t. 1.
La responsabilité internationale de l'Etat pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international, París, Pedone, 1936.
- EVATT, H. V.
«The international responsibility of States in the case of riots or mob violence — A study of the Kalgoorlie Riots Case, 1934», *Australian Law Journal, Supplement to volume 9*, Sydney, 15 de noviembre de 1935.
- FAATZ, A.
«Notwehr» und «Notstand» in Völkerrecht, Greifswald, 1919 [tesis].
- FALK, R. A.
«The Beirut raid and international law of retaliation», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 63, N.º 3 (julio de 1969).
- FAUCHILLE, P.
Traité de droit international public (8.ª edición del Manuel de droit international public de H. Bonfils), París, Rousseau, 1922, t. I, 1.ª parte.
- FAVRE, A.
«Fault as an element of the illicit act», *The Georgetown Law Journal*, Wáshington (D. C.), vol. 52, N.º 2 (invierno de 1964).
Principes du droit des gens, París, Librairie de droit et de jurisprudence, 1974.
- FAWCETT, J. E. S.
«The Eichmann case», *The British Year Book of International Law*, 1962, Londres, vol. 38.
«The exhaustion of local remedies: substance or procedure?», *The British Year Book of International Law*, 1954, Londres, vol. 31.
«Intervention in international law: A study of some recent cases», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961-II*, Leyden, Sijthoff, 1962, t. 103.
- FENWICK, CH. G.
«The Dominican Republic: intervention or collective self-defense?», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 60, N.º 1 (enero de 1966).
International Law, Nueva York, Century, 1924.
Idem, 3.ª ed. rev. y aum., Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1948.
Idem, 4.ª ed., 1965.
- FIORE, P.
Droit international public, tr. de P. Pradier-Fodéré, París, Durand, 1868.
Trattato di diritto internazionale pubblico, 3.ª ed., Turín, Unione tipografico-editrice torinese, 1887, vol. I.
- FISCHER WILLIAMS, J.
«The optional clause (The British signature and reservations)», *The British Year Book of International Law*, 1930, Londres, vol. 11.
- FITZMAURICE, G. G.
«The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», *Recueil des cours de*

- l'Académie de droit international de La Haye, 1957-II*, Leyden, Sijthoff, 1958, t. 92.
- «The meaning of the term denial of justice», *The British Year Book of International Law*, 1932, Londres, vol. 13.
- Fonteyne, J.-P. L.
- «Forcible self-help by States to protect human rights: recent views from the United Nations», *Humanitarian Intervention and the United Nations*, textos compilados por R. B. Lillich, Charlottesville (Va.), University Press of Virginia, 1973.
- ForsthoFF, E.
- Traité de droit administratif allemand*, tr. de M. Fromont, Bruselas, Bruylant, 1969.
- François, G. P. A.
- «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1938-IV*, París, Sirey, 1938, t. 66.
- Frankze, H.-G.
- «Die militärische Abwehr von Angriffen auf Staatsangehörige im Ausland - insbesondere ihre Zulässigkeit nach der Satzung der Vereinten Nationen», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. XVI, N.º 1-2, 1966.
- Freeman, A. V.
- The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres, Longmans, Green, 1938.
- «Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1955-II*, Leyden, Sijthoff, 1956, t. 88.
- Friedmann, H.
- «Epuisement des voies de recours internes», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. XIV, N.º 3, 1933.
- «The growth of State control over the individual and its effects upon the rules of international State responsibility», *The British Year Book of International Law*, 1938, Londres, vol. 19.
- «Some impacts of social organization on international law», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 50, N.º 3 (julio de 1956).
- Frowein, J. A.
- Das de facto-Regime im Völkerrecht*, Colonia, Heymann, 1968.
- Furgler, K.
- Grundprobleme der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten unter besonderer Berücksichtigung der Haager Kodifikationskonferenz, sowie der Praxis der Vereinigten Staaten und der Schweiz*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1948 [tesis].
- Gaja, G.
- L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1967.
- Ganshof van der Meersch, W. J.
- Fin de la souveraineté belge au Congo — Documents et réflexions*, Bruselas, Institut royal des relations internationales, 1963.
- García Amador, F. V.
- «State responsibility: some new problems», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1958-II*, Leyden, Sijthoff, 1959, t. 94.
- García Amador, F. V., L. B. Sohn y R. R. Baxter
- Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana Publications, 1974.
- García-Mora, M. R.
- International Responsibility for Hostile Acts of Private Persons against Foreign States*, La Haya, Nijhoff, 1962.
- Garde Castillo, J.
- «El acto ilícito internacional», *Revista española de derecho internacional*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, vol. III, N.º 1, 1950.
- Garner, J. W.
- «International responsibility of States for judgments of courts and verdicts of juries amounting to denial of justice», *The British Year Book of International Law*, 1929, Londres, vol. 10.
- «Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of mob violence, riots and insurrection», *Proceedings of the American Society of International Law at its twenty-first annual meeting (Washington, D. C., April 28-30, 1927)*, Washington (D. C.), 1927.
- Gentili, A.
- De iure belli, libri tres* (1612), *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1933, vol. II (tr. inglesa).
- Giannini, M. S.
- Diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1970, vol. I.
- Giraud, E.
- «La théorie de la légitime défense», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1934-III*, París, Sirey, 1934, t. 49.
- Giuliano, M.
- La comunità internazionale e il diritto*, Padua, CEDAM, 1950.
- Diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1974, vol. I.
- Glaser, S.
- «Quelques remarques sur l'état de nécessité en droit international», *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruselas, N.º 6, marzo de 1952.
- Goebel, J.
- «The international responsibility of States for injuries sustained by aliens on account of mob violence, insurrections and civil wars», *The American Journal of International Law*, Nueva York, vol. B, N.º 4 (octubre de 1914).
- Goodrich, L. M., y E. Hambro
- Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 2.ª ed., Londres, Stevens, 1949.
- Goodrich, L. M., E. Hambro y A. P. Simons
- Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 3.ª ed. rev., Nueva York, Columbia University Press, 1969.
- Graefrath, B.
- «Rechtsfolgen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit als Kodifikationskriterium», *Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin*, Gesellschafts- und Sprachwissenschaftliche Reihe, Berlin, vol. XXII, N.º 6, 1973.

- GRAEFRATH, B., E. OESER y P. A. STEINIGER
Völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten, Berlín, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1977.
- GRAEFRATH, B., y P. A. STEINIGER
 «Kodifikation der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit», *Neue Justiz*, Berlín, 1973, N.º 8.
- GREEN, L. C.
 «Armed conflict, war and self-defence», *Archiv des Völkerrechts*, Tubinga, vol. 6, N.º 4 (1956-1957).
 «Aspects juridiques du procès Eichmann», *Annuaire français de droit international*, 1963, París, vol. IX.
- GREIG, D. W.
International Law, Londres, Butterworth, 1970.
- GRISEL, A.
Droit administratif suisse, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1970.
- GROSSO, C. F.
 «Necessità (Diritto penale)», *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1977, vol. 27.
- GROTIUS, H.
De jure belli ac pacis, libri tres (1646), *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1913, vol. I.
Idem, Oxford, Clarendon Press, 1925, vol. II (tr. inglesa).
Le droit de la guerre et de la paix, tr. de J. Barbeyrac, Leyden, Aux dépens de la Compagnie, 1759, t. 1.
- GUARDIA, E. DE LA, y M. DELPECH
El derecho de los tratados y la Convención de Viena, Buenos Aires, La Ley, 1970.
- GUERRERO, J. G.
La codification du droit international, París, Pedone, 1930.
 «La responsabilité internationale des Etats dans les faits et dans sa règle», en: *Académie diplomatique internationale, Dictionnaire diplomatique*, París [s. f.], vol. II.
- GUGGENHEIM, P.
Traité de droit international public, Ginebra, Georg, 1954, t. II, y 2.ª ed. rev. y aum., 1967, t. I.
 «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1949-I*, París, Sirey, 1950, t. 74.
- GUTIÉRREZ CASTRO, G. M.
La denegación de justicia como causal de reclamaciones internacionales, México, D. F., 1965 [tesis].
- HACKWORTH, G. H.
Digest of International Law, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1940, vol. I.
Idem, 1941, vol. II.
Idem, 1942, vol. IV.
Idem, 1943, vols. V y VII.
- HAESLER, T.
The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals, Leyden, Sijthoff, 1968.
- HALL, W. E.
A Treatise on International Law, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1884.
Idem, 8.ª ed., 1924.
- HALLECK, H. W.
International Law of Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War, San Francisco, Bancroft, 1861.
- HARVARD LAW SCHOOL
Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, Draft No. 12 with Explanatory Notes, Cambridge (Mass.), 1961.
Draft Convention on the International Responsibility of International Law, Washington (D. C.), vol. 55, N.º 3 (julio de 1961), págs. 548 y ss.
Research in International Law, Drafts of Conventions prepared in anticipation of the First Conference on the Codification of International Law (The Hague, 1930), segunda parte, *Responsibility of States*, en: *Supplement to The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 23 (número especial) [abril de 1929], págs. 140 y ss.
- HATSCHEK, J.
Völkerrecht, Leipzig, Scholl, 1923.
- HAZAN, E. T.
L'état de nécessité en droit pénal interétatique et international, París, Pedone, 1949.
- HEAD, I. L.
 «A fresh look at the local remedies rule», *Annuaire canadien de droit international*, 1967, Vancouver, t. V
- HEFFTER, A. W.
Le droit international public de l'Europe, tr. francesa de J. Bergson de la 3.ª ed. alemana, Berlín, Schroeder, 1857.
Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, 6.ª ed., Berlín, Schroeder, 1873.
- HEILBORN, P.
Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen, Berlín, Springer, 1896.
- HENKIN, L.
 «Force, intervention and neutrality in contemporary international law», *Proceedings of the American Society of International Law at its Fifty-seventh Annual Meeting (Washington, April 25-27, 1963)*, Washington (D. C.), 1963.
- HERSHEY, A. S.
 «Denial of justice», *Proceedings of the American Society of International Law at its twenty-first annual meeting (Washington, D. C., April 28-30, 1927)*, Washington (D. C.), 1927.
The Essentials of International Public Law and Organization, 2.ª ed., Nueva York, Macmillan, 1927.
Idem, ed. rev., 1930.
- HERTSLET, E.
Map of Europe by Treaty, Londres, Butterworth, 1875, vol. II.
- HIGGINS, R.
The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, Londres, Oxford University Press, 1963.
- HOIJER, O.
La responsabilité internationale des Etats, París, Editions internationales, 1930.
 «La responsabilité internationale des Etats en matière d'actes législatifs», *Revue de droit international*, París, 3.º año, t. IV, segundo semestre de 1929.

- «Responsabilité internationale des Etats en matière d'actes judiciaires», *Revue de droit international*, París, 4.º año, t. V, primer semestre de 1930.
- HOLTZENDORFF, F. VON
«Grundrechte und Grundpflichten der Staaten», *Handbuch des Völkerrechts*, Hamburgo, Richter, 1887, vol. II.
- HUBER, M.
«Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsraison», *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, vol. VII, 1913.
- HUNT, B. L.
American and Panamanian General Claims Arbitration, Washington (D.S.), U.S. Government Printing Office, 1934.
- HYDE, C. C.
International Law chiefly as Interpreted and Applied by the United States, 2.ª ed. rev., Boston, Little, Brown, 1951, vol. 2.
«Concerning damages arising from neglect to prosecute», *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 22, N.º 1 (enero de 1928).
- INSTITUTO ESTATAL DE DERECHO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS DE LA UNIÓN SOVIÉTICA
Kurs mezhdunarodnogo prava, F. I. Kozhevnikov et al., eds. generales, Moscú, Nauka, 1969, t. V.
Mezhdunarodnoe pravo, Moscú, Gosudarstvennoe Izdatelstvo Yuridicheskoi Literatury, 1957.
- INZITARI, B.
«Necessità (Diritto privato)», *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1977, vol. 27.
- ION, TH. P.
«The Hellenic crisis from the point of view of constitutional and international law — Part IV», *The American Journal of International Law*, Nueva York, vol. 12, N.º 3 (julio de 1918).
- IRIZARRY Y PUENTE, J.
«The concept of denial of justice in Latin America», *Michigan Law Review*, Ann Arbor (Mich.), vol. 43, N.º 2 (octubre de 1944).
Jahrbuch des Völkerrechts, vol. III (número especial), *Politische Urkunden zur Vorgeschichte des Weltkrieges*, Munich, 1916.
- JENKS, C. W.
The Common Law of Mankind, Londres, Stevens, 1958.
- JESCHECK, H. H.
Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Bonn, Röhrscheid, 1952.
- JESS, A.
Politische Handlungen Privater gegen das Ausland und das Völkerrecht, Breslau, Marcus, 1923.
- JESSUP, PH. C.
A Modern Law of Nations: An Introduction, Nueva York, Macmillan, 1948.
Idem, 3.ª ed., 1968.
Transnational Law, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1956.
- JÈZE, G. P. A.
Principes de droit administratif, 3.ª ed., París, Giard, 1930, t. II.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.
Derecho constitucional de las Naciones Unidas, Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, 1958.
«International responsibility», *Manual of Public International Law*, textos compilados por M. Sorensen, Londres, Macmillan, 1968.
«La legítima defensa individual en la Carta de las Naciones Unidas», *Estudios de derecho internacional (Homenaje al profesor Camilo Barcia Trelles)*, Universidad de Santiago de Compostela (Zaragoza, Octavio y Féléz, impr.), 1958.
- JOHNSON, D. H. N.
«The draft code of offences against the peace and security of mankind», en: British Institute of International and Comparative Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 4, N.º 3, julio de 1955.
- KAHN, S. G.
«Private armed groups and world order», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1970, Leyden, vol. I, 1971.
- KALSHOVEN, F.
Belligerent Reprisals, Leyden, Sijthoff, 1971.
- Keesing's Contemporary Archives, 1940-1943*, Bristol, vol. IV.
- KELSEN, H.
«Collective security and collective self-defense under the Charter of the United Nations», *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 42, N.º 4 (octubre de 1948).
The Law of the United Nations, Londres, Stevens, 1950.
Principles of International Law, Nueva York, Rinehart, 1952.
Idem, 2.ª ed., rev. y ed. por R. W. Tucker, Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, 1966.
«Théorie du droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1953-III, Leyden, Sijthoff, 1955, t. 84.
«Ueber Staatsunrecht», *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Viena, vol. 40, 1914.
«Unrecht und Unrechtsfolgen im Völkerrecht», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. XII, N.º 4 (octubre de 1932).
- KIRK, G. E.
«The Middle East», en: *Survey of International Affairs, 1939-1946 — The World in March 1939*, textos compilados por A. Toynbee y R. F. Ashton-Gwatkin, Londres, Oxford University Press, 1952.
- KIRSTEN, J.
«Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit», *Völkerrecht — Lehrbuch*, Berlín, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1973.
- KISS, A.-CH.
L'abus de droit en droit international, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953.
«Les actes unilatéraux dans la pratique française du droit international», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª série, t. XXXII, N.º 2 (abril-junio de 1961).
Répertoire de la pratique française en matière de droit international public, París, C.N.R.S., 1962, t. I; 1965, t. III; y 1966, t. II.
- KLEIN, F.
Die mittelbare Haftung im Völkerrecht, Francfort-del-Meno, Klostermann, 1941.

- KLÜBER, J.-L.
Droit des gens moderne de l'Europe, 2.^a ed., París, Guillaumin, 1874.
- KOHLER, J.
Not kennt kein Gebot—Die Theorie des Notrechtes und Ereignisse unserer Zeit, Berlín, Rotschild, 1915.
- KOPELMANAS, L.
 «Du conflit entre le traité international et la loi interne», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.^a serie, t. XVIII, N.^o 1-2, 1937.
- KRAUS, H.
 «La morale internationale», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1927-I, París, Hachette, 1928, t. 16.
- KUNZ, J. L.
 «Individual and collective self-defense in Article 51 of the Charter of the United Nations», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 41, N.^o 4 (octubre de 1947).
- KURIS, P. M.
Mezhdunarodnye pravonaruchenia i otvetstvennost gosudarstva, Vilnius, Mintis, 1973.
- KURIS, P. M., y E. I. SKAKUNOV
 «K teorii otvetstvennosti gosudarstv v mezhdunarodnom prave», *Pravovedenie*, Leningrado, 1973, N.^o 2 (marzo-abril).
- LA BRIÈRE, Y. DE
 «Evolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1928-II, París, Hachette, 1929, t. 22.
- LAFARGUE, P.
Les représailles en temps de paix, París, Rousseau, 1898.
- LA FONTAINE, H.
Pasicrisie internationale—Histoire documentaire des arbitrages internationaux, Berna, Stämpfli, 1902.
- LAÍS, R.
 «Die Rechtsfolgen völkerrechtlicher Delikte», en: Institut für internationales Recht and der Universität Kiel, *Erste Reihe, Vorträge und Einzelschriften*, Berlín, Stilke, 1932, fasc. 18.
- LALIVE, J.-F.
 «Contracts between a State or a State agency and a foreign company», en: British Institute of International and Comparative Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 13, N.^o 3 (julio de 1964).
- LAMBERTI ZANARDI, P.
La legittima difesa nel diritto internazionale, Milán, Giuffrè, 1972.
 «Necessità (Diritto internazionale)», *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1977, vol. 27.
- LAPRADELLE, A. DE, y N. POLITIS
Recueil des arbitrages internationaux, París, Pedone, 1923, t. II.
Idem, 1954, t. III.
Idem, París, Les Editions internationales, 1957, t. I.
- LAUBADÈRE, A. DE
Traité élémentaire de droit administratif, 3.^a ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, t. 1.
- LAUTERPACHT, E.
British Practice in International Law, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1963.
 «The contemporary practice of the United Kingdom in the field of international law: Survey and comment, V», *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 7, 1.^a parte (enero de 1958).
- LAUTERPACHT, H.
 «Boycott in international relations», *The British Year Book of International Law*, 1933, Londres, vol. 14.
The Development of International Law by the International Court, Londres, Stevens, 1958.
The Function of Law in the International Community, Oxford, Clarendon Press, 1933.
Recognition in International Law, Cambridge, University Press, 1947.
 «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1973-IV, París, Sirey, 1938, t. 62.
- LAW, C. H. P.
The Local Remedies Rule in International Law, Ginebra, Droz, 1961.
- LE FUR, L.
 «La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1927-III, París, Hachette, 1928, t. 18.
- LEVIN, D. B.
 «Ob otvetstvennosti gosudarstv v sovremennom mezhdunarodnom prave», *Sovetskoie gosudarstvo i pravo*, Moscú, N.^o 5 (mayo de 1966).
Otvetstvennost gosudarstv v sovremennom mezhdunarodnom prave, Moscú, Mezhdunarodnye otnocheniya, 1966.
 «Problema otvetstvennosti v nauke mezhdunarodnogo prava», *Izvestia Akademii Nauk SSR, Economía y Derecho*, N.^o 2, Moscú, 1946.
- LEVY, D.
 «La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international», *Revue générale de droit international public*, París, 3.^a serie, t. XXXII, N.^o 4 (octubre-diciembre de 1961).
- L'HUILLIER, J.
Eléments de droit international public, París, Rousseau, 1950.
- LILLICH, R. B.
 «Forcible self-help by States to protect human rights», *Iowa Law Review*, Iowa City, vol. 53, N.^o 2 (octubre de 1967).
- LISSITZYN, O. J.
 «The meaning of the term denial of justice in international law», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 30, N.^o 4 (octubre de 1936).
 «The treatment of aerial intruders in recent practice and international law», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 47, N.^o 4 (octubre de 1953).
- LISZT, F. VON
Das Völkerrecht, 12.^a ed., rev. por M. Fleischmann, Berlín, Springer, 1925.

- Le droit international*, tr. de G. Gidel de la 9.ª edición alemana (1913), París, Pedone, 1928.
- LÜDER, C.
«Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen», *Handbuch des Völkerrechts*, textos compilados por F. J. von Holtzendorff, Hamburgo, Verlagsanstalt und Druckerei, 1889, vol. 4.
- LUZZATO, R.
«Responsabilità e colpa in diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, Milán, vol. 51, N.º 1, 1968.
- LYSEN, A., ed.
Le pacte Kellogg — Documents concernant le traité multilatéral contre la guerre signé à Paris le 27 août 1928, Leyden, Sijthoff, 1928.
- MACGIBBON, I. C.
«The scope of acquiescence in international law», *The British Year Book of International Law*, 1954, Londres, vol. 31, 1956.
- MANDELSTAM, A.
«La commission internationale d'enquête sur l'incident de la mer du Nord», *Revue générale de droit international public*, París, t. XII (1905).
- MANNING, W. R., ed.
Diplomatic Correspondence of the United States: Canadian Relations, 1784-1860, Wáshington (D. C.), Carnegie Endowment for International Peace, 1943, vol. III.
- MARINONI, M.
La responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale, Roma, Athenaeum, 1913.
- MARTENS, F. DE
Traité de droit international, tr. por A. Léo, París, Marescq aîné, 1883, t. I.
- MARYAN GREEN, N. A.
International Law, Law of Peace, Londres, Macdonald and Evans, 1973.
- MAÚRTUA, V. M., y J. B. SCOTT
Responsibility of States for Damage caused in their Territory of the Person or Property of Foreigners, Nueva York, Oxford University Press, 1930.
- MCDUGAL, M. S.
«The Soviet-Cuban quarantine and self-defense», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 57, N.º 3 (julio de 1963).
- MCDUGAL, M. S., y F. P. FELICIANO
Law and Minimum World Public Order — The Legal Regulation of International Coercion, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1961.
- MCNAIR, A. D.
International Law Opinions, Cambridge, University Press, 1956, vol. II.
The Law of Treaties, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1961.
- MCNEMAR, D. W.
«The postindependence war in the Congo», en: *The International Law of Civil War*, textos compilados por R. A. Falk, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1971.
- MERON, TH.
«The incidence of the rule of exhaustion of local remedies», *The British Year Book of International Law*, 1959, Londres, vol. 35.
«International responsibility of States for unauthorized acts of their officials», *The British Year Book of International Law*, 1957, Londres, vol. 33.
- MODJORIAN, L. A.
«Otvetstvennost v sovremennom mezhdunarodnom prave», *Soviet Yearbook of International Law*, 1970, Moscú, Nauka, 1972.
- MOLEN, G. VAN DER
«Misbruik van recht in het volkenrecht», *Opstellen op het gebied van recht, staat en maatschappij*, Amsterdam, enero de 1949.
- MONACO, R.
Manuale di diritto internazionale pubblico, Turín, Unione tipografico-editrice torinese, 1960.
Idem, 2.ª ed., rev. y aum., 1971.
«La responsabilità internazionale dello Stato per fatti degli individui», *Rivista di diritto internazionale*, Roma, XXXI año, serie III, vol. XVIII, fascs. 1 y 2-3, 1939.
- MONTAGNA, R.
«La limitazione *ratione temporis* della giurisdizione internazionale obbligatoria», *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padua, CEDAM, 1940, vol. III.
- MOORE, J. B.
A Digest of International Law, Wáshington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1906, vols. I a VIII.
History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, Wáshington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1898, vols. I a V.
International Adjudications, Nueva York, Oxford University Press, 1931, vol. IV.
- MORELLI, G.
Nozioni di diritto internazionale, 6.ª ed., Padua, CEDAM, 1963.
Idem, 7.ª ed., 1967.
- MORENO QUINTANA, L. M., y C. M. BOLLINI SHAW
Derecho internacional público — Sistema nacional del derecho y política internacional, Buenos Aires, Librería del Colegio, 1950.
- MORTATI, C.
Istituzioni di diritto pubblico, 8.ª ed., Padua, CEDAM, 1969, vol. I.
- MOUSSA, A.
«L'étranger et la justice nationale», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. VIII, N.º 4 (julio-agosto de 1934).
- MUMMERY, D. R.
«The content of the duty to exhaust local judicial remedies», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 58, N.º 2 (abril de 1964).
- MÜNCH, I. VON
Das völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft, Francfort-del-Meno, Keppler, 1963.

- MUSACCHIA, G.
La responsabilità internazionale degli Stati per fatti degli organi legislativi, Roma, Coluzza, 1939.
- NIELSEN, F. K.
American-Turkish Claims Settlement under the Agreement of December 24, 1923, and Supplemental Agreements between the United States and Turkey — Opinions and Report, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1937.
- O'BRIEN, W. V.
 «The meaning of *military necessity* in international law», *World Polity*, Utrecht, Spectrum, 1957, vol. I.
- O'CONNELL, D. P.
International Law, Londres, Stevens, 1965, vol. II.
Idem, 2.ª ed., 1970, vol. II.
- O'HIGGINS, P.
 «Unlawful seizure and irregular extradition», *The British Year Book of International Law*, 1960, Londres, vol. 36.
- OPPENHEIM, L.
International Law: A Treatise, 8.ª ed., rev. por H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I.
- OTKEN, A.
 «De la responsabilité internationale des Etats en raison de décisions de leurs autorités judiciaires — Analyse de trois affaires arbitrales», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques, politiques et sociales*, Ginebra, 4.º tomo, fasc. 1, enero-marzo de 1926.
- PANAYOTAKOS, C. P.
La règle de l'épuisement des voies de recours internes, en théorie et en pratique, Marsella, Moullot, impr., 1952.
- PANZERA, A. F.
Attività terroristiche e diritto internazionale, Nápoles, Jovene, 1978.
 «Raids e protezione dei cittadini all'estero», *Rivista di diritto internazionale*, Milán, vol. 61, N.º 4, 1978.
- PARRY, C.
 «Some considerations upon the protection of individuals in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1956-II*, Leyden, Sijthoff, 1957, t. 90.
- PARTSCH, K. J.
 «Repressalie», en *Wörterbuch des Völkerrechts*, textos compilados por K. Strupp, 2.ª ed. rev. por H.-J. Schlochauer, Berlín, de Gruyter, 1962, t. III.
 «Selbsterhaltungsrecht», *Wörterbuch des Völkerrechts*, textos compilados por K. Strupp, 2.ª ed. rev. por H.-J. Schlochauer, Berlín, de Gruyter, 1962, t. III.
- PATEL, S. R.
A Textbook of International Law, Londres, Asia Publishing House, 1964.
- PAU, G.
 «Responsabilità internazionale dello Stato per atti di giurisdizione», en: Istituto di scienza giuridiche, economiche e politiche della Università di Cagliari, *Studi economico-giuridici*, vol. XXXIII (1949-1950), Roma, Pinnarò, 1950.
- PAZARCI, H.
Responsabilité internationale des Etats en matière contractuelle, Ankara, Publications de la Faculté des sciences politiques, 1973, N.º 350.
- PEASLEE, A. J.
 «The sanction of international law», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 10, N.º 2 (abril de 1916).
- PELLA, V. V.
La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir, 2.ª ed., Bucarest, Imprimerie de l'Etat, 1926.
La guerre-crime et les criminels de guerre, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1964.
 Memorando relativo a un proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II, pág. 278, documento A/CN.4/39.
- PENNETTI, V.
Responsabilità internazionale in caso di rivolte o di guerre civili, Nápoles, Cozzolino, 1899.
- PERASSI, T.
Lezioni di diritto internazionale, Roma, Edizioni Italiane, 1942 (reimpr. de la edición de 1941), 1.ª parte.
- [PERASSI, T. ?]
 «Trattato di rinuncia alla guerra», nota en *Rivista di diritto internazionale*, Roma, XXI año, serie III, vol. VIII, 1929, págs. 429 y ss.
- [PERRIN, G.]
 «L'agresion contre la légation de Roumanie à Berne et le fondement de la responsabilité internationale dans les délits d'omission», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXVIII, N.º 3 (julio-septiembre de 1957).
- PERSONNAZ, J.
La réparation du préjudice en droit international public, París, Sirey, 1939.
- PETROVSKY, Y. V.
 «O politicheskoy otvetsvennosti gosudarstv», *Soviet Yearbook of International Law*, 1970, Moscú, Nauka, 1972.
- PIÉDELÈVRE, R.
Précis de droit international public, París, Librairie Cotillon, 1894, t. I.
- PLANAS SUÁREZ, S.
Tratado de derecho internacional público, Madrid, Hijos de Reus, 1916, t. 1.
- POCAR, F.
L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio straniero, Padua, CEDAM, 1974.
 «Soltanto il consenso della Somalia ha permesso l'operazione militare», *Corriere della Sera*, Milán, 19 de octubre de 1977.
- PODESTÁ COSTA, L. A.
Manual de derecho internacional público, 2.ª ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1947.
 «La responsabilidad del Estado por daños irrogados a la persona o a los bienes de extranjeros en luchas civiles», *Revista de derecho internacional*, La Habana, t. 34, N.º 67 (septiembre de 1938) y N.º 68 (diciembre de 1938).
 «International responsibility of the State for damages suffered by aliens during civil war», en: I.L.A., *Report of the Thirty-first Conference, held at the Palace of Justice, Buenos Aires, 24th August-30th August, 1922*, Londres, 1923, vol. I.

- POLAK, M. V.
«Die Haftung des Bundesstaates für seine Gliedstaaten», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. I, N.º 4 [nueva serie], mayo de 1948.
- POLITIS, N.
«Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1925-I*, París, Hachette, 1926, t. 6.
«Le régime des représailles en temps de paix», *Annuaire de l'Institut de droit international, 1934*, Bruselas.
- PONS, L.
La responsabilité internationale de l'Etat à raison de dommages causés sur son territoire aux étrangers, Tolosa, Boisseau, 1936 [tesis].
- PRADIER-FODÉRE, P.
Traité de droit international public européen et américain, suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines, París, Durand, 1885, t. I y II.
- PREUSS, L.
«International responsibility for hostile propaganda against foreign States», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 28, N.º 4 (octubre de 1934).
- Procès de grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946*, Nuremberg, 1949, t. XXII.
- PUFENDORF, S.
De jure naturæ et gentium, libri octo (1688), *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1934, vol. II (tr. inglesa).
Le droit de la nature et des gens, tr. francesa de J. Barbeyrac, Amsterdam, Schelke, 1706, t. I.
- QUADRI, R.
Diritto internazionale pubblico, Palermo, Priulla, 1949.
Idem, 5.ª ed., Nápoles, Liguori, 1968.
«Stato (Diritto internazionale)», *Nuovo Digesto Italiano*, Turín, vol. XII, primera parte, 1940.
La sudditanza nel diritto internazionale, Padua, CEDAM, 1935.
- QUÉNEUDEC, J.-P.
La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966.
- RABASA, O.
Responsabilidad internacional del Estado con referencia especial a la responsabilidad por denegación de justicia, México, D. F., Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 1933.
- RALSTON, J. H.
The Law and Procedure of International Tribunals, Stanford, Calif., Stanford University Press, 1926.
- RAPOPORT, M.
«K voprosou ob otvetstvennosti za prestuplenia protiv chelovechestva», *Vestnik Leningradskogo Universiteta*, N.º 5, 1965.
- REDSLOB, R.
Traité de droit des gens, París, Sirey, 1950.
- REITZER, L.
La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international, París, Sirey, 1938.
- REUTER, P.
«Principes de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961-II*, Leyden, Sijthoff, 1962, t. 103.
«La responsabilité internationale», *Droit international public (cours)*, París, Les Nouvelles Institutes, 1955-1956.
Revue générale de droit international public, París, 3.ª serie, t. X, N.º 5 (septiembre-octubre de 1936).
- REINO UNIDO, WAR OFFICE
The Law of War on Land, being Part III of the Manual of Military Law, Londres, H. M. Stationery Office, 1958.
- RINAUDO, L.
«Rappresaglia (Diritto internazionale)», *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, vol. XIV, 1968.
- RITTER, J.-P.
«La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale», *Annuaire français de droit international*, 1962, París, vol. VIII.
- RIVIER, A.
Principes du droit des gens, París, Rousseau, 1896, t. I,
- RODICK, B. C.
The Doctrine of Necessity in International Law, Nueva York, Columbia University Press, 1928.
- RODIÈRE, R.
«Responsabilité du fait personnel», *Répertoire de droit civil*, 2.ª ed., París, Dalloz, 1975, t. VI.
«Responsabilité pénale», *Nouveau Répertoire de droit*, 2.ª ed., París, Dalloz, 1965, t. IV.
- ROLIN, H.
«Les principes de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1950-II*, París, Sirey, 1951, t. 77.
- RÖLING, B. V. A., y C. F. RÜTER, eds.
The Tokyo Judgment, Amsterdam, APA-University Press Amsterdam, 1977, vol. I.
- ROMANO, S.
Corso di diritto internazionale, 4.ª ed., Padua, CEDAM, 1939.
- RONZITTI, N.
«La cattura di un individuo all'estero: In margine al caso Argoud», *Rivista di diritto internazionale*, Milán, vol. XLVIII, fasc. 1, 1965.
Le guerre di liberazione nazionale e il diritto internazionale, Pisa, Pacini, 1974.
- ROOT, E.
«The outlook of international law», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 10, N.º 1 (enero de 1916).
- ROSENNE, S.
The Law of Treaties — A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention, Leyden, Sijthoff, 1970.
- ROSS, A.
A Textbook of International Law, Londres, Longmans, Green, 1947.

- ROTH, A.
Schadenersatz für Verletzungen Privater bei völkerrechtlichen Delikten, Berlín, Heymann, 1934.
Das völkerrechtliche Delikt vor und in den Verhandlungen auf der Haager Kodifikationskonferenz 1930, Leipzig, Noske, 1932.
- ROUGIER, A.
Les guerres civiles et le droit des gens, París, Larose, 1903.
- ROULET, J.-D.
Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit en droit international public, Neuchâtel, Histoire et Société d'aujourd'hui, Editions de la Baconnière, 1958.
- ROUSSEAU, CH.
 «L'aménagement des compétences en droit international», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. IV, 1930.
 «Chronique des faits internationaux», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXV, N.º 4 (octubre-diciembre de 1964).
Droit international public, París, Sirey, 1953.
Idem, nueva edición, 1970, t. I.
 «La non-intervención en España», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. XIX, N.º 2-3-4, 1938, y t. XX, N.º 1, 1939.
- RUEGGER, P.
Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates für die auf seinem Gebiete begangenen Verbrechen, Société suisse de droit international, publ. N.º 17, Zurich, Orell Füssli, 1924.
- RUILOBA SANTANA, E.
 «Consideraciones sobre el concepto y elementos del acto ilícito en derecho internacional», *Temis*, Zaragoza, N.ºs 33-36, 1973-1974.
- RUZIÉ, D.
Droit international public (mémentos Dalloz), 3.ª ed., París, Dalloz, 1978.
- SACERDOTI, G.
 «Epuisement préalable des recours internes et réserve *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de requête individuelle», *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bari, Levante, 1974.
- SALDAÑA, Q.
 «La justice pénale internationale», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1925-V, París, Hachette, 1927, t. 10.
- SALMON, J. J. A.
 «Les accords Spaak — U Thant du 20 février 1965», *Annuaire français de droit international*, 1965, París, vol. XI.
- SALVIOLI, G.
 «Gli accordi di Locarno», *Rivista di diritto internazionale*, Roma, XVIII año, serie III, vol. V, 1926.
- SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, A.
Droit international public, París, Sirey, 1936, t. III.
- SANDULLI, A. M.
Manuale di diritto amministrativo, 10.ª ed., Nápoles, Jovene, 1969.
- SAYAGUÉS LASO, E.
Tratado de derecho administrativo, Montevideo, Tip. Bianchi Altuna, 1953, vol. I.
- SCELLE, G.
Précis de droit des gens — Principes et systématique, París, Sirey, 1934, segunda parte.
- SCERNI, M.
L'abuso di diritto nei rapporti internazionali, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1930.
 «Responsabilità degli Stati», *Nuovo Digesto Italiano*, Turín, vol. XI, 1939.
- SCHNEURER, U.
 «L'influence du droit interne sur la formation du droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1939-II, París, Sirey, 1947, t. 68.
 «Der Notenwechsel zwischen der Schweiz und Italien in der Angelegenheit Cesare Rossi», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Berlín, t. I, 2.ª parte, 1929.
- SCHINDLER, D.
 «Le principe de non-intervention dans les guerres civiles» (rapport provisoire à l'Institut de droit international), *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1973, Basilea, vol. 55, págs. 416 y ss.
- SCHLOCHAUER, H.-J.
 «Die Entwicklung des völkerrechtlichen Deliktsrechts», *Archiv des Völkerrechts*, Tubinga, vol. 16, N.º 3, 1975.
 «Die Theorie des *abus de droit* im Völkerrecht», *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, vol. XVII, N.º 3, 1933.
- SCHOEN, P.
 «Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen», *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, Suplemento 2 al tomo X, 1917.
- SCHÖNKE, A., y H. SCHRÖDER
Strafgesetzbuch: Kommentar, 19.ª ed., rev. por T. Lenckner, Munich, Beck, 1978.
- SCHROEDER, E.
Die Grenzen der staatlichen Verantwortlichkeit für Handlungen von Staatsorganen im völkerrechtlichen Verkehr, Zurich, Lang, 1939.
- SCHÜLE, A.
 «Ausschluss der Rechtswidrigkeit», en *Wörterbuch des Völkerrechts*, textos compilados por K. Strupp, 2.ª edición rev. por H.-J. Schlochauer, Berlín, de Gruyter, 1962, t. III.
 «Völkerrechtliches Delikt», en *Wörterbuch des Völkerrechts*, textos compilados por K. Strupp, 2.ª edición rev. por H.-J. Schlochauer, Berlín, de Gruyter, 1960, t. I.
- SCHUTTER, B. DE
 «Competence of the national judiciary power in case the accused has been unlawfully brought within the national frontiers», *Revue belge de droit international*, 1965-I, Bruselas.
- SCHWARZENBERGER, G.
 «The fundamental principles of international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1955-I, Leyden, Sijthoff, 1956, t. 87.
International Law, 3.ª ed., Londres, Stevens, 1957, vol. I.
Idem, Londres, Stevens, 1968, vol. II

- A Manual of International Law*, 4.ª ed., Londres, Stevens, 1960, vol. I.
- «The problem of an international criminal law», *International Criminal Law*, textos compilados por G. O. W. Mueller y E. M. Wise, South Hackensack (N. J.), Rothman, 1965.
- «Uses and abuses of the *abuse of rights* in international law», en: The Grotius Society, *Transactions for the Year 1956 — Problems of Public and Private International Law*, Londres, vol. 42, 1957.
- SCHWEBEL, S. M.
- «Aggression, intervention and self-defence in modern international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1972-II*, Leyden, Sijthoff, 1973, t. 136.
- SCHWOEBEL, J.
- «Le raid israélien et la Charte de l'ONU», *Le Monde*, París, 9 de julio de 1976.
- SCISO, E.
- «Il raid egiziano a Larnaca», *Rivista di diritto internazionale*, Milán, vol. 61, N.º 4, 1978.
- SCOTT, J. B., ed.
- Diplomatic Documents Relating to the Outbreak of the European War*, Nueva York, Oxford University Press, 1916, primera parte.
- SDN
- Actes de la Conférence pour la codification du droit international* [La Haye, 13 mars — 12 avril 1930], *volume IV, Procès-verbaux de la Troisième Commission* [C.351(c).M.145(c).1930.V].
- Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III: *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* [C.75.M.69.1929.V].
- Idem*, *Supplément au tome III* [C.75(a).M.69(a).1929.V].
- SEIDL-HOHENVELDERN, I.
- «*Actio popularis* im Völkerrecht?», en: Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano, *Comunicazioni e Studi*, Milán, Giuffrè, 1975, t. XIV.
- SERENI, A. P.
- Diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1958, t. II-1, y 1960, t. II-2.
- Idem*, 1962, t. III.
- Idem*, 1965, t. IV.
- La rappresentanza nel diritto internazionale*, Padua, CEDAM, 1936.
- SEYERSTED, F.
- United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leyden, Sijthoff, 1966.
- SIBERT, M.
- Traité de droit international public*, París, Dalloz, 1951, t. I y II.
- «Contribution à l'étude des réparations pour les dommages causés aux étrangers en conséquence d'une législation contraire au droit des gens», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XV, vol. I (1941-1945).
- SILVANIE, H.
- «Responsibility of States for acts of insurgent governments», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 33, N.º 1 (enero de 1939).
- Responsibility of States for Acts of Unsuccessful Insurgent Governments*, Nueva York, Columbia University Press, 1939.
- SILVING, H.
- «In re Eichmann: A dilemma of law and morality», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 55, N.º 2 (abril de 1961).
- SIMPSON, J. L., y H. FOX
- International Arbitration Law and Practice*, Nueva York, Praeger, 1959.
- S.I.O.I. (Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale) — C.N.R. (Consiglio Nazionale delle Ricerche)
- La prassi italiana di diritto internazionale*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana Publications, 1970, 1.ª serie (1861-1887), vols. I y II.
- SKAKUNOV, E. I.
- «Samooborona i vopros o sanktsiakh v mezhdunarodnom prave», *Pravovedenie*, Leningrado, N.º 3 (mayo-junio de 1970).
- SKUBISZEWSKI, K.
- «Use of force by States. Collective security. Law of war and neutrality», *Manual of Public International Law*, textos compilados por M. Sørensen, Londres, Macmillan, 1968.
- SOCIÉTÉ SUISSE DE DROIT INTERNATIONAL
- Annuaire suisse de droit international*, 1956, Zurich, vol. XIII.
- Idem*, 1969-1970, vol. XXVI.
- SOLDATI, A.
- La responsabilité des Etats dans le droit international*, París, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1934.
- SØRENSEN, M.
- «Principes de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1960-III*, Leyden, Sijthoff, 1961, t. 101.
- «Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international» (rapport provisoire), *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1973, Basilea, vol. 55.
- «Le problème intertemporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme», *Mélanges offerts à Polys Modinos*, París, Pedone, 1968.
- SPERDUTI, G.
- «Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, Padua, XXXV año, 4.ª serie, vol. XXII, fasc. 1-2, 1943.
- «Sulla colpa in diritto internazionale», en: Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano, *Comunicazioni e studi*, Milán, Giuffrè, 1950, t. III.
- SPIEGEL, H. W.
- «Origin and development of denial of justice», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 32, N.º 1 (enero de 1938).
- SPIROPOULOS, J.
- Die de facto-Regierung im Völkerrecht (Beiträge zur Reform und Kodifikation des Völkerrechts, N.º 2)*, Kiel, Verlag des instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, 1926.
- Traité théorique et pratique du droit international public*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1933.

- STARKE, J. G.
«Imputability of international delinquencies», *The British Year Book of International Law*, 1938, Londres, vol. 19.
- STEINIGER, P. A.
«Die allgemeinen Voraussetzungen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten», *Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin, Gesellschafts- und Sprachwissenschaftliche Reihe*, Berlin, vol. XXII N.º 6, 1973.
- STONE, J.
Aggression and World Order — A Critique of United Nations Theories of Aggression, Londres, Stevens, 1958.
Legal Controls of International Conflict, Londres, Stevens, 1959.
- STOWELL, E. C.
Intervention in International Law, Washington (D. C.), Byrne, 1921.
- STREBEL, H.
«Nochmals zur Geiselfreiung in Entebbe», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 37 (1977), N.º 3-4.
- STRISOWER, L.
Rapport sur «La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1927, Bruselas, vol. 33, t. I.
- STROZZI, G.
Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale — La funzione del previo esaurimento dei ricorsi interni, Milán, Giuffrè, 1977.
- STRUPP, K.
Eléments du droit international public: universel, européen et américain, Paris, Editions internationales, 1930, vol. I.
«Les règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1934-I, Paris, Sirey, 1934, t. 47.
«Responsabilité internationale de l'Etat en cas de dommages causés aux ressortissants d'un Etat étranger en cas de troubles, d'émeutes ou de guerres civiles», en: *ILA, Report of the Thirty-first Conference, held at the Palace of Justice, Buenos Aires, 24th August - 30th August, 1922*, Londres, Sweet and Maxwell, 1923, vol. I.
«Das völkerrechtliche Delikt», *Handbuch des Völkerrechts*, textos compilados por F. Stier-Somlo, Stuttgart, Kohlhammer, 1920, t. III, primera parte.
«Die völkerrechtliche Haftung des Staates insbesondere bei Handlungen Privater», *Abhandlungen zur fortschreitenden Kodifikation des internationalen Rechts*. Kiel, Verlag des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, 1927, fasc. 1.
Das Werk von Locarno, Berlín, de Gruyter, 1926.
- STRUPP, K., ed.
Wörterbuch des Völkerrechts, 2.ª ed. rev. por H.-J. Schlochauer, Berlín, de Gruyter, 1960, t. I; 1961, t. II; 1962, t. III.
- SVARLIEN, O.
An Introduction to the Law of Nations, Nueva York, McGraw-Hill, 1955.
- SWAN SIK, K.
«Netherlands State practice for the parliamentary year 1968-1969», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1970, Leyden, vol. I.
- TAOKA, R.
The Right of Self-defence in International Law, Osaka, Osaka University of Economics and Law, 1978.
- TAVERNIER, P.
Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public (Problèmes de droit intertemporel ou de droit transitoire), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970.
- TÉNÉKIDÈS, C. G.
«L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationale», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. XIV, N.º 3, 1933.
«Les jugements nationaux "manifestement injustes" envisagés comme source de la responsabilité internationale des Etats», *Revue générale de droit international public*, Paris, 3.ª serie, t. XIII, N.º 4 (julio-agosto de 1939).
- TÉNÉKIDÈS, G.
«Responsabilité internationale», *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1969, vol. II.
- THIERRY, H. et al.
Droit international public, Paris, Montchrestien, 1975.
- THOMAS, A. J., Jr., y A. VAN WYNEN THOMAS
The Dominican Republic Crisis 1965: Background Paper and Proceedings of the Ninth Hammarskjöld Forum, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana Publications, 1967.
- THOMAS, A. VAN WYNEN, y A. J. THOMAS, Jr.
Non-Intervention: The Law and its Import in the Americas, Dallas, Southern Methodist University Press, 1956.
- TRAININ, A. N.
Zashchita mira i borba s prestupleniami protiv chelovechestva, Moscú, Instituto de Derecho Vyshinsky de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, 1956.
- TRIEPEL, H.
Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig, Hirschfeld, 1899.
Idem, Tubinga, Mohr (Siebeck), 1907.
Droit international et droit interne, tr. francesa de R. Brunet, Paris, Pedone, 1920.
- TRIFU, S.
La notion de l'abus de droit dans le droit international, Paris, Domat-Montchrestien, 1940.
- TUCKER, R. W.
«Reprisals and self-defense: The customary law», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 66, N.º 3 (julio de 1972).
- TUNKIN, G. I.
«Alcuni nuovi problemi della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale», en: Instituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano, *Comunicazioni e Studi*, Giuffrè, 1963, t. XI (1960-1962).
Droit international public — Problèmes théoriques, Paris, Pedone, 1965.
Teoria mezhdunarodnogo prava, Moscú, Mezhdunarodnye otnosheniya, 1970.
- TWISS, T.
The Law of Nations (considered as Independent Political Communities), ed. rev., Oxford, Clarendon Press, 1884.

- ULLMANN, E. VON
Völkerrecht, Tubinga, Mohr, 1908.
- ULLOA, A.
Derecho internacional público, 4.ª ed., Madrid, Ediciones Iberoamericanas, 1957, t. II.
- URBANEK, H.
 «Das völkerrechtsverletzende nationale Urteil», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. IX, N.º 2, 1958-1959.
- VAN HILLE, W.
 «Etude sur la responsabilité internationale de l'Etat», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. X, N.º 3, 1929.
- VATTEL, E. DE
Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle (1758), *The Classics of International Law*, Wáshington (D. C.), Carnegie Institution of Washington, 1916, vols. I y II.
Idem, Lyon, Robert et Gauthier, 1802, t. II.
- VENEZIA, J.-CL.
 «La notion de représailles en droit international public», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXI, N.º 1 (enero-marzo de 1960).
- VERDROSS, A.
 «Règles générales du droit international de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1929-V, París, Hachette, 1931, t. 30.
 «Theorie der mittelbaren Staatenhaftung», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, nueva serie, vol. 1, N.º 4 (mayo de 1948).
Völkerrecht, 5.ª ed., Viena, Springer, 1964.
- VERZIJL, J. H. W.
International Law in Historical Perspective, Leyden, Sijthoff, 1973, vol. VI.
 «La règle de l'épuisement des recours internes», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1954, Basilea, vol. 45, t. I.
- VISSCHER, CH. DE
 «Le déni de justice en droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1935-II, París, Sirey, 1936, t. 52.
 «Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité», *Revue générale de droit international public*, París, t. XXIV, 1917.
 «Notes sur la responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique d'après quelques documents récents», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. VIII, N.º 3, 1927.
 «La responsabilité des Etats», *Bibliotheca Visseriana*, Leyden, Brill, 1924, t. II.
Théories et réalités en droit international public, París, Pedone, 1953.
Idem, 4.ª ed., 1970.
- VISSCHER, P. DE
 «Observations sur le fondement et la mise en œuvre du principe de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies», *Revue de droit international et de droit comparé*, Bruselas, t. XXX, N.º 3-4, 1963.
- VITTA, E.
 «La necessità nel diritto internazionale», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Roma, nueva serie, vol. XI (1936).
 «Responsabilità degli Stati», *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, vol. XV, 1968.
La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi, Milán, Giuffrè, 1953.
- VON GLAHN, G.
Law among Nations: An Introduction to Public International Law, Nueva York, Macmillan, 1965.
Idem, 2.ª ed., 1970.
- VON DER HEYDTE, F. A.
Völkerrecht, Ein Lehrbuch, Colonia, Verlag für Politik und Wirtschaft, 1958, vol. I.
- VONLANTHEN, A.
Die Völkerrechtliche Selbstbehauptung des Staates, Friburgo (Suiza), Paulusdruckerei, 1944 [tesis].
- WALDOCK, H.
 «General course on public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1962-II, Leyden, Sijthoff, 1963, t. 106.
 «The regulation of the use of force by individual States in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1952-II, París, Sirey, 1953, t. 81.
- WALINE, M.
Droit administratif, 8.ª ed., París, Sirey, 1959.
- WEHBERG, H.
 «L'interdiction du recours à la force — Le principe et les problèmes qui se posent», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1951-I, Leyden, Sijthoff, 1952, t. 78.
- WEIDEN, P.
 «Necessity in international law», *Transactions of the Grotius Society*, vol. 24, *Problems of Peace and War*, Londres, Sweet and Maxwell, 1939.
- WEIL, P.
 «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1969-III, Leyden, Sijthoff, 1970, t. 128.
- WENGLER, W.
Völkerrecht, Berlín, Springer, 1964, t. I y II.
- WESTLAKE, J.
Chapters in the Principles of International Law, Cambridge, University Press, 1894.
International Law, 2.ª ed., primera parte, Cambridge, University Press, 1910.
- WHEATON, H.
Elements of International Law, 8.ª ed., Boston, Little, Brown, 1866.
Idem, 6.ª ed., rev. por A. B. Keith, Londres, Stevens, 1929, vol. I.
- WHITEMAN, M. M.
Damages in International Law, Wáshington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1937, vols. I y II.
Idem, 1943, vol. III.
Digest of International Law, Wáshington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1963, vol. 1.
Idem, vol. 2.

- Idem*, 1965, vol. 5.
Idem, 1967, vol. 8.
- WOLFF, CH.
Jus gentium methodo scientifica pertractatum (1764), *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1934, vol. II (tr. inglesa).
- WOLFF, K.
«Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1931-II*, París, Sirey, 1932, t. 36.
- WOODHOUSE, J. T.
«The principle of retroactivity in international law», en: The Grotius Society, *Transactions for the Year 1955—Problems of Public and Private International Law*, Londres, vol. 41, 1956.
- WRIGHT, Q.
«Responsibility for injuries to United Nations officials», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 43, N.º 1 (enero de 1949).
«Subversive intervention», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 54, N.º 3 (julio de 1960).
«United States intervention in the Lebanon», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 53, N.º 1 (enero de 1959).
- WYTRHLIK, J.
«Eine Stellungnahme des Reichskanzlers Bismarck zu dem Problem der mittelbaren Staatenhaftung», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. XXI, N.ºs 3-4, 1941.
- YOKOTA, K.
«War as an international crime», *Grundprobleme des internationalen Rechts—Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch, 1957.
- ZANNAS, P. A.
La responsabilité internationale des Etats pour les actes de négligence, Montreux, Ganguin et Laubscher, impr., 1952 [tesis].
- ZANOBINI, G.
Corso di diritto amministrativo, 8.ª ed., Milán, Giuffrè, 1958, vol. I.
- ZELLWEGER, E.
Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates für die Presse, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1949.
- ZORGBIBE, CH.
«La protection d'humanité», *Le Monde*, París, 7 de julio de 1976.
- ZOUREK, J.
«La notion de légitime défense en droit international», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1975, Basilea, vol. 56.

DOCUMENTO A/CN.4/328 Y ADD.1 A 4

Comentarios y observaciones de los gobiernos sobre los capítulos I, II y III de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos

[Original: español, francés, inglés, ruso]
[6 de marzo, 1.º y 21 de abril, 6 y 21 de mayo de 1980]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Abreviaturas</i>	92
<i>Nota</i>	92
INTRODUCCIÓN	92
COMENTARIOS Y OBSERVACIONES DE LOS GOBIERNOS	93
Austria	93
Barbados	98
Canadá	98
Chile	100
Malí	106
Países Bajos	107
República Socialista Soviética de Bielorrusia	108
República Socialista Soviética de Ucrania	109
Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas	109
Yugoslavia	109

ABREVIATURAS

CDI Comisión de Derecho Internacional

NOTA

Para el texto de los capítulos I, II y III de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, véase *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 108 a 111, documento A/34/10, cap. III, secc. B, subsecc. 1.

Introducción

1. En su 30.º período de sesiones, celebrado en 1978, la Comisión de Derecho Internacional decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, transmitir a los gobiernos, por conducto del Secretario General, los capítulos I, II y III de la primera parte de su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, pidiéndoles que comunicasen sus observaciones y comen-

tarios acerca de las disposiciones contenidas en esos capítulos. Se pidió a los gobiernos que presentasen sus observaciones y comentarios a esas disposiciones a más tardar el 31 de diciembre de 1979¹. A juicio de la Comisión, la complejidad del tema de la responsabili-

¹ Véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 77, documento A/33/10, párr. 92.

dad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos aconsejaba que los gobiernos dispusieran del máximo de tiempo posible para preparar las observaciones y comentarios a la luz de los cuales la Comisión habría de proceder en su día a la segunda lectura del proyecto de artículos objeto de estudio. Esas consideraciones llevaron a la Comisión a la conclusión de que los artículos contenidos en el proyecto deberían ser sometidos a los gobiernos para que formularan observaciones y comentarios, sin esperar a la aprobación en primera lectura de todo el proyecto. Ese procedimiento, a que ya había recurrido la Comisión con respecto a otros proyectos de artículos, como, por ejemplo, el relativo al derecho de los tratados, permitiría asimismo a la Comisión iniciar la segunda lectura sin demoras adicionales excesivas².

2. La Asamblea General, en el párrafo 8 de la sección I de su resolución 33/139, de 19 de diciembre de 1978, hizo suya la decisión de la Comisión. En el apartado *a* del párrafo 4 de la misma resolución recomendó asimismo que la Comisión prosiguiera

su labor sobre la responsabilidad de los Estados con el objeto de terminar por lo menos la primera lectura del grupo de artículos que constituyen la parte I del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos dentro del actual período de mandato de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en los debates celebrados en la Asamblea General y las observaciones de los gobiernos.

3. En su 31.º período de sesiones, celebrado en 1979, la CDI expresó su intención de concluir el estudio de las circunstancias que excluían la ilicitud consideradas en el octavo informe del Relator Especial que quedaban por examinar, a saber: el estado de necesidad y la legítima defensa, y completar así, en primera lectura, la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos antes de la expiración del actual mandato

² *Ibid.*

de los miembros de la Comisión, conforme a lo recomendado por la Asamblea General en su resolución 33/139³.

4. En el apartado *b* del párrafo 4 de la resolución 34/141, de 17 de diciembre de 1979, la Asamblea General recomendó, entre otras cosas, que la CDI continuase

su labor sobre la responsabilidad de los Estados con el objeto de completar, en su 32.º período de sesiones, la primera lectura del grupo de artículos que constituyen la parte I del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, teniendo en cuenta los comentarios presentados por escrito por los gobiernos y las opiniones expresadas sobre el tema en los debates celebrados en la Asamblea General [...].

5. En cumplimiento de la decisión adoptada por la CDI, que la Asamblea General hizo suya, el Secretario General, por medio de una carta firmada por el Asesor Jurídico de fecha 18 de enero de 1979, pidió a los gobiernos que transmitiesen sus comentarios y observaciones sobre las disposiciones de los capítulos I, II y III de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos a más tardar el 31 de diciembre de 1979. Para el 21 de mayo de 1980 se habían recibido respuestas a la carta del Asesor Jurídico de los Gobiernos de los Estados Miembros siguientes: Austria, Barbados, Canadá, Chile, Malí, Mauricio, Países Bajos, Qatar, República Socialista Soviética de Bielorrusia, República Socialista Soviética de Ucrania, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia. Los Gobiernos de Mauricio y de Qatar señalaron que por el momento no tenían observaciones ni comentarios que formular. Se reproducen a continuación los comentarios y observaciones recibidos de los diez Estados restantes, en orden alfabético. Los comentarios y observaciones adicionales que se reciban de los gobiernos se reproducirán en forma de adiciones al presente documento.

³ Véase *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 107, documento A/34/10, párr. 71.

Comentarios y observaciones de los gobiernos

Austria

[Original: inglés]
[25 de abril de 1980]

1. OBSERVACIONES DE CARÁCTER GENERAL

1.1. Forma del proyecto

1. La Comisión de Derecho Internacional dice en su informe sobre la labor realizada en su 25.º período de sesiones (1973) que la forma definitiva que ha de revestir la codificación de la responsabilidad de los Estados habrá de decidirse en una fase ulterior, cuando la Comisión haya finalizado el proyecto. Añade además

que, sin prejuzgar la solución que a ese respecto se adopte, ha decidido dar a su estudio la forma de un proyecto de artículos, según lo recomendado expresamente por la Asamblea General en sus resoluciones 2780 (XXVI) y 2926 (XXVII)¹.

2. Debe, no obstante, hacerse notar que los términos empleados en esas resoluciones, tales como «preparación de los proyectos de artículos» [2780 (XXVI)] o «preparar una primera serie de proyectos de artículos» [2926 (XXVII)] no reflejan tanto una firme voluntad de la Asamblea General de preparar una convención como el uso no meditado de palabras que está acostum-

¹ *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 171, documento A/9010/Rev.1, párr. 36.

brada a utilizar. Sea como fuere, tanto el presente proyecto de artículos como lo que se conoce de las demás partes son de un carácter tan sumamente teórico y están tan firmemente arraigados en una concepción determinada que es dudoso que puedan mantenerse intactos después de una conferencia diplomática. Bastaría con que se aprobase una enmienda a un artículo clave para alterar todo el sentido del proyecto.

3. Habría que reflexionar, por lo tanto, sobre otros métodos que permitan a la comunidad internacional utilizar el proyecto terminado.

1.2. Alcance del proyecto

4. Aunque hasta la fecha la CDI se ha abstenido intencionalmente de formular uno o varios artículos sobre el alcance de su proyecto², en el curso de su labor ha tenido que adoptar, sin embargo, algunas decisiones al respecto.

1.2.1. Estudio amplio

5. El actual proyecto de artículos demuestra que era útil, e incluso necesaria, la decisión de no limitar el estudio a la responsabilidad internacional por daños causados a extranjeros³, aunque la Comisión debe ahora tener cuidado de no atenerse demasiado estrictamente, en detrimento de otros elementos, a una noción específica de responsabilidad del Estado, teniendo presente que el proyecto que ha de elaborar deberá ser generalmente aceptable y tomar, por lo tanto, en consideración las distintas concepciones que existen al respecto.

1.2.2. Limitación del proyecto a la responsabilidad de los Estados

6. Al limitar el proyecto a la responsabilidad internacional de los Estados⁴, la Comisión aborda ese problema del mismo modo en que había abordado la cuestión del derecho diplomático y del derecho de los tratados. Aunque no se esté totalmente de acuerdo con los argumentos teóricos aducidos al respecto, no cabe duda de que, desde un punto de vista práctico, es preferible no complicar una labor de por sí formidable.

1.2.3. Exclusión de la responsabilidad por riesgos

7. Parece asimismo justificada la exclusión del estudio del problema totalmente diferente de la responsabilidad por actividades legales que, en la actualidad, está exclusivamente regulado por convenciones multilatera-

² Véase *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 332, documento A/8010/Rev.1, párr. 72.

³ Véase *Anuario... 1963*, vol. II, pág. 266, documento A/5509, anexo I, párr. 5.

⁴ Véase *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 331, documento A/8010/Rev.1, párr. 66, apartado a, y *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 182, documento A/9010/Rev.1, cap. II, secc. B, art. 2, párr. 11 del comentario.

les especiales (por ejemplo, sobre la energía nuclear o el espacio ultraterrestre)⁵.

8. Cabe, sin embargo, felicitar de que la Comisión haya dedicado entretanto un estudio aparte a esta importante cuestión⁶, estudio cuyo primer resultado fue el de aclarar la terminología.

1.3. Estructura del proyecto

9. Los 26 proyectos de artículos (caps. I, II y III de la primera parte), respecto de los cuales la Asamblea General, en su resolución 33/139, pidió a los gobiernos que presentaran sus observaciones y comentarios, no constituyen más que una parte del proyecto propuesto sobre la responsabilidad de los Estados. Con posterioridad a la aprobación de esa resolución, la CDI ha aprobado algunos artículos más⁷, completando así, salvo en lo que respecta a dos artículos, la primera parte del proyecto. Aunque estos artículos adicionales no entren formalmente dentro del ámbito del presente comentario, será necesario referirse algunas veces a ellos.

10. Con arreglo al plan general establecido en el informe de la CDI sobre la labor realizada en su 27.º período de sesiones (1975)⁸, el proyecto, una vez terminado, se compondrá de tres partes: la primera, sobre el origen de la responsabilidad internacional; la segunda, sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional, y una posible tercera parte, que se dedicaría a la solución de las controversias y al modo de «hacer efectiva» («mise en oeuvre») la responsabilidad internacional.

11. Este estado incompleto del proyecto hace sumamente difícil juzgar de su utilidad de conjunto. Aunque el plan general parece indicar que el proyecto, una vez terminado, abarcará todo el tema, no es posible estimar debidamente la importancia de ciertas cuestiones que, según se ha dicho, se incluirán en las partes cuyo estudio no se ha iniciado todavía. No se puede saber, por ejemplo, si, en el contexto del proyecto, se necesitarán disposiciones sobre la solución de controversias, mientras no se sepa qué tipo de artículos se proponen y qué función han de tener en el proyecto.

12. Por otra parte, la falta de información precisa sobre las cuestiones que habrán de tratarse en las partes que faltan todavía y sobre la forma en que se tratarán impide hacer comentarios claros y definitivos, incluso sobre la forma en que ha tratado la Comisión algunas cuestiones fundamentales en los proyectos de artículos ya existentes.

13. Dos ejemplos pueden ilustrar lo antedicho.

⁵ Véase *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 245, documento A/7610/Rev.1, párr. 83, y *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 172, documento A/9010/Rev.1, párrs. 38 y 39.

⁶ Véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 146 y 147, documento A/33/10, cap. VIII, secc. C; y A/CN.4/L.284 y Corr.1, cuya sección II se reproduce en *ibid.*, págs. 147 a 149, anexo.

⁷ Véase *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 108 y ss., documento A/34/10, cap. III, secc. B, subsecc. 1.

⁸ Véase *Anuario... 1975*, vol. II, págs. 60 y ss., documento A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 51.

1.3.1. La cuestión de la «falta»

14. En el informe de 1963 del Sr. Ago, Presidente de la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados, en el que se determinaron los problemas que habrían de tratarse en el estudio sobre la responsabilidad de los Estados, se menciona la «falta» como elemento subjetivo del hecho ilícito internacional planteándose la «Cuestión de que sea necesaria o no la existencia de una falta del órgano responsable de la conducta incriminada. Responsabilidad objetiva y responsabilidad ligada a la falta *lato sensu*. Problemas de los grados de la falta». Y en una nota de pie de página se añade que «Sería conveniente examinar si el estudio ha de incluir o no las importantísimas cuestiones que pueden surgir respecto de la prueba de los hechos que motivan la responsabilidad»⁹.

15. El actual proyecto de artículo 3 no menciona, sin embargo, la «falta» entre los elementos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito, sino que dice «objetivamente» que toda violación de una obligación internacional constituye un hecho internacionalmente ilícito del Estado al que es atribuible. Y, aunque la solución así adoptada no sea en modo alguno el resultado de un consenso de la teoría y la práctica del derecho internacional, ni el Relator Especial ni la CDI analizan en absoluto el problema, en sus respectivos informes, en relación con el artículo 3, ni explican las razones de su elección. Todo ello es tanto más sorprendente cuanto que el Relator Especial, en un texto titulado «Le délit international», considera la falta como un elemento «subjetivo» esencial del hecho internacionalmente ilícito¹⁰.

16. A pesar de esa elección de la CDI, el término «negligencia» se desliza a veces en los comentarios del Relator Especial¹¹ o de la CDI¹², pero sin definirlo en ninguna parte ni dar ninguna norma al respecto¹³.

17. A pesar de todo, no cabe expresar ninguna opinión definitiva sobre la cuestión, puesto que ésta puede todavía ser reglamentada en las partes que aún faltan del proyecto.

18. Hay algo que debe, no obstante, decirse claramente: aunque se esté de acuerdo con el punto de vista del Relator Especial¹⁴ —que la Comisión hizo suyo— de que «la responsabilidad internacional de los Estados era uno de los temas en que el desarrollo progresivo del derecho podría desempeñar un papel espe-

cialmente importante»¹⁵, tal desarrollo progresivo exigiría todavía en cada caso argumentos convincentes para ser aceptable. Y cerrar los ojos ante un problema no puede llevar a convencimiento alguno.

1.3.2. El problema de la graduación de las obligaciones internacionales según su importancia para la comunidad internacional

19. Tampoco este problema puede ser debidamente evaluado sin disponer de la segunda parte. En el informe sobre la labor realizada en su 22.º período de sesiones (1970), la Comisión apoyó la advertencia del Relator Especial¹⁶ de no confundir la labor relativa a la determinación de los principios que rigen la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales con la de definición de las normas que imponen a los Estados obligaciones cuya violación puede dar lugar a responsabilidad. Admitió, sin embargo, que estas últimas podían considerarse como un elemento necesario para «estimar la gravedad de un hecho internacionalmente ilícito y como criterio para determinar las consecuencias que debían serle atribuidas»¹⁷, lo que probablemente deba hacerse en la segunda parte.

20. Parece, sin embargo, que, por razones de carácter sistemático, la Comisión se vio obligada a introducir en el artículo 19 una distinción entre «crimen internacional» y «delito internacional», distinción basada en la calidad de la norma que haya sido violada y acerca de la cual se dan varios ejemplos en el texto del artículo.

21. Si tal distinción, en la que se hace especial hincapié en la teoría soviética del derecho internacional, es útil y se justifica en el presente contexto, sólo se podrá determinar cuando se hayan formulado en la segunda parte del proyecto las consecuencias de esas dos categorías de hechos internacionalmente ilícitos.

2. COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

22. Dado que el proyecto no está todavía concluido, las observaciones no se referirán tanto a la formulación del proyecto de artículos como al modo en que se han tratado en éste las cuestiones fundamentales. En consecuencia, las observaciones sobre cada uno de los proyectos de artículos sólo se formulan en relación con tales cuestiones.

23. Una dificultad adicional proviene del hecho de que la Comisión lleva muchos años trabajando sobre este proyecto y, en el curso de esos años, ha ido cambiando, por un motivo u otro, su posición sobre algunos puntos, de modo que los comentarios que ha hecho sobre los artículos posteriores no siempre están en armonía con los relativos a artículos anteriores.

⁹ *Anuario...* 1963, vol. II, pág. 266, documento A/5509, anexo I, párr. 6.

¹⁰ R. Ago, «Le délit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1939-II*, París, Sirey, 1947, t. 68, págs. 62 a 84.

¹¹ Véase *Anuario...* 1970, vol. II, pág. 208, documento A/CN.4/233, párr. 51; y *Anuario...* 1971, vol. II (primera parte), pág. 238, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3, párr. 71.

¹² Véase *Anuario...* 1973, vol. II, pág. 186, documento A/9010/Rev.1, cap. II, secc. B, art. 3, párr. 11 del comentario.

¹³ Véase asimismo *infra*, secc. 2.3, comentarios al artículo 23.

¹⁴ *Anuario...* 1970, vol. II, págs. 197 y 198, documento A/CN.4/233, párr. 24.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 332, documento A/8010/Rev.1, párr. 71.

¹⁶ *Ibid.*, págs. 196 a 198, documento A/CN.4/233, párrs. 22 a 25.

¹⁷ *Ibid.*, pág. 331, documento A/8010/Rev.1, párr. 66, apartado c.

2.1. Principios generales (cap. I, arts. 1 a 4)

Artículo 1

24. En el párrafo 12 del comentario al artículo 1 la Comisión estimó

que no podía aceptar la idea de ciertos tratadistas que desean que la regla de que todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a una responsabilidad internacional de ese Estado sea objeto de una excepción cuando en la comisión del hecho ilícito haya intervenido alguna de las circunstancias siguientes: fuerza mayor o caso fortuito, consentimiento del Estado lesionado, ejercicio legítimo de una sanción, legítima defensa o estado de necesidad.

La Comisión opinó que

el verdadero efecto de la existencia de esas circunstancias no consiste, normalmente al menos, en excluir la responsabilidad que, de otro modo, se derivaría de un hecho ilícito en sí, sino más bien en excluir que se califique de ilícito el comportamiento del Estado en una de las circunstancias mencionadas¹⁸.

Proponía en consecuencia que la cuestión se tratase en el capítulo V de la primera parte del proyecto.

25. Aunque este punto de vista parezca básicamente correcto, no está en conformidad con el párrafo 7 del comentario al artículo 2, que dice lo siguiente:

El comportamiento de un Estado cuando tiene lugar, por ejemplo, en circunstancias de legítima defensa, fuerza mayor o ejercicio legítimo de una sanción, no constituye un hecho internacionalmente ilícito, ya que, en tales circunstancias, el Estado no tiene que observar la obligación internacional que normalmente debería respetar ni, por lo tanto, puede haber violación de tal obligación¹⁹.

26. Si se compara esta segunda declaración con los términos en que está redactado el artículo 1, los casos previstos parecen quedar excluidos del ámbito del proyecto porque, de conformidad con ese artículo, éste sólo se aplica a la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos. Ahora bien, ésa es precisamente la impresión que, según el comentario al artículo 1, no quisiera dar la Comisión. De todas formas, si, como parece sugerir el párrafo 13 del comentario al artículo 1²⁰, lo único que significan esos comentarios aparentemente contradictorios es que la responsabilidad internacional no se limita a los hechos internacionalmente ilícitos, ello debería expresarse más claramente en el texto y no sólo en el comentario. El carácter necesario de tal concepción debería revisarse, además, a la luz de la decisión adoptada por la Comisión con respecto a la responsabilidad por daños resultantes de actividades legales²¹.

27. En todo caso, como se ha señalado en la sección 1.3, se trata de uno de los artículos cuya apreciación final depende de la forma en que se complete el proyecto.

¹⁸ *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 179, documento A/9010/Rev.1, cap. II, secc. B.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 181.

²⁰ *Ibid.*, pág. 179.

²¹ Véase *supra*, secc. 1.2.3.

Artículo 2

28. En el párrafo 5 del comentario al artículo 2, la Comisión considera el caso de los Estados miembros de una unión federal que han conservado, dentro de ciertos límites, cierta personalidad internacional. Al referirse a la teoría según la cual «incluso cuando el Estado miembro es el que, dentro de los límites de su personalidad internacional, ha asumido una obligación para con otro Estado, será, sin embargo, el Estado federal y no el Estado miembro el que asumirá la responsabilidad por la violación de tal obligación por el Estado miembro», la Comisión declara:

[...] Sin querer adoptar ninguna postura en la presente fase sobre el fundamento de tal conclusión, la Comisión ha observado que, incluso si se considera fundada esa conclusión, la violación de una obligación internacional por un Estado miembro dotado de personalidad internacional seguirá constituyendo un hecho internacionalmente ilícito de este último²².

29. Aunque la opinión expresada en la última parte de la frase parece correcta, no puede conciliarse con la opinión antes mencionada, de modo que la parte de la segunda oración que la vincula a la primera, «incluso si se considera fundada esa conclusión», induce a error. Es evidente que dos sujetos de derecho diferentes no pueden asumir la responsabilidad del mismo hecho, a menos que se den las condiciones previstas en el artículo 27 o en el artículo 28²³.

30. Lo que probablemente se ha querido indicar es que las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito cometido por un Estado miembro de una unión federal pueden afectar al Estado federal, por ejemplo cuando, a consecuencia de ese hecho, exista una obligación de indemnizar monetariamente y el Estado miembro no tenga autonomía financiera. Aunque esa situación se tratará probablemente en la segunda o en la tercera parte del proyecto, la Comisión debería en todo caso eliminar la inconsecuencia actual del comentario al artículo 2.

Artículo 3

31. En este artículo, que es probablemente el artículo clave de todo el proyecto, la Comisión establece dos elementos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito: una violación de una obligación internacional (elemento objetivo) atribuible a ese Estado (elemento subjetivo).

32. Como se ha señalado ya en la sección 1.3.1, es imposible, en la fase actual del proyecto, en la que todavía faltan partes esenciales, determinar si la omisión de la palabra «falta» en la definición de los elementos subjetivos del hecho internacionalmente ilícito resulta satisfactoria.

33. Lo mismo puede decirse con respecto a la omisión del elemento de «daño» o «perjuicio» en la defi-

²² *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 180 y 181, documento A/9010/Rev.1, cap. II, secc. B.

²³ Véase *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 284 y 285, documento A/9610/Rev.1, cap. III, secc. B, subsecc. 2, art. 7, párrs. 9 a 11 del comentario.

nición de los elementos objetivos del hecho internacionalmente ilícito. Los argumentos en que se basó el Relator Especial²⁴, y que fueron, *grosso modo*, aceptados y repetidos por la CDI²⁵, parecen lógicos y convincentes. No obstante, sólo se podrá hacer una evaluación definitiva cuando se haya preparado la segunda parte del proyecto, puesto que sólo entonces se sabrá qué tipos de indemnización prevé la Comisión para los hechos internacionalmente ilícitos que no causan daño «económico» ni «moral»²⁶. La solución satisfactoria de este problema será la prueba decisiva de la utilidad del artículo 3 en su formulación actual.

2.2. El «hecho del Estado» según el derecho internacional (cap. II, arts. 5 a 15)

Artículo 7

34. Véanse *supra* las observaciones formuladas con respecto al artículo 2.

Artículo 8

35. La redacción del apartado *a* de este artículo es ambigua, pues parece comprender los casos en que una persona o un grupo de personas «actuaba de hecho por cuenta» del Estado en transacciones de derecho privado, es decir, del mismo modo que las personas privadas. Como señala la Comisión²⁷, una condición indispensable de los casos comprendidos en ese apartado es el ejercicio efectivo de prerrogativas del poder público.

36. Lo mismo podría decirse con respecto al apartado *a*. El Relator Especial declaró en el comentario al proyecto de artículo 8: «El criterio en que se inspira el derecho internacional [...] exige que se tenga en cuenta el carácter público de la función o de la misión en cuyo ejercicio se haya cometido la acción u omisión contraria al derecho internacional»²⁸. Sería, por lo tanto, preferible calificar la formulación del apartado *a* de modo que se limitase al ejercicio efectivo de prerrogativas del poder público o, al menos, que excluyese las transacciones de derecho privado.

Artículo 13

37. Cabe preguntarse si, con la decisión adoptada por la CDI de no incluir en este artículo un segundo párrafo, que corresponda a las disposiciones de los ar-

²⁴ Véase *Anuario... 1970*, vol. II, págs. 208 y 209, documento A/CN.4/233, párrs. 53 y 54; y *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), págs. 238 y 239, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3, párrs. 73 y 74.

²⁵ Véase *Anuario... 1970*, vol. II, págs. 333 y 334, documento A/8010/Rev.1, párr. 81; y *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 186 y 187, documento A/9010/Rev.1, cap. II, secc. B, art. 3, párr. 12 del comentario.

²⁶ *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 186 y 187, documento A/9010/Rev.1, cap. II, secc. B, art. 3, párr. 12 del comentario.

²⁷ Véase *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 290, documento A/9610/Rev.1, cap. III, secc. B, subsecc. 2, art. 8, párr. 11 del comentario.

²⁸ *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), págs. 285 y 286, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3, párr. 191.

tículos 11, 12 y 14, se ha resuelto satisfactoriamente la cuestión. Como explica la Comisión, un Estado territorial podría incurrir en responsabilidad internacional si se «asociara a la realización, por un órgano de la organización, de una acción constitutiva de un hecho internacionalmente ilícito, o si, ante la realización de esa acción, no reaccionara en las formas apropiadas»²⁹. Sin subestimar las dificultades inherentes a la elaboración de una disposición adecuada, a que alude la CDI, es improbable que el mero silencio del proyecto logre resolver el problema. La incertidumbre creada por ese silencio puede, por el contrario, dar lugar a innecesarias controversias internacionales.

Artículo 14

38. Al leer el párrafo 12 del comentario al artículo 8³⁰ en relación con los párrafos 3 a 5 del comentario sobre el artículo 14³¹ no se ve claramente si el párrafo 1 del artículo 14 comprende el caso de un movimiento insurreccional, *reconocido por Estados extranjeros como gobierno local «de facto»*, que no logra en última instancia establecerse en ninguna de las formas previstas en el artículo 15, sino que es derrotado por las autoridades centrales. También en este caso, la incertidumbre puede ser causa de controversias innecesarias.

2.3. Violación de una obligación internacional (cap. III, arts. 16 a 26)

Artículo 18

39. Aunque el concepto en que se basa el párrafo 2 del artículo está totalmente en armonía con el derecho internacional actual, la Comisión no ha conseguido desgraciadamente reflejarlo en el texto del artículo tan bien como lo había expresado en el comentario³². Las palabras «dejará de considerarse como un hecho internacionalmente ilícito si, ulteriormente,» carecen de la precisión necesaria para evitar que se produzcan situaciones que, según el mencionado comentario, la Comisión trataba de eludir.

Artículo 19

40. Véanse *supra* los comentarios que se hacen en la sección 1.3.2.

Artículos 20, 21 y 22

41. Aunque en las circunstancias actuales es raro que los particulares dispongan de recursos legales contra la inacción de los legisladores, no está teóricamente ex-

²⁹ *Anuario... 1975*, vol. II, pág. 98, documento A/10010/Rev.1, cap. II, secc. B, subsecc. 2, art. 13, párr. 13 del comentario.

³⁰ *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 281, documento A/9610/Rev.1, cap. III, secc. B, subsecc. 2.

³¹ *Anuario... 1975*, vol. II, págs. 98 y 99, documento A/10010/Rev.1, cap. II, secc. B, subsecc. 2.

³² Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 90, documento A/31/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2, art. 18, párr. 18 del comentario.

cluido, ni es prácticamente imposible, que lleguen a disponer de tales recursos. Caso de que tal recurso exista, el extranjero interesado tendrá que agotar los recursos internos en las circunstancias previstas en el artículo 22, aunque la obligación violada sea una de las que exigen del Estado la observancia de un comportamiento determinado (art. 20).

42. Parecería, por lo tanto, conveniente que la aplicación del artículo 22 no se limitara a las obligaciones mencionadas en el artículo 21, sino que en su primera frase se incluyesen las obligaciones que exigen la observancia de un comportamiento determinado. Puesto que lo único que hay que agotar son los recursos «efectivos», la situación no cambiaría para los Estados que no ofrezcan a los particulares recursos jurídicos contra la inacción de sus legisladores; pero la nueva formulación sugerida dejaría margen para otras modificaciones.

Artículo 23

43. La calificación de las obligaciones que se mencionan como ejemplos en el comentario al artículo³³ como obligaciones de impedir que sobrevenga un acontecimiento dado, en la inteligencia de que «El Estado al que incumbe una obligación de esta clase no puede pretender haber logrado el resultado requerido alegando que ha establecido un sistema perfecto de prevención si ese sistema, en la práctica, resulta ineficaz y permite que se produzca el acontecimiento»³⁴, conduce a resultados inaceptables si no se tiene en cuenta el elemento de «debida diligencia». La afirmación de que «Sólo cuando éste [tal acontecimiento] ha podido producirse porque el Estado, por su comportamiento, no ha sabido prevenirlo y cuando resulta que hubiera podido evitarlo mediante un comportamiento diferente...»³⁵ supondría, literalmente interpretada, la posibilidad de exigir de un Estado que disponga todo su ejército alrededor de una misión diplomática extranjera para impedir que se infrinja su inviolabilidad, por el solo hecho de que, evidentemente, «hubiera podido» adoptar ese «comportamiento diferente». No cabe duda de que no es ése el resultado que se ha pretendido lograr con el texto actual de esta norma.

44. Y la Comisión parece haberlo comprendido así, puesto que, para hacer más ponderadas las afirmaciones mencionadas, se refiere luego al «comportamiento [...] que [...] habrá sido *razonable* esperar que adoptara»³⁶, o a la «falta de prevención»³⁷, o a la adopción de «las medidas *normalmente* apropiadas para impedir»³⁸, pero ninguna de estas calificaciones se refleja en el texto del artículo. Por el contrario, la Comisión, al suprimir del texto propuesto por el Relator Especial las palabras

«a consecuencia de una falta de prevención»³⁹, eliminó la última condición calificadora.

45. Aunque, como se ha dicho ya en la sección 1.3.1, no es posible evaluar de modo definitivo un proyecto de artículos que todavía no se ha concluido, es difícil comprender cómo se podrían obviar las deficiencias mencionadas del artículo 23 en otra parte del proyecto sin mejorar el texto actual del artículo y sin ajustar el comentario a ese nuevo texto.

³⁹ *Ibid.* (primera parte), pág. 39, documento A/CN.4/307 y Add.1 y 2, párr. 19.

Barbados

[Original: inglés]
[7 de noviembre de 1979]

Es sumamente conveniente que el proyecto de artículos, que constituye una enunciación completa y explícita de los principios en que se basa la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, sea objeto de una convención.

Canadá

[Original: inglés]
[11 de enero de 1980]

1. El Gobierno del Canadá considera que los proyectos de artículos 1 a 26, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional sobre la cuestión de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, pueden constituir una importante contribución a la codificación y el desarrollo progresivos del derecho internacional en una esfera crítica de las relaciones interestatales. La decisión de la Comisión de concentrar sus esfuerzos en la formulación de «normas secundarias» de la responsabilidad de los Estados y de evitar en su actual programa de trabajo la elaboración de definiciones de hechos de los Estados que podrían constituir hechos internacionalmente ilícitos ha contribuido, efectivamente, a que la Comisión lograra un éxito considerable con respecto a los 26 proyectos de artículos presentados para que se formulen observaciones y comentarios sobre ellos. Dado que no es posible evaluar plenamente las consecuencias de estos proyectos de artículos hasta tanto no se hayan completado los dos proyectos de artículos restantes en la primera parte y toda la segunda parte del proyecto, relativa al contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional, las observaciones y comentarios que se presentan a continuación son necesariamente de carácter general y provisionales.

2. El Canadá, en su calidad de Estado federal, apoya plenamente el concepto contenido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7, en el cual el comportamiento, conforme se lo define, de una entidad pública territorial dentro de un Estado se considera un hecho del propio Estado. Este concepto es coherente con la teoría y la práctica de Estados federales tales como el Canadá. Sin embargo, debe expresar preocupación con respecto

³³ Véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 80 y 81, documento A/33/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2, art. 23, párr. 3 del comentario.

³⁴ *Ibid.*, pág. 81, párr. 4 del comentario.

³⁵ *Ibid.*, párr. 6 del comentario [no subrayado en el original]. Véanse también págs. 84 y 85, párr. 16 del comentario.

³⁶ *Ibid.*, pág. 82, párr. 6 del comentario [no subrayado en el original].

³⁷ *Ibid.*, págs. 82 y 84, párrs. 8 y 14 del comentario.

³⁸ *Ibid.*, pág. 84, párr. 13 del comentario [no subrayado en el original].

a la amplitud de la responsabilidad de un Estado tal como se delinea ésta en el párrafo 2 del proyecto de artículo 7. El Gobierno del Canadá considera que debe estudiarse más a fondo la cuestión de la atribución a un Estado de responsabilidad con respecto al comportamiento de una entidad que no forma parte de la estructura misma del Estado o de una entidad pública territorial pero que esté facultada para ejercer prerrogativas del poder público. En opinión del Gobierno del Canadá, las circunstancias en que debe considerarse responsable a un Estado por esos hechos deben delimitarse en forma más restrictiva. En consecuencia, se reserva su posición sobre este párrafo.

3. El Gobierno del Canadá debe hacer con respecto al párrafo *b* del artículo 8 una observación similar a la formulada en relación con el párrafo 2 del artículo 7, y se reserva en consecuencia su posición con respecto a este párrafo.

4. En opinión del Gobierno del Canadá, el párrafo 1 del proyecto de artículo 18 establece correctamente la norma con respecto al requisito de que sólo puede producirse una violación de una obligación internacional con respecto a una obligación que esté en vigor respecto del Estado interesado en el momento de la comisión del hecho en cuestión. Cabe considerar más a fondo si los párrafos 3, 4 y 5 del proyecto de artículo 18, que contienen detalles de la norma, son necesarios. De los tres, el Gobierno del Canadá estaría de acuerdo con lo dicho por el representante de Nueva Zelanda en la Sexta Comisión, en el sentido de que el párrafo 4, que se refiere a los hechos compuestos, parecería revestir suma importancia¹. Sin embargo, siempre que sea posible, el Gobierno del Canadá considera que las normas que se elaboran deben redactarse de la manera más simple posible. El párrafo 2 del proyecto de artículo 18 parece sancionar el concepto de la retroactividad. Dado que el Gobierno del Canadá considera que este concepto, en lo que respecta a las disposiciones jurídicas, debe circunscribirse en la mayor medida posible, su opinión es que el párrafo 2 del proyecto de artículo 18, junto con los párrafos 3, 4 y 5, debe estudiarse más a fondo. En consecuencia, se reserva su posición sobre este proyecto de artículo.

5. El Gobierno del Canadá considera que la Comisión, al elaborar el proyecto de artículo 19, ha formulado una norma fundamental de la responsabilidad del Estado y ha entrado en una esfera de controversia que sería mejor dejar de lado por el momento. A pesar de la aceptación, en el nivel judicial superior de la comunidad internacional, del concepto de las obligaciones del Estado para con la comunidad internacional en su totalidad, debe reconocerse que la impracticabilidad en el momento actual de formular definiciones de hechos internacionalmente ilícitos debe inhibir *a fortiori* la posibilidad de lograr un consenso sobre definiciones de crímenes internacionales y del concepto de la responsabilidad del Estado por los crímenes internacionales. Al mismo tiempo, el Gobierno del Canadá se suma a la

opinión generalmente aceptada en cuanto a la gravedad de las violaciones de las obligaciones indicadas en los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 19. Dado que no es posible elaborar una posición definitiva con respecto al artículo 19 al carecerse de proyectos de disposiciones sobre las consecuencias prácticas de las violaciones o crímenes internacionales tal como se definen, que podrían indicarse en la segunda parte del actual proyecto de la Comisión (o en la tercera parte, relativa al modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional, en caso de redactarse ésta), el Gobierno del Canadá se reserva su posición con respecto a este proyecto de artículo.

6. Con respecto a los artículos 20, 21 y 23, el Gobierno del Canadá expresa la opinión de que si bien en la teoría jurídica la distinción entre «obligaciones de conducta» y «obligaciones de resultado» tiene cierta lógica, cabe preguntarse si, dada la dificultad probable de aplicar la distinción a los casos reales, esa distinción es necesaria. En opinión del Gobierno del Canadá, la Comisión debe hacer todos los esfuerzos posibles por verter los principios aplicables en disposiciones tan simples y breves como sea posible. En consecuencia, estos tres proyectos de artículos deberían revisarse para determinar con certeza si la distinción que hacen es necesaria y práctica. En tanto se efectúe esa revisión, el Gobierno del Canadá se reserva su posición al respecto.

7. Si bien puede considerarse que en el artículo 22 se formula la norma de los recursos internos de manera aceptable, el Gobierno del Canadá desea expresar su opinión, en respuesta a la invitación que figura en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 29.º período de sesiones (1977), sobre la cuestión de la decisión de la Comisión

de no limitar explícitamente el alcance del principio a casos concernientes a comportamientos observados por el Estado «dentro del ámbito de su jurisdicción»².

En opinión del Gobierno del Canadá, tanto la norma de los recursos internos como la excepción a ella en relación con el daño a particulares extranjeros o a sus bienes causado fuera del territorio del Estado interesado están firmemente establecidas en el derecho internacional. En consecuencia, el Gobierno del Canadá considera que el proyecto de artículo 22 debe volver a redactarse para tener en cuenta esta excepción bien conocida. El Gobierno del Canadá se reserva su posición sobre esta cuestión hasta que se realice una revisión.

8. El Gobierno del Canadá comprende plenamente la importancia de los proyectos de artículos 24, 25 y 26 sobre el momento y la duración de la violación de una obligación internacional. Las consecuencias prácticas se han ilustrado gráficamente en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 30.º período de sesiones (1978)³. Sin embargo, cabe considerar si el de-

² *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 53, documento A/32/10, cap. II, secc. B, subsec. 2, art. 22, párr. 61 del comentario.

³ Véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 86, documento A/33/10, cap. III, secc. B, subsec. 2, art. 24, párr. 5 del comentario.

¹ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión, párr. 14; e *ibid.*, fascículo del período de sesiones, corrección.

talle y la complejidad de estas tres normas tal como están redactadas son necesarios. En opinión del Gobierno del Canadá, la Comisión debe examinar estos tres proyectos de artículos con miras a determinar si las normas contenidas en ellos están expresadas de la manera más sencilla y práctica posible.

Chile

[Original: español]
[9 de octubre de 1979]

1. En el curso de su 30.º período de sesiones (1978), la Comisión de Derecho Internacional decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, transmitir a los Gobiernos de los Estados Miembros, por conducto del Secretario General, los capítulos I, II y III de la primera parte de su proyecto sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, solicitando al mismo tiempo el envío de las observaciones pertinentes.

2. Por nota LE 113 (33), de 18 de enero de 1979, se comunicó al Gobierno de Chile la decisión antes mencionada y en la cual el Secretario General agradecería la remisión de aquellas observaciones y comentarios que las disposiciones del proyecto aludido, ya aprobado por la Comisión, le merecieren; ello, lo antes posible y a más tardar el 31 de diciembre de 1979.

3. Sobre el particular, el Gobierno de Chile está cierto de que la CDI, al abordar el tema de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, ha decidido llevar a la normatividad escrita uno de los asuntos más relevantes y profundamente arraigados en la doctrina del derecho internacional, tanto que esta materia con justicia ha sido calificada como la piedra angular de este sistema jurídico. Cabe, de este modo, valorar como meritorio el esfuerzo de la Comisión al dar su aprobación preliminar a los tres primeros capítulos de la primera parte del proyecto en cuestión, en el entendido de que al existir consenso respecto de sus disposiciones se está edificando sólidamente la estructura normativa de los comportamientos internacionales y afianzando las relaciones armónicas entre los pueblos.

4. Tal como lo señala la Comisión en su informe anual¹, y según el plan sancionado por ella, la primera parte del proyecto está destinada a ventilar el origen de la responsabilidad internacional, determinando las circunstancias y fundamentos por los cuales tal responsabilidad ha sobrevenido para el Estado que incurre en un hecho internacionalmente ilícito que le es imputable. A su vez, esta primera parte, siguiendo un orden lógico, se ha dividido en cinco capítulos, de los cuales los tres primeros se hallan actualmente sometidos a la consideración de los Gobiernos de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, y que se refieren, respectivamente, a principios generales, al hecho del Estado según el derecho internacional, y a la violación de una obligación internacional.

5. El capítulo inicial de la primera parte del proyecto de articulado sobre responsabilidad internacional reseña en forma lúcida el fundamento de la institución en comentario, al observar, en su artículo 1, que todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad consecuente. Intimamente ligado a lo anterior, el artículo 2 del proyecto confiere a la responsabilidad del derecho de gentes un carácter universal, preceptuando en esencia que todo Estado está sujeto a la posibilidad de que se le considere responsable por un ilícito actuar suyo.

6. De acuerdo con estas disposiciones, la base en que se asienta la responsabilidad del Estado es el carácter jurídicamente vinculante del derecho internacional. La Comisión recoge así una tendencia ampliamente compartida, tanto en doctrina como en la práctica. En una visión de contexto es necesario, sin embargo, concordar estos preceptos con lo que disponen los artículos 16 y 19, ambos ubicados en el capítulo III de esta primera parte, ya que en conjunto estructuran la fundamentación técnico-jurídica a que se ha hecho mención. Según el artículo en segundo término citado, un Estado incurre en un hecho internacionalmente ilícito cuando su comportamiento «constituye una violación de una obligación internacional [...] sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada»; por su parte, el artículo 16 da el punto de referencia para determinar cuándo hay violación de una obligación internacional por parte de un Estado: «cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación». El artículo 4, por su parte, confiere al derecho internacional la exclusividad en la calificación del hecho de un Estado como internacionalmente ilícito, acogiendo el sano principio de que un Estado no puede escapar a su responsabilidad internacional invocando su normatividad interna; la circunstancia de hablar de «hecho internacionalmente ilícito» ya anticipa la preeminencia del orden internacional por sobre el doméstico de los Estados.

7. De esta manera, la Comisión ha definido con acierto la sustentación jurídica de la responsabilidad internacional del Estado al hacerla reposar en el carácter obligatorio de este orden normativo. Basta el quebrantamiento, el entuerto jurídicamente reconocible, para constituir al ente que vulnera, por un hecho suyo positivo o negativo, en responsable para el orden internacional, de modo que se le pueda exigir el cumplimiento de la obligación de reparar. El proyecto ha dado a la responsabilidad internacional de los Estados una fisonomía substancialmente objetiva, amplia y no menos rigurosa, como global y estricto ha de ser el acatamiento al sistema jurídico del que ella emana.

8. En fin, el artículo 3 del proyecto especifica las condiciones que de consuno configuran el hecho internacionalmente ilícito y que, en síntesis, son: el hecho del Estado y la violación de una obligación internacional, materias que son dilucidadas en los capítulos II y III, respectivamente. El apartado *a* de esta disposición introduce un elemento nuevo cuando prescribe que un hecho internacionalmente ilícito puede ser atribuible a un Estado, ya por su acción, ya por su omisión. En efecto, no siempre el derecho internacional contempla obliga-

¹ Anuario 1979, vol. II (segunda parte), págs. 105 y 106, documento A/34/10, párrs. 66 y 67.

ciones activas, esto es, que sus sujetos se comporten de tal modo que con su actuar provoquen un cambio en el mundo exterior; hay ocasiones en que la regla internacional estatuye u ordena, mediante prohibitivo, una abstención, un no hacer. Estas particularidades de ilicitudes activas y pasivas están reglamentadas en etapas ulteriores dentro del mismo proyecto. Ahora bien, su apartado *b* añade que el comportamiento del Estado se tornará internacionalmente ilícito al momento en que constituya una violación de una obligación internacional. Conforme a lo expresado con antelación, bien pudo este párrafo haberse omitido, pues se muestra reiterativo al interpretar armónicamente los artículos 3, apartado *a*, 4, 16 y 19, en el sentido anotado². Sin embargo, por su ubicación permite concluir, por una parte, que la Comisión no quiso dar margen a duda en la constitución del hecho internacionalmente ilícito y, por otra, que con su redacción actual el artículo 3 encadena, en su orden metódico, el capítulo I a los que le siguen.

9. En suma, el capítulo I de la primera parte del proyecto de articulado sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos contiene, en su letra y espíritu, una estructura bien cuidada, fruto de un prolijo estudio del derecho internacional contemporáneo. y tiene la dosificación justa para sentar en la profundidad adecuada las bases de esta institución jurídica, considerada hoy columna vertebral del sistema normativo internacional.

10. El capítulo II de la primera parte del proyecto en cuestión trata del «hecho del Estado» según el derecho internacional. Al respecto, el artículo 5 dispone que se considerará hecho del Estado el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad. La norma general que se ha descrito obedece a razones obvias. El Estado, como persona jurídica dotada de potestades soberanas, manifiesta su voluntad a través de sus órganos competentes, los que, a su vez, son servidos por personas naturales. Serán, pues, los órganos del Estado los que en la vida práctica reflejarán la decisión de ese Estado en cuanto tal; son, si se quiere, sus prolongaciones físicas. Es esta concepción la que permite apreciar que en el campo interno o externo se manifiestan decisiones o actos, no de individuos particularmente considerados, sino del Estado mismo, por cuanto ha sido la norma jurídica la que ha atribuido o imputado los comportamientos y voliciones de aquéllos a éste. Como bien observa el precepto aludido, corresponde a los órdenes internos la determinación de los órganos del Estado y la esfera de sus atribuciones. A la luz del derecho internacional, poco importa la distribución administrativa o funcional de los Estados; cada uno es soberano en la distribución de sus competencias internas, de acuerdo con sus características propias, en pro de la realización de la voluntad típica de su conglomerado nacional. A lo que sí está atento es a la imputación al Estado, como sujeto de derecho internacional, de los comportamientos vulnerantes de los entes que, según

la normatividad interna de los mismos, expongan la voluntad de aquél. Por ello el artículo 6 del proyecto es explícito cuando considera hecho del Estado el comportamiento de un órgano, tanto si pertenece al poder constituyente, ejecutivo, legislativo, judicial o a otro poder, como si sus funciones tienen un carácter internacional o interno y cualquiera sea su posición, superior o subordinada, en el marco de la organización del Estado.

11. Al Estado, el derecho internacional, y particularmente la responsabilidad que dimana de este sistema, lo considera como un todo. Lo que es relevante para este ordenamiento es la manifestación de voluntad estatal. El artículo 7 del proyecto, por lo tanto, completa los dos preceptos anteriores al indicar, en su párrafo 1, que también se estimarán hecho del Estado los actos y omisiones de órganos de entidades públicas territoriales de ese Estado, siempre que hayan actuado en esa calidad. Se trata, pues, de entidades que, para el ordenamiento doméstico de los Estados, tienen una personalidad distinta del propio Estado, pero gozan de ciertas prerrogativas o potestades públicas, como es el caso de los municipios, provincias, regiones, cantones, etc., materia que ha sido ampliamente conocida por la práctica internacional. Esto no excluye la hipótesis del Estado federal, y así lo ha sostenido la CDI en su informe al comentar la cuestión³. Con su párrafo 2, la Comisión cierra la gama de entidades que, ya como órganos del Estado u otras entidades públicas, prestan a la colectividad ciertos servicios, cumpliendo de este modo funciones que implican el ejercicio de prerrogativas del poder estatal.

12. En su afán de otorgar una visión global, la Comisión, a través de su artículo 8 del proyecto, completa la hipótesis en la que la acción de ciertos individuos es reputada «hecho del Estado». Si los tres preceptos anteriores aludían al comportamiento de órganos que se insertaban en la estructura orgánica del Estado, así como las conductas de órganos de entidades públicas territoriales del Estado o de otras entidades habilitadas por el derecho interno para ejercer ciertas prerrogativas del poder público, el artículo antes citado atribuye al Estado la acción de personas que, en su calidad de particulares, se desenvuelven de hecho por cuenta de ese Estado, esto es, sin haber recibido investiduras oficiales en cuanto órganos del sistema estatal. Es importante, en la especie, la consagración del principio de la efectividad en el orden internacional; es así como por su apartado *a* se considera hecho del Estado el comportamiento de una persona o grupo de personas si consta que ésta o éstas han actuado de hecho por cuenta del Estado, ya que es de normal ocurrencia, en ciertos casos, que los órganos estatales o entidades facultadas por el derecho interno para ejecutar funciones públicas se sirvan de personas o grupos de personas que, teniendo la calidad de simples particulares o entes privados, pasan a desempeñar, por cuenta del Estado, las funciones que le son encomendadas. Es perfectamente justificable así la inclusión del apartado referido, ya que la ejecución

² Véase *supra*, párr. 6.

³ Véase *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 283 y ss., documento A/9610/Rev.1, cap. III, secc. B, subsecc. 2, art. 7, párrs. 5 y ss. del comentario.

de tales labores conlleva la transformación, al menos temporal, de los entes particulares en voceros de la voluntad y del accionar del Estado, comprometiendo la responsabilidad de éste. El apartado *b* del mismo artículo reviste mayor amplitud que el anterior, por cuanto alude a comportamientos de personas o grupos de personas que de hecho ejercen prerrogativas del poder público, en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justifican tal desempeño. Esta conjetura difiere de la precedente en cuanto a que no existe aquí un encargo de tareas que él, a su turno, debe ejecutar por cuenta del Estado. Se trata de un acceso espontáneo a las funciones públicas. Es explicable, desde este punto de vista, y así lo entendió la Comisión, que el comportamiento de estos individuos comprometa al Estado en cuyo favor actúan.

13. Una situación de poca ocurrencia práctica en relación a las anteriores, pero respecto de la cual la Comisión hace bien en no abrigar dudas en cuanto a su probabilidad material en la vida de relación internacional, es la que describe el artículo 9 del proyecto. Este considera hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano que haya sido puesto a su disposición por otro Estado o por una organización internacional, siempre que ese órgano haya actuado en el ejercicio de prerrogativas del poder público del Estado a la disposición del cual se encuentre. El artículo destaca la necesidad que la persona o grupo de personas que han sido puestas a disposición de otro Estado ostenten la calidad de órganos. La Comisión observa al respecto, a vía de ejemplo, que los «expertos», en el marco de un acuerdo de cooperación, puestos a disposición de un cierto Estado, no cabe considerarlos «órganos» del Estado que envía⁴. Resalta asimismo el hecho de que el órgano haya sido puesto a disposición del otro Estado, con lo que tácitamente excluye, por ejemplo, la hipótesis de que el órgano facilitado se limite a desarrollar en el territorio del otro Estado las funciones que son propias al Estado u organización que lo envía, ya que estar a disposición del beneficiario implica que el órgano que llega se someta a la dirección y control absolutos del Estado beneficiario, no ateniéndose, por el contrario, a las instrucciones que formula el que envía⁵. Como tercera condición, el precepto en comentario estatuye que ese órgano haya actuado en el ejercicio de prerrogativas del poder público del Estado extranjero que se beneficia, es decir, se requiere el cumplimiento de tareas oficiales que normalmente desarrollan los órganos de este último.

14. El comportamiento del órgano que actúa excediéndose de los límites de su competencia puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado al que pertenece. Lo mismo cabe decir de los órganos de las entidades territoriales y entidades públicas según lo señalado precedentemente. Este aserto vino a poner término a un largo debate en la literatura jurídica internacional. De conformidad con lo establecido en el artículo 10 del proyecto, el comportamiento de un órgano del Estado, o de una entidad de la que ya se ha hecho

mención, cuando tal órgano ha actuado en esa calidad, se considerará hecho del Estado según el derecho internacional, aunque en el caso de que se trate el órgano se haya excedido en su competencia con arreglo al derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad. La disposición referida es perfectamente justificable y obedece a una razón eminentemente práctica, ya que es imposible que los Estados que se contactan en la comunidad internacional sepan a ciencia cierta cuándo los órganos estatales o entidades pertinentes se mantienen dentro de los límites fijados por su normatividad interna y cuándo los sobrepasan. Puede, sin embargo, criticarse la amplitud de la redacción del artículo en cuestión en el sentido de que relega a un segundo plano lo que es en él realmente relevante; al respecto puede sugerirse, sin perjuicio de aceptar el principio que lo informa, la siguiente redacción:

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

15. De conformidad con los dos párrafos del artículo 11 del proyecto en estudio, no se considerarán hecho del Estado aquellos comportamientos de personas o grupos de personas que no actúen por cuenta del Estado, sin perjuicio de la atribución a éste de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el de las personas o grupos de personas ya referidos deba reputarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10 del mismo proyecto. El precepto en cuestión es de una claridad casi pedagógica, ya que la norma general que sustenta se deduce de la interpretación *a contrario sensu* del apartado *a* del artículo 8⁶. Su doctrina es, pues, plenamente ajustada al contexto del proyecto, aunque bien pudo haberse refundido con el apartado *a* del artículo 8. La Comisión, sin embargo, en honor a la certeza más que a la brevedad, opta por contemplar en forma indubitada una situación que en sí ha sido objeto de amplios debates doctrinarios.

16. Con una redacción similar al artículo 11, el artículo 12 del proyecto contempla la no consideración como hecho del Estado según el derecho internacional aquellos comportamientos que haya observado en su territorio, o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción, un órgano de otro Estado que actúe en esa calidad, sin perjuicio de atribuir al Estado el comportamiento que, hallándose relacionado con el ya previsto, deba estimarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10 del mismo proyecto. El precepto en cuestión es lo suficientemente claro como para entrar en mayores disquisiciones jurídicas, ya que es lógica consecuencia del artículo 9⁷. Con todo, debe destacarse como un esfuerzo altamente significativo, y sobre todo en materias tan delicadas como las que ahora ventila la Comisión en el proyecto en comentario, todo cuanto

⁴ *Ibid.*, pág. 291, art. 9, párr. 2 del comentario.

⁵ *Ibid.*, pág. 292, párrs. 4 y 5 del comentario.

⁶ Véase *supra*, párr. 12.

⁷ Véase *supra*, párr. 13.

contribuya a clarificar y a otorgar los elementos necesarios para un adecuado entendimiento de las normas internacionales.

17. El artículo 13 del proyecto es también derivación de lo antes dispuesto en el artículo 9, por lo que la Comisión enfatiza la interpretación exacta que debe hacerse de las excepciones a sus otras normas. Señala el precepto en primer término citado que no se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una organización internacional que actúe en esa calidad por el solo hecho de que tal comportamiento haya tenido lugar en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción.

18. La incógnita de que se pueda atribuir al Estado el comportamiento de un órgano proveniente de un movimiento insurreccional, asunto que se remonta al siglo pasado, es disipada con acierto por el artículo 14 del proyecto. La norma general que el precepto sienta consiste en no considerar hecho del Estado según el derecho internacional tal comportamiento, a menos que esa conducta deba estimarse hecho del Estado según las normas generales de los artículos 5 a 10 del mismo cuerpo normativo, y sin perjuicio de atribuir el comportamiento del órgano del movimiento insurreccional a ese movimiento, en los casos en que tal atribución pueda hacerse según el derecho internacional. Esta disposición se encuentra estrechamente ligada al artículo 15, en el sentido de que éste se refiere a la atribución al Estado del hecho de un movimiento insurreccional que ha triunfado, esto es, que se ha convertido en gobierno o ha dado lugar a la creación de un nuevo Estado. En consecuencia, sin perjuicio de imputar al Estado las acciones de un movimiento insurreccional de acuerdo con las normas generales que reglan el «hecho del Estado», el artículo 14 del proyecto alude a la hipótesis de que los insurrectos hayan sido derrotados por las autoridades del gobierno constituido. En este caso, por lo tanto, no cabe atribuir al Estado los comportamientos de los insurrectos, sino que serán considerados como acontecimientos delictivos que sólo tocan al ordenamiento interno del Estado.

19. El artículo 15 de la primera parte del proyecto, y que pone fin al capítulo II, trata de la atribución al Estado del hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno de un Estado; no obstante, tal atribución se entenderá sin perjuicio de reputar como hecho del Estado el comportamiento que antes hubiera sido considerado en esta situación en virtud de los artículos 5 a 10. Asimismo, si el movimiento insurreccional ha dado creación a un nuevo Estado en una parte del territorio de un Estado preexistente, o en un territorio bajo su administración, se considerará hecho de ese nuevo Estado. La doctrina y la jurisprudencia internacionales han entendido uniformemente que, si el levantamiento es coronado por el éxito, sus autoridades deben ser consideradas representativas de la voluntad colectiva de la nación desde el inicio del conflicto, razón por la cual sus comportamientos serán reputados como hechos del Estado. De este modo, el proyecto de la Comisión hace bien en establecer en for-

ma definitiva una tesis ampliamente compartida por la comunidad internacional.

20. Por todo lo anterior, puede sostenerse que los estudios de la CDI, en lo que se refiere a los capítulos I y II de la primera parte del proyecto de artículos, han cristalizado en un ordenamiento de materias bien concebido y metódicamente estructurado, y en el cual se aprecia el esfuerzo por definir un sistema que, como en la especie, está llamado a conferir a los comportamientos internacionales de los Estados su real dimensión y exacta valoración de las pautas que los reglan.

21. El capítulo III se ocupa de la violación de una obligación internacional. El artículo 16, que abre el presente capítulo, expresa lo que ha de entenderse por tal circunstancia, en el sentido de que habrá violación de una obligación de derecho internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no esté en conformidad con lo que de él exige esa obligación. El precepto es, pues, claro; la infracción a la norma de derecho de gentes se configurará de modo objetivo ante la discordancia entre lo que ella dispone y la conducta asumida por el Estado, actuando, como se ha visto, a través de sus órganos o entidades respectivas. La constatación material de que lo previsto por la norma no se refleja en el actuar del Estado al que ella va dirigida es antecedente suficiente para presenciar la infracción internacional, supuesto básico de la institución en estudio, que recoge aquí sus caracteres conceptuales modernos.

22. Según lo expuesto precedentemente, las oportunidades que tiene el Estado para reputar su conducta como ajustada al ordenamiento internacional son múltiples, por cuanto ello depende de que el hecho del Estado, que el comportamiento observado por los entes cuyo accionar es atribuido al Estado, sea acorde a lo previsto y querido por la norma; y lo mismo puede decirse en cuanto a la posibilidad de infracción. Conforme a lo anotado anteriormente⁸, es al derecho internacional a quien compete determinar la hipótesis de configuración de responsabilidad internacional por infracción a sus normas. Ahora bien, el origen de la obligación internacional contemplada en la norma puede ser diverso (consuetudinario, convencional u otro), circunstancia que reglamenta el artículo 17 del proyecto, origen que no afecta de modo alguno a la responsabilidad internacional a que dé lugar el hecho internacionalmente ilícito de ese Estado. De la misma manera, es irrelevante el objeto de la obligación internacional violada (artículo 19 del proyecto).

23. No cabe duda de que, para dar origen a responsabilidad internacional, la obligación que el Estado desconoce con un actuar que le es imputable ha de estar vigente para ese Estado, y el artículo 18 del proyecto se ocupa en sus cinco párrafos de discernir esta condición con la claridad suficiente para su acertada inteligencia. Cabría, sin embargo, precisar el alcance del párrafo 2 del precepto citado al señalar que, no obstante haberse violado una obligación internacional por el comportamiento de un Estado, tal conducta dejará de considerarse como hecho internacionalmente ilícito si,

⁸ Véase párr. 6.

ulteriormente, tal hecho se hubiese convertido en obligatorio en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general. De su lectura aparece la necesidad de dejarse constancia de que este apartado regiría sólo en el intervalo que media entre la configuración de la infracción y la utilización de los mecanismos destinados a hacer efectiva la responsabilidad internacional subsecuente. En efecto, no podría un Estado excusarse de su deber de reparar el entuerto provocado por un ilícito actuar suyo alegando que tal acontecimiento vulnerante se muestra ahora ajustado a derecho. Un viejo aforismo jurídico sostiene que la ley sólo regirá para lo futuro y, salvo norma expresa en contrario, no tendrá jamás efecto retroactivo; de ahí que sea conveniente manifestar de manera explícita la función que cumple el plazo dentro del cual operaría el presente párrafo, pudiendo sugerirse para tal efecto que tal lapso sea el que media entre la infracción y la pertinente utilización de los instrumentos que hacen efectiva la responsabilidad internacional, pues si el Estado lesionado con la transgresión no manifiesta su voluntad en orden a ser resarcido, y durante su silencio el comportamiento vulnerante es transformado en conducta obligatoria por una norma de derecho internacional general —ya que mal podría un Estado, por una norma particular o convencional, aprovecharse de su propio dolo—, no le sería ilícito interponer los medios que materialicen el deber de responder.

24. Al tratar de la violación de una obligación internacional como hecho internacionalmente ilícito, el artículo 19 del proyecto contempla, por la vía enunciativa, una pluralidad de conductas que, atendidas su gravedad y consecuencias para la comunidad internacional, pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado que incurre en ellas de modo más ostensible y reprochable que en la generalidad de los casos. Se tipifican aquí ciertos comportamientos que califican la violación de la norma internacional *stricto sensu*, esto es, el delito internacional, en circunstancias tales que lo elevan a la categoría de crimen internacional. El precepto dispone al respecto que constituye crimen internacional la violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen, luego de lo cual señala algunos de tales comportamientos, entre los que se hallan la violación grave de la obligación internacional de mantener la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión; la violación grave de la obligación de salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, etc. El artículo en cuestión es, por lo tanto, explícito al distinguir entre delito internacional y crimen internacional, figura esta última que por sus relieves reprochables por la comunidad internacional estigmatiza sensiblemente el comportamiento del infractor, sin perjuicio de hacer valer sobre él la responsabilidad consecuente, según proceda. Con ello, la CDI ha querido plasmar en cuerpos legales expresos numerosas conductas que el orden internacional consuetudinario ha descrito como altamente lesivas frente a la conciencia de la comunidad internacional civilizada, recogiendo así la noción de crimen interna-

cional, hasta ahora mayoritariamente considerada por la doctrina, la tipificación de algunas de sus expresiones más importantes y el tratamiento jurídico que el derecho internacional contemporáneo le acuerda.

25. Los artículos 20 y 21 del proyecto preparado por la Comisión se refieren a dos aspectos estrechamente vinculados: la violación de una obligación internacional «de comportamiento» o «de medios» y la violación de una obligación internacional «de resultados», aspectos sólidamente elaborados por la doctrina francesa a propósito de los derechos internos de los Estados, por cuanto es lógico entender que las obligaciones que enuncia el derecho internacional no son todas de la misma naturaleza. En algunos casos las normas impondrán el deber específico de comportarse de cierta manera, sea activa o pasivamente; en otros, sólo de lograr un determinado resultado. Por lo que toca al artículo 20, éste se ocupa simplemente de la violación de las obligaciones internacionales cuyo cumplimiento exige que un Estado utilice medios específicamente determinados, lo que es frecuente en las relaciones directas de Estado a Estado. Como bien señala el informe de la Comisión, se debe observar que la esfera en que una obligación internacional «de comportamiento» surte sus efectos dependerá, en definitiva, del interés jurídico internacional que tal obligación se propone proteger⁹. Así, cuando una obligación internacional disponga que tal o cual parte del mecanismo estatal adopte un comportamiento específicamente determinado, esa obligación se habrá ejecutado en caso de que se haya adoptado el comportamiento que precisamente se señala en ella; en caso contrario, se concluirá que ha sido transgredida.

26. El artículo 21 del proyecto, por su parte, se refiere a las obligaciones «de resultado», las que responden a los casos en que lo que se desea es llegar a una situación en el marco del sistema de derecho interno del Estado. La obligación exige aquí un resultado concreto, específicamente determinado, dejando en libertad al Estado para elegir los medios que estimare adecuados; dicho en otros términos: no requiere del Estado un cierto comportamiento. La Comisión toca en esta parte otro aspecto que es posible apreciar en la configuración multiforme de las obligaciones internacionales, por cuanto la violación de una obligación como aquella de que da cuenta el precepto citado puede entrañar en no pocos casos la responsabilidad del Estado a nivel internacional. En efecto, la transgresión de una obligación «de resultado» exige una apreciación cuidadosa por cuanto compara el resultado exigido por la norma primaria con el que en la práctica ha materializado el Estado; no así en la obligación «de medios», en la que simplemente se confronta el comportamiento adoptado por el Estado con los instrumentos que la obligación imponía utilizar. De ahí que el papel de la práctica y de la jurisprudencia internacionales sea relevante en la determinación de la línea de interpretación que debe informar la obligación primaria «de resultado» en cuanto a precisión exacta de su alcance y significado se refiere. Huelga

⁹ Véase *Anuario...* 1977, vol. II (segunda parte), pág. 15, documento A/32/10, cap. II, secc. B, subsecc. 2, art. 20, párr. 9 del comentario.

reafirmar en este punto que las dos hipótesis que regula el artículo en comento aluden al «resultado determinado» exigido por la obligación internacional vigente o, en el caso de que se admita, el «resultado equivalente». En consecuencia, la disposición que se analiza sigue el trazo perfectamente lógico que la Comisión ha dado al importante proyecto en estudio.

27. El agotamiento de los recursos internos es previsto en el artículo 22 del proyecto. Este principio de derecho internacional general, que en un porcentaje cada vez mayor ocupa lugares importantes en las convenciones internacionales, obedece a una razón de plena evidencia táctica y jurídica, ya que será ocioso recurrir a la vía internacional si el interesado, afectado con la infracción de derecho de gentes, ha obtenido en las instancias locales una reparación que estima conforme al perjuicio de que ha sido víctima. Como bien anota el informe de la Comisión, la falta de esta condición preliminar de utilizar los recursos internos efectivos que tienen a su disposición «tiene, pues, el efecto de excluir la ilicitud de la falta de realización del resultado perseguido por la obligación internacional»¹⁰. Para estos efectos es obvio que el Estado debe disponer de vías de recurso accesibles a los particulares, ya que de otro modo la violación de la obligación internacional por parte del Estado quedará consumada desde el momento mismo en que se produce el quebrantamiento de la disposición y no desde que se fallan las instancias domésticas que tienden a corregir el acto vulnerante a requerimiento de los interesados. A ello debe sumarse el hecho de que tales medios, además de ser aptos para subsanar la transgresión internacional, permanezcan accesibles efectivamente a todos a quienes lesione el entorno de que se trata.

28. La Comisión termina su tarea de definir el ámbito de aplicación de la violación de una obligación internacional ocupándose, en su artículo 23, de otro tipo particular de obligaciones de resultado, cual es la que pretende que el Estado logre, como resultado, que un acontecimiento dado no se produzca, circunstancia residual que no depende de la acción del Estado en cuanto tal, sino del hombre o de la naturaleza. Por ello, el Estado a quien compete una obligación de esta índole no puede pretender lograr el resultado requerido alegando que ha establecido un buen sistema de prevención si ese sistema, de hecho, ha resultado ineficaz, permitiendo la producción del acontecimiento. Por su parte, el comentario de la Comisión es acertado en cuanto señala que el «acontecimiento» cuya realización el Estado está obligado a impedir no debe entenderse como sinónimo de «daño» en el sentido en que se emplea este término en la teoría general de la responsabilidad internacional, como uno de sus elementos constitutivos, aunque desde luego cabe observar que generalmente el acontecimiento se manifestará en un evento lesivo¹¹. Bastará entonces, a la luz del precepto en cuestión, la comparación entre el comportamiento efectiva-

mente realizado por el Estado y el que en ese caso particular habría sido razonable adoptar para evitar la materialización del suceso.

29. Otro aspecto de relevancia notoria en la responsabilidad internacional y que se inserta en la ilicitud internacional es el relativo a la determinación del *tempus commissi delicti*, esto es, a la prolongación temporal de la infracción y su exacta determinación en el mismo, puesto que la Comisión también ha tratado este punto a propósito del párrafo 2 del artículo 21 y en el artículo 22 del proyecto. Asimismo, el precepto que ahora tratamos, el 24, se halla estrechamente ligado a las dos disposiciones que le siguen, los artículos 25 y 26 del mismo cuerpo normativo, que en conjunto dan a la especie una estricta coherencia dispositiva. El artículo 24 sostiene que la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no se extienda en el tiempo se producirá en el momento en que tal hecho se realice. Asimismo, la perpetración de la violación por parte del Estado no se extenderá más allá de ese momento, aunque los efectos del hecho del Estado se prolonguen en el tiempo. Está fuera de duda que el elemento temporal de la infracción internacional permite dilucidar importantes tópicos sobre la materia en análisis, ya que de la exacta determinación del momento en que se ha configurado el hecho ilícito dependerá a su vez el instante en que se perfeccionará la responsabilidad internacional y, consecuentemente, el momento en que el Estado afectado puede dar inicio a sus gestiones internacionales tendentes a materializar la obligación que se ha configurado. El factor tiempo es también relevante en la especificación del «carácter nacional de la reclamación», aspecto que, según se sostiene ampliamente en la doctrina, debe presidir la gestión de la protección diplomática, esto es, ella podrá ser válidamente impetrada desde el momento en que se ha cometido el hecho internacionalmente ilícito, sin prescindir del hecho evidente de que la determinación del *tempus commissi delicti* será condición esencial para hacer valer, en la oportunidad debida, la prescripción extintiva del reclamo formulado.

30. Según lo anotado precedentemente, el artículo 25 del proyecto en cuestión confiere nuevos elementos para la determinación exacta del momento en que se origina la violación de una obligación internacional, considerando tres hipótesis de circunstancias vulnerantes que son dables observar en el desarrollo de la actividad de los Estados. En general, aluden ellas a los casos en que la transgresión a la norma no resulta de un hecho cuya duración coincide con el momento en que la violación se produce, sino que se prolonga en el tiempo, después o antes de ese momento. El párrafo 1 del artículo trata del hecho «continuo», entendiendo por tal aquel comportamiento en que la acción u omisión imputable al Estado se desarrolla sin alternación durante un lapso más o menos largo. El párrafo 2 se refiere al hecho «compuesto», esto es, a aquel en que, como el anterior, el desarrollo del acto del Estado también se prolonga durante un cierto tiempo, pero que no está constituido por un solo hecho, sino por una serie de comportamientos estatales individuales que se suceden en un encadenamiento prolongado de acciones u omisiones y

¹⁰ *Ibid.*, pág. 32, art. 22, párr. 3 del comentario.

¹¹ Véase *Anuario...* 1978, vol. II (segunda parte), pág. 81, documento A/33/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2, art. 23, párr. 5 del comentario.

cuya virtud es precisamente configurar un hecho global. Por último, el párrafo 3 regla el caso del hecho «complejo», en el que la sucesión de hechos que se desarrollan en el tiempo están relacionados con un caso único y representan en su conjunto una posición determinada del Estado frente a sus semejantes. Como es posible apreciar, la Comisión utiliza un lenguaje preciso y cuidadoso, abarcando las diversas hipótesis de conductas violatorias de normas primarias de derecho de gentes y demostrando asimismo un meritorio esfuerzo de investigación y coordinación de sólidos principios jurídicos contemporáneos.

31. El capítulo III concluye con el artículo 26, según el cual la transgresión a la norma que exige del Estado la prevención de un acontecimiento dado se producirá en el momento en que comience dicho acontecimiento, pero el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período durante el cual continúe el acontecimiento, situación esta que bien sirve para cerrar el capítulo sobre la violación de una obligación internacional.

32. En consecuencia, el Gobierno de Chile, reiterando lo sostenido al inicio de estos comentarios, manifiesta su complacencia frente al importante proyecto en estudio y formula votos por su feliz conclusión y conversión en norma de derecho internacional general. Al mismo tiempo agradece a la Comisión una labor digna de mérito al presentar a los Gobiernos de los Estados Miembros un proyecto cuidadosamente estudiado que contribuye al desarrollo progresivo del derecho internacional y a su codificación.

Mali

[Original: francés]
[27 de agosto de 1979]

La República de Malí asigna un interés muy particular a la elaboración de artículos relativos a la responsabilidad de los Estados, tema sobre el que la Comisión de Derecho Internacional está trabajando desde 1953. El fortalecimiento del orden jurídico internacional confiere importancia especial a la codificación y el desarrollo de las normas y principios que rigen la responsabilidad de los Estados.

Cabe señalar con satisfacción que la Comisión se propone concluir la primera lectura de los artículos que forman la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. La lentitud de esos trabajos obedece a la necesidad de un conocimiento profundo de la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina, que difieren considerablemente. Además, las profundas transformaciones políticas y sociales de la comunidad internacional vuelven más difícil ese trabajo.

El proyecto de artículos así presentado sugiere al Gobierno de Malí las siguientes observaciones:

1. *Artículo 18* (Condición de que la obligación internacional esté en vigor respecto del Estado)

Este artículo, que trata del *tempus commissi delicti*, está en estrecha relación con los artículos 24 (Momen-

to y duración de la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no se extienda en el tiempo), 25 (Momento y duración de la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que se extienda en el tiempo) y 26 (Momento y duración de la violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado). Por lo tanto, sería preferible hacer resaltar dicho vínculo, ya fuera acercando esos artículos entre sí o incluyendo referencias en ellos.

2. *Artículo 19* (Crímenes y delitos internacionales)

El artículo 19 deberá ser uno de los pilares del futuro tratado. Sería más exhaustivo si su párrafo 2 considerase como hecho internacionalmente ilícito la violación por un Estado de una obligación internacional tendente a la salvaguardia de los intereses fundamentales de un Estado, un grupo de Estados o la comunidad internacional.

3. *Artículo 22* (Agotamiento de los recursos internos)

El agotamiento de los recursos internos es un problema sumamente complejo. En todo caso, debe tenerse en cuenta que puede producirse la violación de una obligación cuando los recursos internos se arrastran indefinidamente.

4. *Artículo 23* (Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado)

Este artículo parece demasiado categórico en su formulación actual.

En su forma actual parece bastante difícil hacer una distinción entre una «obligación de comportamiento» y una «obligación de resultado». Además, debe precisarse la relación entre este artículo y el párrafo 1 del artículo 21 (Violación de una obligación internacional que exige el logro de un resultado determinado). En una eventual formulación, se debería tener en cuenta también que si la obligación sólo exige que un Estado prevenga un acontecimiento y no que adopte un comportamiento determinado, se corre el riesgo de dar lugar a numerosas controversias en cuanto a los comportamientos adecuados o inadecuados respecto de dicho acontecimiento.

5. *Artículo 27* (Ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito)

Para determinar que ha sido «prestada» una ayuda para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito deben analizarse varios factores. Sin embargo, este artículo es de importancia capital y el Gobierno de Malí quiere insistir en que se mantenga, o incluso se refuerce.

Dicho artículo debe permitir fijar jurídicamente la responsabilidad de todo Estado que preste ayuda o asistencia a los regímenes racistas del África meridional.

Tales son algunas observaciones preliminares que desearía enunciar el Gobierno de Malí. No obstante, se reserva el derecho de formular una apreciación global cuando se unan al proyecto actual los capítulos IV y V, pues cuando se disponga del texto completo del proyecto se podrá hacer un juicio de conjunto sobre el sentido de cada artículo y sobre sus consecuencias en la práctica internacional.

Países Bajos

[Original: inglés]
[8 de mayo de 1980]

1. Antes de analizar detalladamente los artículos, el Gobierno de los Países Bajos desearía hacer las siguientes observaciones generales.

La codificación de las normas que rigen la responsabilidad de un Estado por sus hechos ilícitos es importantísima habida cuenta, en particular, del incremento continuo de las normas fundamentales de derecho internacional elaboradas para atender a las necesidades de la comunidad internacional por lo que respecta al orden económico internacional y a la utilización de las zonas comunes del mar y del espacio ultraterrestre. La codificación de las normas que rigen la responsabilidad del Estado es también un complemento necesario de la codificación del derecho de los tratados. Habría que hacer, por lo tanto, todos los esfuerzos posibles por completar en un futuro próximo los trabajos sobre este tema.

2. Los artículos 1 a 27, que han sido sometidos a los distintos gobiernos, no constituyen más que una parte del proyecto que deberá preparar la CDI. Ahora bien, no se podrá dar una opinión bien fundada acerca de la forma en que la CDI ha abordado el problema ni sobre las disposiciones incluidas en el proyecto hasta que no se conozca el proyecto en su totalidad. Tanto la parte relativa al modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional, con inclusión de la solución de las controversias, como la parte relativa al contenido, las formas y los grados de la responsabilidad explicarán y completarán en gran medida el proyecto de artículos que se examina. Las observaciones siguientes se formulan, por tanto, con la reserva de que, tratándose sólo de una parte de un proyecto, tales observaciones no podrán tener más que un carácter provisional, lo cual implica que, antes de aprobar el proyecto en primera lectura, deberá darse a los gobiernos la oportunidad de expresar su opinión sobre el proyecto en su totalidad y no solamente sobre las disposiciones restantes.

Capítulo I (Principios generales)

3. El Gobierno de los Países Bajos está de acuerdo con los principios generales en que la CDI ha fundado su proyecto. Por lo que respecta al orden de los artículos, parecería más lógico empezar el proyecto por un artículo (que correspondería al actual artículo 3) en el que se determinarían las condiciones que en todo caso tienen que darse para que una acción u omisión constituya un hecho ilícito en el sentido del proyecto.

Sólo entonces podrán establecerse las consecuencias del hecho ilícito cometido por el Estado, es decir, la responsabilidad de éste (actual artículo 1). Al modificar así el orden de los artículos, se ve también claramente que el término «hecho» comprende tanto la «acción» como la «omisión».

4. El Gobierno neerlandés cree también que la Comisión ha hecho bien en no considerar el daño como elemento constitutivo del hecho ilícito. Tal decisión se desprende, en realidad, de la estructura del proyecto: incluir o no el daño entre los elementos constitutivos depende de las normas primarias. La decisión de la Comisión también ha sido acertada desde otro punto de vista: un Estado puede tener un interés legítimo en que se cumpla una obligación internacional que ha sido violada en un caso concreto, aunque él no haya sufrido daño alguno.

Tal principio deberá observarse en el resto del proyecto, sobre todo en lo que respecta a las consecuencias que la parte damnificada pueda atribuir a un hecho ilícito. El elemento de daño no deberá tampoco introducirse indirectamente en el proyecto, por ejemplo como requisito general de admisibilidad. A este respecto es también oportuno señalar que la omisión del elemento de daño está en conformidad con el proyecto de artículo 19, que reconoce que la violación por un Estado de una obligación internacional puede afectar a los intereses de toda la comunidad internacional.

5. Desde el punto de vista del desarrollo progresivo del derecho internacional, el artículo 2 es un elemento valioso del proyecto, si bien es cierto que en la práctica carecerá de importancia a menos que los Estados estén dispuestos a someterse al juicio de una autoridad superior.

Capítulo II (El «hecho del Estado» según el derecho internacional)

6. En este capítulo relativo a la atribución al Estado de determinado comportamiento, la CDI ha decidido basarse en el principio de que el comportamiento de los particulares no puede atribuirse al Estado. El Gobierno de los Países Bajos está de acuerdo con tal principio, aunque, a su juicio, el término «órgano del Estado» debe considerarse en su sentido amplio, como toda persona o grupo de personas que actúen *de iure* y, en determinadas circunstancias, *de facto* en nombre del Estado. Si puede interpretarse de este modo en particular el artículo 8, el hecho de que no se haya definido el término «órgano del Estado» no tiene por qué plantear ningún problema.

7. No se ve claramente cuál es la diferencia entre los casos previstos en los apartados *a* y *b* del artículo 8. Quizá fuera posible suprimir el apartado *a*, siempre que se suprimiera también la frase «en defecto de las autoridades oficiales» del apartado *b*.

8. Con arreglo al artículo 10, aunque un órgano se haya excedido en su competencia o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad, su comportamiento será atribuible al Estado. Parecería que esa norma se aplica no sólo a los órganos mencionados

(aquellos a que se refieren los artículos 5 a 7), sino también al órgano a que se refiere el artículo 9.

Capítulo III (Violación de una obligación internacional)

9. La norma más importante del proyecto es la de que toda acción u omisión ilícita ha de juzgarse basándose en la norma o las normas de derecho en vigor en el momento de producirse tal acción u omisión. El artículo 18 desarrolla esa norma aplicándola a diversos casos y el Gobierno neerlandés está de acuerdo con ella, ya que la seguridad jurídica exige que no se pueda considerar ilícita una conducta determinada aplicando una norma posterior.

En el párrafo 2 del artículo 18, el proyecto de la CDI prevé para la situación contraria una excepción a esta regla principal.

El Gobierno de los Países Bajos, aunque de acuerdo con la consideración básica en que se funda tal disposición, consideraría más adecuado incluir un artículo a tal efecto —caso de que realmente correspondiera a una codificación limitada a normas secundarias— en la parte relativa a las circunstancias que excluyen la ilicitud. La objeción que se puede hacer a la formulación actual del párrafo 2 del artículo 18 es que no establece con bastante claridad que es la norma fundamental del carácter perentorio de la ley lo que determina sus efectos: fuerza retroactiva o efecto inmediato.

10. El artículo 19 es evidentemente el más importante de todos los artículos que ahora se examinan. Es una tentativa muy interesante de establecer una distinción entre crimen y delito. No obstante, es muy difícil formular observaciones al respecto, dada la falta de detalles sobre esa distinción.

El Gobierno neerlandés reserva su juicio tanto sobre la distinción en sí como sobre la lista de crímenes internacionales que figura en los apartados *a*, *b*, *c* y *d* del párrafo 3 mientras la CDI no haya dado a conocer las consecuencias que a su juicio debe tener tal distinción.

Cabe, sin embargo, observar que no hay en el artículo indicación alguna sobre la forma de establecer una distinción entre los varios crímenes por lo que respecta a sus consecuencias jurídicas. Habida cuenta de las consecuencias del crimen de agresión (derecho de legítima defensa, medidas coercitivas del Consejo de Seguridad) descritas en la Carta de las Naciones Unidas, hay motivos para examinar nuevamente la cuestión en relación con las partes segunda y tercera, que están todavía por elaborar.

11. La única diferencia entre las normas enunciadas en el párrafo 1 del artículo 21 y en el artículo 23 parece consistir en la descripción del contenido de la norma primaria, es decir, el logro de un resultado determinado o la prevención de un acontecimiento dado. Esta diferencia no parece bastante importante como para justificar un trato aparte que resulta aún más notorio, dada la posición del artículo 22.

12. En cuanto a dicho artículo 22, la CDI plantea expresamente la cuestión de si el requisito del agotamiento de los recursos internos debe limitarse a los

casos en que la violación de una obligación internacional de que se acusa a un Estado tiene lugar dentro de la jurisdicción de ese Estado.

A juicio del Gobierno neerlandés la contestación debe ser afirmativa, es decir, que el requisito debe limitarse a esos casos por los motivos siguientes: la aplicación de la norma de los recursos internos no logrará en muchos casos los resultados apetecidos (un comportamiento del Estado que esté en conformidad con sus obligaciones internacionales), puesto que los tribunales nacionales no suelen estar facultados para comprobar si el comportamiento de un Estado está en armonía con sus obligaciones internacionales. Por otra parte, la razón del establecimiento del requisito del agotamiento de los recursos internos es el hecho de que el extranjero se encuentra bajo la jurisdicción de un tercer Estado. No es justo, por lo tanto, cuando un Estado ha actuado fuera de su jurisdicción, exigir del extranjero respecto del cual el Estado ha violado sus obligaciones internacionales que siga el procedimiento nacional prescrito antes de que haya podido determinarse si se ha violado realmente una obligación internacional.

República Socialista Soviética de Bielorrusia

[Original: ruso]
[9 de abril de 1980]

1. El fortalecimiento de las relaciones internacionales a base de los principios de la coexistencia pacífica de los Estados con diferentes estructuras sociales contribuye plenamente a aumentar la influencia del derecho internacional en afianzar y profundizar el proceso de distensión internacional y del desarrollo ulterior de los principios progresistas expuestos en la Carta de las Naciones Unidas.

2. En este contexto es necesario considerar los tres primeros capítulos de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos preparados por la Comisión de Derecho Internacional, los cuales, a juicio de la RSS de Bielorrusia, merecen en conjunto una evaluación positiva.

3. La RSS de Bielorrusia atribuye gran importancia a las disposiciones del artículo 19 del proyecto, en el que se distinguen y califican de manera especial hechos internacionalmente ilícitos de los Estados tales como la agresión, el genocidio, el *apartheid* y el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial.

4. La inclusión de esos hechos internacionalmente ilícitos en la enumeración de crímenes internacionales indudablemente responde a la cuestión de la lucha por el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales y los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

5. Mientras progresen los trabajos relativos al proyecto de artículos hasta que se concluyan los trabajos sobre el proyecto en su totalidad, la RSS de Bielorrusia se reserva el derecho de formular observaciones complementarias.

República Socialista Soviética de Ucrania

[Original: ruso]
[30 de abril de 1980]

1. Las Naciones Unidas no tienen objetivos más nobles y humanitarios que el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales y la creación de condiciones para salvaguardar a los Estados de toda usurpación de sus derechos y todo ataque contra sus intereses legítimos. La codificación de las normas de derecho internacional relativas a la responsabilidad de los Estados contribuye al logro de tales objetivos.

2. En términos generales, la RSS de Ucrania considera favorablemente los capítulos I, II y III del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados preparado por la Comisión de Derecho Internacional. Entre las disposiciones más importantes de estos capítulos cabe citar la definición del crimen internacional, que se da en el artículo 19. Con arreglo al párrafo 2 de dicho artículo, se considera crimen internacional el hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional.

3. Es altamente significativo que en la lista de los crímenes internacionales se incluyan la agresión, el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial y el genocidio. Como miembro del Comité Especial del *Apartheid*, la RSS de Ucrania comprueba con especial satisfacción que en la lista de los crímenes internacionales se incluye el hecho ilícito del *apartheid*. La calificación de esos hechos ilícitos en el proyecto como crímenes internacionales está plenamente de acuerdo con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y tiene debidamente en cuenta los principales objetivos de la lucha por el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales.

4. La RSS de Ucrania se reserva el derecho de presentar, si fuere necesario, comentarios adicionales acerca del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados que está preparando la Comisión, en una etapa ulterior de su examen.

Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas

[Original: ruso]
[28 de abril de 1980]

Los capítulos I, II y III del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, redactados por la Comisión de Derecho Internacional, merecen, en conjunto, una apreciación positiva. Una disposición importante del proyecto es el artículo 19, en el que se mencionan y reconocen especialmente como crímenes internacionales hechos internacionalmente ilícitos cometidos por los Estados en violación de obligaciones de importancia esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional. La inclusión en esa lista de crímenes internacionales de hechos ilícitos tales como la agresión, el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial, el genocidio y el

apartheid corresponde a los objetivos de la lucha por el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales y es conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

La delegación soviética se reserva el derecho de formular observaciones complementarias en las fases ulteriores de los trabajos sobre el proyecto.

Yugoslavia

[Original: francés]
[26 de marzo de 1980]

1. En contestación a la petición que le dirigió la Comisión de Derecho Internacional por conducto del Secretario General, el Gobierno de la República Federativa Socialista de Yugoslavia desea subrayar en primer lugar que considera el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados como una base útil para la continuación de los trabajos en esta esfera. El Gobierno yugoslavo reconoce la alta calidad de los capítulos I, II y III de la primera parte del proyecto y se congratula por la excelente labor realizada por la Comisión y, en especial, por su Relator Especial, Sr. Roberto Ago. El proyecto de artículos y los comentarios representan una importante contribución al estudio de una cuestión de derecho internacional en extremo compleja y hasta la fecha insuficientemente estudiada, cuya solución se impone cada vez más de manera imperativa para asegurar el normal desenvolvimiento de las relaciones internacionales. Habida cuenta de que, en las condiciones predominantes en la comunidad internacional, es particularmente importante reforzar el papel del derecho internacional y consolidar el orden jurídico internacional basado en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, el Gobierno yugoslavo concede especial importancia a la codificación de las normas sobre la responsabilidad de los Estados como elemento capaz de contribuir esencialmente al logro de ese objetivo.

2. Por otra parte, partiendo de la base de que los capítulos I, II y III sólo representaban una fracción del futuro proyecto de artículos, cuya primera parte, como es sabido, debería incluir cinco capítulos, el Gobierno yugoslavo desea recalcar que sus observaciones sólo tienen un carácter preliminar y que, a la espera de que se complete el proyecto provisional, su objetivo es aportar comentarios y sugerencias en una fase en que la Comisión se esfuerza todavía por dar los toques finales al resto del texto. Las observaciones que a continuación se exponen no prejuzgan, pues, en modo alguno la posición que el Gobierno yugoslavo considere oportuno adoptar en una fase ulterior de los trabajos. A falta de un texto completo, el Gobierno yugoslavo se limitará a emitir un juicio sobre la concepción general y el enfoque de la Comisión en relación con el conjunto del proyecto, así como sobre las soluciones globales que figuran en los capítulos I, II y III de la primera parte, consagrada al origen de la responsabilidad internacional. Las reflexiones y sugerencias sobre ciertos proyectos de artículos deben considerarse, pues, en esa perspectiva, es decir, que el Gobierno yugoslavo

podría reconsiderar más adelante su posición cuando la Comisión haya terminado la totalidad del texto.

3. En primer lugar, el Gobierno yugoslavo apoya plenamente la concepción fundamental de la Comisión, es decir, examinar exclusivamente en el marco del proyecto la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, y examinar el problema de la responsabilidad a este título como cuestión general y autónoma. En efecto, la experiencia demuestra que una orientación distinta del estudio de este problema no es racional y, por lo tanto, no tendría posibilidades de éxito. Esa concepción se basa en la hipótesis de que toda derogación del derecho internacional, concebido como un sistema global, general y ordenado de normas de conducta internacional con carácter obligatorio, es un acto ilícito que se reduce al denominador común expresado en la noción del hecho internacionalmente ilícito, que entraña siempre y en cada ocasión la *responsabilidad internacional*. Esta hipótesis inicial, que —en opinión del Gobierno yugoslavo— la Comisión elabora con coherencia en el marco de las disposiciones propuestas hasta la fecha, permite establecer un vínculo sólido e indispensable entre las obligaciones y las responsabilidades y evitar todo subterfugio que permita eludir la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones internacionales.

4. Según el enfoque de la Comisión, el resultado final de sus esfuerzos debe expresarse en la elaboración de normas generales cuyo objetivo es la reglamentación de toda una serie de relaciones jurídicas entre los Estados que operarían en el momento en que apareciera, desde el punto de vista del derecho internacional, una situación «anormal», es decir, cuando el comportamiento de un Estado determinado no se ajustara al que le impusiere una obligación internacional. Para el cumplimiento de esta tarea la Comisión ha dividido la cuestión de la responsabilidad en varios temas de ámbito más reducido, y ha previsto su elaboración en varias etapas, la primera de las cuales está en marcha. Es evidente que los temas de estudio que corresponden a las etapas sucesivas previstas por la Comisión representan un conjunto coherente, de manera que cabe concluir desde ahora que es indispensable continuar los trabajos hasta que todos los elementos de la responsabilidad se hayan examinado y formulado por completo.

5. Esta concepción de la Comisión resulta aceptable para el Gobierno yugoslavo y ofrece, en su opinión, varias ventajas. La primera de ellas es que las normas generales sobre la responsabilidad deben considerarse como un complemento indispensable del conjunto de otras normas (denominadas «primarias» en la terminología de la Comisión) de derecho internacional, como una elaboración aún mayor del sistema general de derecho internacional, cuyas normas deberían velar por la determinación de la responsabilidad y su reglamentación para cada caso de violación que se produjera en cualquier esfera del derecho internacional. La elaboración de estas normas contribuirá sin duda alguna a la seguridad jurídica tan necesaria en las relaciones internacionales. Otra ventaja consiste en que su adopción contribuirá al fortalecimiento del carácter obligatorio de todas las normas de derecho internacional y susci-

tará un comportamiento más responsable por los Estados, en especial respecto de las obligaciones que han asumido, lo que, a su vez, contribuirá a fortalecer el ordenamiento jurídico internacional. Es indudable que las aspiraciones de la mayor parte de la comunidad internacional se orientan actualmente hacia el establecimiento de un «orden internacional público» que debería asegurar a todos los Estados, en primer lugar, la paz, la seguridad y la justicia. Finalmente, a diferencia de las normas, hasta la fecha bastante fluidas, sobre la responsabilidad internacional (que, debido a su falta de claridad y a su dispersión por las distintas esferas del derecho internacional, resultaban relativamente ineficaces, sobre todo porque era difícil determinarlas), un conjunto de normas generales y únicas sobre la responsabilidad que tuvieran un carácter convencional podría hacer que el sistema de responsabilidad internacional fuera mucho más severo y eficaz, como espera el Gobierno yugoslavo. En cuanto a la aplicación efectiva de las normas que la Comisión está elaborando, el Gobierno yugoslavo considera oportuno afirmar desde ahora que se impone indudablemente la necesidad de elaborar un sistema de «aplicación» y de arreglo de controversias. A pesar de que la cuestión de la elaboración de estas normas se planteará en una fase posterior, el Gobierno yugoslavo desea subrayar desde ahora que está dispuesto a apoyar cualquier iniciativa en este sentido.

6. La Comisión, de conformidad con su práctica habitual, ha combinado el método de codificación con el de desarrollo progresivo. No obstante, cada vez que ello fue posible y especialmente cuando no se podía extraer del derecho consuetudinario principios jurídicos sólidos, la Comisión —al proponer soluciones— ha tenido en cuenta no sólo las concepciones modernas del derecho, sino también las necesidades actuales de la comunidad internacional. Gracias a esta actitud y al método inductivo consistente, por una parte, en descartar el apoyo a las premisas teóricas elaboradas de antemano y, por otra parte, en orientar la investigación hacia la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional, el proyecto de artículos propuesto contiene soluciones que son el resultado de la aplicación preponderante del método de desarrollo progresivo del derecho internacional.

7. Este enfoque complace al Gobierno yugoslavo porque testimonia la determinación de la Comisión de conceder a las normas propuestas un carácter de normas modernas y actuales para que el proyecto en su conjunto, así como los que le sigan, pueda responder a las exigencias que plantea al derecho internacional una comunidad internacional en plena transformación.

8. Tras esta exposición general, el Gobierno yugoslavo desea formular observaciones concretas sobre los capítulos I, II y III del proyecto.

9. En general, los cuatro principios fundamentales están bien planteados y, en consecuencia, como base general de todo el proyecto, resultan aceptables para el Gobierno yugoslavo. La observación de que cada hecho internacionalmente ilícito entraña responsabilidad internacional es conforme con la concepción que ha de admitirse generalmente, es decir, que todo hecho ilícito

constituye una derogación del derecho internacional, el que, sin excepción, es obligatorio en todas sus partes. El Gobierno yugoslavo acepta el razonamiento de la Comisión de que este principio dimana del principio de la igualdad soberana, ya que si todos los Estados son iguales en derecho también lo deben ser en materia de responsabilidad.

10. Los principios esenciales propuestos están formulados de una manera sucinta y concisa, lo que, por otra parte, constituye una de las características de todo el proyecto, así como una de sus virtudes. Empero, cabe preguntarse si sería oportuno examinar, en el marco de la segunda lectura del texto, la posibilidad de desarrollar eventualmente los principios generales, especialmente los enunciados en el artículo 3. Del mismo modo, una vez finalizada la elaboración del texto, cabría examinar la posibilidad de extraer de su contenido otros principios generales que encontraran su sitio en el marco del capítulo I. Según el Gobierno yugoslavo, sería muy útil que la Comisión se dedicara a examinar esa cuestión.

11. El capítulo II representa una elaboración del denominado elemento «subjetivo» del hecho internacionalmente ilícito, consagrado en el apartado *a* del artículo 3. La norma general del artículo 5, según la cual se considerará hecho del Estado «el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad», refleja de manera adecuada la concepción general de la Comisión y no da lugar a objeción alguna. Teniendo en cuenta esta disposición, el Gobierno yugoslavo considera que el artículo 6 no es indispensable, tanto más cuanto que en el comentario relativo a esta disposición se precisa que la finalidad del artículo 6 es impedir que se invoque la antigua práctica superada según la cual algunos órganos del Estado están exentos de responsabilidad¹.

12. El Gobierno yugoslavo apoya el principio enunciado en el artículo 10 de que «El comportamiento de un órgano del Estado, de una entidad pública territorial o de una entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público» que actúe excediéndose de su competencia o en contradicción con las instrucciones concernientes a su actividad no puede constituir una base para excluir la responsabilidad del Estado. Sin embargo, se plantea la cuestión de saber por qué el mismo principio no sería válido también en caso de un comportamiento semejante de un órgano de otro Estado o de una organización internacional, puesto a disposición del Estado de que se trate, y que actúe en su nombre (situación reglamentada en el artículo 9). El Gobierno yugoslavo considera que el principio recogido en el artículo 10 debe también aplicarse a este caso. Sin embargo, no se desprende claramente de la redacción del artículo 10 si éste cubre también la situación del artículo 9. Por lo tanto, el Gobierno yugoslavo sugiere que se considere la posibilidad de modificar la redacción actual del artículo 10.

13. Por otra parte, parece más lógico que la disposición del proyecto de artículo 8 (Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado) figure a continuación de las disposiciones relativas al comportamiento del órgano del Estado, por lo que parece preferible incluir esta disposición después de los artículos 9 y 10.

14. Cabe subrayar que en la aplicación e interpretación de las disposiciones del capítulo II probablemente se plantee la cuestión del significado de las nociones de «entidad pública territorial» y, sobre todo, «entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público». Estas nociones pueden comprenderse de manera distinta en los diferentes Estados, por lo que sería muy útil que la Comisión se decidiera a aprobar una disposición especial consagrada a la definición de los términos utilizados —decisión que, por otra parte, sería bien acogida por el Gobierno yugoslavo—, a fin de definir con exactitud los términos anteriormente mencionados.

15. El Gobierno yugoslavo desea expresar en particular su conformidad con las disposiciones de los artículos 14 y 15 relativos a la responsabilidad por un movimiento insurreccional. Esas disposiciones representan una importante contribución, que permite precisar ciertas situaciones que se plantean a menudo en las relaciones internacionales contemporáneas en las que no está suficientemente clara la cuestión de la responsabilidad.

16. El capítulo III representa, como la Comisión, por otra parte, lo ha precisado con razón, la esencia misma de esta parte del proyecto. En él se elabora el denominado elemento «objetivo» del hecho internacionalmente ilícito, recogido en el apartado *b* del artículo 3. El artículo 16, que en este contexto tiene el mismo objetivo que el artículo 5 del capítulo II, establece como norma principal que hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación. Aunque la disposición sea muy sucinta y en extremo general, en opinión del Gobierno yugoslavo resulta satisfactoria precisamente por esa generalidad de su ámbito, y representa una base muy amplia que ha permitido a la Comisión elaborar las hipótesis y las soluciones que, consideradas bajo diversos aspectos, pueden producirse en la práctica y se reglamentan en los artículos siguientes. El Gobierno yugoslavo considera que, en su conjunto, estos artículos están bien definidos y las soluciones que contienen son en principio aceptables.

17. No obstante, conviene señalar que la formulación y la terminología del proyecto de artículo 18 son muy complicadas y que el párrafo 2 sólo puede comprenderse tras la lectura del comentario. En opinión del Gobierno yugoslavo, sería conveniente que la Comisión procurara simplificar la redacción de ese artículo, aunque respetando, por supuesto, el fondo, e incluyera algunos elementos del comentario en el párrafo 2, a fin de que las disposiciones propuestas resultaran más claras de la lectura misma del texto.

18. Complace en especial al Gobierno yugoslavo el proyecto de artículo 22, que trata del agotamiento de

¹ Véase *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 202, documento A/9010/Rev.1, cap. II, secc. B, art. 6, párr. 17 del comentario.

los recursos internos. Esa disposición es especialmente importante, ya que confirma el principio de la soberanía e impide la injerencia extranjera inútil en asuntos de competencia nacional, indicando el camino que se ha de seguir para llegar al arreglo de tales situaciones y previendo únicamente la responsabilidad internacional en caso de que se hayan agotado los recursos internos o de que haya una denegación de justicia.

19. En el marco del capítulo III, el proyecto de artículo 19 es ciertamente el más importante; por consiguiente, el Gobierno yugoslavo juzga necesario examinar con mayor detalle la norma propuesta. En su opinión, la decisión de la Comisión de proponer un régimen diferente para los crímenes internacionales, es decir, para los delitos internacionales, debe saludarse y apoyarse sin reservas. Desde los principios de Nuremberg, un concepto ha cobrado progresivamente forma en la comunidad internacional, a saber: la existencia de violaciones del derecho internacional sumamente graves que deben calificarse como crímenes internacionales. En opinión del Gobierno yugoslavo, no cabe duda de que este concepto forma parte hoy día del derecho internacional vigente.

20. El párrafo 2, que determina las violaciones que hay que considerar como «crimen internacional», es ciertamente la disposición clave de ese artículo. El Gobierno yugoslavo considera este proyecto de disposición

como una buena base para los trabajos futuros y, en principio, la apoya. Convendría, no obstante, mejorar la redacción correspondiente, estableciendo de manera explícita que una violación de las obligaciones internacionales de este tipo entraña no sólo la condena, sino también una reacción concreta de toda la comunidad internacional. En otros términos, es excepcionalmente importante que de la redacción se pueda concluir con mayor evidencia que un crimen internacional no es únicamente una violación de los intereses del Estado directamente afectado por dicho crimen, sino que ese hecho internacionalmente ilícito afecta al interés social general de todos los Estados sin distinción.

21. El Gobierno yugoslavo apoya también las disposiciones del párrafo 3, ya que considera que la Comisión pone en él de relieve, como ejemplo de crímenes internacionales, aquellos que cabe efectivamente considerar sumamente peligrosos. Sin embargo, se plantea la cuestión de determinar el lugar que debería ocupar esa disposición en el marco del conjunto del proyecto. En efecto, tras la elaboración del texto definitivo del párrafo 2, y en función de su contenido, se podrá decidir si el párrafo 3 actual permanecerá en el contexto del artículo 19 o si la disposición de que se trata deberá ubicarse en la segunda parte del proyecto, que tiene por objeto el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional.

DOCUMENTO A/CN.4/330 *

Informe preliminar sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del proyecto de artículos), por el Sr. Willem Riphagen, Relator Especial

[Original: inglés]
[1.º de abril de 1980]

ABREVIATURAS

CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justicia
<i>C.I.J. Recueil</i>	CIJ, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
<i>C.P.J.I., serie A</i>	CPJI, <i>Recueil des arrêts</i>
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional

NOTA EXPLICATIVA: PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

Cada vez que en el presente documento 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.

1. La Comisión de Derecho Internacional, cuando, atendiendo a las recomendaciones correspondientes de la Asamblea General, decidió en los primeros años del decenio de 1960 estudiar *ex novo* el tema de la responsabilidad de los Estados, incluyó desde el principio el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad de los Estados entre las cuestiones que debían examinarse en relación con ese tema¹. Así pues, en los memorandos presentados por miembros de la Subco-

misión de Responsabilidad de los Estados, creada por la Comisión en 1962, y en las actas de las deliberaciones de dicha Subcomisión figuran referencias al contenido, las formas y los grados de la responsabilidad de los Estados². Más significativas aún son las conclusiones a que llegó a este respecto la Subcomisión misma, cuando decidió por unanimidad recomendar a la Comisión una «enumeración de los principales puntos que habrán de ser estudiados por lo que se refiere a los aspectos generales de la responsabilidad internacional del Estado, enumeración que podrá servir de guía en su labor al Relator Especial»³. Tras enunciar un punto preliminar (Determinación de la noción de responsabilidad internacional del Estado) y exponer un primer punto (Origen de la responsabilidad internacional), la enumeración recomendada por la Subcomisión a la Comisión continúa así:

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/330 y Corr. 1 y 3.

¹ En realidad, el primer Relator Especial encargado del tema, Sr. F. V. García Amador, ya había tratado en los informes que presentó a la Comisión entre 1956 y 1961 cuestiones relacionadas con el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad de los Estados. Examinó, por ejemplo, el deber del Estado de «reparar» los daños causados en su territorio a la persona o bienes de extranjeros. Véase *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 171, documento A/CN.4/96; *Anuario... 1957*, vol. II, pág. 113, documento A/CN.4/106; *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 51, documento A/CN.4/111; *Anuario... 1959*, vol. II, pág. 1, documento A/CN.4/119; *Anuario... 1960*, vol. II, pág. 40, documento A/CN.4/125; y *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 1, documento A/CN.4/134 y Add.1.

² Véase *Anuario... 1963*, vol. II, págs. 265 a 301, documento A/5509, anexo I.

³ Párr. 6 del informe del Sr. Ago, Presidente de la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados, a la Comisión (*ibid.*, pág. 266).

Segundo punto.—Formas de la responsabilidad internacional

1) Obligación de *reparar* y facultad de aplicar una *sanción* al Estado autor del hecho ilícito, como consecuencia de la responsabilidad. Cuestión de la pena en derecho internacional. Relación entre consecuencias reparadoras y afflictivas. Posibilidad de distinguir entre hechos ilícitos internacionales que entrañan tan sólo una obligación de reparar y hechos ilícitos que entrañan la aplicación de sanciones. Base posible para tal distinción.

2) La *reparación*. Sus formas. La *restitutio in integrum* y la reparación por compensación o *indemnización*. Amplitud de la reparación. La reparación de los daños indirectos. La satisfacción y sus formas.

3) La *sanción*. Sanciones individuales previstas en el derecho internacional común. Las represalias y su posible carácter de sanción por un hecho ilícito internacional. Las sanciones colectivas⁴.

2. En su 15.º período de sesiones, celebrado en 1963, la Comisión aprobó por unanimidad el informe de la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados, incluido el programa de trabajo en él propuesto⁵. Durante el debate se señaló que las cuestiones enumeradas tenían como único fin servir de datos al Relator Especial cuando procediese al estudio del fondo de los diversos aspectos de la definición de las normas generales de la responsabilidad internacional de los Estados, sin que por ello estuviera obligado a seguir en ese aspecto una solución de preferencia a otras. Se indicó asimismo que la aprobación del programa de trabajo propuesto por la Subcomisión se entendía sin perjuicio de la posición de los miembros de la Comisión respecto al fondo de las cuestiones enumeradas en el programa⁶. Por su resolución 1902 (XVIII), de 18 de noviembre de 1963, la Asamblea General recomendó a la CDI que continuara

su labor sobre la responsabilidad de los Estados, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en el decimotercero período de sesiones de la Asamblea General y el informe de la Subcomisión para la responsabilidad de los Estados, y prestando la debida consideración a los propósitos y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas.

3. En su 19.º período de sesiones, celebrado en 1967, la Comisión, en su nueva composición, confirmó las instrucciones dadas al Relator Especial en 1963⁷. En la nota presentada en ese período de sesiones por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial, se reproducía la enumeración de los principales puntos que habían de ser estudiados en relación con el tema conforme a la recomendación de la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados que la Comisión había aprobado⁸, en particular la enumeración que figuraba en el segundo punto (Formas de la responsabilidad internacional)⁹. Esa enumeración también apareció reproducida en el

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, pág. 261, documento A/5509, párr. 55.

⁶ *Ibid.*, párr. 54.

⁷ *Anuario... 1967*, vol. II, pág. 385, documento A/6709/Rev.1, párr. 42.

⁸ Véase *supra*, párr. 1.

⁹ *Anuario... 1967*, vol. II, págs. 339 y 340, documento A/CN.4/196, párr. 2.

primer informe que el Sr. Ago, en su calidad de Relator Especial, presentó a la Comisión en 1969¹⁰.

4. A raíz del examen de ese primer informe en su 21.º período de sesiones, la Comisión señaló en su informe de 1969 a la Asamblea General, en particular, lo siguiente:

[...] El Relator Especial, al resumir el debate, reseñó los puntos de vista de miembros de la Comisión y anunció su futuro plan de trabajo. Hubo acuerdo general respecto de las líneas generales del programa que había de llevarse a cabo en la materia en los siguientes períodos de sesiones.

Así, la Comisión estuvo en general de acuerdo en reconocer que el punto de partida de una codificación del tema de la responsabilidad internacional de los Estados no debía estar constituido por la definición del contenido de las normas de derecho internacional que atribuían obligaciones a los Estados en uno u otro sector de sus relaciones mutuas. El punto de partida debía ser la imputabilidad de un Estado por la violación de obligaciones dimanantes de tales normas, cualesquiera que fuesen su origen, su naturaleza y su objeto. Se tratará, pues, en una primera parte del proyecto de artículos, de establecer en qué condiciones se puede imputar a un Estado un hecho internacionalmente ilícito que origine, como tal, una responsabilidad internacional. Esta primera fase del estudio incluirá la definición de las condiciones objetivas y subjetivas de la imputación; la determinación de las diferentes características posibles del acto u omisión imputado y de sus posibles consecuencias; y la indicación de las circunstancias que, en casos excepcionales, pueden impedir la imputación. Se pidió al Relator Especial que presentara a la Comisión, en su 22.º período de sesiones, un informe sobre la materia con un primer anteproyecto de artículos.

Una vez realizada esta primera tarea fundamental, la Comisión se propone pasar a la segunda etapa, que consiste en determinar las consecuencias de la imputación a un Estado de un hecho internacionalmente ilícito y, seguidamente, en definir las diferentes formas y grados de responsabilidad*. Para ello, la Comisión reconoció en general que dos elementos, sobre todo, habían de servirle de guía para la definición apetecida, a saber: el carácter más o menos importante para la comunidad internacional de las normas de que dimanaban las obligaciones incumplidas y la gravedad mayor o menor de la violación propiamente dicha. Al definir los grados de la responsabilidad internacional, habrá que determinar los respectivos papeles de la reparación y de la sanción y, en particular, respecto de esta última, examinar por separado los casos en que la responsabilidad sólo se traduce en el establecimiento de una relación jurídica entre el Estado autor del perjuicio y el Estado víctima, y los casos en que, por el contrario, una infracción especialmente grave podría originar también una relación jurídica entre el Estado culpable y un grupo de Estados o eventualmente entre ese Estado y toda la comunidad internacional.

Por último, en una tercera etapa, se podrán abordar algunos problemas relacionados con los medios de «hacer efectiva» la responsabilidad, así como las cuestiones referentes a la solución de las controversias planteadas por una violación concreta de las normas relativas a la responsabilidad internacional¹¹.

5. Las conclusiones a que había llegado la Comisión en 1969 fueron, en general, acogidas favorablemente por la Sexta Comisión de la Asamblea General. El

¹⁰ *Anuario... 1969*, vol. II, págs. 144 y 145, documento A/CN.4/217 y Add.1, párr. 91.

¹¹ *Ibid.*, págs. 244 y 245, documento A/7610/Rev.1, párrs. 79 a 82.

plan de estudio del tema, las sucesivas etapas de ejecución del plan y los criterios que debían aplicarse a las distintas partes del proyecto, expuestos por la Comisión de Derecho Internacional, obtuvieron la aprobación general. En su resolución 2501 (XXIV), de 12 de noviembre de 1969, la Asamblea General recomendó a la Comisión que continuara la labor sobre la responsabilidad de los Estados, teniendo en cuenta el apartado c del párrafo 4 de la resolución 2400 (XXIII) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1968, en el que la Asamblea recomendaba, en particular, que la Comisión hiciera todo lo posible por iniciar en su próximo período de sesiones la labor sustantiva de la responsabilidad de los Estados.

6. Desde entonces, la Comisión ha reiterado constantemente en su informe anual a la Asamblea General, con respecto a la estructura general del proyecto, que: a) *el origen de la responsabilidad internacional* constituye el objeto de la primera parte del proyecto, que está destinada a determinar con qué fundamentos y en qué circunstancias puede afirmarse que existe, por parte de un Estado, un hecho internacionalmente ilícito, que, como tal, es fuente de responsabilidad internacional; b) la segunda parte tendrá por objeto *el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional*, es decir, la determinación de las consecuencias que el derecho internacional atribuye, en las diferentes hipótesis, a un hecho internacionalmente ilícito del Estado (consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito que acarrearán una reparación y consecuencias que implican una sanción, relación entre ambos tipos de consecuencias, formas concretas que pueden revestir tanto la reparación como la sanción); c) una vez cumplida esa doble tarea esencial, la Comisión podrá eventualmente decidir sobre la conveniencia de agregar al proyecto una *tercera parte* concerniente al modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional y a la *solución de las controversias*¹². En su informe sobre la labor realizada en su 27.º período de sesiones (1975), la Comisión, en los párrafos dedicados a la estructura del proyecto, amplió incluso algunos de los puntos que, en su opinión, debían ser tratados en la parte del proyecto dedicada al *contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional*, de la manera siguiente:

En el curso de la segunda fase del plan de estudio, se determinarán las consecuencias que el derecho internacional atribuye, en las diferentes hipótesis, a un hecho internacionalmente ilícito del Estado, a fin de llegar, sobre esta base, a una definición del contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional y de recoger en el proyecto de artículos las disposiciones pertinentes. Se tratará, en primer lugar, de determinar en qué casos hay que reconocer que nace, para el Es-

tado autor del hecho internacionalmente ilícito, una obligación de reparar, y en qué casos hay que admitir que el Estado de que se trata incurre en la aplicación de una sanción. La determinación de la distinción entre hechos internacionalmente ilícitos que acarrearán simplemente una obligación de reparar y hechos internacionalmente ilícitos que llevan aparejada la aplicación de sanciones, la base posible de tal distinción y la relación entre las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito que llevan consigo reparación y las consecuencias que implican sanción figuran entre las cuestiones de principio que habrá que resolver antes de poder proseguir el examen de otras materias que entran en la segunda fase del plan de estudio. En este contexto, habrá que examinar también la posible distinción entre los casos en que las relaciones jurídicas nacidas del hecho internacionalmente ilícito se establecen únicamente entre el Estado autor del hecho y el Estado directamente lesionado por éste, y los casos en que esas relaciones se establecen igualmente con otros Estados e incluso con la comunidad internacional entera. Habrá que examinar luego las cuestiones más específicas que se plantean respecto de la reparación y de la sanción en cuanto consecuencias que el derecho internacional atribuye a un hecho internacionalmente ilícito del Estado. En ese momento es cuando se analizarán las cuestiones relativas a las formas de reparación (*restitutio in integrum*, reparación por equivalente o indemnización, satisfacción), a la amplitud de la reparación y a los criterios que se han de seguir para determinarla, así como a las cuestiones relativas a los diferentes tipos de sanciones (individuales, colectivas) y a las diversas formas concretas (represalias, etc.) que pueden revestir, teniendo en cuenta en particular la evolución que haya podido producirse en la materia a raíz de la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas y en virtud de la instauración en la práctica del sistema de las Naciones Unidas¹³.

7. Durante el examen por la Sexta Comisión del informe presentado anualmente por la CDI a la Asamblea General, los representantes de Estados Miembros se han referido muchas veces, expresando su aprobación, a la estructura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados en curso de preparación, en especial a su división en partes, y al contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional como materia objeto de la segunda parte del proyecto. La propia Asamblea General ha reconocido expresamente, en sus resoluciones relativas al informe de la CDI, que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados comprenderá más de una parte. Así, por ejemplo, en su resolución 32/151, de 19 de diciembre de 1977, la Asamblea General recomendó a la Comisión que prosiguiera su labor sobre la responsabilidad de los Estados, asignándole carácter de alta prioridad,

con objeto de terminar *por lo menos la primera lectura del grupo de artículos que constituyen la parte I del proyecto* * sobre la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos dentro del actual período de mandato de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional.

En la resolución 33/139 (secc. I), de 19 de diciembre de 1978, figura una recomendación análoga. Aún más significativa a este respecto es la recomendación correspondiente formulada en la resolución 34/141, aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre

¹² Véase *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 172 y 173, documento A/9010/Rev.1, párr. 43; *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 278, documento A/9610/Rev.1, párr. 114; *Anuario... 1975*, vol. II, pág. 60, documento A/10010/Rev.1, párr. 41; *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 70, documento A/31/10, párr. 71; *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 9, documento A/32/10, párr. 24; *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 75, documento A/33/10, párr. 86; y *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 105, documento A/34/10, párr. 66.

¹³ *Anuario... 1975*, vol. II, págs. 60 y 61, documento A/10010/Rev.1, párr. 43.

de 1979. El apartado *b* del párrafo 4 de esa resolución dice lo siguiente:

4. *Recomienda* a la Comisión de Derecho Internacional que:
[...]

b) Continúe su labor sobre la responsabilidad de los Estados con el objeto de completar, en su 32.º período de sesiones, la primera lectura del grupo de artículos que constituyen la parte I del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, teniendo en cuenta los comentarios presentados por escrito por los gobiernos y las opiniones expresadas sobre el tema en los debates celebrados en la Asamblea General, y *proceda a estudiar la parte o partes subsiguientes del proyecto con miras a avanzar lo más posible en la elaboración de proyectos de artículos durante el actual mandato de los miembros de la Comisión* *.

8. De conformidad con el plan aprobado para el estudio del tema y el orden de prioridad atribuido a sus sucesivas etapas de ejecución, el Sr. Ago, en su calidad de Relator Especial, comenzó en 1970 a presentar una serie de informes sobre el *origen de la responsabilidad internacional*¹⁴, a saber: sobre las diversas cuestiones comprendidas en la primera etapa del estudio del tema. Tomando como base esos informes, la Comisión ha examinado y aprobado o procederá a la aprobación de diversos artículos, con los comentarios correspondientes, que constituyen la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados en curso de preparación. La Comisión, dedicada a la elaboración de las disposiciones de la primera parte, no ha tenido aún la oportunidad de emprender el estudio de las diversas cuestiones comprendidas en la segunda parte (*Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional*). No obstante, con ocasión del examen y la elaboración de las disposiciones de la primera parte, miembros de la Comisión se han referido muchas veces incidentalmente a aspectos de las cuestiones comprendidas en el ámbito de la segunda parte del proyecto o relacionadas con ésta. Por otra parte, los comentarios de la Comisión a diversos artículos de la primera parte del proyecto contienen ideas especialmente importantes para el estudio de la segunda parte o reservan expresamente algunas cuestiones para estudiarlas en el contexto de esa parte. Véanse, en particular, los comentarios de la Comisión a los artículos 1, 2, 3¹⁵, 11¹⁶, 17, 19¹⁷, 21,

¹⁴ Véase *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 189, documento A/CN.4/233; *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 212, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3; *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 75, documento A/CN.4/264 y Add.1; *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/291 y Add.1 y 2; *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/302 y Add.1 a 3; *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 33, documento A/CN.4/307 y Add.1 y 2; *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4; y *supra*, pág. 15, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7.

¹⁵ Para el comentario a los artículos 1 a 6, véase *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 176 y ss., documento A/9010/Rev.1, cap. II, secc. B.

¹⁶ Para el comentario a los artículos 10 a 15, véase *Anuario... 1975*, págs. 65 y ss., documento A/10010/Rev.1, cap. II, secc. B, subsecc. 2.

¹⁷ Para el comentario a los artículos 16 a 19, véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 73 y ss., documento A/31/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2.

22¹⁸, 24, 25, 27¹⁹, 28, 29, 30, 31 y 32²⁰, así como el comentario de introducción a los capítulos III²¹ y V²² de la primera parte.

9. La Comisión ha aprobado ya en primera lectura los artículos 1 a 32 de la primera parte del proyecto y tiene el propósito de finalizar la primera lectura de esa parte en el actual período de sesiones al concluir el estudio de las circunstancias que excluyen la ilicitud consideradas en el octavo informe del ex Relator Especial, Sr. Ago, que quedan por examinar, a saber: el «estado de necesidad» y la «legítima defensa». La Comisión, como indicó en su informe de 1979 a la Asamblea General, podrá entonces continuar el estudio de la materia e iniciar el examen de la segunda parte del proyecto, que tiene por objeto el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional. A fin de continuar el estudio de la materia —y habida cuenta de la elección del Sr. Ago como magistrado de la CIJ—, la Comisión designó, en su período de sesiones de 1979, al autor del presente informe Relator Especial para el tema de la responsabilidad de los Estados²³.

10. Al presentar ahora este «informe preliminar» sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional, el nuevo Relator Especial tiene el propósito de facilitar a la Comisión el examen general de una serie de cuestiones de principio que guardan o pueden guardar relación con la elaboración de las disposiciones que se enunciarán en la segunda parte del proyecto. Toda orientación o conclusión preliminar de la Comisión sobre tales cuestiones ayudará considerablemente al Relator Especial en la labor que tiene que realizar en el futuro en relación con la elaboración de esas disposiciones.

11. De acuerdo con el *artículo 1* del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, aprobado provisionalmente por la CDI²⁴,

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

«Hecho internacionalmente ilícito» de un Estado es, con arreglo a los *artículos 3 y 16*, todo comportamiento de ese Estado que no está en conformidad con lo que de él exige una *obligación* internacional. En la segunda parte del proyecto de artículos habrá que definir lo que se entiende por «responsabilidad internacional», es decir, las consecuencias jurídicas según el derecho inter-

¹⁸ Para el comentario a los artículos 20 a 22, véase *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 13 y ss., documento A/32/10, cap. II, secc. B, subsecc. 2.

¹⁹ Para el comentario a los artículos 23 a 27, véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 79 y ss., documento A/33/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2.

²⁰ Para el comentario a los artículos 28 a 32, véase *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 111 y ss., documento A/34/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2.

²¹ Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 73 a 76, documento A/31/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2.

²² Véase *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 127 a 130, documento A/34/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2.

²³ *Ibid.*, pág. 107, documento A/34/10, párrs. 71 a 73.

²⁴ Para el texto de todos los artículos del proyecto aprobados hasta ahora por la Comisión, *ibid.*, págs. 108 y ss., documento A/34/10, cap. III, secc. B, subsecc. 1.

nacional del hecho internacionalmente ilícito de un Estado. Si bien cabe hablar de una «obligación» de un Estado conforme al derecho internacional sin referirse necesariamente a otra entidad para con la que exista tal obligación —y, de hecho, de los 32 artículos del proyecto aprobados provisionalmente hasta la fecha, solamente en dos de ellos, los artículos 29 y 30, se utiliza la expresión «obligación [de un Estado] para con otro Estado»—, el término «responsabilidad» parece implicar otra entidad respecto de la cual es responsable un Estado. En realidad, como afirmó el Sr. Ago, entonces Relator Especial, en su tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, la expresión «responsabilidad internacional» se ha utilizado para designar

todas las formas de relaciones jurídicas nuevas que pueden nacer en derecho internacional del hecho ilícito de un Estado, tanto si se limitan a una relación entre el Estado autor del hecho ilícito y el Estado directamente perjudicado como si se extienden también a otros sujetos* de derecho internacional, y tanto si se centran en la obligación del Estado culpable de restituir el derecho del Estado perjudicado y de reparar el perjuicio causado como si giran en torno de la facultad del propio Estado perjudicado o de otros sujetos* de imponer al Estado culpable una sanción admitida por el derecho internacional²⁵.*

De esto se desprende que, aun cuando en la primera parte se evita la expresión «Estado perjudicado» e incluso se deriva responsabilidad internacional de la violación de una obligación internacional independientemente de la existencia de una «lesión» de intereses protegidos por normas «primarias» de derecho internacional, en la segunda parte no se puede por menos de tener en cuenta esa «lesión» y el sujeto o los sujetos de derecho internacional a los que este ordenamiento jurídico «adscribe», por decirlo así, los intereses afectados en lo que concierne a la responsabilidad.

12. Por otra parte, si bien puede ser cierto que, a los efectos de la primera parte, y según se establece en el párrafo 2 del artículo 17,

El origen de la obligación internacional [es decir, con arreglo al párrafo 1, «consuetudinario, convencional u otro»] violada por un Estado no afectará a la responsabilidad internacional a que dé lugar el hecho internacionalmente ilícito de ese Estado,

en la segunda parte, al determinarse las nuevas relaciones jurídicas emanadas de un hecho ilícito del Estado, no se puede ignorar el origen, en especial el origen convencional de la obligación internacional violada. Más aún, es evidente que la Comisión, al aprobar provisionalmente el artículo 19 de su proyecto de artículos, era plenamente consciente de que «el objeto de la obligación internacional violada» —en otras palabras, el contenido de la correspondiente norma «primaria» de derecho internacional— puede influir en los efectos jurídicos de esa violación, que se determinarán en la segunda parte. En realidad, dicho artículo, al incluir el elemento «cuantitativo» de la gravedad de la violación en su definición de «crimen internacional», pone claramente de manifiesto la obvia pertinencia del ele-

mento cuantitativo, no respecto de la primera parte, sino respecto de la segunda parte del proyecto de artículos.

13. Por consiguiente, mientras que en la primera parte podían dejarse de lado diversas distinciones por considerarlas ajenas a la cuestión de determinar en qué circunstancias nace la «responsabilidad internacional de un Estado», al definir el significado de la responsabilidad internacional en la segunda parte habrá que expresar de algún modo esas distinciones.

14. Quizás sea también útil recordar al principio algunas otras cuestiones que plantea el texto de varios artículos de la primera parte y que la Comisión dejó deliberadamente en suspenso para tratarlas en otro lugar, acaso en la segunda parte del proyecto de artículos. Así, los artículos 27 y 28, que establecen —en el caso del artículo 27, de manera implícita— la responsabilidad internacional de un Estado distinto del Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito, suscitan la cuestión de la relación entre esa responsabilidad y la responsabilidad en que haya podido incurrir este último Estado en relación con el mismo hecho ilícito.

15. Asimismo, el artículo 29, al excluir la ilicitud de un hecho determinado de un Estado en relación con otro Estado que haya dado válidamente su consentimiento a la comisión de ese hecho determinado, deja deliberadamente sin resolver la cuestión de la responsabilidad internacional contraída para con un tercer Estado. Aunque el párrafo 2 de este artículo deja sin efecto el párrafo 1 «si la obligación dimanara de una norma imperativa de derecho internacional general», el artículo no tiene por objeto las posibles consecuencias del consentimiento prestado respecto de la responsabilidad para con un tercer Estado en los casos en que no haya violación de una obligación dimanante de una norma imperativa.

16. Los artículos 31 y 32, y quizás los artículos, aun por redactar, relativos al «estado de necesidad» y a la «legítima defensa», si bien excluyen la ilicitud de un hecho de un Estado en determinadas circunstancias, no tienen por objeto excluir toda forma de «relación jurídica nueva» que pueda nacer en derecho internacional como consecuencia jurídica de tal hecho. También en este caso, la segunda parte del proyecto de artículos puede ser el lugar adecuado para especificar esas consecuencias jurídicas.

17. Por último, el artículo 30, al referirse a las contramedidas, es decir, toda «medida legítima según el derecho internacional» contra un Estado «a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese otro Estado», presupone claramente que por lo menos se indique de algún modo en la segunda parte lo que son esas «medidas legítimas según el derecho internacional».

18. En todos los supuestos considerados en el capítulo V bajo el epígrafe «Circunstancias que excluyen la ilicitud» cabe, al parecer, definir las consecuencias jurídicas de los hechos que en abstracto —es decir, dejando a un lado las circunstancias peculiares de la situación concreta— siguen constituyendo «violaciones de una obligación internacional». En su 31.º período de sesiones, la Comisión no adoptó deliberadamente una

²⁵ *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 226, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3, párr. 43.

decisión sobre la cuestión de si esas consecuencias jurídicas deberían ser examinadas en la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados o en el contexto del estudio por la Comisión de otro tema, a saber: «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.»

19. El Relator Especial se inclina por el primer elemento de esta alternativa. El capítulo V trata de casos en los que, habida cuenta de circunstancias especiales, un hecho que de lo contrario sería ilícito queda «justificado» con el resultado de la desaparición de algunas consecuencias jurídicas atribuidas al hecho ilícito, o de todas ellas. Por el contrario, el otro tema trata de casos en los que, habida cuenta de circunstancias especiales, un hecho perfectamente lícito en abstracto entraña ciertos efectos jurídicos que normalmente se atribuyen a los hechos ilícitos. Evidentemente, ambos tipos de casos tienden a «coincidir» de alguna manera, tal vez en las consideraciones relativas a la atribución del riesgo. Pero la diferencia fundamental en derecho internacional entre hechos *a priori* ilícitos y hechos *a priori* lícitos de un Estado parece inducir a que se eviten malentendidos mediante el tratamiento separado de ambos tipos de supuestos.

20. Más o menos en relación con lo que antecede se plantea otra cuestión. Se recordará que en los supuestos contemplados en el artículo 31 (Fuerza mayor y caso fortuito) y el artículo 32 (Peligro extremo) se restablece la plena responsabilidad (entre otras cosas) «si el Estado de que se trata ha contribuido * a que se produzca la situación» (de «imposibilidad material» o de «peligro extremo», según el caso). Uno puede sentirse tentado de establecer una analogía con los supuestos sobre los que versa el capítulo II. En éste se trata, desde luego, una cuestión diferente, a saber: la atribución de un comportamiento a un Estado. No obstante, hay cierta similitud entre las dos cuestiones consideradas respectivamente en los artículos 31 y 32, por una parte, y en el capítulo II, por otra. Ciertamente, los artículos 11, 12 y 14, al disponer que el comportamiento de las personas o grupos de personas mencionados en esos artículos *no* se atribuye al Estado, añaden la salvedad de que esa no atribución se entiende «sin perjuicio de la atribución [a un Estado] de cualquier otro * comportamiento que, hallándose relacionado *» con el comportamiento no atribuido, «deba considerarse hecho [de ese Estado] en virtud de los artículos 5 a 10». Parece que esta salvedad se refiere al supuesto en que el comportamiento directamente atribuible al Estado en virtud de los artículos 5 a 10 contribuye a una situación que no está en conformidad con lo que exige una norma primaria del derecho internacional. También en este caso esa contribución parece restablecer la plena responsabilidad, o por lo menos cierto grado de responsabilidad, para con un sujeto de derecho internacional perjudicado.

21. El artículo 15 del proyecto de artículos va todavía más lejos y, en el supuesto de una «sucesión de gobiernos» o en el de «una sucesión de Estados», hace recaer la responsabilidad de los hechos de un «movimiento insurreccional» en el Estado al que, más que a cual-

quier otro, «pertenece», por decirlo así, el movimiento insurreccional; este supuesto casi podría considerarse como un supuesto de contribución *a posteriori*.

22. Sea como fuere, parece claro que la salvedad hecha en los artículos 11, 12 y 14 abarca también los supuestos en que la contribución de los «agentes» del Estado consista en *no* haber adoptado las medidas adecuadas, legislativas o de otro tipo, para impedir el comportamiento de las personas o grupos de personas que no actúen por cuenta del Estado o para poner término a ese comportamiento.

23. Como consecuencia de esta interpretación, se podría aducir tal vez que, en la segunda parte del proyecto de artículos, cabe tomar en consideración cierto grado de responsabilidad del Estado como resultado del comportamiento, no de sus «agentes» (es decir, los órganos, personas y grupos de personas mencionados en los artículos 5 a 10), sino de otras personas que «pertenece» a ese Estado más que a cualquier otro, bien por ser nacionales suyos, bien por actuar en el territorio de ese Estado o a partir de él.

24. No obstante, el Relator Especial desaconsejaría a la Comisión que prosiguiera el curso de este razonamiento en el contexto del tema de la responsabilidad de los Estados (a diferencia del tema de la «responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»). En realidad, si se previera aunque sólo fuese cierto grado de responsabilidad del Estado por el comportamiento de sus nacionales o por un comportamiento observado en su territorio, se fomentaría de hecho una legislación «extraterritorial» o un control del Estado sobre los sucesos que se producen en su territorio tan estricto que resulte incompatible con su obligación de respetar las libertades fundamentales de la persona.

25. Acertadamente, el presente proyecto de artículos sólo se refiere a una *posible* responsabilidad del Estado por hechos de sus agentes «relacionados» con un comportamiento no atribuible al Estado, con lo que parece exigir una «contribución» positiva de esos agentes al curso de los acontecimientos y permite, en el caso de responsabilidad por omisión, tener en cuenta no sólo las limitaciones evidentes del poder real de cualquier Estado, sino también los límites jurídicos de su jurisdicción y su obligación de respetar los derechos humanos.

26. Sin embargo, por otra parte, parece que la Comisión debería ocuparse, en relación con el examen de la segunda parte del proyecto de artículos, de la cuestión del contenido, la forma y el grado de responsabilidad del Estado por un comportamiento «coadyuvante», y ello tanto en relación con los artículos 11, 12 y 14 como con respecto a los artículos 27 y 28.

27. El objeto y finalidad principales de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados son determinar los efectos jurídicos de la violación de una obligación internacional que da lugar a la responsabilidad de un Estado. Como se ha indicado²⁶, esos efectos jurídicos pueden variar según

²⁶ Véase *supra*, párr. 12.

el objeto de la obligación internacional violada, la gravedad de la violación atendidas las circunstancias del caso y otros factores. De una manera más general, como las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito tienen fundamentalmente carácter de reacción (respuesta) encaminada al restablecimiento de un equilibrio roto por ese hecho ilícito, parecería que, en principio, todas esas consecuencias jurídicas se rigen por una «regla de la proporcionalidad». Antes de tratar de analizar más a fondo esta noción de «proporcionalidad», parece conveniente elaborar, en primer lugar, un catálogo sistemático de las posibles consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos.

28. Una vez más se recordará que la expresión «responsabilidad internacional» se ha utilizado para designar todas las formas de relaciones jurídicas nuevas que pueden nacer en derecho internacional del hecho ilícito de un Estado. Al establecer un catálogo sistemático de esas relaciones jurídicas nuevas, parecen surgir tres parámetros: el primer parámetro es el contenido de las nuevas obligaciones del *Estado culpable*; el segundo, los nuevos «derechos» del *Estado perjudicado*; el tercero, la posición de los *terceros Estados* con respecto a la situación creada por el hecho internacionalmente ilícito.

29. Por lo que respecta al *primer parámetro* —las nuevas obligaciones del Estado culpable—, la finalidad primordial de la «respuesta» es evidentemente restablecer la situación que habría existido si no se hubiera producido la violación de la obligación internacional; en otras palabras: la *restitutio in integrum*²⁷. Fundamentalmente, una *restitutio in integrum* perfecta es, de hecho, siempre imposible; lo que ha sucedido ha sucedido, y ningún poder en la Tierra puede deshacerlo. En otras palabras: hay que distinguir según el factor tiempo correspondiente (como en efecto se ha introducido el factor tiempo en los *artículos 18, 24, 25 y 26*).

30. Desde este punto de vista hay tres aspectos posibles del contenido de la nueva o las nuevas relaciones jurídicas: a) lo que se podría denominar el aspecto *ex nunc*, que se refiere al presente; b) lo que se podría llamar el aspecto *ex tunc*, que se refiere al pasado; y c) lo que podría denominarse el aspecto *ex ante*, que se refiere al futuro. (Una vez más, no pueden trazarse distinciones rigurosas entre los tres aspectos.) Por consiguiente, el aspecto *ex nunc* contempla en principio el restablecimiento de un «derecho» del que alguien ha sido privado por el hecho ilícito.

31. El aspecto *ex tunc* considera en principio la indemnización de los daños y perjuicios como reparación

²⁷ En la jurisprudencia y la doctrina más recientes, véase, por ejemplo, el laudo sobre el fondo, de 19 de enero de 1977, dictado por el árbitro único en el asunto *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company c. el Gobierno de la República Árabe Libia* [American Society of International Law, *International Legal Materials*, Washington (D. C.), vol. XVII, N.º 1, enero de 1978, pág. 1] [texto francés de las partes esenciales del laudo en *Journal du droit international* (Clunet), París, vol. 104, N.º 2, abril-junio de 1977, pág. 350], y M. B. Alvarez de Eulate, «La *restitutio in integrum* en la práctica y en la jurisprudencia internacionales» [artículo citado en el laudo antes mencionado], *Temis* (Revista de ciencia y técnica jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza), Zaragoza, N.ºs 29-32, 1971-1972, pág. 11.

de los efectos lesivos causados por el hecho ilícito, mientras que el aspecto *ex ante* apunta hacia una confirmación de la obligación violada, quizá en la forma de una garantía contra futuras violaciones de esa misma obligación. Cabría decir que, mientras que el aspecto *ex nunc* se centra en la posición del Estado perjudicado, el aspecto *ex tunc* considera las consecuencias de hecho del comportamiento del Estado culpable y el aspecto *ex ante* concierne más bien a la credibilidad de la propia norma primaria. En todo caso, como ya se ha indicado, esos tres aspectos no son más que «facetas» del mismo objeto: un intento de ajustar lo que es a lo que debe ser, o, según los términos del tan citado fallo de la CPJI en el asunto de la Fábrica de Chorzów (Fondo) de 13 de septiembre de 1928, un intento «de eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito»²⁸. En realidad, si se considera el aspecto *ex tunc* de la indemnización de daños y perjuicios, según se ha aplicado en diversos fallos y laudos arbitrales internacionales, se advierte a menudo que abarca el aspecto *ex nunc* (especialmente si el restablecimiento del «derecho» perdido se estima imposible), e incluso el aspecto *ex ante*, mediante la concesión de una indemnización «punitiva». De hecho, el factor tiempo reaparece, aunque en apariencia sólo se tomen en cuenta los daños realmente causados por el comportamiento del Estado culpable; de ahí la concesión del resarcimiento del lucro cesante.

32. El concepto de la *restitutio in integrum* como una nueva obligación del Estado presupone claramente un «derecho» de otro Estado u otros Estados (el Estado o los Estados perjudicados) a los que afecta el hecho internacionalmente ilícito del primer Estado. En los artículos de la primera parte del proyecto se hacen varias distinciones respecto del contenido de las *obligaciones* (primarias) del Estado. De este modo, los *artículos 20, 21 y 23* distinguen entre «obligaciones de comportamiento», «obligaciones de resultado» y «obligaciones de prevención de un acontecimiento»; los *artículos 18, 24, 25 y 26* distinguen entre violaciones de una obligación internacional por «un hecho que no se extienda en el tiempo», por «un hecho de carácter continuo», por «un hecho compuesto» y por «un hecho complejo»; finalmente, el *artículo 19* menciona «una obligación internacional [...] esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional» y el *artículo 22* se refiere a «una obligación internacional relativa al trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros».

33. Todas estas distinciones remiten necesariamente de manera implícita al contenido del «derecho» de otro Estado u otros Estados que están «protegidos» por la obligación del Estado (o los Estados) mencionado en primer lugar. En cuanto tales, esas distinciones relativas al contenido de la obligación primaria podrían ser también pertinentes respecto del contenido de la nueva obligación que nace para un Estado de su hecho ilícito. Ciertamente parecería lógico *a priori* que hubiera una correlación entre los parámetros de las consecuencias jurídicas de la violación de una obligación y los parámetros de la norma primaria (obligación-derecho).

²⁸ *C.P.J.I.*, serie A, N.º 17, pág. 47.

34. En lo que se refiere al primer parámetro de ambas, debe haber evidentemente una proporcionalidad «cuantitativa» entre la violación y las consecuencias jurídicas: cuanto más grave sea la obligación, más completa debe ser la nueva obligación de *restitutio in integrum* (en sentido lato, es decir, en sus tres aspectos mencionados anteriormente). Ahora bien, se plantea la cuestión de si la «calidad» de la norma primaria (obligación-derecho) influye necesariamente en el contenido de la nueva relación, derivada de la violación de esa norma primaria. ¿O sólo reviste pertinencia esa calidad en el contexto de los parámetros segundo y tercero? En realidad, cualquiera que sea la calidad de la norma primaria violada debe haber *restitutio in integrum*. Pero la calidad de la norma primaria puede ciertamente ser pertinente en relación con la respuesta permisible del Estado o los Estados perjudicados y la posición de los terceros Estados con respecto a la respuesta. Con todo, incluso en el contexto del primer parámetro de las consecuencias jurídicas podría haber una correlación *cualitativa*. Así pues, parece que, en general, la exigencia de «garantías» contra futuras violaciones (el aspecto *ex ante*) se reserva para casos de violación, mediante el uso de fuerza externa o por medios análogos, de los derechos fundamentales de otro Estado, mientras que en los casos en que en el ejercicio de la jurisdicción interna de un Estado se ha violado una obligación «relativa al trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros» sólo se requiere una reparación *ex tunc*.

35. Sin embargo, no parece que puedan establecerse normas tajantes sobre esta materia. En especial parece haber una «zona gris» de casos (tanto en lo que respecta al medio aplicado por el Estado culpable como a la naturaleza particular del derecho del Estado perjudicado al que afecta) en los que las normas primarias de derecho internacional tal vez exijan una *restitutio in integrum* más «completa», incluidas unas «garantías», como consecuencia jurídica del hecho ilícito. A este respecto cabe pensar en situaciones en que una «interdependencia» de Estados (que en sí misma origina una situación de mayor vulnerabilidad por los hechos de un Estado que causen daño a otro) ha encontrado expresión en la protección especial que presta a esas situaciones una norma primaria de derecho internacional: esa protección especial podría en esos casos reflejarse también en el contenido de la nueva relación jurídica creada por una violación de esa norma primaria. Así, tal vez la «interdependencia» de Estados, creada por el hecho de compartir un «medio» indivisible, tenderá al reconocimiento de una obligación —en el caso de una contaminación ilícita que traspase las fronteras— de dar garantías contra la repetición de tal acontecimiento. En cierto modo, el conocido *Asunto de la fundición de Trail* constituye un ejemplo de esta cuestión, por cuanto el tribunal arbitral determinó los límites permisibles de futuras emisiones²⁹. Pero, por supuesto, esta determinación estaba prevista expresamente en el compromiso de arbitraje entre las partes en la controversia.

²⁹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 a 1982.

36. Por otra parte, debe reconocerse que lo que a primera vista parece ser una simple diferencia cuantitativa entre un hecho ilícito determinado y otro puede en la práctica ser una diferencia cualitativa. Así, por ejemplo, en lo que respecta al artículo 19 del proyecto de artículos, la «gravedad» de la violación de una obligación determina la diferencia cualitativa entre un delito internacional y un crimen internacional. También parece claro que lo que es sobre todo una «simple» violación por un Estado de su obligación de no utilizar el territorio de otro Estado para la realización de *acta iure imperii* puede constituir, cuando vaya seguida de hechos análogos que formen una pauta deliberada de comportamiento, una violación de la integridad territorial de ese otro Estado. Cabe imaginar fácilmente casos análogos de hechos «continuos», «compuestos» e incluso «complejos» que modifiquen la calidad del hecho en relación con la calidad de los derechos de otros Estados a los que afecte. Con frecuencia, si no siempre, la piedra de toque de este paso de la cantidad a la calidad puede consistir en si la violación de una obligación internacional es accesoria a un hecho, de otro modo legítimo, o, por el contrario, si dicha violación constituye el objeto y el fin del hecho mismo.

37. Antes de pasar a considerar el segundo parámetro de las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado —los nuevos derechos del Estado perjudicado—, debe analizarse algo más a fondo la cuestión de la distinción entre el «Estado perjudicado» y el «tercer Estado». Se ha examinado antes el posible contenido de la nueva obligación del Estado culpable. En primer lugar, esta nueva obligación es una obligación para con el Estado o los Estados perjudicados. Aquí es donde normalmente hay que tener en cuenta el origen de la obligación primaria violada por un Estado. En especial, el origen convencional de la obligación primaria entraña generalmente una responsabilidad sólo respecto de las demás partes en esa convención. En otras palabras: las partes en la nueva relación jurídica son los mismos Estados que eran partes en la convención que estipulaba la obligación primaria y solamente esos Estados. Más aún: parece evidente que una *restitutio in integrum*, en cualquiera de sus tres aspectos, presupone un Estado o varios Estados perjudicados. Normalmente, si la obligación primaria está enunciada en un tratado bilateral, el otro Estado parte en ese tratado es el único Estado que puede exigir tal *restitutio in integrum*. Esto parecería corresponder a la norma general enunciada en el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados³⁰. Sin embargo, cabe plantear dos cuestiones: a) la posible responsabilidad para con un Estado «perjudicado» que derive derechos de un tratado en virtud de las demás normas pertinentes de la Convención de Viena, y b) la posible responsabilidad para con un Estado parte en un tratado multilateral que no resulte «directamente» perjudicado por la violación de una obligación establecida en ese tratado.

³⁰ Para el texto de la Convención, véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 311. Denominada en adelante «Convención de Viena».

38. En cuanto a la primera cuestión, no parece haber ningún motivo para tratar la protección del derecho adquirido por el tercer Estado de manera diferente a la de los derechos adquiridos por las partes en el tratado. Ciertamente, conforme al artículo 37 de la Convención de Viena, el derecho originado para un tercer Estado puede ser revocado o modificado por las partes en el tratado (si no «consta que se tuvo la intención de que el derecho no fuera revocable ni modificable sin el consentimiento del tercer Estado»), pero en tanto las partes en el tratado no hayan adoptado tal medida, el derecho del tercer Estado y la obligación correspondiente de los Estados partes permanecen invariables, al igual que las consecuencias jurídicas de una violación de esa obligación. Por supuesto ocurre lo mismo respecto de una violación de la obligación originada para el tercer Estado.

39. La segunda cuestión es algo más complicada, dado que entraña una posible distinción entre —adoptando la terminología del artículo 60 de la Convención de Viena— «una parte especialmente perjudicada por la violación» de una obligación establecida en un tratado multilateral y cualquier otra parte en ese tratado. La consecuencia jurídica de una violación a que se refiere el artículo 60 es, por supuesto, diferente de la que aquí se examina; ocupa un lugar diferente en la escala de consecuencias jurídicas que se examinará más adelante. Aquí se trata más bien de la cuestión de si la violación por un Estado de una obligación contraída en virtud de un tratado multilateral da o no lugar también a una relación jurídica nueva entre ese Estado y otro Estado, parte en el tratado multilateral, cuyos intereses no resultan directamente afectados por tal violación. ¿Puede este último Estado exigir (también) la *restitutio in integrum*?

40. Evidentemente, ese Estado no puede exigir una indemnización de daños y perjuicios *ex tunc*, dado que, por definición, no se han lesionado sus intereses materiales. Pero ese Estado puede muy bien tener interés (no material) en el restablecimiento *ex nunc* (en beneficio directo del Estado perjudicado) y en una garantía *ex ante* contra ulteriores violaciones, en especial en el caso mencionado en el artículo 60 de la Convención de Viena, es decir, «si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado». El Relator Especial se siente inclinado a ir todavía más lejos y admitir que un tratado multilateral puede ser de tal índole que incluso una violación por una parte que no pueda considerarse «violación grave» a los efectos del artículo 60 de la Convención de Viena faculte a otro Estado parte, cuyos intereses materiales no resulten directamente afectados, para exigir al Estado culpable un restablecimiento *ex nunc* y tal vez incluso una garantía *ex ante*, aunque la violación no modifique «radicalmente la situación de cada parte».

41. Cabe, por supuesto, considerar que esta cuestión se refiere únicamente al modo de «hacer efectiva» la responsabilidad de los Estados, es decir, que se trata de una cuestión de procedimiento. Por otra parte, cabe

también considerar que la cuestión se refiere a la existencia de una obligación primaria. Como es bien sabido, la CIJ, en su fallo de 18 de julio de 1966 en los asuntos contenciosos de Etiopía y Liberia contra Sudáfrica³¹, decidió que Etiopía y Liberia, aunque, como había indicado en su resolución anterior de 21 de diciembre de 1962³², tenían capacidad para comparecer en juicio, no podían exigir a Sudáfrica la observancia de las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos del mandato referentes al cumplimiento de la «misión sagrada de civilización» (párr. 33 del fallo). Según la Corte, esos artículos no creaban un «derecho autónomo separado» de los distintos Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones (*ibid.*), sino que versaban sobre «cuestiones pertenecientes a la esfera política» (párr. 84 del fallo). [Conviene advertir que, en su opinión consultiva de 21 de junio de 1971³³, la Corte confirmó esta distinción y dedujo de ella la conclusión de que debía considerarse que un «órgano político de las Naciones Unidas» estaba facultado para adoptar las medidas necesarias de respuesta (párr. 102 de la opinión consultiva).] Estas decisiones parecen basarse en la opinión de que los artículos pertinentes del mandato no creaban una obligación de Sudáfrica para con los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones.

42. Cualquiera que sea la manera en que se considere la segunda cuestión (como concerniente a las demás «partes» en la nueva obligación del Estado culpable de proceder a la *restitutio in integrum*; como concerniente al modo de «hacer efectiva» la responsabilidad del Estado, es decir, una cuestión de capacidad para comparecer en juicio; o como concerniente a la existencia o inexistencia de una obligación primaria para con un determinado Estado), parece evidente para el Relator Especial que hay que establecer una distinción, a efectos de determinar las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito, entre un Estado directamente afectado por una determinada violación de una obligación internacional (el «Estado perjudicado») y los demás Estados, sean o no partes en el tratado (multilateral) que crea la obligación. En una escala de consecuencias jurídicas, la relación jurídica nueva creada por el hecho ilícito de un Estado es principalmente una relación entre el Estado culpable y el Estado (o los Estados) cuyos intereses materiales resultan directamente afectados por ese hecho ilícito.

43. Hasta ahora sólo hemos examinado la nueva obligación del Estado culpable de proceder a la *restitutio in integrum* en sus tres aspectos: a) restablecimiento *ex nunc* del «derecho» del Estado perjudicado (comparable a una obligación de cumplir, aunque sea tardíamente, la obligación primaria original); b) indemnización de daños y perjuicios *ex tunc* (comparable al «apoyo» dado a la obligación primaria original); c) su-

³¹ Sud-Ouest africain, deuxième phase, Arrêt: *C.I.J. Recueil 1966*, pág. 6.

³² Affaires du Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), Exceptions préliminaires, Arrêt du 21 décembre 1962: *C.I.J. Recueil 1962*, pág. 319.

³³ Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) notwithstanding la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, Avis consultatif: *C.I.J. Recueil 1971*, pág. 16.

ministro de «garantías» *ex ante* (comparable a las «contramedidas» frente al incumplimiento de la obligación primaria original). Por otra parte, hemos examinado la cuestión de que otro Estado u otros Estados pueden exigir esa *restitutio in integrum* al Estado culpable.

44. Debemos pasar ahora al *segundo parámetro*: la cuestión de las (demás) «respuestas» del Estado perjudicado al hecho ilícito como consecuencia jurídica de ese hecho ilícito. Parece conveniente tratar, en primer lugar, esas otras posibles respuestas del Estado perjudicado (segundo parámetro) y de los demás Estados (tercer parámetro) antes de examinar la cuestión de la relación entre las diversas «respuestas» (en especial la cuestión de si esas otras respuestas están permitidas sólo después de que resulte manifiesto que el Estado culpable no ha cumplido su obligación de *restitutio in integrum*).

45. La primera de esas otras respuestas en que cabe pensar pertenece a la esfera del «no reconocimiento» de la situación creada por el hecho ilícito. Es posible evidentemente que una norma primaria de derecho internacional requiera que un Estado reconozca como «legal», es decir, como generadora de consecuencias jurídicas, una situación de hecho existente creada por otro Estado. Puede plantearse entonces la cuestión de si el que la situación haya sido creada por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado tiene repercusiones en tal obligación. A primera vista parece obvio que por lo menos el Estado perjudicado ya no está obligado a reconocer como «legal» la situación creada por otro Estado, si esa situación resulta de un hecho ilícito de ese otro Estado. Puede incluso existir el deber, en derecho internacional, del Estado perjudicado o, para el caso, de terceros Estados de no reconocer a la situación un carácter legal, pero se trata de una cuestión que se examinará más adelante en el contexto del tercer parámetro. Ahora bien, ¿cuál es exactamente el alcance de este derecho del Estado perjudicado de no reconocer a la situación un carácter legal? Para responder a esta cuestión deben considerarse las normas primarias que crean una obligación de «reconocer».

46. A este respecto, las primeras normas primarias que acuden al pensamiento son las relativas a los límites, conforme al derecho internacional, de la jurisdicción nacional y, entre éstas, especialmente las normas relativas a las inmunidades jurisdiccionales y de otro tipo de los Estados extranjeros y de sus bienes. La cuestión estriba en si los tribunales del Estado perjudicado pueden hacer caso omiso de la inmunidad jurisdiccional, conforme al derecho internacional, de un Estado extranjero al examinar una situación creada por ese Estado extranjero mediante un hecho que viole una obligación internacional de ese Estado para con el Estado perjudicado. Esta cuestión se ha mencionado en diversas decisiones de tribunales nacionales e incluso en leyes nacionales concernientes a las inmunidades de los Estados extranjeros. A título de ejemplo, cabe señalar un fallo del Hoge Raad (Tribunal Supremo) de los Países Bajos y la legislación de los Estados Unidos de América relativa a las inmunidades de los Estados extranjeros. En el asunto *Attorney General of the U. S. A. c. Bank voor Handel en Scheepvaart* (fallo de 17 de octubre de

1969), el Tribunal Supremo sostuvo que estaba facultado para verificar la conformidad con las normas de derecho internacional general de las medidas de expropiación adoptadas por el Gobierno de los Estados Unidos en virtud de su «legislación relativa al comercio con el enemigo» (acto típico *iure imperii*), aun cuando los bienes expropiados estuvieran situados en el territorio de los Estados Unidos y (antes de la expropiación) no pertenecieran a nacionales de los Países Bajos o a otras partes interesadas de este país. Cabe señalar que la renuncia tácita a la inmunidad de los Estados Unidos no fue considerada pertinente por el Tribunal Supremo. Más aún: el Tribunal resolvió que las medidas de expropiación de los Estados Unidos no eran contrarias a las normas de derecho internacional³⁴.

47. De conformidad con la legislación de los Estados Unidos relativa a las inmunidades de los Estados extranjeros:

a) Ningún Estado extranjero gozará de la inmunidad de jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos o de cualquiera de los Estados de la Unión cuando

[...]

3) se impugnen derechos sobre bienes adquiridos *en violación del derecho internacional** y esos bienes, o cualesquiera otros con los que se hubieren intercambiado, se hallaren situados en los Estados Unidos en relación con las actividades comerciales realizadas en los Estados Unidos por el Estado extranjero, o si esos bienes, o cualesquiera otros con los que se hubieren intercambiado, fueren propiedad de un órgano o entidad del Estado extranjero, o fueren explotados por éstos, y ese órgano o esa entidad realizaren actividades comerciales en los Estados Unidos³⁵.

48. Evidentemente, la cuestión de la conformidad o no conformidad con las normas de derecho internacional de las medidas legislativas o administrativas de Estados extranjeros puede plantearse también en los casos en que el Estado extranjero en cuanto tal no es parte en la controversia sometida al tribunal nacional y, por consiguiente, no se suscita la cuestión de su inmunidad (salvo en lo que respecta a la «doctrina del acto del Estado», cuestión de la que la Comisión no desea ocuparse en el contexto del tema «Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes»). En tal caso, la cuestión del «reconocimiento» de esas medidas suele resolverse mediante la aplicación de las normas de conflicto de leyes, especialmente de la excepción al «reconocimiento» de las leyes extranjeras contrarias al «orden público» del foro. La Comisión no ha considerado todavía que sea una materia susceptible de codificación la cuestión de si, y en qué medida, hay normas generales de derecho internacional público relativas al contenido admisible de las normas nacionales de conflicto de leyes. Por consiguiente, el Relator Especial estima que esta cuestión concreta de conflicto de leyes no puede tratarse en el marco de la segunda parte del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados. Más aún:

³⁴ Véase *Netherlands Yearbook of International Law*, 1970, vol. I, Leyden, Sijthoff, 1971, págs. 232 a 238.

³⁵ Estados Unidos de América, *United States Statutes at Large*, 1976, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1978, vol. 90, segunda parte, págs. 2892 y 2893, Public Law 94-583, art. 1605, apartado a, inciso 3.

parecería que las posibles consecuencias del hecho ilícito de un Estado sobre el alcance de su inmunidad jurisdiccional están más estrechamente relacionadas con el tema encomendado al Sr. Sucharitkul como Relator Especial, por lo que sería preferible examinarlas, en su caso, dentro de ese marco.

49. Por otra parte, puede ocurrir que las cuestiones de conflicto de leyes y el reconocimiento debido por un Estado a normas y decisiones nacionales de otro Estado figuren en un tratado celebrado entre esos Estados. Muy a menudo esos tratados limitan expresamente el deber de reconocimiento mediante una cláusula de «orden público» incluida en el tratado. De no ser así, cabría tal vez considerar que tal cláusula está implícita en el tratado, por lo menos en los casos en que el otro Estado no actúa de conformidad con las normas enunciadas en ese tratado y relativas a los límites de su jurisdicción. En cualquier caso, esta situación corresponde más bien al ámbito de la *exceptio non adimpleti contractus* como consecuencia jurídica de un hecho ilícito, que se examina más adelante.

50. En general, se considera que las normas de derecho internacional (público) relativas a los límites (funcionales) de la jurisdicción interna tienen directamente fuerza de obligar en el ámbito interno por cuanto los tribunales nacionales pueden —y hasta deben— aplicar tales normas aun cuando no hayan sido «incorporadas» a la legislación interna. La legislación interna de algunos países remite en general a «los límites de jurisdicción reconocidos por el derecho internacional». Además, en algunos países, leyes constitucionales o de otro tipo atribuyen a normas (convencionales) de derecho internacional (aunque no se refieran a los límites de la jurisdicción nacional) fuerza obligatoria directamente exigible en derecho interno y hasta disponen su aplicación por los tribunales nacionales no obstante las disposiciones de otras leyes internas (promulgadas con anterioridad o incluso posteriormente).

51. Parece claro que en tales casos los tribunales nacionales de un Estado tenderán a no «reconocer», es decir, a no aplicar, las normas o decisiones extranjeras que se hayan adoptado contraviniendo el tenor de obligaciones internacionales (convencionales) del Estado extranjero de que se trate; en otras palabras: cuando la aplicación de la norma o decisión extranjera resulte incompatible con la aplicación de la norma de derecho internacional obligatoria para ambos Estados. También a este respecto cabe plantear la cuestión de si tal «reacción» ante un hecho ilícito de un Estado extranjero es siempre permisible con arreglo a (otras) normas de derecho internacional. En algunos casos es evidente que no lo es. En la esfera de las inmunidades diplomáticas, por ejemplo, ningún hecho ilícito de un Estado puede de ningún modo justificar la violación de las inmunidades diplomáticas de que ese Estado disfruta en el territorio del Estado perjudicado. Esta regla, sin embargo, parece corresponder al ámbito de las limitaciones que imponen a cualquier tipo de «reacción» ante un hecho internacionalmente ilícito ciertas normas de derecho internacional relativas a determinadas materias (en particular la protección de los intereses de la comunidad internacional de Estados en general y la protección

de los derechos humanos internacionalmente reconocidos). Más adelante se analizarán tales limitaciones.

52. Además de esas limitaciones, el no reconocimiento, en ejercicio por un Estado de su jurisdicción interna, de situaciones creadas por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado dentro de los límites de su competencia parece estar regido por las normas de derecho internacional relativas específicamente a la «jurisdicción». En opinión del Relator Especial, no parece existir una norma general de derecho internacional que disponga que todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado faculta al Estado perjudicado a rebasar los límites de su propia jurisdicción. (Esto no excluye que tal respuesta del Estado perjudicado pueda ser lícita en caso de que el Estado culpable, a su vez, haya rebasado los límites de su jurisdicción.)

53. En cierto sentido, la cuestión del «no reconocimiento» por un Estado de una situación creada por otro Estado se manifiesta en otro plano en las normas de derecho internacional relativas a la «intervención» de un Estado en los asuntos de otro Estado. Desde luego, la «respuesta» de un Estado a un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado no constituye necesariamente una «intervención» en los asuntos de ese otro Estado, prohibida por las normas generales de derecho internacional. También en este caso, si un tipo o medio de «intervención» está prohibido por el derecho internacional incluso como respuesta a un hecho internacionalmente ilícito del Estado contra el cual se dirige la «intervención», ello resulta de una norma de derecho internacional del tipo que acaba de mencionarse, es decir, una norma que hace que la prohibición de la «intervención» sea, por así decirlo, «resistente» a una violación cometida en respuesta a un hecho ilícito. Tal protección especial, al parecer, no se concede a todos los intereses amparados por la norma de derecho internacional que prohíbe la «intervención». A este respecto es tentador remitir a otro contexto de la «resistencia» de una norma de derecho internacional a su violación en casos especiales. Hacemos referencia al informe del ex Relator Especial, Sr. Ago, sobre el «estado de necesidad» como circunstancia que excluye la ilicitud³⁶. En los párrafos 55 y siguientes de ese informe, el Sr. Ago demuestra —a juicio del actual Relator Especial, de manera muy convincente— que (véase en particular el párrafo 66) la prohibición de la «intervención» no es necesariamente, en todos sus aspectos, «inmune» a una violación «lícita» en virtud de la excusa del «estado de necesidad». La misma conclusión parece ser igualmente válida respecto de cierta violación de esta prohibición cometida a título de contramedida, en el sentido del artículo 30 del proyecto de artículos, respecto a un hecho internacionalmente ilícito.

54. Al tratar el «no reconocimiento» como respuesta a un hecho internacionalmente ilícito hay que tener en cuenta que esta consecuencia jurídica se dirige no ya contra el comportamiento ilícito mismo (*ex tunc*), ni siquiera contra su resultado inmediato, el acontecimiento que se ha producido (*ex nunc*), sino contra las «me-

³⁶ Véase *supra*, pág. 16, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7, secc. 5.

didadas adoptadas a raíz de» ese acontecimiento (*ex ante*). En realidad, el no reconocimiento es la negativa a adoptar las medidas que normalmente serían obligatorias a raíz del acontecimiento que se ha producido. (Como tales, deben distinguirse de otra consecuencia jurídica posible de un hecho ilícito: la «sustitución», a los efectos de reconocimiento, del acontecimiento que se ha producido por una situación similar a la que habría existido si el comportamiento hubiera estado en conformidad con la obligación del Estado culpable; por supuesto, esa sustitución del «hecho» por la «ficción» presenta algunas dificultades intrínsecas, además de constituir en principio una respuesta más enérgica que el mero no reconocimiento de los hechos.) Es evidente que la admisibilidad de esa respuesta dependerá de la «calidad» del hecho ilícito. Así, por ejemplo, un acto de agresión puede tener como resultado inmediato el que un territorio no sometido a la soberanía del Estado agresor sea ocupado por éste. Dejando a un lado la cuestión de si (y, en tal caso, en qué medida) esa ocupación lleva aparejado algún derecho del Estado ocupante como Estado beligerante, la opinión general es que el territorio ocupado no pasa, en derecho, a formar parte del territorio del Estado ocupante. Por consiguiente, la administración de ese territorio por ese Estado (por lo menos en la medida en que no esté comprendida en el ámbito de sus derechos como Estado beligerante) no es desde luego algo que los demás Estados reconocerán como legal. (Véase el primer principio 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 Unidas³⁷, que estipula, entre otras cosas, lo siguiente: «No se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza.»)

55. Como es bien sabido, la CIJ, en su opinión consultiva de 21 de junio de 1971³⁸, asimiló virtualmente, a los efectos de la consecuencia jurídica de no reconocimiento, la «continuación de la presencia» de Sudáfrica en Namibia después de que la Asamblea General diera por terminado el mandato a «una adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza» en el sentido de la regla enunciada en la Declaración de la Asamblea General que acabamos de mencionar. (Conviene señalar que la Corte interpretó la terminación misma del mandato como una consecuencia jurídica de los hechos ilícitos realizados por Sudáfrica en violación de sus obligaciones conforme al mandato. Volveremos a considerar este aspecto al analizar la relación entre las diversas consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos, que termina en el modo de «hacer efectiva» la responsabilidad de los Estados.) En los párrafos 121 y siguientes de su opinión consultiva, la Corte define las «relaciones con el Gobierno de Sudáfrica», que debe considerarse que implican «un reconocimiento de la legalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia». Por supuesto, al no haber Estado perjudicado (véase el párrafo 127: «la presencia ilegal [...] causa

perjuicio a un pueblo [...]»), la Corte considera aquí una consecuencia jurídica obligatoria respecto de *terceros Estados* (es decir, correspondiente al tercer parámetro). Es indudable que el derecho del Estado perjudicado a no reconocer puede muy bien abarcar más que el deber de un tercer Estado de no reconocer. No obstante, la opinión consultiva es pertinente también en el contexto del segundo parámetro en cuanto describe a *contrario* lo que significa el no reconocimiento. Como la mayoría de las «relaciones con el Gobierno de Sudáfrica», prohibidas por la obligación de no reconocer la continuación de su presencia en Namibia como legal, son de todos modos relaciones que cada Estado normalmente es libre de entablar o no (entablar relaciones convencionales; enviar misiones diplomáticas, consulares o especiales; entablar relaciones económicas o de otro tipo), y como tales no están comprendidas en el presente contexto del segundo parámetro, la Corte menciona también las «relaciones» que un Estado normalmente podría estar obligado a mantener en virtud de un tratado con el Estado culpable. En realidad, la obligación de aplicar un tratado respecto de la totalidad del territorio del otro Estado parte en el tratado y de todos los territorios de cuyas relaciones internacionales ese otro Estado parte sea responsable (véase también la última frase del párrafo 118 de la opinión consultiva) no se aplica en principio a un territorio «adquirido» u «ocupado» en virtud de un comportamiento internacionalmente ilícito.

56. Es interesante observar, sin embargo, que la Corte sólo se refiere en el párrafo 122 a «los tratados bilaterales en vigor» y al hecho de «invocar o aplicar tales tratados» en la medida en que esas disposiciones convencionales «entrañan una colaboración intergubernamental activa». Además, en lo que respecta a los tratados multilaterales, la Corte excluye de la regla de no aplicación «ciertas convenciones generales, como las convenciones de carácter humanitario, cuyo incumplimiento podría causar perjuicio al pueblo de Namibia». En cuanto a este último punto, la Corte declara también de manera más general, en el párrafo 125, que

En general, el no reconocimiento de la administración del territorio por Sudáfrica no debe tener la consecuencia de privar al pueblo de Namibia de ninguna de las ventajas derivadas de la cooperación internacional.

Y en el párrafo 127, que

todos los Estados deben tener presente que la entidad perjudicada es un pueblo que debe contar con la asistencia de la comunidad internacional a fin de alcanzar los objetivos para los cuales se instituyó la misión sagrada de civilización.

57. Todas esas «reservas» respecto del no reconocimiento pueden atribuirse, a juicio del Relator Especial, a la situación jurídica particular considerada, en la que no había ningún Estado perjudicado por el comportamiento ilícito, sino que el territorio de que se trataba era un territorio sometido a administración internacional en beneficio de su población. Esta limitación del no reconocimiento (ya como deber, ya como derecho) parece, pues, corresponder más bien a la categoría, que se examinará más adelante, de la protección de intereses «extraestatales».

³⁷ Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, de la Asamblea General, anexo.

³⁸ Para la referencia, véase *supra*, nota 33.

58. Además del derecho de no reconocer como legal la situación creada por el hecho ilícito del Estado culpable, el Estado perjudicado puede tener otros derechos como consecuencia jurídica de ese hecho ilícito. Conforme al artículo 60 de la Convención de Viena, una violación grave de un tratado por una de las partes faculta a la otra parte «para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente» (*exceptio non adimpleti contractus*). En su opinión consultiva de 21 de junio de 1971, antes mencionada, la Corte, en los párrafos 94 y 95, generaliza esa norma de derecho internacional al mencionar «el ejercicio del derecho a dar por terminada una relación a raíz de una violación deliberada y persistente de obligaciones que frustre el objeto y el fin mismos de esa relación». Cabe poner en duda la analogía entre una «relación» como la considerada en este caso y una relación convencional bilateral en la que normalmente hay equilibrio entre las obligaciones entre el mandatario y la Sociedad de las Naciones invocación de la *exceptio non adimpleti contractus* puede ser considerada como una aplicación del principio de reciprocidad, no hay nada «recíproco» en las relaciones entre el mandatario y la Sociedad de las Naciones (o las Naciones Unidas). De hecho, la Corte, en el párrafo 103 de la misma opinión consultiva, caracteriza a las Naciones Unidas como «la institución supervisora» y, al final del párrafo 54, recuerda una de sus observaciones anteriores, según la cual los derechos del mandatario respecto del territorio bajo mandato son más bien *lo contrario de la soberanía sobre un territorio* en cuanto «tienen su fundamento en las obligaciones del mandatario y [...] son, por así decirlo, meros instrumentos concedidos para permitirle desempeñar sus obligaciones».

59. Sea como fuere, cabe deducir que, tanto si los derechos y obligaciones dimanantes de una relación jurídica están vinculados «horizontalmente» por el «objeto y el fin» de la relación en su conjunto como si lo están «verticalmente», una respuesta consistente en la falta de cumplimiento de obligaciones derivadas de la relación es una consecuencia jurídica válida del hecho ilícito de otro Estado parte en esa relación que constituya una violación grave de una obligación resultante de tal relación. Conviene señalar, sin embargo, que la diferencia entre un nexo «horizontal» —como el que une a Estados partes en un tratado— y un nexo «vertical» —como el que une la parte supervisora y la parte sujeta a supervisión— tiene con todo consecuencias importantes. De hecho, en el artículo 65 y en el apartado b del artículo 66, así como en el anexo de la Convención de Viena, se establece un procedimiento *obligatorio* para la solución de las controversias relativas a la terminación o la suspensión de la aplicación de un tratado también por la causa mencionada en el artículo 60. En cambio, con arreglo a la opinión consultiva de la CIJ, un procedimiento de esta índole no es aparentemente necesario en el caso de la relación «vertical» considerada en aquel asunto.

60. Al mismo tiempo, la Corte menciona expresamente, al parecer aprobándolo, que la Asamblea General, al dar por terminado el mandato, adujera como motivo

para ello la violación por Sudáfrica de obligaciones que, como tales, no estaban directamente previstas en el mandato, sino en otros instrumentos: la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos (párr. 92 de la opinión consultiva). Esto parece apuntar a una concepción no excesivamente restrictiva del «objeto» y el «fin» de una relación, que puede ser el resultado de una combinación de diversos tratados celebrados entre las mismas partes en esferas conexas. (Cabe señalar, a este respecto, que el mandato podría considerarse tal vez como un «tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional» en el sentido del artículo 5 de la Convención de Viena.)

61. En realidad, independientemente de la aplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* en sentido estricto, la violación de una obligación internacional también puede dar lugar a consecuencias jurídicas en lo que concierne a los derechos del Estado perjudicado a no cumplir obligaciones para con el Estado culpable distintas de las relativas al mismo «objeto» y el mismo «fin» que informan la obligación violada por el Estado culpable. De hecho, no es posible excluir *a priori* «contramedidas» correspondientes a una esfera de actividad diferente de la que constituye el «objeto y el fin» de las obligaciones violadas por el Estado culpable, aunque sólo sea a causa de la falta de reciprocidad efectiva (en contraposición a jurídica) entre el Estado culpable y el Estado perjudicado en lo concerniente a una cuestión objeto de un tratado del que emana una obligación que ha sido violada por el Estado culpable. Ahora bien, la regla de la proporcionalidad de la respuesta tiene una importancia especial a este respecto; más adelante volveremos a examinar este punto.

62. Pasando ahora a considerar el *tercer parámetro* —es decir, la situación de los terceros Estados respecto del hecho ilícito—, el principio básico parece ser que el hecho ilícito no crea una relación jurídica nueva entre el Estado culpable y un Estado distinto del Estado perjudicado. Es más, cabe afirmar que si el hecho ilícito del Estado culpable A respecto del Estado perjudicado B ha creado un derecho nuevo para el Estado C, el ejercicio de tal derecho por el Estado C equivaldría a una «intervención» en los asuntos internos del Estado A (y quizá también del Estado B). Hay, desde luego, excepciones a este principio básico del carácter «bilateral» (Estado culpable/Estado perjudicado) de la relación jurídica creada por el hecho internacionalmente ilícito. Teóricamente, cabe distinguir tres tipos de excepciones:

a) Puede haber más de un Estado «directamente» perjudicado;

b) La norma «primaria» cuya violación constituye el hecho ilícito figura en un tratado multilateral; y

c) El hecho ilícito es la violación de una obligación que protege un interés fundamental que no es un interés exclusivo de un Estado determinado (cf. el «crimen internacional» a que se refiere el artículo 19 del proyecto).

(También podrían considerarse, por supuesto, los tres tipos de excepción como tipos de «lesión» y, por lo

tanto, como lo que determina cuáles son los «Estados perjudicados».)

63. Por lo que respecta al primer tipo de excepción, es preciso distinguir entre el hecho ilícito que perjudica de modo directo a dos o más Estados separadamente, el hecho ilícito que lesiona un interés común a dos o más Estados y el hecho ilícito que lesiona un interés que un Estado tiene «por mediación» de otro Estado. Tal distinción parece haber inspirado el fallo dictado el 5 de febrero de 1970 por la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*³⁹, en el que la Corte se negó a reconocer a Bélgica un *ius standi* basado en el hecho de que nacionales de ese Estado eran supuestamente titulares del 88 % de las acciones de la compañía constituida con arreglo a las leyes del Canadá. La Corte distinguió esta situación de aquella en la que «se formulan demandas concurrentes por cuenta de una persona que posee doble nacionalidad» y de las situaciones en que «el derecho internacional reconoce derechos de protección paralelos en el caso de una persona que está al servicio de una organización internacional» (párr. 98 del fallo; véanse también párrs. 53, 96 y 97). Sea como fuere, el fallo reconoce claramente de cualquier modo la posibilidad de que el mismo hecho ilícito sea directamente «lesivo» para más de un Estado.

64. El segundo tipo de excepción es el previsto en los artículos 60 y 70 de la Convención de Viena en el contexto de la *exceptio non adimpleti contractus*. El párrafo 2 del artículo 60 distingue entre «una parte especialmente perjudicada por la violación» y «cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación». Es interesante observar que, mientras en el primer caso la parte puede alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación (carácter «bilateral»), en el segundo caso la parte no tiene, individualmente, tal derecho. La respuesta consistente en suspender la aplicación del tratado o incluso en darlo por terminado se reserva «a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime». Además, el apartado c del párrafo 2 del artículo 60 contiene una especie de cláusula *rebus sic stantibus*, en cuanto toma en consideración las consecuencias de la violación que modifican radicalmente «la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado». En ese caso, cualquier parte que no sea el Estado autor de la violación puede suspender la aplicación del tratado con respecto a sí misma, y sin duda también en sus relaciones con las otras partes que no sean el Estado autor de la violación. Esta situación es en cierto modo análoga a la considerada en la parte final del párrafo 2 del artículo 17 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados⁴⁰. En ambos casos, la «modificación radical» está vinculada al carácter del tratado mismo. En realidad, el artículo 60 de la Convención de Viena se aplica sólo a una viola-

ción grave de un tratado, es decir (aparte del «rechazo» del tratado), «la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado». Resulta difícil imaginar que tal violación no afecte a las demás partes. De hecho, a menos que un tratado multilateral no sea más que una «unificación» de relaciones bilaterales independientes (en cuyo caso se podría incluso afirmar que el tratado multilateral, en cuanto tal, no tiene «objeto» y «fin» propios), una violación grave cometida por una parte no puede por menos de causar perjuicio a todas las demás partes. (Cf. también el tipo de tratados multilaterales mencionados en el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de Viena y en el párrafo 3 del artículo 17 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados.) Sin embargo, en el primer caso la respuesta sólo puede ser colectiva. La medida individual considerada en el apartado c del párrafo 2 del artículo 60 parece que tiene el carácter de un retiro (provisional) del tratado multilateral como consecuencia de una «modificación radical» de la situación de hecho y no el carácter de una respuesta a un hecho ilícito. Tanto la referencia a «la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado» como el hecho de que la suspensión de la aplicación del tratado afecte también a las relaciones con las partes que no son el Estado autor de la violación parecen apuntar a esta interpretación. Ciertamente, la disposición sólo puede aplicarse si ha habido hecho ilícito, pero no es tanto ese hecho ilícito como la situación resultante y, probablemente, su mantenimiento o las medidas adoptadas a raíz de ella, la «modificación radical», lo que constituye la base del retiro. A este respecto, se podría señalar la situación inversa a que se refiere el apartado b del párrafo 2 del artículo 62: un cambio fundamental en las circunstancias no puede alegarse si resulta de una violación de una obligación internacional por la parte que lo alega. (En el párrafo 2 del artículo 61 se enuncia una disposición análoga. Cf. también el párrafo 2 del artículo 33 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados⁴¹.) El hecho de que sólo se permita la suspensión de la aplicación del tratado contribuye a poner de relieve el carácter de la disposición del apartado c del párrafo 2 del artículo 60, que no pertenece a la categoría de las respuestas a un hecho ilícito. Conforme al párrafo 1 del artículo 72, esa suspensión tiene un efecto limitado e incluso (párr. 2) lleva aparejada la obligación de «abstenerse de todo acto encaminado a obstaculizar la reanudación de la aplicación del tratado» (obligación en ciertos aspectos comparable a la enunciada en el artículo 18 de la Convención).

65. Por las razones antes expuestas, parece que, en el contexto de la *exceptio non adimpleti contractus*, el artículo 60 de la Convención de Viena no trata a todas las partes en un tratado multilateral como «Estados perjudicados» en pie de igualdad. (Ya hemos señalado antes que la *exceptio non adimpleti contractus*, en lo que concierne a los tratados bilaterales, puede considerarse como una manifestación del principio de reciprocidad en el cumplimiento de los tratados; como

³⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Arrêt: *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 3.

⁴⁰ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados*, vol. III, *Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.79.V.10), pág. 200.

⁴¹ Véase *supra*, pág. 54, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7, párr. 81.

tal, la violación grave cometida por una de las partes origina casi necesariamente una «modificación radical» de la situación para la otra parte.) Por otro lado, la Convención de Viena reconoce la existencia de tratados multilaterales particulares en los que las relaciones jurídicas de cada parte con cada una de las demás están inextricablemente entrelazadas y constituyen un todo indivisible. Esto casi significa afirmar que esos tratados multilaterales particulares crean una situación jurídica en la que cada obligación de un Estado parte en el tratado es una obligación *erga omnes* (por supuesto, en el marco de la «colectividad» de Estados partes en el tratado multilateral). Desde este punto de vista, el segundo tipo de excepción es más bien la prefiguración, a escala «regional», del tercero. (El término «regional», en este contexto, no debe interpretarse sólo en su sentido territorial, sino que abarca todas las agrupaciones de Estados, de base territorial, «funcional» o incluso meramente «personal», como las agrupaciones constituidas con miras a la legítima defensa colectiva.)

66. Pasando ahora a examinar el tercer tipo de excepciones, advertimos que su existencia está prefigurada en el artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados⁴². Más aún, con total independencia de la cuestión de qué respuesta las normas de derecho internacional permiten al tercer Estado, la calificación del hecho ilícito como «crimen internacional» parece llevar implícita una «posición no neutral» del tercer Estado respecto del hecho ilícito. El presente informe preliminar sobre la segunda parte del proyecto de artículos no es ciertamente el lugar adecuado para examinar el enunciado del artículo 19. En relación con la segunda parte se plantea, sin embargo, la cuestión de si la categoría, cuya definición es aún incompleta, de los «crímenes internacionales» constituye o no la única categoría de los hechos internacionalmente ilícitos que entrañan una posición no neutral de cada uno de los demás Estados. Por otra parte, este Relator Especial estima que para aclarar el contenido jurídico de la responsabilidad de los Estados es preciso un análisis más a fondo de la relación entre el concepto de «crimen internacional» y el concepto de «*jus cogens* internacional». En el plano «regional», por ejemplo, se advierte cierta similitud en la Convención de Viena entre los artículos 41 y 58, por un lado, y los artículos 53, 64 y 71, por otro. El *jus cogens*, o algo semejante, también desempeña una función en el párrafo 2 de los artículos 18 y 29 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados y en el apartado a del párrafo 3 del artículo 33 de ese proyecto. La persistencia de ciertas relaciones jurídicas primarias, no obstante el «cambio en las circunstancias», informa también el apartado a del párrafo 2 del artículo 62 de la Convención de Viena y los artículos 11 y 12 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados. Finalmente, como se verá más adelante, la persistencia de ciertas obligaciones primarias para un Estado, no obstante su violación por otro Estado, informa en particular el párrafo 5 del artículo 60 de la Convención de Viena. En otras palabras: parece

haber diferentes tipos y consecuencias del *jus cogens*. Basta señalar, por ahora, que la «posición no neutral» de un tercer Estado, o incluso de cada tercer Estado, es una «consecuencia jurídica» de un hecho ilícito que no está reservada necesariamente a hechos ilícitos como los que constituyen «crímenes internacionales».

67. Por otra parte, si se observa la enumeración de los crímenes internacionales posibles que figura en el párrafo 3 del artículo 19, parece evidente *a priori* que las consecuencias jurídicas de esos crímenes no son forzosamente idénticas; además, el principio de la proporcionalidad no permitiría tal automatismo. También a este respecto cabe mencionar la propuesta del Sr. Ago concerniente al artículo 33, que, en su párrafo 3, destaca acertadamente que la prohibición de la agresión es particularmente «inmune» a la excusa del estado de necesidad.

68. Una de las cuestiones más generales que se plantean en relación con el tercer tipo de excepciones es la de si la posición no neutral del tercer Estado y, en particular, su derecho a tomar «contramedidas», depende de una decisión colectiva adoptada respecto del hecho ilícito del Estado culpable. Como hemos visto, la contramedida real que constituye la terminación de un tratado multilateral como consecuencia de una violación grave del tratado por una de las partes está reservada a la decisión colectiva (y hasta unánime) de las demás partes en el tratado.

69. En la opinión consultiva antes mencionada, la CIJ abordó, al parecer, el examen de esta cuestión⁴³. La situación de la que la Corte debía conocer en esa opinión consultiva era muy especial, pues se refería a la situación jurídica de un territorio (Namibia) que no era ni es parte del territorio de ningún Estado. Este hecho esencial puede haber influido decisivamente en la opinión de la Corte respecto de las cuestiones de índole más general que aquí se tratan. En cualquier caso, la Corte debía ante todo responder a la cuestión de las consecuencias jurídicas que tenía para los Estados una resolución del Consejo de Seguridad por la que se había declarado que la continuación de la presencia de Sudafrica en Namibia era «ilegal». En otras palabras, se había adoptado ya una decisión colectiva acerca de la respuesta al hecho ilícito. La Corte, por lo tanto, no tenía necesidad de dilucidar cuál habría sido la situación jurídica si no se hubiera aprobado ninguna resolución del Consejo de Seguridad una vez que la Asamblea General de las Naciones Unidas hubo dado por terminado el mandato.

70. Parece significativo, en cambio, que la Corte asimilara en cierto modo la resolución del Consejo de Seguridad a un fallo «por el que se puso término a una situación ilegal» (párr. 117 de la opinión consultiva) (cf. en el mismo párrafo la referencia expresa a uno de los propios fallos de la Corte en el *Asunto Haya de la Torre*). En otras palabras, la opinión consultiva tal vez podría interpretarse en el sentido de que la Corte consideró la resolución del Consejo de Seguridad como nada más que una declaración oficial («fallo») según la cual Sudafrica no había cumplido sus obligaciones deri-

⁴² Véase *supra*, nota 24.

⁴³ Para la referencia, véase *supra*, nota 33.

vadas de la terminación del mandato y que, por consiguiente, la continuación de su presencia era ilegal. Con esta interpretación, la resolución del Consejo de Seguridad habría dejado sin resolver la cuestión de la existencia y el contenido de las «relaciones jurídicas nuevas» entre Sudáfrica y otros Estados. Partiendo de esta interpretación, podría decirse que la Corte debía indicar, como lo hizo efectivamente, cuáles eran esas «relaciones jurídicas nuevas» nacidas conforme al derecho internacional general. Desde este punto de vista, conviene señalar en primer lugar que la Corte, en lo que concierne a la respuesta —párrafo 120 de la opinión consultiva—, declara:

Por lo que respecta a determinar exactamente qué actos están permitidos o autorizados, qué medidas son posibles o aplicables, cuáles son las que deberían adoptarse, qué alcance debería dárseles y por quién deberían ser aplicadas, se trata de una cuestión que incumbe a los órganos políticos competentes de las Naciones Unidas en ejercicio de las facultades que les confiere la Carta.

En otras palabras, la respuesta de los Estados al hecho ilícito de Sudáfrica exige una decisión colectiva. No obstante, la Corte misma indica también, como ya hemos visto, algunos tipos de respuesta individual de los Estados, pero lo hace por vía de «interpretación» de la resolución del Consejo de Seguridad, es decir, como respuestas ya indicadas por una decisión colectiva.

71. Esto, pues, tiende más bien a confirmar la observación de que hace falta una decisión colectiva antes de que terceros Estados puedan adoptar ninguna medida en virtud de una «relación jurídica nueva» nacida de un hecho ilícito entre el Estado culpable y los terceros Estados. Sin embargo, esta confirmación no disipa todas las dudas, puesto que, aparte del hecho de que en el caso de Namibia no hay ningún Estado «perjudicado», la Corte sólo se refiere a respuestas *obligatorias* de los Estados. Evidentemente, la existencia de un deber del tercer Estado de no actuar conforme a sus obligaciones internacionales para con el Estado culpable no se puede dar fácilmente por supuesta. A lo sumo cabría exigir de un Estado que no fuera el Estado perjudicado que se abstuviera de apoyar *a posteriori* el hecho ilícito, y esta exigencia podría prevalecer incluso sobre las obligaciones del tercer Estado respecto del Estado culpable. En realidad, como ya hemos visto, la mayoría de los actos que la Corte estimó «incompatibles con la declaración de ilegalidad y nulidad» formulada en la resolución del Consejo de Seguridad, y, por consiguiente, prohibidos por esa resolución, constituían un comportamiento que, de todos modos, ningún Estado estaba obligado a observar (entablar nuevas relaciones convencionales, etc.)⁴⁴. Además, el artículo 27 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados ya dispone que

La ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado, si consta que ha sido prestada para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito, realizada por este último, constituye de por sí un hecho internacionalmente ilícito [...].

⁴⁴ Véase *supra*, párr. 55.

Es indudable que tal ayuda o asistencia tiene que haber sido prestada antes del hecho ilícito o durante su perpetración y que debe existir un vínculo específico de «intencionalidad». Con todo, el deber de abstenerse de actos voluntarios que constituyan un apoyo *a posteriori* a un hecho ilícito puede considerarse justificado por consideraciones análogas.

72. Lo importante, sin embargo, es que el tercer Estado puede cometer él mismo un hecho internacionalmente ilícito al abstenerse de prestar lo que podría interpretarse como un apoyo *a posteriori* a un hecho ilícito. El derecho (más aún el deber) de un Estado que no es el Estado perjudicado por el hecho ilícito a obrar de ese modo parece suficientemente excepcional para que esté condicionado a una decisión colectiva a tal efecto.

73. La exigencia de una decisión colectiva, que acaba de sugerirse, parece aún más justificada en los casos en que la respuesta del tercer Estado va más allá de una simple negativa de apoyar *a posteriori* el hecho ilícito. A este respecto, ya se ha hecho alusión incidentalmente⁴⁵ a una posible medida de respuesta consistente no sólo en la negativa a reconocer el resultado de un hecho ilícito, sino en sustituir efectivamente ese resultado por una situación ficticia que se habría materializado si el Estado culpable hubiese actuado de conformidad con sus obligaciones internacionales. Esa sustitución es una medida de «autodefensa» que, en principio, es inadmisibles en derecho internacional, salvo que el Estado que la adopte se limite a ejercer un derecho preexistente supuestamente conculcado por el hecho ilícito de otro Estado (en otras palabras, simplemente no reconoce la conculcación). Así, por ejemplo, si un Estado ribereño, en su legislación interna, exige una autorización previa para el simple paso de las embarcaciones de pesca extranjeras por su zona económica, los demás Estados tienen derecho a hacer caso omiso de tal disposición legislativa. En cambio, si el Estado ribereño está obligado por un tratado a conceder a los pescadores de otro Estado el derecho a pescar en su zona económica y no cumple esa obligación, el otro Estado no puede actuar como si la obligación se hubiera cumplido. (Cf. también la opinión consultiva de la CIJ de 3 de marzo de 1950⁴⁶, en la que la Corte declaró: «la Asamblea General nunca recibió la facultad de modificar, hasta el punto de contradecirlo, el sentido de una votación del Consejo de Seguridad».) Además, en algunos casos concretos, las normas de derecho internacional admiten *efectivamente* la «autodefensa», aunque por lo general sólo si existe una decisión colectiva a esos efectos.

74. Hasta aquí hemos analizado el posible «derecho» del tercer Estado a una posición no neutral respecto de un hecho ilícito cometido por otro Estado. El grado siguiente en la escala de las consecuencias jurídicas es evidentemente el posible *deber* de los terceros Estados de adoptar una posición no neutral. En general, tal de-

⁴⁵ Véase *supra*, párr. 54.

⁴⁶ Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, Avis consultatif: *C.I.J. Recueil 1950*, pág. 10.

ber sólo podría justificarse por la necesidad de afirmar la «credibilidad» de una norma primaria en sí misma, fuera cual fuese la relación entre el Estado culpable y el Estado perjudicado implicados en la violación de esa norma primaria. Ya hemos visto que, en su opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas para los Estados de la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia⁴⁷, la CIJ admitió la posibilidad de un deber de esta índole (que incumbiría incluso, hasta cierto punto, a los Estados no miembros de las Naciones Unidas, si no directamente, al menos en el sentido de un «no reconocimiento» por los Estados Miembros de la Organización de los resultados del comportamiento de un Estado no miembro que no fuera conforme a ese «deber»; véase el párrafo 126 de la opinión consultiva). Es cierto que la Corte dedujo ese deber de la decisión (colectiva) del Consejo de Seguridad mismo y que la situación jurídica particular del territorio de que se trataba no pudo por menos de influir en la opinión consultiva. La Corte, en efecto, basó el deber de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas en los Artículos 24 y 25 de la Carta, es decir, en la «responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales» conferida al Consejo de Seguridad, y dejó aparentemente a éste plena libertad para «estimar» (párr. 109 de la opinión consultiva) si procedía ejercer esa responsabilidad, fuera cual fuese la naturaleza de la obligación internacional violada por un Estado y quizás incluso aunque no constara tal violación (véase también párr. 112 de la opinión). A esta opinión se contrapone, en cierto modo, el párrafo 2 del Artículo 94 de la Carta, que faculta al Consejo de Seguridad, «si lo cree necesario», a hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución de un fallo de la Corte Internacional de Justicia. En esta disposición, el mero hecho de que «una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte» parece ser suficiente, independientemente de que tal omisión comprometa o no en realidad el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Cabría considerar, pues, que los Artículos 24 y 25 de la Carta (pero no el párrafo 2 del Artículo 94) quedan fuera del ámbito de las «consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito» (aunque, por supuesto, el párrafo 2 del Artículo 94 está comprendido en el ámbito del modo de «hacer efectiva» la responsabilidad de los Estados). Sea como fuere, parece imposible descartar *a priori* el deber de los Estados, conforme a las normas de derecho internacional general, de actuar (o de abstenerse de actuar de un modo que, en otro caso, sería admisible) como respuesta a la violación de una obligación internacional, especialmente cuando esa violación constituye un «crimen internacional» en el sentido del artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados y aun cuando tal violación no afecte, en realidad, a «la paz y la seguridad internacionales». La adopción de una decisión colectiva a estos efectos parecería ser, asimismo, un requisito previo para establecer tal deber; y en todos los casos debería observarse la regla de la proporcionalidad.

⁴⁷ Para la referencia, véase *supra*, nota 33.

75. El deber de todos los Estados de observar un comportamiento determinado en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito incluye evidentemente el deber del Estado perjudicado de observar tal comportamiento. En otras palabras, priva al Estado perjudicado de la facultad de que goza normalmente de renunciar a su derecho de respuesta. Esta consecuencia parece ser conforme al párrafo 2 del artículo 29 del proyecto de artículos. En cambio, ese deber de todos los Estados puede muy bien implicar, por lo menos para algunos Estados, el «sacrificio» de algunos de sus intereses, al exigirse tal sacrificio para garantizar la credibilidad de la norma primaria violada por el hecho ilícito. Se plantea la cuestión de si, en determinadas circunstancias, puede requerirse otro sacrificio, en especial la pérdida de un derecho (en contraposición a una simple facultad). Esta cuestión ha sido tratada muy brevemente en la Comisión con motivo de los debates relativos a los artículos 29 y 30. Dado que el artículo 29, relativo al consentimiento, dispone que el consentimiento sólo excluye la ilicitud del hecho en relación con el Estado que haya prestado el consentimiento, y que el artículo 30 no contiene una fórmula análoga, se plantea la cuestión de si, con arreglo al artículo 30, «una medida legítima según el derecho internacional» adoptada por el Estado A contra el Estado culpable B podría también excluir la ilicitud de esa medida en relación con el Estado C. En otras palabras, la cuestión es: ¿legítima el derecho internacional medidas de respuesta a un hecho ilícito de un Estado, incluso si esas medidas de respuesta no están en conformidad con una obligación del Estado que adopta tales medidas para con un Estado «inocente»?

76. En el primer caso, debe responderse negativamente a la cuestión. Sin embargo, también a este respecto podría haber excepciones, correspondientes a las examinadas anteriormente⁴⁸. De este modo, puede ocurrir que una contramedida legítima del Estado A en sus relaciones con el Estado B no pueda de hecho surtir efecto si no va acompañada de medidas destinadas a impedir que se eluda mediante arreglos en las relaciones entre el Estado A y el Estado C o que se sustituya mediante arreglos en las relaciones entre el Estado C y el Estado B. Parece que este hecho no podría de por sí justificar una injerencia del Estado A en las relaciones entre el Estado C y el Estado B, ni una medida que no esté en conformidad con las normas que rigen las relaciones entre el Estado A y el Estado C, salvo que la medida se base en una decisión colectiva en la que participen el Estado A y el Estado C y que esta decisión colectiva imponga al Estado C el deber de adoptar medidas correspondientes o, por lo menos, de prestar asistencia en la ejecución de esa medida. En el contexto de las medidas adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, los Artículos 48 a 50 parecen reflejar esa norma (véase también el párrafo 5 del Artículo 2 de la Carta).

77. Entre las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito, ocupan una posición especial las medidas adoptadas en el ámbito de una organización internacional

⁴⁸ Véanse párrs. 62 y ss.

respecto de los derechos de un Estado miembro de esa organización en virtud de las «reglas de la organización» (en el sentido del apartado *j* del párrafo 1 del artículo 2 del proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales⁴⁹) como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado miembro. Los instrumentos constitutivos (u otras «reglas de la organización») de diversas organizaciones internacionales disponen que un Estado miembro puede ser suspendido del ejercicio de (algunos de) los derechos y privilegios inherentes a su calidad de miembro, o incluso ser expulsado, si ese Estado miembro ha cometido una violación de sus obligaciones internacionales (por ejemplo, Artículos 5, 6 y 19 de la Carta de las Naciones Unidas). Cabe advertir, sin embargo, que existen también disposiciones que prevén tales medidas de suspensión en casos en que no hay violación (directa) de una obligación con arreglo al derecho internacional, sino más bien una actitud de un Estado miembro de oposición a resoluciones adoptadas válidamente por órganos de la organización que, en sí mismas, no crean obligaciones jurídicas para el Estado miembro interesado ni se basan en un comportamiento internacionalmente ilícito de ese Estado. De este modo, por ejemplo, la sección 1 del artículo II del Acuerdo relativo al tránsito de los servicios aéreos internacionales, de 1944⁵⁰, dispone la suspensión definitiva de los derechos de miembro cuando un Estado miembro no haya prestado atención razonable a una recomendación formulada por el Consejo de la OACI a raíz de una queja de otro Estado miembro que esté basada no en un hecho ilícito del primer Estado miembro, sino en un perjuicio causado a los intereses del segundo Estado miembro por un hecho que no es de por sí ilícito. (Véase respecto de esta cláusula el fallo de la CIJ de 18 de agosto de 1972⁵¹; la coincidencia de una «queja» con una «solicitud» se examina en los párrafos 21 a 24 del fallo.)

78. Ciertamente, la condición de miembro de una organización internacional puede entrañar una obligación general de «solidaridad» cuyo contenido concreto no puede definirse de antemano, mientras que, por otra parte, las consecuencias que deben extraerse de una violación de esa obligación dependen del arbitrio político de los demás miembros, ejercido por medio de los órganos competentes de la organización. Por esta razón, el Relator Especial se siente inclinado a aconsejar a la Comisión que no se ocupe de esta cuestión dentro del marco de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Otra razón es la de que, en la medida en que se trate de hechos ilícitos y sus consecuencias jurídicas, la «sanción» de suspensión de los derechos de miembro o de expulsión de una organización internacional es el último recurso para hacer cumplir una decisión de los órganos com-

petentes de esa organización, actuando a modo de «solución de controversias» en el sentido más amplio de la expresión. Por ello, parece que esta cuestión guarda mayor relación con el objeto de la tercera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

79. Habiendo establecido un catálogo de posibles «relaciones jurídicas nuevas nacidas del hecho ilícito de un Estado»⁵²: obligaciones del Estado culpable, derechos del Estado perjudicado, derechos de los terceros Estados y obligaciones de los terceros Estados, debemos pasar ahora a considerar el problema de la proporcionalidad entre el hecho ilícito y la «respuesta» correspondiente. Lógicamente, la primera cuestión que se plantea en este contexto es la de si la respuesta, que constituye en sí una limitación de derechos o una violación de una obligación de derecho internacional, es admisible en derecho internacional y, en caso afirmativo, en qué circunstancias (distintas del simple hecho de la violación de cualquier obligación internacional por el Estado culpable). Esta cuestión se plantea incluso en lo que se refiere a la relación jurídica nueva que consiste en una nueva obligación del Estado culpable. Así, por ejemplo, con arreglo al párrafo 2 del artículo 18 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, un hecho internacionalmente ilícito en el momento de su realización «dejará de considerarse como un hecho internacionalmente ilícito si, ulteriormente, tal hecho se hubiere convertido en hecho obligatorio en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general». Incidentalmente, cabe comparar esa norma con la establecida en el párrafo 2 del artículo 71 de la Convención de Viena, dado que podría ocurrir que el hecho, internacionalmente ilícito en el momento de su realización, tuviera ese carácter en virtud de una obligación internacional contenida en un tratado. Parece haber cierta contradicción entre el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 71 de esa Convención y el párrafo 2 del artículo 18 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, por lo menos si se considera la nueva obligación jurídica del Estado culpable, nacida en el momento de realización del hecho ilícito, como «derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación». Ciertamente, en la medida en que esta nueva obligación es una obligación de pago de daños y perjuicios (*ex tunc*) al Estado perjudicado, cabe preguntarse si el mantenimiento de esa obligación está «por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general». De hecho, cabe prever por lo menos la posibilidad de que una nueva norma imperativa de derecho internacional general no pretenda tener ese efecto retroactivo. El caso parece ser hasta cierto punto análogo a los que se consideran en el párrafo 1 del artículo 31 y el párrafo 1 del artículo 32 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. En esos casos, la Comisión reconoció que, si bien quedaba excluida la ilicitud del hecho, podía subsistir la obligación del Es-

⁴⁹ Véase *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 165 y ss., documento A/34/10, cap. IV, secc. B, subsecc. 1.

⁵⁰ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 84, pág. 389.

⁵¹ Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, Arrêt: C.I.J. *Recueil 1972*, pág. 46.

⁵² *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 226, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3, párr. 43.

tado que hubiera cometido el hecho de indemnizar al Estado perjudicado por los daños y perjuicios causados, dado que, en general, no parece haber ningún motivo para que el Estado perjudicado asuma plenamente las consecuencias de una situación de fuerza mayor, caso fortuito o peligro extremo (aunque el Estado «culpable» de que se trate no haya «contribuido a que se produzca la situación»).

80. En cualquier caso, es evidente que una *restitutio in integrum (ex nunc)* y, con mayor motivo, una garantía contra la repetición del comportamiento (*ex ante*) quedan excluidas de todos modos en el supuesto contemplado en el párrafo 2 del artículo 18 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Más aún, si todavía existe a cargo del Estado —que ya no es culpable— una obligación de resarcir los daños causados, tal resarcimiento no puede abarcar la indemnización del lucro cesante después de la fecha de entrada en vigor de la nueva norma imperativa (ni, evidentemente, ningún elemento «punitivo»). Difícilmente cabe imaginar una nueva norma imperativa de derecho internacional que no tenga por lo menos este grado de «retroactividad».

81. En relación con la admisibilidad de la nueva relación jurídica en derecho internacional, debe hacerse referencia a la posibilidad de que la propia norma primaria describa cuáles deben ser las consecuencias jurídicas de determinado comportamiento. De este modo, cabe fácilmente imaginar una norma primaria de derecho internacional convencional —es decir, dimanante de un tratado— que obligue a un Estado parte en el tratado a pagar una «indemnización adecuada» al nacional de otro Estado parte en el tratado en el caso de que el primer Estado proceda a la expropiación de bienes de ese nacional. Al tratarse de una norma primaria, es evidente que, en virtud de esa norma, la expropiación en sí no constituye un hecho internacionalmente ilícito, pero la falta de pago de la indemnización adecuada es un hecho internacionalmente ilícito. Parece igualmente evidente que este hecho internacionalmente ilícito no puede crear a cargo del Estado culpable una nueva obligación de pagar daños y perjuicios por importe superior a la indemnización adecuada (más, posiblemente, los intereses normales como compensación por el hecho de que el pago prescrito no se haya efectuado en el momento prescrito).

82. El caso que acaba de mencionarse no es ciertamente el único ejemplo de una norma primaria cuyo contenido determina un elemento de la relación jurídica nueva nacida en derecho internacional de la violación de esa norma primaria. De una manera más general, si la norma primaria ha sido establecida por un tratado, el propio tratado puede determinar, por lo menos entre las partes en ese instrumento y sin perjuicio de cualquier norma contraria de *jus cogens*, las consecuencias jurídicas de la violación de una obligación dimanante de ese tratado. Por lo que respecta a la consecuencia jurídica consistente en el derecho del Estado perjudicado a dar por terminado el tratado o a suspender su aplicación, este principio informa el párrafo 4 del artículo 60 de la Convención de Viena.

83. Se ha examinado⁵³ el caso de una norma imperativa de derecho internacional general que surta efectos en la relación jurídica nueva resultante normalmente de un hecho internacionalmente ilícito. Además del *jus cogens*, en el sentido del artículo 53 de la Convención de Viena, hay otras normas primarias de derecho internacional que tienen efectos especiales. Así, por ejemplo, el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, si bien no establece la norma de que un acuerdo internacional que imponga obligaciones en abstracto que pueden en concreto entrar en conflicto con obligaciones enunciadas en la Carta sea nulo, dispone, no obstante, que, en tal caso, prevalecerán estas últimas. Dicha norma no puede menos de influir en las consecuencias jurídicas de una violación de la obligación contraída en virtud de ese otro acuerdo internacional. Evidentemente, el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Carta jamás puede considerarse como un hecho que entrañe las mismas consecuencias jurídicas que un hecho internacionalmente ilícito. Ahora bien, la cuestión estriba más bien en determinar si tal cumplimiento no entraña en ningún caso ninguna de las consecuencias normales de la violación de una obligación dimanante de un acuerdo internacional. El Relator Especial se siente inclinado a responder positivamente a esta cuestión. Parecería que no puede haber dudas a este respecto si las «obligaciones contraídas [...] en virtud de la presente Carta» son, de hecho, obligaciones impuestas por el Consejo de Seguridad a un Estado de aplicar determinada medida de respuesta a un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. El Artículo 103 de la Carta se refiere ciertamente a este supuesto. La misma conclusión parece ser igualmente válida en lo que respecta a otras obligaciones concretas impuestas por el Consejo de Seguridad —o, para el caso, por otro órgano de las Naciones Unidas— de conformidad con la Carta. Por otra parte, hay ciertamente otras obligaciones impuestas directamente por la Carta a cada Estado en particular a las que cabe considerar como *jus cogens*, incluso como *jus cogens* con pleno efecto retroactivo. En cambio, interpretar todo deber imaginable de un Estado derivado de su calidad de parte en la Carta de las Naciones Unidas como una obligación internacional contraída en virtud de la Carta, en el sentido del Artículo 103, sería sin duda ir demasiado lejos. Evidentemente, el presente informe no es el lugar adecuado para trazar una línea de demarcación en esta materia.

84. En realidad, la Carta de las Naciones Unidas supone fundamentalmente la creación de una nueva «entidad» (o un nuevo «sujeto» de derecho internacional) que mantiene relaciones jurídicas con los Estados conforme a las normas de derecho internacional. La existencia jurídica de esta organización internacional no puede por menos de surtir efecto sobre las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos de los Estados en sus relaciones con otros Estados. En opinión del Relator Especial, el Artículo 103 de la Carta versa sobre estos efectos de la relación jurídica entre las Naciones Unidas y sus Estados Miembros en las relaciones entre los Estados Miembros.

⁵³ Véase *supra*, párrs. 79 y 80.

85. A este respecto, hay que tomar en consideración otros ejemplos de organizaciones internacionales en el sentido más amplio de esta expresión. Hemos observado ya que, conforme al párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena, una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes faculta a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, a adoptar ciertas medidas de respuesta, en especial una medida comparable a una suspensión o expulsión del Estado culpable del grupo de Estados partes en el acuerdo multilateral [inciso i) del apartado a del párrafo 2 del artículo 60]. También en relación con los tratados multilaterales, los artículos 41 y 58 de la Convención de Viena versan sobre los límites dentro de los cuales dos o más partes en un tratado multilateral pueden crear una relación jurídica *inter se* que se desvíe de la relación jurídica establecida en el tratado multilateral. Aun cuando esos artículos no tienen por objeto establecer que el acuerdo concertado a estos efectos entre dos o más partes en el tratado multilateral que rebasa los límites fijados en esos artículos es nulo *ab initio*, existen suficientes analogías entre la materia objeto de esos artículos (que tratan de lo que podría denominarse *jus cogens* «regional») y los efectos de una norma imperativa de derecho internacional general para justificar que se suscite la cuestión de las posibles repercusiones de esos tratados multilaterales en las consecuencias jurídicas «normales» de un hecho internacionalmente ilícito. En realidad, se ha examinado ya⁵⁴ un aspecto de esta cuestión. La conclusión fue entonces que incluso una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes (el Estado culpable) no faculta a otra parte (el Estado perjudicado) a dar por terminado el tratado ni siquiera en las relaciones entre ella y el Estado culpable, sino tan sólo a suspender su aplicación. Cabe suponer, sin embargo, que incluso esa suspensión unilateral podría crear, especialmente acompañada de una violación grave por otra de las partes, una situación jurídica comparable a la resultante de un acuerdo entre los dos Estados interesados. ¿Surte esto efecto en el derecho que normalmente corresponde al Estado perjudicado de no cumplir las obligaciones que le incumben conforme al tratado con respecto al Estado culpable? El Relator Especial se siente inclinado a responder afirmativamente, pese a lo dispuesto en el apartado b del párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena, por lo menos si el tratado multilateral no es simplemente una «unificación» del contenido de relaciones jurídicas bilaterales y con la salvedad de que el derecho que corresponde al Estado perjudicado conforme al apartado b del párrafo 2 del artículo 60 «revive» si las partes, que no sean el Estado autor de la violación, no adoptan por acuerdo unánime la medida adecuada de respuesta. Más aún, el Estado perjudicado puede siempre hacer valer el derecho que le reconoce el apartado c del párrafo 2 del artículo 60 como «parte, que no sea el Estado autor de la violación».

86. Con frecuencia, los tratados, incluso los tratados bilaterales, además de determinar los derechos y obligaciones sustantivos de las partes, crean un *mecanismo*

de consultas y negociaciones respecto de su interpretación y aplicación. ¿Impide la obligación resultante de negociar el que una parte adopte una contramedida como reacción a un comportamiento de otra parte que, en opinión de la primera, constituye una violación de una obligación impuesta por ese tratado? Esta cuestión fue examinada en un reciente laudo arbitral y la respuesta fue negativa⁵⁵.

87. En ese mismo laudo, el tribunal examinó la cuestión de si el establecimiento en el tratado de un mecanismo *arbitral o judicial para la solución de las controversias* relativo a la interpretación y aplicación del tratado entraña la prohibición de contramedidas. Tal vez sea útil citar aquí íntegramente las consideraciones pertinentes del tribunal:

94. Sin embargo, es menester aún examinar la licitud de esas contramedidas desde otro punto de vista. Cabe ciertamente preguntarse si son admisibles en general, en el caso de un litigio relativo a una cuestión de derecho, cuando existe un mecanismo arbitral o judicial que puede resolver el litigio. Muchos juristas han estimado que, durante el desarrollo de un procedimiento jurisdiccional, el recurso a contramedidas, incluso limitadas por la regla de la proporcionalidad, estaba prohibido. Tal aserto es digno de estima, pero requiere algunas aclaraciones. Si el procedimiento forma parte de una estructura institucional que garantiza cierto grado de ejecución de las obligaciones, la justificación de las contramedidas sin duda desaparecerá, pero a causa más bien de la existencia de esa estructura que del mero hecho de la existencia de un procedimiento jurisdiccional.

95. Además, la situación durante el período en que un asunto no se ha sometido todavía a un tribunal no es la misma que la situación durante el período en que ese asunto está *sub judice*. En tanto no se haya sometido el litigio al tribunal, en especial porque se requiera el acuerdo de las partes para incoar el procedimiento, no ha concluido el período de negociación y continúan siendo aplicables las normas mencionadas anteriormente. Cabe considerar lamentable esa solución, dado que las partes convinieron en principio en recurrir al arbitraje o a la solución judicial, pero debe admitirse que, conforme al derecho internacional actual, los Estados no han renunciado en tal supuesto a su derecho a adoptar contramedidas. Ahora bien, en realidad esta solución tal vez sea preferible, por cuanto facilita a los Estados la aceptación de procedimientos de arbitraje o de solución judicial.

96. La situación es distinta una vez que el tribunal se encuentra en condiciones de actuar. En la medida en que el tribunal disponga de los medios necesarios para lograr los objetivos que justifican las contramedidas, debe admitirse que desaparece el derecho de las partes a adoptar tales medidas. Dicho de otro modo, la facultad de un tribunal de decretar medidas cautelares, independientemente de que tal facultad se enuncie expresamente o esté implícita en su estatuto (por lo menos como facultad de formular recomendaciones a tal efecto) da lugar a la desaparición de la facultad de adoptar contramedidas y puede dar lugar a la eliminación de las contramedidas ya adoptadas en el grado en que el tribunal así lo decida a título de medida cautelar. No obstante, como el objeto y alcance de la facultad del tribunal de decretar medidas cautelares pueden estar definidos muy restrictivamente, la facultad de las partes

⁵⁴ Véase *supra*, párr. 64.

⁵⁵ Laudo arbitral de 9 de diciembre de 1978 en el asunto entre los Estados Unidos de América y Francia relativo al Acuerdo de servicios aéreos de 27 de marzo de 1946 [se publicará en: Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (N.º de venta: E/F.80.V.7), pág. 454].

de adoptar o mantener contramedidas también puede no desaparecer totalmente⁵⁶.

88. Conviene recordar que, con arreglo a la Convención de Viena, el procedimiento de conciliación establecido en el anexo de dicha Convención puede ser iniciado *después* de la aplicación por una de las partes del artículo 60 de la Convención (Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación) conforme al procedimiento previsto en los artículos 65 y 66 de ese mismo instrumento. De conformidad con el párrafo 4 del anexo, la Comisión de Conciliación «podrá señalar a la atención de las partes en la controversia todas las medidas que puedan facilitar una solución amistosa». Esta disposición parece conferir a la Comisión de Conciliación la facultad de «señalar a la atención de las partes» cualquier medida provisional como la suspensión, total o parcial, de la contramedida adoptada conforme al artículo 60. Evidentemente, luego, tal facultad no afecta al derecho de adoptar o mantener la contramedida. Por otra parte, como ya hemos visto al analizar la opinión consultiva de la CIJ en el asunto de Namibia⁵⁷, puede haber relaciones convencionales especiales en el marco de las cuales un órgano competente de una organización internacional pueda actuar sin que sea necesario recurrir, antes o después de la adopción de contramedidas, a ningún procedimiento con intervención de terceros para verificar la existencia de una violación.

89. Es perfectamente posible, en efecto, que en un tratado por el que se establezca una organización internacional los derechos y obligaciones sustantivos de las partes estén vinculados tan estrechamente al objeto y el fin de la organización en su conjunto que el derecho de un Estado miembro a suspender la aplicación del tratado, total o parcialmente, basándose en el incumplimiento por otro miembro de una de sus obligaciones, desaparezca totalmente y sea sustituido por la facultad de la organización de adoptar las medidas que considere necesarias en la situación creada por la presunta violación (o, para el caso, por un comportamiento de un Estado miembro que no sea ilegal en absoluto⁵⁸).

90. Además de las limitaciones procesales relativas a la adopción de contramedidas, existen, por supuesto, obligaciones *sustantivas* de los Estados que éstos no pueden violar ni siquiera como respuesta a un hecho internacionalmente ilícito anterior de otro Estado. Así, para mencionar sólo dos ejemplos, el párrafo 5 del artículo 60 de la Convención de Viena recuerda la existencia de «disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario», y la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁵⁹ proclama que «Los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuer-

za». Piénsese, a este respecto, en el artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Es cierto que, a primera vista, resulta difícil imaginar que un «crimen internacional» pueda justificarse como contramedida respecto de cualquier violación de una obligación internacional, aun cuando esa violación misma constituya un crimen internacional. Parece, sin embargo, que en este punto no está de más cierta cautela. En realidad, algunas obligaciones fundamentales de los Estados están formuladas en tales términos que incluyen explícita o implícitamente excepciones que pueden abarcar situaciones de respuesta a determinado comportamiento de otro Estado u otros Estados. Así, para citar un ejemplo obvio, la Definición de la agresión aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁶⁰ contiene una cláusula (art. 6) según la cual:

Nada de lo dispuesto en la presente Definición se interpretará en el sentido de que amplía o restringe en forma alguna el alcance de la Carta, incluidas sus disposiciones relativas a los casos en que es lícito el uso de la fuerza.

Se puede asimismo mencionar una disposición general, que se introdujo en la mencionada Declaración de 1970 sobre los principios de derecho internacional, y que se ha incluido posteriormente en varios otros instrumentos concernientes a obligaciones fundamentales de los Estados, según la cual:

Por lo que respecta a su interpretación y aplicación, los principios que anteceden están relacionados entre sí y cada uno de ellos debe interpretarse en el contexto de los restantes.

Estas y otras disposiciones, en particular las de salvaguardia de las facultades que la Carta confiere al Consejo de Seguridad, parecen excluir cualquier suposición automática de que todas las obligaciones internacionales de carácter «esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional», o aun todas esas obligaciones cuya violación misma «está reconocida como crimen», sean inmunes a la posibilidad de que se justifique su violación conforme al derecho internacional. Algunas de las obligaciones fundamentales que incumben a cada Estado como miembro de la comunidad internacional de Estados se basan en el mantenimiento efectivo del orden público interno de esa comunidad.

91. Por otra parte, existen diversas obligaciones de derecho internacional cuya violación no está considerada como un «crimen internacional» por la comunidad internacional en su conjunto, pero que, sin embargo, tienen tal carácter imperativo que su violación no puede nunca justificarse como contramedida ante un hecho internacionalmente ilícito. Así, por ejemplo, la violación de derechos humanos internacionalmente protegidos en un Estado nunca puede justificar, evidentemente, la violación de esos derechos en otro Estado. Del mismo modo, la violación de una obligación relativa a la protección del medio ambiente nunca puede justificarse como contramedida ante una violación similar

⁵⁶ *Ibid.*, págs. 485 y 486.

⁵⁷ Véase *supra*, párr. 58.

⁵⁸ Véase *supra*, párrs. 77 y 78.

⁵⁹ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo.

⁶⁰ Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo.

cometida por otro Estado. En ambos casos, las obligaciones internacionales correspondientes no son fundamentalmente, al parecer, obligaciones interestatales, sino obligaciones paralelas de los Estados para la protección de intereses «extraestatales». Hay aquí una clara similitud con el supuesto mencionado anteriormente⁶¹ en que las relaciones entre los Estados miembros de una organización internacional quedan en cierto modo postpuestas a sus obligaciones paralelas respecto de la organización. La diferencia estriba, por supuesto, en que los intereses «extraestatales» protegidos en este caso no (siempre) pueden atribuirse a un sujeto de derecho internacional, cosa que, por el contrario, es el fundamento de la asimilación de esas obligaciones paralelas a las obligaciones entre Estados. Adviértase de pasada que, como ya se ha visto⁶², la CIJ, en su opinión consultiva sobre Namibia, excluyó expresamente del deber de no reconocer la situación como lícita las contramedidas que pudieran causar perjuicio a la «entidad perjudicada», es decir, a la población misma de Namibia.

92. Junto a las obligaciones internacionales cuya violación nunca puede justificarse como contramedida respecto de ningún hecho internacionalmente ilícito, hay aparentemente obligaciones internacionales de tal carácter que su violación sólo puede justificarse como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito que viole la misma obligación. Se podría calificar este requisito de «proporcionalidad cualitativa» (para distinguirlo del de «proporcionalidad cuantitativa», que se analizará más adelante). Podría decirse que esta clase de obligaciones internacionales se sitúa entre las «obligaciones paralelas» antes examinadas y las «obligaciones recíprocas» dimanantes de tratados bilaterales. Piénsese, a este respecto, en las obligaciones resultantes de un «régimen internacional». Parece imposible, en efecto, tratar esas obligaciones del mismo modo que otras obligaciones internacionales, puesto que la adopción de contramedidas en esta esfera tendería a destruir el régimen mismo y, por lo tanto, sólo deberían estar permitidas respecto de hechos ilícitos ya orientados en la misma dirección. Es difícil no ceder a la tentación de subrayar a este respecto la analogía que existe entre esta situación y la «inmunidad» de los «régimenes internacionales» respecto de otras circunstancias que normalmente pueden tener repercusión en las obligaciones internacionales, especialmente las de naturaleza convencional. Así, cabe señalar que, conforme al apartado a del párrafo 2 del artículo 62 de la Convención de Viena, «Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él [...] si el tratado establece una frontera». De igual modo, los artículos 11 y 12 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados⁶³ excluyen «régimenes de frontera» y «otros régimenes territoriales» de la aplicación normal de la regla de la «tabla rasa». Finalmente, el artículo 33 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, en la forma propues-

ta por el Sr. Ago⁶⁴, considera el supuesto de la existencia de instrumentos convencionales que excluyan implícitamente la posibilidad de invocar el «estado de necesidad» como excusa de una violación. Todas estas disposiciones parecen apuntar hacia el reconocimiento de ciertos tipos de obligaciones que tienen un especial carácter «persistente». Por supuesto, las «circunstancias» a que se refieren estas disposiciones son fundamentalmente diferentes de un hecho internacionalmente ilícito (aunque, a la inversa, un Estado no pueda alegar tales circunstancias cuando resultan de un hecho ilícito de ese Estado). No obstante, a juicio del Relator Especial, la Comisión tal vez desee referirse en la segunda parte del proyecto de artículos a esas categorías especiales de obligaciones internacionales.

93. A este respecto, cabría señalar también las nuevas formas de «régimenes internacionales» que resultan de «completar», mediante tratados multilaterales e incluso bilaterales, un conjunto de principios jurídicos generales aceptados como tales por la comunidad internacional. También en este caso, esos régimenes internacionales pueden tener repercusiones en la posibilidad de alegar la violación de una obligación internacional ajena a la esfera regida por el «régimen internacional» como causa para adoptar una contramedida dentro de esa esfera. Así, en opinión del Relator Especial, los acuerdos multilaterales, y aun bilaterales, tendentes a «completar» el requisito del establecimiento de un nuevo orden económico internacional pueden muy bien considerarse como fuentes de obligaciones jurídicas que (salvo, por supuesto, que los acuerdos mismos dispongan otra cosa) no pueden darse por terminadas ni suspenderse alegando como causa un supuesto hecho ilícito que, en sí mismo, no guarde ninguna relación con la consecución del objeto y del fin de tales acuerdos.

94. El requisito de la proporcionalidad cualitativa puede influir también en las modalidades de la proporcionalidad cuantitativa. En el laudo mencionado más arriba⁶⁵, el tribunal declaró, entre otras cosas, lo siguiente:

83. Se reconoce generalmente que las contramedidas deben, ante todo, guardar cierta equivalencia con la violación que se alega; se trata de una regla muy conocida. Durante las presentes actuaciones, ambas Partes han reconocido que la regla se aplicaba al caso, y ambas la han invocado. Se ha señalado, en general, que la apreciación de la «proporcionalidad» de las contramedidas no es tarea fácil, y sólo puede realizarse, cuando más, por aproximación. A juicio del Tribunal, es fundamental, en un litigio entre Estados, tener en cuenta no sólo los perjuicios sufridos por las empresas interesadas, sino también la importancia de las cuestiones de principio que plantea la violación alegada. El Tribunal estima que no bastará, en el caso presente, comparar las pérdidas sufridas por Pan Am a causa de la suspensión de los servicios proyectados con las pérdidas que habrían sufrido las compañías francesas como consecuencia de las contramedidas; será preciso asimismo tomar en consideración la importancia de las posiciones de principio que se adoptaron cuando las autoridades francesas prohibieron las rupturas de carga en terceros países. Si se considera la importancia de la cuestión en el marco de la política general adoptada por el Gobierno de los Estados Unidos en materia

⁶¹ Véase *supra*, párr. 89.

⁶² Párr. 56.

⁶³ Para la referencia, véase *supra*, nota 40.

⁶⁴ Véase *supra*, pág. 54, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7, párr. 81.

⁶⁵ Véase *supra*, nota 55.

de transporte aéreo y puesta en práctica mediante la celebración de numerosos acuerdos internacionales con otros países además de Francia, no parece que las medidas adoptadas por los Estados Unidos sean claramente desproporcionadas con respecto a las adoptadas por Francia. Ninguna de las dos Partes ha aportado al Tribunal pruebas suficientes para afirmar ni para rechazar la existencia de proporcionalidad, definida de ese modo, y el Tribunal debe conformarse con una apreciación muy aproximativa⁶⁶.

Y, respecto de la cuestión de la admisibilidad de contramedidas cuando se ha establecido un mecanismo de consultas e incluso de solución de controversias, el Tribunal añadió:

90. Es preciso, en efecto, evaluar cuidadosamente lo que representan las contramedidas en el marco de la proporcionalidad. Su finalidad es restablecer la igualdad entre las Partes e incitarlas a proseguir las negociaciones con un mutuo deseo de llegar a una solución aceptable. En el presente caso, los Estados Unidos de América sostienen que una ruptura de carga en terceros países está permitida; esta convicción definió su posición antes de que se produjera la negativa de Francia; las contramedidas de los Estados Unidos restablecieron, en forma negativa, la simetría de las posiciones iniciales.

91. Huelga decir que la aplicación de contramedidas entraña un gran riesgo de que éstas, a su vez, susciten una réplica y provoquen una acentuación progresiva que agrave el conflicto. Las contramedidas, por lo tanto, deberían constituir una apuesta a la prudencia y no a la debilidad de la otra parte. Deberían utilizarse con gran moderación e ir acompañadas de un verdadero intento de resolver el litigio. Pero el Tribunal Arbitral no cree que sea posible, en el estado actual de las relaciones internacionales, enunciar una norma que prohíba el empleo de contramedidas durante las negociaciones, especialmente cuando tales contramedidas llevan aparejada la propuesta de un procedimiento que ofrece perspectivas de acelerar la solución del litigio.

92. Esta última consideración tiene particular importancia en los litigios referentes a las operaciones de un servicio aéreo; la red de servicios aéreos constituye, en realidad, un sistema extremadamente sensible cuya perturbación puede tener repercusiones amplias e imprevisibles⁶⁷.

95. En términos más generales, cabe sostener que la proporcionalidad entre el hecho ilícito y la consecuencia jurídica es siempre «cualitativa», puesto que afecta a «la balanza de la justicia». En realidad, la elección entre las diversas consecuencias jurídicas posibles enumeradas anteriormente estará influida siempre por la gravedad del hecho ilícito concreto, así como por la gravedad de la «sanción» aplicada efectivamente, pero no se podrá nunca «pesar» exactamente esos distintos factores como si se tratase de objetos físicos. Así, por ejemplo, incluso la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios exigibles en caso de apoderamiento ilícito de bienes de un extranjero plantea problemas en lo que concierne a los elementos que deben tomarse en consideración⁶⁸. En el otro extremo de la escala de las consecuencias jurídicas, el grado y la duración admisibles de la respuesta a una agresión son difíciles de determinar en abstracto. El mismo problema de medir

cuantitativamente elementos cualitativos, y viceversa, se plantea respecto de la determinación del «punto» a partir del cual un hecho ilícito no sólo crea a cargo del Estado culpable una obligación de *restitutio in integrum*, sino que faculta también al Estado perjudicado a aplicar contramedidas, crea a favor de los terceros Estados un derecho a observar una actitud no neutral, o incluso crea a cargo de los terceros Estados el deber de adoptar tal actitud (cf. también con el concepto de «legítima defensa colectiva»).

96. Estas dificultades se acentúan por la evidente correlación que existe entre el contenido de una norma primaria, que impone una obligación a un Estado, y el contenido de la relación jurídica nueva establecida por el derecho internacional como consecuencia de la violación de esa obligación, incluido el hecho de que las «partes» en la norma y las «partes» en la relación sean las mismas. En realidad, el paso de la norma a la relación, y viceversa, es un problema espinoso que se plantea en materia de responsabilidad extracontractual en diversos sistemas jurídicos nacionales. Muchas veces resulta dudoso si la violación de una obligación impuesta por la ley constituye un hecho ilícito en la relación entre la persona culpable y cualquier otra que tenga un interés material en el cumplimiento de esa obligación (lo que se denomina a veces cuestión de la «relatividad» del hecho ilícito). Por el contrario, la violación de una obligación impuesta por un contrato puede considerarse actualmente un hecho ilícito respecto de la persona que tenga un interés material en el cumplimiento de esa obligación, aunque no sea parte en el contrato. Estos dos problemas reflejan ciertamente una evolución estructural de las sociedades nacionales cuya importancia jurídica no siempre es fácil de determinar. A juicio del Relator Especial, esta observación es aún más válida cuando se trata de determinar la importancia jurídica de la evolución estructural de la comunidad internacional de Estados.

97. Por lo que respecta a la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, la CDI se enfrenta, pues, primordialmente con un *problema de método* que deriva no sólo de la circunstancia que se acaba de mencionar, sino también de la relativa escasez de datos jurídicos «positivos» en esta esfera. Si bien hay, en efecto, muchas decisiones de tribunales internacionales relativas a la cuestión de los daños y perjuicios, es poco lo que existe acerca de las contramedidas de los Estados perjudicados y menos aún de las respuestas de terceros Estados. En realidad, cuanto más grave es la violación de una obligación internacional menos probabilidades hay de encontrar una valoración jurídica objetiva de las respuestas permisibles a tal violación. Por otra parte, mientras que ya en 1961 el Sr. F. V. García Amador, Relator Especial, señalaba en su sexto informe sobre la responsabilidad de los Estados, con respecto al deber de reparar, que se hallaba todavía, «tanto en la práctica diplomática y arbitral como en la doctrina científica, en una etapa de franca anarquía»⁶⁹, la práctica de los

⁶⁶ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (*op. cit.*), pág. 483.

⁶⁷ *Ibid.*, págs. 484 y 485.

⁶⁸ Véase *supra*, párr. 81.

⁶⁹ *Anuario...* 1961, vol. II, pág. 2, documento A/CN.4/134 y Add.1, párr. 1.

Estados en materia de contramedidas está determinada (igualmente) en gran medida por factores puramente políticos.

98. Así pues, a juicio del actual Relator Especial, el problema de método es el siguiente. Es relativamente fácil elaborar un catálogo de las posibles «relaciones jurídicas nuevas» que nacen en derecho internacional de un hecho internacionalmente ilícito, e incluso establecer ese catálogo por orden de importancia. Pero cuando se trata de la elección entre esas consecuencias, es decir, de la cuestión de la admisibilidad jurídica de una u otra de ellas, resulta ineludible establecer una escala de valores, tanto respecto de los valores afectados por la violación como respecto de los valores afectados por la respuesta. La mera afirmación de que debe haber «proporcionalidad» entre la respuesta y la violación no resuelve en absoluto el problema. Por otra parte, establecer una escala de valores significa, evidentemente, entrar en la esfera de las normas primarias, cosa que la Comisión, en general, ha evitado cuidadosamente al redactar la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. La principal excepción a este planteamiento «neutral» de la Comisión es, por supuesto, el artículo 19 del proyecto, en el que ciertos hechos internacionalmente ilícitos han sido calificados de «crímenes internacionales». Aun en este caso, sin embargo, es indudable que cada uno de los crímenes internacionales enumerados en el párrafo 3 del artículo (como ejemplos posibles) no puede dar lugar a las mismas relaciones jurídicas nuevas⁷⁰.

99. Una posible solución sería que la Comisión actuara por aproximación. A partir, por una parte, de una escala de posibles respuestas y, por otra, de la regla general de la proporcionalidad entre la violación efectiva y la respuesta efectiva, y si se reconoce, por una parte, que un tratado bilateral o multilateral o una norma «reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto» puede determinar explícita o implícitamente el contenido de la proporcionalidad y, por otra, que la «gravedad» de la situación creada por una determinada violación puede dar lugar a una respuesta más enérgica, la Comisión podría ofrecer ejemplos de aplicación «normal» de la regla de la proporcionalidad. Tales ejemplos podrían referirse a las siguientes categorías de limitaciones de las respuestas posibles:

a) Limitaciones normales en virtud de la protección especial, resultante de una norma de derecho internacional, del objeto de la respuesta;

b) Limitaciones normales en virtud de un vínculo, a tenor de lo dispuesto en una norma de derecho internacional, entre el objeto de la violación y el objeto de la respuesta;

c) Limitaciones normales en virtud de la existencia de una forma de organización internacional en sentido lato a cuyo ámbito corresponde la situación resultante de la violación efectiva y de la posible respuesta a ella.

100. Este planteamiento parece ofrecer la ventaja de la flexibilidad. Los ejemplos que diera la Comisión no tendrían, en efecto, más que un *carácter indicativo*, ya que parece imposible abarcar todas las situaciones que pueden surgir en la práctica mediante normas rígidas y casi automáticas. Además, constituirían ejemplos de la aplicación normal de la proporcionalidad. El rápido desarrollo de las normas de derecho internacional en las relaciones internacionales bilaterales, regionales y mundiales parece excluir un planteamiento más abstracto.

101. Una última cuestión que la Comisión tiene que decidir es la de si la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados debe tratar de la pérdida del derecho a alegar la relación jurídica nueva nacida en virtud de las normas de derecho internacional como consecuencia de un hecho ilícito, por causa de prescripción, por aplicación de la doctrina de los actos propios (*estoppel*), por renuncia, por la no participación en una limitación de los daños reales causados por el hecho ilícito o por cualquier otro comportamiento del Estado perjudicado o del tercer Estado interesado, que conduzca a una situación en la que el hecho de alegar la relación jurídica nueva pueda considerarse un abuso. El Relator Especial vacila en emprender esa vía en el marco de la elaboración de la segunda parte, dado que, en cualquier caso, estas cuestiones conciernen más bien a la tercera parte del proyecto, relativa al modo de «hacer efectiva» la responsabilidad de los Estados. Conviene señalar, sin embargo, que, en lo que se refiere a la contramedida consistente en dar por terminado un tratado o en suspender su aplicación, el artículo 45 de la Convención de Viena contiene una disposición sobre la pérdida del derecho a alegar una violación grave de un tratado como causa para adoptar esta contramedida. Además, el párrafo 2 del artículo 61 y el apartado b del párrafo 2 del artículo 62 de esa Convención, el párrafo 2 del artículo 31 y el párrafo 2 del artículo 32 del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, así como el párrafo 2 del artículo 33 que ahora se propone, y asimismo, en otro contexto, los artículos 27 y 28 del proyecto, se refieren a la cuestión conexas de la «contribución» de un Estado a una situación, contribución que tiene repercusiones en las relaciones jurídicas nuevas emanadas de esa situación. En todos esos casos, sin embargo, la «contribución» es un comportamiento anterior al nacimiento de las relaciones jurídicas nuevas. En definitiva, el Relator Especial se inclina a sugerir que se incluya en la segunda parte, a lo sumo, una disposición análoga al artículo 45 de la Convención de Viena.

⁷⁰ Véase *supra*, párr. 67.

**CUESTIÓN DE LOS TRATADOS CELEBRADOS ENTRE ESTADOS
Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES O ENTRE DOS O MÁS
ORGANIZACIONES INTERNACIONALES**

[Tema 3 del Programa]

DOCUMENTO A/CN.4/327

**Noveno informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados
y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales,
por el Sr. Paul Reuter, Relator Especial**

*Proyecto de artículos, con comentarios (conclusión *)*

*[Original: francés]
[28 de febrero de 1980]*

ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Abreviaturas</i>	139
INTRODUCCIÓN	139
PROYECTO DE ARTÍCULOS Y COMENTARIOS (<i>conclusión</i>)	139
PARTE V.—NULIDAD, TERMINACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS (<i>conclusión</i>)	139
Consideraciones generales	139
<i>Sección 3.—Terminación de los tratados y suspensión de su aplicación (conclusión)</i>	140
Artículo 61.—Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento	140
<i>Comentario</i>	140
Artículo 62.—Cambio fundamental en las circunstancias	140
<i>Comentario</i>	140
Artículo 63.—Ruptura de relaciones diplomáticas o consulares	142
<i>Comentario</i>	142
Artículo 64.—Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (<i>jus cogens</i>)	142
<i>Comentario</i>	142
<i>Sección 4.—Procedimiento</i>	142
Artículo 65.—Procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado	142
<i>Comentario</i>	143
[Artículo 66.—Procedimiento de arreglo judicial de arbitraje y de conciliación]	143
<i>Comentario</i>	143

* Los proyectos de artículos presentados anteriormente por el Relator Especial figuran en los informes tercero a octavo [*Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/279; *Anuario... 1975*, vol. II, pág. 27, documento A/CN.4/285; *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), pág. 149, documento A/CN.4/290 y Add.1; *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 127, documento A/CN.4/298; *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 265, documento A/CN.4/312; *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 127, documento A/CN.4/319, respectivamente].

	<i>Página</i>
Artículo 67.—Instrumentos para declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación . . .	145
<i>Comentario</i>	146
Artículo 68.—Revocación de las notificaciones y de los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67	146
<i>Comentario</i>	146
<i>Sección 5.—Consecuencias de la nulidad, la terminación o la suspensión de la aplicación de un tratado</i>	147
Artículo 69.—Consecuencias de la nulidad de un tratado	147
<i>Comentario</i>	147
Artículo 70.—Consecuencias de la terminación de un tratado	147
<i>Comentario</i>	147
Artículo 71.—Consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general	147
<i>Comentario</i>	148
Artículo 72.—Consecuencias de la suspensión de la aplicación de un tratado	148
<i>Comentario</i>	148
PARTE VI.—DISPOSICIONES DIVERSAS	148
Artículo 73.—Casos de sucesión de Estados, de sucesión de organizaciones internacionales, de sucesión de Estado a organización internacional, de sucesión de organización internacional a Estado, de responsabilidad de un Estado o de una organización internacional o de ruptura de hostilidades	148
<i>Comentario</i>	148
Artículo 74.—Relaciones diplomáticas o consulares y celebración de tratados	150
<i>Comentario</i>	150
Artículo 75.—Caso de un Estado agresor	150
<i>Comentario</i>	150
PARTE VII.—DEPOSITARIOS, NOTIFICACIONES, CORRECCIONES Y REGISTRO	150
Artículo 76.—Depositarios de los tratados	150
<i>Comentario</i>	151
Artículo 77.—Funciones de los depositarios	151
<i>Comentario</i>	152
Artículo 78.—Notificaciones y comunicaciones	152
<i>Comentario</i>	153
Artículo 79.—Corrección de errores en textos o en copias certificadas conformes de los tratados	153
<i>Comentario</i>	154
Artículo 80.—Registro y publicación de los tratados	154
<i>Comentario</i>	154
[ANEXO	
PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 66	154
I. Caso en que, respecto de un tratado celebrado entre varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, uno o varios Estados hayan formulado contra otro Estado la objeción prevista en los párrafos 2 y 3 del artículo 65	155
II. Caso en que una o varias organizaciones internacionales formulen la objeción prevista en los párrafos 2 y 3 del artículo 65 o en que esa objeción se formule contra una organización internacional]	155
<i>Comentario</i>	156

ABREVIATURAS

CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justicia
<i>C.I.J. Recueil</i>	CIJ, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
OIT	Organización Internacional del Trabajo
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

Introducción

Con el presente informe concluye la presentación en primera lectura del proyecto de artículos en el que se adaptan los artículos de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados¹ al caso particular de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales. En sus períodos de sesiones precedentes², la Comisión aprobó los artículos 1 a 60 inclusive³. El presente informe se refiere a los artículos 61 a 80 inclusive y concluye en primera lectura el proyecto de artículos. En efecto, el Relator Especial no ha creído necesario prever proyectos de artículos correspondientes a los artículos 81 a 85 de la Convención de Viena, consagrados a las disposiciones finales. En los proyectos por ella elaborados, la Comisión no suele hacer propuestas relativas a las disposiciones finales; esa tarea se ha reservado siempre a las conferencias encargadas de preparar un proyecto de convención. Además, el contenido de las cláusulas finales eventuales dependerá enteramente de la forma definitiva que se dé al proyecto y del modo en que las organizaciones internacionales intervengan en su puesta en vigor, cuestiones que se resolverán más adelante.

¹ Para el texto de la Convención, véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 311. Denominada en adelante «Convención de Viena».

² Para los trabajos anteriores de la Comisión, véase *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 295 y ss., documento A/9610/Rev.1, cap. IV; *Anuario... 1975*, vol. II, págs. 180 y ss., documento A/10010/Rev.1, cap. V; *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 97 y ss., documento A/32/10, cap. IV; *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 121 y ss., documento A/33/10, cap. V; *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 164 y ss., documento A/34/10, cap. IV.

³ Para el texto de los artículos aprobados hasta ahora por la Comisión, véase *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 165 y ss., documento A/34/10, cap. IV, secc. B, subsecc. 1.

Proyecto de artículos y comentarios (*conclusión*)PARTE V.—NULIDAD, TERMINACIÓN
Y SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN
DE LOS TRATADOS (*conclusión*)*Consideraciones generales*

El conjunto de artículos a que se refiere el presente informe corresponde al final de la parte V de la Convención de Viena y a normas más de procedimiento que de fondo. En estos últimos artículos, el Relator Especial no ha tenido dificultad en seguir fielmente la directriz fundamental que le dio desde el principio la Comisión:

apartarse lo menos posible del texto de la Convención de Viena. Algunos de los artículos propuestos (61, 64, 68, 71, 72, 75 y 80) no difieren nada de los artículos correspondientes de la Convención de Viena; la mayoría de los demás artículos sólo contienen modificaciones de redacción de poca importancia, debidas generalmente a la necesidad de mencionar, junto a los Estados, a las organizaciones internacionales (arts. 65, 69, 70, 74, 76, 77, 78 y 79). Algunos artículos solamente afectan a una cuestión de principio ya mencionada a propósito de otros artículos (arts. 62, 63, 67 y 73) y únicamente el artículo 66 ha requerido un examen a fondo.

SECCIÓN 3.—TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS
Y SUSPENSIÓN DE SU APLICACIÓN (conclusión)

**Artículo 61.—Imposibilidad subsiguiente
de cumplimiento**⁴

1. Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado.

2. La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

Comentario

Pese a su título, el artículo 61 de la Convención de Viena no abarca todos los casos de «fuerza mayor», sino sólo los resultantes «de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado». La CDI y después la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados consideraron que la cuestión de la fuerza mayor correspondía más bien al problema de la responsabilidad internacional. Si se recurre a la definición general de la fuerza mayor y de sus consecuencias, aprobada por la Comisión de 1979⁵, se puede estimar que esta última formulación es más satisfactoria que la admitida en la Convención: no existe ninguna razón para limitar las consecuencias de la fuerza mayor sobre un tratado al caso concreto de la desaparición o la destrucción de un objeto. Sin embargo, a fin de seguir fielmente la línea de conducta que descarta la búsqueda de cualquier perfeccionamiento respecto del texto de una convención adoptada definitivamente para los tratados entre Estados, se ha conservado la solución dada en la Convención de Viena, cuyo artículo 61 no requería ninguna modificación de redacción para aplicarse a los tratados a que se refiere el presente proyecto.

⁴ Texto idéntico al de la disposición correspondiente de la Convención de Viena.

⁵ Artículo 31 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados:

«Fuerza mayor y caso fortuito

»1. La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si el hecho se debió a una fuerza irresistible o a un acontecimiento exterior imprevisible ajenos a su control que hicieron materialmente imposible que ese Estado procediera en conformidad con tal obligación o que se percatara de que su comportamiento no era conforme a esa obligación.

»2. El párrafo 1 no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de imposibilidad material.» [Anuario... 1979, vol. II (segunda parte), pág. 111, documento A/34/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2, art. 31.]

**Artículo 62.—Cambio fundamental
en las circunstancias**⁶

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:

a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y

b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deben cumplirse en virtud del tratado.

2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado celebrado entre varios Estados y una o varias organizaciones internacionales en el que se establezca una frontera o para retirarse de él.

3. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

4. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.

Comentario

1) El artículo 62 de la Convención de Viena es uno de los que exigieron a la CDI más reflexión y más aten-

⁶ Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«Artículo 62.—Cambio fundamental en las circunstancias

»1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:

»a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y

»b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

»2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:

»a) si el tratado establece una frontera; o

»b) si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

»3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.»

ción para lograr en su redacción un equilibrio entre dos necesidades contradictorias: asegurar el respeto de la fuerza obligatoria de los tratados y permitir la eliminación de tratados que resulten inaplicables a consecuencia de un cambio total de las circunstancias que influyeron fundamentalmente en su celebración. Las fórmulas que adoptó por último la Comisión no sólo lograron la casi unanimidad de sus miembros⁷, sino que además, tras la añadidura del párrafo 3 y algunas modificaciones de redacción, fueron aprobadas en la Conferencia sobre el Derecho de los Tratados por una gran mayoría de Estados⁸.

2) No hay ningún motivo para renunciar, en relación con los tratados en que intervienen organizaciones internacionales, a la feliz conciliación así lograda. Esos tratados, lo mismo que los tratados entre Estados, están dominados enteramente por la norma *pacta sunt servanda* y por la necesidad de tener en cuenta cambios de circunstancias que engendren transformaciones fundamentales. En consecuencia, no hay motivo para modificar la esencia del artículo 62 para adaptarlo a los tratados en que intervienen organizaciones internacionales. Ni siquiera sería necesario realizar en él modificaciones de redacción si el apartado a del párrafo 2 de ese artículo no planteara indirectamente un problema que afecta a la capacidad de las organizaciones internacionales.

3) Se habría podido incorporar al proyecto de artículo sin ningún cambio —ni siquiera de redacción— el texto del apartado a del párrafo 2 del artículo 62 de la Convención de Viena. Sin embargo, ello habría implicado que un tratado entre dos o más organizaciones podía «establecer una frontera». Ahora bien, ¿puede admitirse que una organización internacional pueda modificar el estatuto de un territorio en relación con la soberanía territorial que en él se ejerce?

4) Hay que precisar bien la cuestión. Es cierto que el apartado a del párrafo 2 del artículo 62 se refiere no sólo a los tratados de delimitación, sino también a los tratados denominados de cesión⁹. Se trata aquí de todos los tratados relativos a un estatuto territorial, y el

término «territorio» debe entenderse únicamente en el sentido preciso y tradicional de «territorio del Estado». Debido a la gran importancia política de todo lo referente al territorio del Estado, se ha introducido ese párrafo, que por lo demás se basa en precedentes jurisprudenciales. No es preciso discutir la cuestión de si ciertas organizaciones poseen en sentido analógico un «territorio» (territorio aduanero, territorio postal). Lo que es evidente es que el mantenimiento en el artículo 62 del proyecto de un apartado a idéntico al del párrafo 2 del artículo 62 de la Convención de Viena implicaría que las organizaciones podrían disponer convencionalmente del territorio de determinados Estados. Ahora bien, el territorio está tan estrechamente ligado a la soberanía del Estado que no se puede concebir que los Estados cedan a una organización el derecho de disponer de sus derechos territoriales sin perder la condición de Estados; la entidad que dispusiera así de los derechos territoriales de los «Estados» se convertiría en un Estado federal. Es cierto que puede señalarse que ha ocurrido que una organización internacional haya dispuesto de ciertos territorios, como lo hizo la Asamblea General respecto de las antiguas colonias italianas en virtud de una disposición expresa (art. 23) del Tratado de paz con Italia, de 10 de febrero de 1947¹⁰. Tampoco puede negarse que los Estados pueden hacer depender el destino de una parte de su territorio de una decisión de una organización internacional (o de un organismo jurisdiccional), pero es algo muy diferente delegar a esas entidades el derecho de disponer *convencionalmente* de su territorio. Por ello, el Relator Especial ha descartado la posibilidad de insertar una disposición que, debido a la generalidad de sus términos, implicara el reconocimiento de tal facultad a las organizaciones internacionales.

5) No obstante, se puede imaginar, sin forzar demasiado la imaginación, que varios Estados (dos como mínimo) resuelvan convencionalmente el problema territorial y que una organización internacional (o incluso varias) sea parte en tal tratado porque éste confíe a la organización ciertas funciones o le encomiende ciertas garantías. En un caso semejante, la organización, aun siendo parte en el tratado, no estaría en posición simétrica a la de los Estados entre los que se realiza el arreglo territorial, pero su presencia como parte en el tratado no debería impedir la aplicación de la norma enunciada en el apartado a del párrafo 2 del artículo 62 a los Estados que hayan «establecido una frontera». Esa solución se ajusta al apartado c del artículo 3 de la Convención de Viena; sin embargo, es importante exponerla de nuevo para no dejar ninguna duda sobre el ámbito de aplicación del artículo 62 del proyecto: éste no se aplica a los tratados que establezcan fronteras.

6) Por tanto, se ha modificado el párrafo 2 del artículo 62 de la Convención de Viena. Los apartados a y b de ese párrafo se han convertido en párrafos diferentes: los párrafos 2 y 3, respectivamente. En consecuencia, el párrafo 3 del artículo 62 se ha convertido, sin modificación, en el párrafo 4 del proyecto de artículo 62. El nuevo párrafo 2 del proyecto de artículo se ha re-

⁷ Véase *Anuario...* 1966, vol. I (primera parte), pág. 135, 842.ª sesión, párr. 53.

⁸ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, segundo período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.6), pág. 128, 22.ª sesión, párr. 47.

⁹ La Comisión ha reemplazado la expresión «el tratado fija una frontera» por las palabras «el tratado establece una frontera» como consecuencia de observaciones de los gobiernos, pues esta última expresión es más amplia y abarca los tratados de cesión, al igual que los de delimitación (*Anuario...* 1966, vol. II, págs. 283 y 284, documento A/6309/Rev.1, parte II, cap. II, proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados con sus comentarios, art. 59, párr. 11 del comentario).

No obstante, se observará que los artículos 11 y 12 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 23 de agosto de 1978 [*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados*, vol. III, *Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.79.V.10), pág. 195], son mucho más precisos respecto de la definición de las cuestiones territoriales.

¹⁰ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 49, pág. 3.

dactado de modo que sólo se refiera a los tratados celebrados entre varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; en efecto, de acuerdo con las explicaciones precedentes, son los únicos tratados incluidos en el presente proyecto de artículos que puede considerarse que «establecen una frontera».

Artículo 63.—Ruptura de relaciones diplomáticas o consulares¹¹

La ruptura de relaciones diplomáticas o consulares entre Estados partes en un tratado no afectará a las relaciones jurídicas establecidas entre esos Estados por el tratado, salvo en la medida en que la existencia de relaciones diplomáticas o consulares sea indispensable para la aplicación del tratado.

Comentario

Las relaciones diplomáticas y consulares sólo existen entre Estados. Como se sabe, las representaciones permanentes de los Estados ante las organizaciones internacionales no establecen relaciones diplomáticas, sino relaciones carentes de reciprocidad. Por tanto, una norma análoga a la establecida en el artículo 63 de la Convención de Viena no puede aplicarse más que a un grupo particular de los tratados a que se refiere el presente proyecto de artículos: los que tienen como partes al menos dos Estados y una o varias organizaciones. En consecuencia, se ha modificado ligeramente la redacción del artículo 63 de la Convención de Viena, de tal modo que el texto del artículo 63 del proyecto se refiera sólo a esa hipótesis. Como en el caso del párrafo 2 del artículo 62, esa disposición concuerda con el inciso c del artículo 3 de la Convención de Viena.

Artículo 64.—Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens)¹²

Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Comentario

Este artículo del proyecto no requiere ninguna modificación de fondo o de redacción para aplicarlo a los tratados en que intervienen organizaciones internacionales.

¹¹ Disposición correspondiente de la Convención de Viena: «Artículo 63.—Ruptura de relaciones diplomáticas o consulares

»La ruptura de relaciones diplomáticas o consulares entre partes en un tratado no afectará a las relaciones jurídicas establecidas entre ellas por el tratado, salvo en la medida en que la existencia de relaciones diplomáticas o consulares sea indispensable para la aplicación del tratado.»

¹² Texto idéntico al del artículo 64 de la Convención de Viena.

SECCIÓN 4.—PROCEDIMIENTO

Artículo 65.—Procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado¹³

1. La parte que, basándose en las disposiciones de los presentes artículos, alegue un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que ésta se funde.

2. Si, después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo 67 la medida que haya propuesto.

3. Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, el hecho de que un Estado o una organización internacional no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación.

¹³ Disposición correspondiente de la Convención de Viena: «Artículo 65.—Procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado

»1. La parte que, basándose en las disposiciones de la presente Convención, alegue un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que ésta se funde.

»2. Si, después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar, en la forma prescrita en el artículo 67, la medida que haya propuesto.

»3. Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

»4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias.

»5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación.»

Comentario

1) El artículo 65 de la Convención de Viena establece para la solución de controversias un procedimiento basado en una notificación, una moratoria y el recurso a los medios indicados en el artículo 33 de la Carta. Tanto en el seno de la CDI como en la Conferencia sobre el Derecho de los Tratados se recalcó que esas garantías no eran suficientes, pero, como indicó la Comisión en su informe final, la solución escogida constituye «una protección suficiente contra las pretensiones puramente arbitrarias de anular un tratado, ponerle término o suspender su aplicación»¹⁴. Opiniones análogas se expresaron en la Conferencia, que finalmente aprobó ese texto por 106 votos contra ninguno y 2 abstenciones¹⁵. En principio, no existe ninguna razón para no aplicar la solución admitida para los tratados entre Estados a los tratados en que intervienen organizaciones internacionales.

2) Se han introducido dos pequeñas modificaciones de redacción en el artículo 65 de la Convención de Viena. La primera se refiere a la expresión «la presente Convención», que se ha reemplazado por «los presentes artículos»; la segunda ha consistido en añadir al párrafo 5 las palabras «o una organización internacional» después de las palabras «un Estado».

[Artículo 66.—Procedimientos de arreglo judicial, de arbitraje y de conciliación¹⁶

1. En caso de que, con respecto a un tratado celebrado entre varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, uno o varios Estados hayan formulado contra otro Estado la objeción prevista en los párrafos 2 y 3 del artículo 65 y, dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se haya llegado a ninguna solución conforme

¹⁴ *Anuario...* 1966, vol. II, pág. 287, documento A/6309/Rev.1, parte II, cap. II, proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados con sus comentarios, art. 62, párr. 6 del comentario.

¹⁵ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, segundo período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (op. cit.)*, pág. 145, 25.ª sesión, párr. 43.

¹⁶ Disposición correspondiente de la Convención de Viena:
«Artículo 66.—Procedimientos de arreglo judicial, de arbitraje y de conciliación

»Si dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción no se ha llegado a ninguna solución conforme al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes:

»a) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje;

»b) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación de uno cualquiera de los restantes artículos de la parte V de la presente Convención podrá iniciar el procedimiento indicado en el Anexo de la Convención presentando al Secretario General de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto.»

al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes:

a) Cualquiera de los Estados partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someter esa controversia a la decisión de la Corte Internacional de Justicia, a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje;

b) Cualquiera de los Estados partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación de uno cualquiera de los restantes artículos de la parte V de los presentes artículos podrá iniciar el procedimiento indicado en el Anexo (sección I) de los presentes artículos presentando una solicitud a tal efecto al Secretario General de las Naciones Unidas.

2. En caso de que la objeción prevista en los párrafos 2 y 3 del artículo 65 sea formulada por una o varias organizaciones internacionales partes en el tratado o afecte a una o varias organizaciones internacionales partes en el tratado y, dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se haya llegado a ninguna solución conforme al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes:

a) Cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá solicitar a cualquiera de los órganos competentes, con arreglo al Artículo 96 de la Carta, que solicite a la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva, a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje; las partes considerarán que la opinión consultiva de la Corte es obligatoria para ellas;

b) Cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación de uno cualquiera de los restantes artículos de la parte V de los presentes artículos podrá iniciar el procedimiento indicado en el Anexo (sección II) de los presentes artículos presentando una solicitud a tal efecto al Secretario General de las Naciones Unidas o al Presidente de la Corte Internacional de Justicia, según proceda.]

Comentario

1) A diferencia del artículo 65, el artículo 66 no fue elaborado por la CDI, sino que fue el resultado de iniciativas adoptadas durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados; se pudo evitar así una crisis grave que ponía en peligro el éxito de la Conferencia. Sin embargo, tras diversos episodios y debates muy animados, el artículo 66 no recibió, ni de lejos, el mismo apoyo que el artículo 65, puesto que sólo fue aprobado por 61 votos contra 20 y 26 abstenciones¹⁷. Dadas las oposiciones políticas que suscitó ese texto, el Relator Especial habría podido considerar que

¹⁷ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, segundo período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (op. cit.)*, pág. 204, 34.ª sesión, párr. 72.

no incumbía a la CDI examinar en esta fase de sus trabajos el problema de la solución de controversias, que, por lo demás, tendría su lugar natural en las cláusulas finales, que se reservan habitualmente a las apreciaciones directas de los gobiernos. A fin de tener en cuenta ese punto de vista, cuya importancia no subestima, el Relator Especial ha puesto entre corchetes todo el artículo 66, con objeto de señalar a la atención de la Comisión las objeciones que pueden hacerse al principio mismo de ese artículo del proyecto.

2) No obstante, el Relator Especial ha elaborado un proyecto de artículo 66 por dos razones principales. En primer lugar, hay que tener presente una consideración ya mencionada anteriormente en el comentario al artículo 65 del proyecto. En los tratados en que son partes varios Estados y una o varias organizaciones, puede haber controversias que enfrenten solamente a Estados sin que las organizaciones partes en el tratado sean partes en la controversia. En tal caso, se puede estimar que ha de respetarse el espíritu del apartado c del artículo 3 de la Convención de Viena, que reserva «la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional». Parece normal que, en esa hipótesis particular, se apliquen las soluciones del artículo 66 de la Convención de Viena. Con tal objeto, el Relator Especial ha previsto en el proyecto de artículo un párrafo 1 que aplica a esa hipótesis las soluciones establecidas en el artículo 66 de la Convención de Viena. Pero quedan las demás hipótesis, es decir, el caso de controversias respecto de un tratado celebrado solamente entre organizaciones internacionales, o bien los casos relativos a un tratado celebrado entre varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, pero en los cuales la controversia enfrente a un Estado y a una o varias organizaciones internacionales, a varios Estados y a una o varias organizaciones internacionales, o a varias organizaciones internacionales entre sí. La característica común a todas esas hipótesis es que la objeción es suscitada por una o varias organizaciones o se dirige contra una o varias organizaciones.

3) A ese grupo de hipótesis se ha dedicado el párrafo 2. Se constata fácilmente que los dos procedimientos previstos en el artículo 66 de la Convención de Viena no pueden aplicarse, al menos en los términos en que se definen en ese texto, al caso actualmente examinado. En efecto, el primer procedimiento previsto se basa en la posibilidad de recurrir unilateralmente, mediante solicitud escrita, a la CIJ. Ahora bien, como se sabe, sólo los Estados pueden ser partes en un procedimiento contencioso ante la Corte; no se puede emplazar ante la Corte a una organización, ni ésta puede recurrir a la Corte. En cuanto al segundo procedimiento, el de la conciliación, no suscita objeciones tan radicales, pero se advierte en seguida que el mecanismo establecido en el artículo 66 y en el anexo al que remite requieren una modificación para poder aplicarlos a las hipótesis ahora admitidas. ¿Valía la pena tratar de adaptar esos dos procedimientos para hacerlos aplicables a las demandas procedentes de organizaciones internacionales o dirigidas contra ellas?

4) El Relator Especial pensó que sí. En relación con el recurso jurisdiccional existe, como se verá más adelante, medios indirectos que la práctica ya ha previsto que permiten salvar, al menos parcialmente, el obstáculo. Para la conciliación, basta con adaptar el anexo, y el Relator Especial ha concedido más importancia a la conciliación que a la vía jurisdiccional. Por una parte, es sobre todo a esa vía jurisdiccional, limitada además a la aplicación y a la interpretación de dos artículos solamente, a la que se han formulado objeciones. Por otra parte, la evolución de la codificación del derecho internacional con posterioridad a la Convención de Viena ha demostrado que los gobiernos parecían dispuestos a preferir el recurso a la conciliación. Esa es la segunda razón esencial por la que el Relator Especial no ha esquivado la elaboración de un proyecto de artículo 66.

5) En efecto, dos convenciones importantes resultantes de la labor de la CDI conceden un lugar primordial a la conciliación como medio de solución de las controversias relativas a su aplicación o su interpretación. Se trata de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, de 14 de marzo de 1975¹⁸, en su artículo 85, y de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados¹⁹, en su artículo 42 (y anexo), que siguen muy de cerca la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Parece existir ahí una indicación favorable al recurso a la conciliación. Es cierto que en esas dos Convenciones se trata sólo de conciliación entre Estados y no entre organizaciones internacionales, o entre Estados y organizaciones internacionales²⁰, pero eso se debe a que esos textos consideran solamente controversias entre Estados. Es cierto igualmente que esas dos Convenciones dan a la conciliación un alcance mucho más general que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que sólo la prevé con ocasión de la aplicación y la interpretación de la parte V, y ahí podría hallarse una razón para abandonar la idea de trasladar el artículo 66 al presente proyecto, a reserva de elaborar un texto enteramente nuevo que se aproximara más a las soluciones de las Convenciones de 1975 y de 1978. El Relator Especial no descarta *a priori* esta última solución, pero tratando, según el método general adoptado por la Comisión, de acercarse lo más posible al texto de la Convención de Viena, ha pensado que no sería inútil trasladar a los tratados en que intervienen organizaciones internacionales las soluciones adoptadas para los tratados entre Estados, aunque ul-

¹⁸ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales*, vol. II, *Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.75.V.12), pág. 205.

¹⁹ Para la referencia, véase *supra*, nota 9.

²⁰ La primera de esas convenciones, relativa a la representación de los Estados ante las organizaciones internacionales, habría debido prever esas controversias si hubiera aceptado la idea de que la organización no debe permanecer indiferente en un conflicto entre un Estado miembro y el Estado huésped y de que, por consiguiente, debe tomar partido en derecho respecto de la controversia; pero si bien admite en parte esa idea en la fase de la controversia anterior a la conciliación, se aparta de ella para esta última.

teriormente hubiera que adoptar, respecto de la conciliación, una solución más amplia y más libre.

6) Tras haber presentado esas consideraciones generales sobre la estructura del proyecto de artículo 66, es preciso dar aún algunas explicaciones sobre las soluciones propuestas en el párrafo 2. En el apartado *a*, la solución prevista consiste en recurrir en lo posible a una opinión consultiva de la Corte. Soluciones de ese género se han aplicado en relación con los tribunales administrativos de las Naciones Unidas y de la OIT y han dado ocasión a una jurisprudencia bien conocida de la CIJ²¹. Aparecen igualmente en determinados tratados citados con frecuencia: la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946²² (secc. 30); el Acuerdo entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América relativo a la Sede de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1947²³ (secc. 21); la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados, de 21 de noviembre de 1947²⁴ (secc. 32), y la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal²⁵ (art. 85, párr. 6). En la práctica, ha parecido que todas esas disposiciones implicaban inconvenientes o al menos límites. El primer límite consiste en el hecho de que no es fácil designar de antemano y de modo general qué órgano de qué organización estará facultado para solicitar una opinión de la Corte. Si se trata de una organización a la que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha concedido el derecho a solicitar una opinión de la Corte, sería normalmente esa organización la que debería recurrir a la Corte, pero puede tratarse de organizaciones a las que no se haya concedido ese derecho. Si pertenecen al «sistema de las Naciones Unidas», podrán tratar de obtener directa o indirectamente, por mediación de sus Estados Miembros, un debate de un órgano de las Naciones Unidas facultado para solicitar una opinión; si se trata de organizaciones regionales, la cuestión es aún más dudosa. Además, aun suponiendo que un órgano facultado para solicitar una opinión a la Corte haya aceptado celebrar un debate al respecto, sigue siendo totalmente libre de solicitar o no esa opinión; no se puede imaginar un procedimiento que prive a ese órgano del carácter absolutamente discrecional de su decisión.

7) Esa es la razón de que ese procedimiento de la opinión consultiva figure en el párrafo 2 del proyecto de artículo 66 en términos muy generales. Se hace referencia en él al artículo 96 de la Carta, que deja abier-

tas, sin precisarlas, todas las posibilidades²⁶. Para subrayar que el órgano al que se recurre es libre de solicitar o no una opinión a la Corte, se dice que cualquiera de las partes en una controversia podrá «solicitar a cualquiera de los órganos competentes [...] que solicite [...] una opinión»; se habría podido decir también «podrá recomendar...»²⁷. Se ha previsto, por último, que la opinión de la Corte sea obligatoria para las partes; algunos de los textos anteriormente citados adoptan la misma solución; otros no se pronuncian sobre las consecuencias de la opinión²⁸.

8) En cuanto al procedimiento de conciliación, será necesario modificarlo bastante, distinguiendo particularmente los dos casos a que se refieren respectivamente los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo. Esa cuestión se examinará más adelante a propósito del anexo a los presentes artículos. Si desde ahora se ha previsto, en el párrafo 2, la intervención —en ciertos casos— del Presidente de la CIJ en lugar del Secretario General de las Naciones Unidas, se debe a que no puede excluirse que las Naciones Unidas sean parte en un procedimiento de conciliación, y en ese caso algunas de las funciones del Secretario General deben confiarse a una personalidad independiente de una de las partes en conflicto.

Artículo 67.—Instrumentos para declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación²⁹

1. La notificación prevista en el párrafo 1 del artículo 65 habrá de hacerse por escrito.

²⁶ «Artículo 96:

»1. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.

»2. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.»

Esta solución es la que figura en las Convenciones de 1946 (secc. 30) y de 1947 (secc. 32) mencionadas anteriormente.

²⁷ Según el párrafo 6 del artículo 85 de la Convención de Viena de 1975, la Comisión de Conciliación «Podrá recomendar a la Organización, siempre que la Carta de las Naciones Unidas la autorice a ello, que solicite una opinión consultiva [...]».

²⁸ Las Convenciones de 1946 y 1947 anteriormente citadas, al igual que el Acuerdo de 1947, prevén que la opinión sea obligatoria; la Convención de 1975 no lo precisa.

²⁹ Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«Artículo 67.—Instrumentos para declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación

»1. La notificación prevista en el párrafo 1 del artículo 65 habrá de hacerse por escrito.

»2. Todo acto encaminado a declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación de conformidad con las disposiciones del tratado o de los párrafos 2 o 3 del artículo 65 se hará constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes. Si el instrumento no está firmado por el jefe del Estado, el jefe del gobierno o el ministro de relaciones exteriores, el representante del Estado que lo comuniqué podrá ser invitado a presentar sus plenos poderes.»

²¹ Consecuencias de los fallos del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas en que se concede una indemnización, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1954*, pág. 47; fallos del Tribunal Administrativo de la OIT sobre demandas contra la UNESCO, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1956*, pág. 77; petición de reforma del fallo N.º 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1973*, pág. 166.

²² Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1, pág. 15.

²³ *Ibid.*, vol. 11, pág. 11.

²⁴ *Ibid.*, vol. 33, pág. 329.

²⁵ Para la referencia, véase *supra*, nota 18.

2. Todo acto encaminado a declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación de conformidad con las disposiciones del tratado o de los párrafos 2 ó 3 del artículo 65 se hará constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes. Si el instrumento que dimane de un Estado no está firmado por el jefe del Estado, el jefe del gobierno o el ministro de relaciones exteriores, el representante del Estado que lo comunique podrá ser invitado a presentar sus plenos poderes. El instrumento que dimane de una organización internacional habrá de ir acompañado de la presentación de los poderes del representante de la organización que haga la notificación.

Comentario

1) El artículo 67 establece garantías de procedimiento que deben ampliarse a los tratados en que intervienen organizaciones internacionales. A ese respecto, hay que completar el texto de la Convención de Viena mediante una norma que precise, paralelamente a la última oración relativa a los representantes del Estado, la situación de los representantes de una organización internacional que hagan la notificación prevista. Es fácil determinar el contenido de esa norma.

2) En efecto, la notificación en cuestión tiene un contenido del mismo peso que las notificaciones relativas al consentimiento a obligarse mediante un tratado, pero en sentido contrario, puesto que se trata de la destrucción de ese consentimiento o al menos de su suspensión. En lo que respecta a la notificación del representante de un Estado, el artículo 67 se inspira en una norma estricta, más estricta que la establecida en el artículo 7 de la Convención de Viena. En efecto, fuera del caso de las personas que representan al Estado de pleno derecho, en virtud de sus funciones, en el artículo 7 se prevén dos soluciones: la presentación de los adecuados plenos poderes o la dispensa de la presentación de poderes si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que ésa era la intención de los Estados. Por el contrario, cuando se trata de anular o suspender un tratado, en el artículo 67 *no se menciona ya esa dispensa implícita de poderes resultante de la práctica o de otras circunstancias*. Cuando se pasa al caso de las organizaciones internacionales, se ve que en el párrafo 4 del artículo 7 del proyecto ya aprobado por la Comisión³⁰, no hay ya personas que representen de pleno derecho, en virtud de sus funciones, a las organizaciones internacionales, sino solamente personas que presentan los adecuados poderes o que, de conformidad con la práctica u otras circunstancias, hay que considerar que representan a la organización. Ahora bien, cuando se trata de la anulación o la suspensión de un

tratado, esa última categoría, que ha desaparecido para los Estados, debe desaparecer igualmente para las organizaciones.

3) Esa es la solución que se ha adoptado en el artículo 67 del proyecto por lo que respecta a los representantes de las organizaciones internacionales: tal solución trata por igual a los representantes de las organizaciones y a los de los Estados; ésa es su justificación lógica. En efecto, la celebración de un tratado se realiza a lo largo de un período de tiempo durante el cual la práctica y las circunstancias reúnen a los representantes de los Estados, ajustan los consentimientos, las aceptaciones tácitas, los reconocimientos; por el contrario, la finalización de los efectos de un tratado se realiza mediante un proceso unilateral e implica consecuencias más graves: es normal que se sea más exigente por lo que respecta a los poderes. Si parece que se trata a las organizaciones internacionales de modo más estricto que a los Estados, se debe simplemente a un hecho innegable: las organizaciones no tienen ni jefe del Estado, ni jefe del Gobierno, ni ministro de relaciones exteriores; no han tenido hasta ahora estructuras suficientemente comparables para que se pueda decir que todas sin excepción implican, bajo uno u otro nombre, un agente que las represente uniformemente en el exterior.

*Artículo 68.—Revocación de las notificaciones y de los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67*³¹

Las notificaciones o los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67 podrán ser revocados en cualquier momento antes de que surtan efecto.

Comentario

Este artículo de la Convención de Viena se inspiró en el deseo de facilitar en lo posible la salvaguardia de los tratados y no suscitó muchos debates ni en la Comisión ni en la Conferencia. No hay razón para no adoptar un artículo similar respecto de los tratados en que intervienen organizaciones internacionales; no se requiere ninguna modificación, ni siquiera de redacción. Sólo se precisa una observación en relación con el comentario del artículo 67. El artículo 68 no dice en qué forma debe realizarse la «revocación» de un instrumento comunicado en aplicación del párrafo 2 del artículo 67, y la cuestión presenta cierta importancia para los instrumentos de una organización internacional. Aunque no exista norma jurídica y aún menos principio general del «acto contrario» en materia de derecho de los tratados, el Relator Especial estima que la «revocación» de un instrumento sólo puede realizarse mediante otro instrumento de la misma naturaleza y el mismo carácter, es decir, que las normas formales previstas en el artículo 67 se aplican igualmente a la «revocación» del artículo 68.

³⁰ El párrafo 4 del artículo 7 del proyecto [v. *supra*, nota 3] dice lo siguiente:

«4. Para comunicar el consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a esa organización:

»a) si presenta los adecuados poderes; o

»b) si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que se considera a esa persona representante de la organización a tal efecto sin la presentación de poderes.»

³¹ Texto idéntico al de la disposición correspondiente de la Convención de Viena.

SECCIÓN 5.—CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD,
LA TERMINACIÓN O LA SUSPENSIÓN
DE LA APLICACIÓN DE UN TRATADO

**Artículo 69.—Consecuencias de la nulidad
de un tratado**³²

1. Es nulo un tratado cuya nulidad quede determinada en virtud de los presentes artículos. Las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica.

2. Si no obstante se han ejecutado actos basándose en tal tratado:

a) toda parte podrá exigir de cualquier otra parte que en la medida de lo posible establezca en sus relaciones mutuas la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos;

b) los actos ejecutados de buena fe antes de que se haya alegado la nulidad no resultarán ilícitos por el solo hecho de la nulidad del tratado.

3. En los casos comprendidos en los artículos 49, 50, 51 ó 52, no se aplicará el párrafo 2 con respecto a la parte a la que sean imputables el dolo, el acto de corrupción o la coacción.

4. En caso de que el consentimiento de un Estado o de una organización en obligarse por un tratado multilateral esté viciado, las normas precedentes se aplicarán a las relaciones entre ese Estado o esa organización y las partes en el tratado.

Comentario

El artículo 69 de la Convención de Viena fue aprobado sin oposición en la Conferencia sobre el Derecho de los Tratados. Sus disposiciones son consecuencia lógica de las disposiciones anteriores, y su aplicación a los tratados en que intervienen organizaciones internacionales no suscita ninguna objeción. Sólo se han hecho en su texto, con objeto de incorporarlo al proyecto de artículos, dos correcciones de redacción. La primera, en el párrafo 1, es puramente transitoria y

³² Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«Artículo 69.—Consecuencias de la nulidad
de un tratado

»1. Es nulo un tratado cuya nulidad quede determinada en virtud de la presente Convención. Las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica.

»2. Si no obstante se han ejecutado actos basándose en tal tratado:

a) toda parte podrá exigir de cualquier otra parte que en la medida de lo posible establezca en sus relaciones mutuas la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos;

b) los actos ejecutados de buena fe antes de que se haya alegado la nulidad no resultarán ilícitos por el solo hecho de la nulidad del tratado.

»3. En los casos comprendidos en los artículos 49, 50, 51 o 52 no se aplicará el párrafo 2 con respecto a la parte a la que sean imputables el dolo, el acto de corrupción o la coacción.

»4. En caso de que el consentimiento de un Estado determinado en obligarse por un tratado multilateral esté viciado, las normas precedentes se aplicarán a las relaciones entre ese Estado y las partes en el tratado.»

provisional; la segunda, en el párrafo 4, tiene por objeto mencionar a la organización internacional junto al Estado.

**Artículo 70.—Consecuencias de la terminación
de un tratado**³³

1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a los presentes artículos:

a) eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado;

b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.

2. Si un Estado o una organización internacional denuncia un tratado multilateral o se retira de él, se aplicará el párrafo 1 a las relaciones entre ese Estado o esa organización internacional y cada una de las demás partes en el tratado desde la fecha en que surta efectos tal denuncia o retiro.

Comentario

El artículo 70 de la Convención de Viena fue adoptado por unanimidad en la Conferencia y requiere las mismas observaciones que el artículo 69. Las únicas modificaciones de redacción que se han realizado en el proyecto de artículo han sido la sustitución de las palabras «la presente Convención» por «los presentes artículos» en el párrafo 1, y la mención de la organización internacional junto a la del Estado en el párrafo 2.

**Artículo 71.—Consecuencias de la nulidad de un
tratado que esté en oposición con una norma
imperativa de derecho internacional general**³⁴

1. Cuando un tratado sea nulo en virtud del artículo 53, las partes deberán:

a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general; y

³³ Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«Artículo 70.—Consecuencias de la terminación
de un tratado

»1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la presente Convención:

a) eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado;

b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.

»2. Si un Estado denuncia un tratado multilateral o se retira de él, se aplicará el párrafo 1 a las relaciones entre ese Estado y cada una de las demás partes en el tratado desde la fecha en que surta efectos tal denuncia o retiro.»

³⁴ Texto idéntico al de la disposición correspondiente de la Convención de Viena.

b) ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general.

2. Cuando un tratado se convierta en nulo y termine en virtud del artículo 64, la terminación del tratado:

a) eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado;

b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general.

Comentario

El artículo 71 de la Convención de Viena había sido adoptado sin dificultad en la CDI; en la Conferencia de Viena algunos votantes lo rechazaron y otros se abstuvieron, principalmente por las mismas razones que se habían opuesto a los artículos 53 y 64. Sin embargo, una vez admitidos esos dos artículos, no hay ninguna razón para no aplicar el artículo 71 a los tratados en que intervienen organizaciones internacionales.

*Artículo 72.—Consecuencias de la suspensión de la aplicación de un tratado*³⁵

1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la suspensión de la aplicación de un tratado basada en sus disposiciones o conforme a los presentes artículos:

a) eximirá a las partes entre las que se suspenda la aplicación del tratado de la obligación de cumplirlo en sus relaciones mutuas durante el período de suspensión;

b) no afectará de otro modo a las relaciones jurídicas que el tratado haya establecido entre las partes.

2. Durante el período de suspensión, las partes deberán abstenerse de todo acto encaminado a obstaculizar la reanudación de la aplicación del tratado.

Comentario

El artículo 72 de la Convención de Viena, adoptado casi por unanimidad en la CDI y en la Conferencia

³⁵ Disposición correspondiente de la Convención de Viena:
«Artículo 72.—Consecuencias de la suspensión de la aplicación de un tratado

»1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la suspensión de la aplicación de un tratado basada en sus disposiciones o conforme a la presente Convención:

»a) eximirá a las partes entre las que se suspenda la aplicación del tratado de la obligación de cumplirlo en sus relaciones mutuas durante el período de suspensión;

»b) no afectará de otro modo a las relaciones jurídicas que el tratado haya establecido entre las partes.

»2. Durante el período de suspensión, las partes deberán abstenerse de todo acto encaminado a obstaculizar la reanudación de la aplicación del tratado.»

sobre el Derecho de los Tratados, debe aplicarse a los tratados en que intervienen organizaciones internacionales, y sólo requiere para ello una modificación puramente de redacción y transitoria en el párrafo 1.

PARTE VI.—DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 73.—Casos de sucesión de Estados, de sucesión de organizaciones internacionales, de sucesión de Estado a organización internacional, de sucesión de organización internacional a Estado, de responsabilidad de un Estado o de una organización internacional o de ruptura de hostilidades³⁶

Las disposiciones de los presentes artículos no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia de una sucesión de Estados, de una sucesión de organizaciones internacionales o de una sucesión de Estado a organización internacional o de organización internacional a Estado, o de la responsabilidad internacional de un Estado o de una organización internacional o de la ruptura de hostilidades entre Estados.

Comentario

1) El artículo 73 de la Convención de Viena tiene por objeto precisar los límites de la codificación que en ella se realiza, reservando ciertas esferas a las que no afecta. Nunca se ha dudado de que esa reserva debía abarcar la sucesión de Estados y la responsabilidad internacional de los Estados. Pero ¿había que añadir el caso de ruptura de hostilidades? La CDI había dudado y había respondido negativamente³⁷. Es cierto que en derecho internacional clásico existe un problema de las consecuencias de la guerra en los tratados; pero esas consecuencias, cuya amplitud se ha discutido mucho, se relacionan con el «estado de guerra» más que con el recurso a actos bélicos, y la Comisión llegó a la conclusión de que esa hipótesis estaba «totalmente fuera del ámbito del derecho general de los tratados que se codifica en el proyecto de artículos, y de que en éste no se debía tener en cuenta en modo alguno ni se debía mencionar en absoluto tal hipótesis»³⁸. En realidad, la Comisión no quería admitir, al hacer una reserva de ese tipo, la idea de que en el sistema actual del dere-

³⁶ Disposición correspondiente de la Convención de Viena:
«Artículo 73.—Casos de sucesión de Estados, de responsabilidad de un Estado o de ruptura de hostilidades

»Las disposiciones de la presente Convención no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia de una sucesión de Estados, de la responsabilidad internacional de un Estado o de la ruptura de hostilidades entre Estados.»

³⁷ Véase *Anuario...* 1966, vol. II, pág. 292, documento A/6309/Rev.1, parte II, proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados con sus comentarios, art. 69, párr. 2 del comentario.

³⁸ *Ibid.*

cho internacional había lugar para un «estado de guerra» o una situación equivalente al mismo. Sin criticar a la CDI por su discreción, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados estimó que existía ahí un problema del que no se podían estudiar todos los aspectos en el marco limitado de esa codificación, pero que requería una reserva³⁹.

2) Era necesario recordar ese episodio de la Conferencia para señalar claramente que, al hacer reservas del tipo de las que figuran en el artículo 73, la Comisión se limita a recordar la existencia de varios problemas que quedan fuera de la Convención y sobre los que ésta no se pronuncia. Las tres materias así reservadas en el artículo 73 de la Convención de Viena deben reservarse igualmente respecto de los tratados en que intervienen organizaciones internacionales, pero con una adaptación que requiere ciertas explicaciones.

3) Por lo que respecta a la materia de la responsabilidad de los Estados, hay que ampliarla necesariamente a la responsabilidad de las organizaciones internacionales, cuyos problemas han sido mencionados en los trabajos de la Comisión, pero no han sido hasta ahora objeto de ninguna tentativa de codificación. Respecto de la ruptura de «hostilidades entre Estados», podría preguntarse si la mención de los «Estados» no aporta una restricción inútil. El Relator Especial no ha pensado así. En efecto, es cierto que existe hoy una tendencia clara a admitir que las normas de derecho internacional (*jus in bello*) se aplican a conflictos armados en que no sólo se enfrentan Estados, como lo demuestran los protocolos adicionales de 1977⁴⁰ a los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra⁴¹. Pero en el caso presente no se trata de *jus in bello*; ni tampoco de saber si una organización internacional podría ser parte en un conflicto armado, lo que por ahora parece muy discutible, sino de establecer en qué hipótesis podría quizá subsistir algo de lo que se denominaba en otro tiempo las consecuencias de la guerra sobre los tratados, y desde ese punto de vista se puede reconocer que, si subsiste algo de esas consecuencias, sólo puede ser en un con-

flicto armado *entre Estados*. Por ello se puede aceptar la fórmula de la Convención de Viena⁴².

4) Por el contrario, hay que ampliar la fórmula de la «sucesión de Estados» mencionando otras situaciones del mismo tipo, a saber: la sucesión de organizaciones internacionales, la sucesión de un Estado a una organización y la sucesión de una organización a un Estado. Al emplear la expresión «sucesión» no se pretende en absoluto que las situaciones que acaban de mencionarse planteen problemas idénticos a los de la sucesión de Estados, sino solamente subrayar que se trata de problemas relativos a la transformación de un sujeto de derecho y a la sustitución eventual de un sujeto de derecho por otro en un derecho o una obligación. Esos problemas existen, lo mismo que los de la sucesión de Estados: no se trata de resolverlos, ni siquiera de analizarlos, sino sólo de recordar que el presente proyecto reserva su solución, sobre la que no pretende pronunciarse. Nos limitaremos aquí a citar algunos ejemplos, sin desarrollarlos.

5) El paso de la Sociedad de las Naciones a las Naciones Unidas, de la CPJI a la CIJ, del Comité Central Permanente del Opio a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, de la Organización Europea de Cooperación Económica a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos son casos clásicos, entre otros⁴³. Si se considera el caso de una unión aduanera con constitución de una organización internacional que se encargue de su gestión, ¿está obligada la unión aduanera a respetar los acuerdos aduaneros celebrados por los Estados Miembros con terceros Estados? Si se disuelve, ¿siguen obligando a los Estados Miembros los acuerdos aduaneros que la organización haya celebrado con terceros Estados? No es éste el lugar oportuno para examinar esos problemas y otros del mismo tipo, sino para justificar simplemente la fórmula propuesta para la redacción tanto del título como del cuerpo del presente proyecto de artículo. Es un problema con el que la CDI ya se enfrentó con motivo de la sucesión de Estados en materia de tratados⁴⁴; en esa ocasión dio una definición estricta de la «sucesión de Estados» y descartó de su proyecto todas las demás «sucesiones», pero tal posición se basaba principalmente en el hecho de que la Comisión excluía de su proyecto los tratados internacionales distintos de los celebrados entre Estados. En el presente proyecto de artículos es necesario establecer una reserva para todos los tipos de «sucesión».

⁴² La Convención de Viena de 1978 sobre la sucesión de Estados en materia de tratados [para la referencia, v. *supra*, nota 9] reserva igualmente en su artículo 39 el caso de «ruptura de hostilidades entre Estados».

⁴³ Organismos administrativos internos se han convertido en organizaciones internacionales debido a la descolonización y a la independencia de los territorios dependientes que agrupaban. Las organizaciones internacionales cerradas que cuentan sólo con algunos Estados miembros, ¿conservan su identidad jurídica en caso de retiros que ponen en duda su razón de ser, etc.?

⁴⁴ Véase *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 12 a 14, documento A/CN.4/278 y Add.1 a 6, párrs. 42 a 48, y pág. 68, párrs. 369 a 372, así como págs. 256 y 257, documento A/9610/Rev.1, cap. II, secc. D, arts. 30 a 32, párrs. 3 a 5 del comentario.

³⁹ Véase, por ejemplo, la declaración del representante de Polonia en la Conferencia:

«Los autores contemporáneos se muestran muy circunspectos cuando tiene que emitir un juicio sobre esta cuestión, pero no la ignoran. La Conferencia difícilmente podría ocuparse de todos los aspectos del problema, pero la convención sobre el derecho de los tratados, que debe ser una obra de codificación, no puede pasar por alto su existencia. Por consiguiente, conviene [...] incluir [...] una reserva [...]» (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* [publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.68.V.7], págs. 497 y 498, 76.ª sesión de la Comisión Plenaria, párr. 17.)

⁴⁰ *Actas de la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, Ginebra (1974-1977)*, Berna, Departamento Político Federal, 1978, vol. I, págs. 115 y 187. Texto reproducido en A/32/144, anexos I y II.

⁴¹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, pág. 3. Para el texto en español, véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 11.ª ed., Ginebra, 1975, pág. 33.

Artículo 74.—Relaciones diplomáticas o consulares y celebración de tratados⁴⁵

La ruptura o la ausencia de relaciones diplomáticas o consulares entre dos o más Estados no impedirá la celebración de tratados entre dichos Estados y una o varias organizaciones internacionales. Tal celebración por sí misma no prejuzgará acerca de la situación de las relaciones diplomáticas o consulares.

Comentario

Este artículo de la Convención de Viena, que es fruto de una iniciativa de la Conferencia, completa el artículo 63 y requiere los mismos comentarios que éste. Para adaptar el artículo 74 a los tratados en que intervienen organizaciones internacionales hay que añadir una mención que precise que los tratados a que se refiere el proyecto de artículo son únicamente los que celebran los Estados sin relaciones diplomáticas o consulares y una o varias organizaciones internacionales.

Artículo 75.—Caso de un Estado agresor⁴⁶

Las disposiciones de los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación que pueda originarse con relación a un tratado para un Estado agresor como consecuencia de medidas adoptadas conforme a la Carta de las Naciones Unidas con respecto a la agresión de tal Estado.

Comentario

1) Las razones que llevaron a la CDI a preparar el artículo que se convirtió en artículo 75 de la Convención de Viena por una votación de 100 votos contra ninguno y 4 abstenciones⁴⁷ obligan a considerar que es necesario ampliarlo a los tratados en que intervienen organizaciones internacionales. No hay duda de que en su origen el artículo 75 se refería más bien al pa-

⁴⁵ Disposición correspondiente de la Convención de Viena:
«Artículo 74.—Relaciones diplomáticas o consulares y celebración de tratados

La ruptura o la ausencia de relaciones diplomáticas o consulares entre dos o más Estados no impedirá la celebración de tratados entre dichos Estados. Tal celebración por sí misma no prejuzgará acerca de la situación de las relaciones diplomáticas o consulares.»

⁴⁶ Disposición correspondiente de la Convención de Viena:
«Artículo 75.—Caso de un Estado agresor

Las disposiciones de la presente Convención se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación que pueda originarse con relación a un tratado para un Estado agresor como consecuencia de medidas adoptadas conforme a la Carta de las Naciones Unidas con respecto a la agresión de tal Estado.»

⁴⁷ *Documentos Oficiales de Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, segundo período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (op. cit.),* pág. 135, 23.ª sesión, votación sobre el artículo 70.

sado y de que no se conocía ningún ejemplo de tratado entre varias organizaciones internacionales o entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales al que hubieran podido afectar las medidas adoptadas contra un Estado agresor. Pero, en el futuro, no siempre ocurrirá así.

2) Además, según la Definición de la agresión aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974⁴⁸, la expresión «Estado agresor» puede incluir el caso de una organización internacional autora de una agresión⁴⁹. Por tanto, al adaptar el artículo 75 al caso de los tratados en que intervienen las organizaciones internacionales, no es necesario modificar la expresión «Estado agresor»; y aunque las consecuencias del artículo propuesto se producirán más probablemente en tratados entre una organización internacional y uno o varios Estados, no se ha juzgado necesario excluir el caso de su aplicación a un tratado entre dos o más organizaciones. En definitiva, la única modificación que se ha hecho en el artículo 75 ha sido la sustitución de las palabras «la presente Convención» por «los presentes artículos».

PARTE VII.—DEPOSITARIOS, NOTIFICACIONES, CORRECCIONES Y REGISTRO

Artículo 76.—Depositarios de los tratados⁵⁰

1. La designación del depositario de un tratado podrán efectuarla los Estados y las organizaciones internacionales que hayan participado en la negociación, ya sea en el tratado mismo o de otro modo. El depositario podrá ser uno o varios Estados, una o varias organizaciones internacionales o el principal funcionario administrativo de una o varias organizaciones internacionales.

2. Las funciones del depositario de un tratado son de carácter internacional y el depositario está obligado a actuar imparcialmente en el desempeño de ellas. En

⁴⁸ Resolución 3314 (XXIX), anexo.

⁴⁹ Nota explicativa al artículo 1 de la Definición:

«En esta Definición el término “Estado”:

» [...]

»b) Incluye el concepto de un “grupo de Estados”, cuando proceda.»

⁵⁰ Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«Artículo 76.—Depositarios de los tratados

»1. La designación del depositario de un tratado podrá efectuarse por los Estados negociadores en el tratado mismo o de otro modo. El depositario podrá ser uno o más Estados, una organización internacional o el principal funcionario administrativo de tal organización.

»2. Las funciones del depositario de un tratado son de carácter internacional y el depositario está obligado a actuar imparcialmente en el desempeño de ellas. En particular, el hecho de que un tratado no haya entrado en vigor entre algunas de las partes o de que haya surgido una discrepancia entre un Estado y un depositario acerca del desempeño de las funciones de éste no afectará a esa obligación del depositario.»

particular, el hecho de que un tratado no haya entrado en vigor entre algunas de las partes o de que haya surgido una discrepancia entre un Estado o una organización internacional y un depositario acerca del desempeño de las funciones de éste no afectará a esa obligación del depositario.

Comentario

1) El artículo 76 fue aprobado por unanimidad en la Conferencia sobre el Derecho de los Tratados por los 105 votantes⁵¹, y su adaptación a los tratados en que intervienen organizaciones internacionales puede realizarse simplemente mediante dos modificaciones que se limitan a mencionar las organizaciones internacionales junto a los Estados.

2) La posibilidad de que existan depositarios múltiples de un mismo tratado no se había previsto en el proyecto de artículos preparado por la CDI. Su admisión se debe a una iniciativa de la Conferencia en su primer período de sesiones. Teniendo en cuenta una práctica entonces reciente (había comenzado con el Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua de 5 de agosto de 1963⁵²), la Conferencia admitió por 77 votos contra ninguno y 5 abstenciones el principio según el cual puede designarse a uno o varios Estados como depositarios de un tratado⁵³. Si bien se han hecho ciertas objeciones a la noción de pluralidad de depositarios, el Relator Especial estima no sólo que debe mantenerse el principio, sino que podría ampliarse a las organizaciones internacionales depositarias. El caso de un tratado multilateral entre organizaciones internacionales es bastante hipotético; el de la necesidad de varios depositarios en un caso semejante lo es aún más. Pero, a nivel de los principios, no hay ninguna razón para descartar la hipótesis de varios depositarios que sean organizaciones internacionales que se ha recogido en el artículo 76 del proyecto. No obstante, se podría objetar a esa propuesta no sólo su carácter algo teórico, sino además el hecho de no haberse previsto en la Convención de Viena, ya que habría podido preverse igualmente para los tratados entre Estados.

Artículo 77.—Funciones de los depositarios⁵⁴

1. Salvo que el tratado disponga o que, según el caso, los Estados y las organizaciones internacionales

⁵¹ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, segundo período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (op. cit.)*, pág. 138, 24.ª sesión, votación sobre el artículo 71.

⁵² Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 480, pág. 43.

⁵³ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, primer período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (op. cit.)*, pág. 514, 78.ª sesión de la Comisión Plenaria, párrs. 62 y 63.

⁵⁴ Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«Artículo 77.—Funciones de los depositarios

»1. Salvo que el tratado disponga o los Estados contra-

contratantes o las organizaciones internacionales contratantes convengan otra cosa al respecto, las funciones del depositario comprenden en particular las siguientes:

a) custodiar el texto original del tratado y los plenos poderes que se le hayan remitido;

b) extender copias certificadas conformes del texto original y preparar todos los demás textos del tratado en otros idiomas que puedan requerirse en virtud del tratado y transmitirlos a las partes en el tratado y a los Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a serlo;

c) recibir las firmas del tratado y recibir y custodiar los instrumentos, modificaciones y comunicaciones relativos a éste;

d) examinar si una firma, un instrumento o una notificación o comunicación relativos al tratado están en debida forma y, de ser necesario, señalar el caso a la atención del Estado o la organización internacional de que se trate;

e) informar a las partes en el tratado y a los Estados y las organizaciones internacionales facultados para llegar a serlo de los actos, notificaciones y comunicaciones relativos al tratado;

f) informar a los Estados y las organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado de la fecha en que se ha recibido o depositado el número de firmas o de instrumentos de ratificación, confirmación formal, aceptación, aprobación o adhesión necesario para la entrada en vigor del tratado;

g) registrar el tratado en la Secretaría de las Naciones Unidas;

tantes convengan otra cosa al respecto, las funciones del depositario comprenden en particular las siguientes:

a) custodiar el texto original del tratado y los plenos poderes que se le hayan remitido;

b) extender copias certificadas conformes del texto original y preparar todos los demás textos del tratado en otros idiomas que puedan requerirse en virtud del tratado y transmitirlos a las partes en el tratado y a los Estados facultados para llegar a serlo;

c) recibir las firmas del tratado y recibir y custodiar los instrumentos, notificaciones y comunicaciones relativas a éste;

d) examinar si una firma, un instrumento o una notificación o comunicación relativos al tratado están en debida forma y, de ser necesario, señalar el caso a la atención del Estado de que se trate;

e) informar a las partes en el tratado y a los Estados facultados para llegar a serlo de los actos, notificaciones y comunicaciones relativos al tratado;

f) informar a los Estados facultados para llegar a ser partes en el tratado de la fecha en que se ha recibido o depositado el número de firmas o de instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión necesario para la entrada en vigor del tratado;

g) registrar el tratado en la Secretaría de las Naciones Unidas;

h) desempeñar las funciones especificadas en otras disposiciones de la presente Convención.

»2. De surgir alguna discrepancia entre un Estado y el depositario acerca del desempeño de las funciones de éste, el depositario señalará la cuestión a la atención de los Estados signatarios y de los Estados contratantes o, si corresponde, del órgano competente de la organización internacional interesada.»

h) desempeñar las funciones especificadas en otras disposiciones de los presentes artículos.

2. De surgir alguna discrepancia entre un Estado o una organización internacional y el depositario acerca del desempeño de las funciones de éste, el depositario señalará la cuestión a la atención, según el caso, de los Estados y las organizaciones signatarios, así como de los Estados y las organizaciones contratantes, o de las organizaciones signatarias y las organizaciones contratantes o, si corresponde, del órgano competente de la organización internacional que asuma las funciones de depositario.

Comentario

1) El artículo 77 de la Convención de Viena está integrado por disposiciones técnicas que fueron aprobadas finalmente por unanimidad en la Conferencia sobre el Derecho de los Tratados⁵⁵. Hay que trasladarlo a los tratados en que intervienen organizaciones internacionales. A ese efecto, hay que añadir en algunas de sus disposiciones la mención de una o varias organizaciones internacionales a la de uno o varios Estados. Así ocurre en la primera oración del párrafo 1, en los apartados *b*, *d*, *e* y *f* del párrafo 1 y en el párrafo 2. Otros puntos requieren un breve comentario.

2) La primera oración del párrafo 1 y el párrafo 2 del artículo 77 de la Convención de Viena se refieren a los «Estados contratantes»; el párrafo 2 menciona también a los «Estados signatarios». En el artículo 77 del proyecto se habla de «los Estados y las organizaciones internacionales contratantes o las organizaciones internacionales contratantes», con objeto de distinguir dos categorías de tratados: tratados entre Estados y organizaciones internacionales o tratados entre dos o más organizaciones internacionales. Si se considera insuficiente esta solución, hay que desdoblarse todo el artículo 77 por una simple cuestión de redacción, como se ha hecho con el artículo 16⁵⁶. Otra solución que tal vez pueda considerar la Comisión en una fase ulterior de sus trabajos consistiría en introducir nuevas expresiones: «partes contratantes» y «partes signatarias», que designarían, respectivamente, a «los Estados y las organizaciones internacionales contratantes o las organizaciones internacionales contratantes» y «los Estados y las organizaciones internacionales signatarios o las organizaciones internacionales signatarias»; la redacción se aligeraría notablemente.

3) Entre los instrumentos mencionados en el apartado *f* se han añadido los de «confirmación formal». En efecto, tras debates bastante animados, la Comisión decidió que el término «ratificación» debía reemplazarse, en relación con las organizaciones internacionales, por el de «confirmación formal» (art. 2, párr. 1, apartado *b bis*; art. 11; art. 14; art. 16; art. 19 *bis*; art. 23; art. 23 *bis*⁵⁷).

⁵⁵ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, segundo período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (op. cit.)*, pág. 138, 24.ª sesión, votación sobre el artículo 72.

⁵⁶ Véase *supra*, nota 3.

⁵⁷ *Idem*.

4) En el apartado *g* del párrafo 1 del artículo 77 de la Convención de Viena se prevé, como función del depositario, «registrar el tratado en la Secretaría de las Naciones Unidas». Esa disposición procede de una enmienda de los Estados Unidos de América, aprobada sin oposición⁵⁸. Sin embargo, podría discutirse el vocabulario empleado sobre todo en relación con el artículo 80 de la Convención, que se examinará más adelante. En efecto, como señalaría la CDI en su informe final⁵⁹, el término «registro» no puede emplearse en la práctica de las Naciones Unidas cuando ninguna de las partes en el acuerdo es Miembro de las Naciones Unidas: se trata entonces de «archivo e inscripción». No obstante, la Comisión empleó en el artículo 77 el término «registrar»; por el contrario, el artículo 80 está redactado con más rigor, puesto que distingue entre «registro» y «archivo e inscripción». Cualquiera que sea la explicación de esa discordancia entre los textos de los artículos 77 y 80 de la Convención de Viena, el Relator Especial ha considerado que era preferible atenerse al texto de la Convención, puesto que ésa había sido, en otras ocasiones, la línea de conducta de la Comisión.

5) Al final del párrafo 2 del artículo 77, la Convención de Viena se refiere, «si corresponde, [al] órgano competente de la organización internacional interesada». En el marco de la Convención, ese texto sólo puede referirse a la organización depositaria del tratado. No ocurriría lo mismo en el proyecto de artículo, en el que se mencionan, junto a las organizaciones depositarias, las organizaciones partes, partes contratantes o signatarias del tratado. En consecuencia, ha parecido conveniente, para evitar cualquier ambigüedad, reemplazar la expresión «organización internacional interesada» por «organización internacional que asuma las funciones de depositario».

Artículo 78.—Notificaciones y comunicaciones⁶⁰

Salvo cuando el tratado o los presentes artículos dispongan otra cosa al respecto, una notificación o comu-

⁵⁸ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, Documentos de la Conferencia (op. cit.)*, pág. 217, documento A/CONF.39/14, párr. 657, secc. iv, apartado 6; e *ibid.*, párr. 660, apartado *k*.

⁵⁹ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 298, documento A/6309/Rev.1, parte II, cap. II, proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados con sus comentarios, art. 75, párr. 1 del comentario:

«[...] En el artículo 10 del reglamento de la Asamblea General para el registro y publicación de tratados y acuerdos internacionales, la expresión utilizada cuando ningún Miembro de las Naciones Unidas es parte en el acuerdo es, en lugar de «registro», la de «archivar y registrar», pero en el fondo se trata de una forma de registro voluntario. [...]»

⁶⁰ Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«Artículo 78.—Notificaciones y comunicaciones

«Salvo cuando el tratado o la presente Convención dispongan otra cosa al respecto, una notificación o comunicación que deba hacer cualquier Estado en virtud de la presente Convención:

»*a*) deberá ser transmitida, si no hay depositario, directamente a los Estados a que esté destinada, o, si hay depositario, a éste;

nicación que deba hacer un Estado o una organización internacional en virtud de los presentes artículos:

a) deberá ser transmitida, si no hay depositario, directamente a los Estados y las organizaciones internacionales a que esté destinada, o, si hay depositario, a éste;

b) sólo se entenderá que ha quedado hecha por el Estado o la organización internacional de que se trate cuando haya sido recibida por el Estado o la organización internacional a que fue transmitida o, en su caso, por el depositario;

c) si ha sido transmitida a un depositario, sólo se entenderá que ha sido recibida por el Estado o la organización internacional a que estaba destinada cuando ese Estado o esa organización internacional haya recibido del depositario la información prevista en el apartado e del párrafo 1 del artículo 77.

Comentario

El artículo 78 de la Convención de Viena fue aprobado por unanimidad tanto en la CDI como en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados⁶¹; su adaptación a los tratados a que se refiere el presente proyecto de artículo requiere sólo ligeras modificaciones de redacción en la oración introductoria y en los apartados a, b y c.

Artículo 79.—Corrección de errores en textos o en copias certificadas conformes de los tratados⁶²

1. Cuando, después de la autenticación del texto de un tratado, los Estados y las organizaciones internacio-

nales signatarios, así como los Estados y las organizaciones contratantes, o las organizaciones signatarias y las organizaciones contratantes adviertan de común acuerdo que contiene un error, éste, a menos que tales Estados y organizaciones o, según el caso, tales organizaciones decidan proceder a su corrección de otro modo, será corregido:

a) introduciendo la corrección pertinente en el texto y haciendo que sea rubricada por representantes autorizados en debida forma;

b) formalizando un instrumento o canjeando instrumentos en los que se haga constar la corrección que se haya acordado hacer; o

c) formalizando, por el mismo procedimiento empleado para el texto original, un texto corregido de todo el tratado.

2. En el caso de un tratado para el que haya depositario, éste notificará, según el caso, a los Estados y las organizaciones internacionales signatarios, así como a los Estados y las organizaciones contratantes, o a las organizaciones signatarias y las organizaciones contratantes, el error y la propuesta de corregirlo y fijará un plazo adecuado para hacer objeciones a la corrección propuesta. A la expiración del plazo fijado:

a) si no se ha hecho objeción alguna, el depositario efectuará y rubricará la corrección en el texto, extenderá un acta de rectificación del texto y comunicará copia de ella a las partes en el tratado y a los Estados y las organizaciones facultados para llegar a serlo;

b) si se ha hecho una objeción, el depositario comunicará la objeción, según el caso, a los Estados y las organizaciones internacionales signatarios, así como a los Estados y las organizaciones contratantes, o a las organizaciones signatarias y las organizaciones contratantes.

»b) sólo se entenderá que ha quedado hecha por el Estado de que se trate cuando haya sido recibida por el Estado al que fue transmitida, o, en su caso, por el depositario;

»c) si ha sido transmitida a un depositario, sólo se entenderá que ha sido recibida por el Estado al que estaba destinada cuando éste haya recibido del depositario la información prevista en el apartado e del párrafo 1 del artículo 77.»

⁶¹ Véase *Anuario... 1966*, vol. I (segunda parte), pág. 297, 887.ª sesión, párr. 43; y *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, segundo período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (op. cit.)*, pág. 139, 24.ª sesión, votación sobre el artículo 73.

⁶² Disposición correspondiente de la Convención de Viena: «Artículo 79.—Corrección de errores en textos o en copias certificadas conformes de los tratados

»1. Cuando, después de la autenticación del texto de un tratado, los Estados signatarios y los Estados contratantes adviertan de común acuerdo que contiene un error, éste, a menos que tales Estados decidan proceder a su corrección de otro modo, será corregido:

a) introduciendo la corrección pertinente en el texto y haciendo que sea rubricada por representantes autorizados en debida forma;

b) formalizando un instrumento o canjeando instrumentos en los que se haga constar la corrección que se haya acordado hacer; o

c) formalizando por el mismo procedimiento empleado para el texto original un texto corregido de todo el tratado.

»2. En el caso de un tratado para el que haya depositario, éste notificará a los Estados signatarios y a los Estados contratantes el error y la propuesta de corregirlo y fijará un plazo adecuado para hacer objeciones a la corrección propuesta. A la expiración del plazo fijado:

a) si no se ha hecho objeción alguna, el depositario efectuará y rubricará la corrección en el texto, extenderá un acta de rectificación del texto y comunicará copia de ella a las partes en el tratado y a los Estados facultados para llegar a serlo;

b) si se ha hecho una objeción, el depositario comunicará la objeción a los Estados signatarios y a los Estados contratantes.

»3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se aplicarán también cuando el texto de un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas y se advierta una falta de concordancia que los Estados signatarios y los Estados contratantes convengan en que debe corregirse.

»4. El texto corregido sustituirá *ab initio* al texto defectuoso, a menos que los Estados signatarios y los Estados contratantes decidan otra cosa al respecto.

»5. La corrección del texto de un tratado que haya sido registrado será notificada a la Secretaría de las Naciones Unidas.

»6. Cuando se descubra un error en una copia certificada conforme de un tratado, el depositario extenderá un acta en la que hará constar la rectificación y comunicará copia de ella a los Estados signatarios y a los Estados contratantes.»

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se aplicarán también cuando el texto de un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas y se advierta una falta de concordancia que, según el caso, los Estados y las organizaciones signatarios, así como los Estados y las organizaciones contratantes, o las organizaciones signatarias y las organizaciones contratantes convengan en que debe corregirse.

4. El texto corregido sustituirá *ab initio* al texto defectuoso, a menos que, según el caso, los Estados y las organizaciones internacionales signatarios, así como los Estados y las organizaciones contratantes, o las organizaciones signatarias y las organizaciones contratantes decidan otra cosa al respecto.

5. La corrección del texto de un tratado que haya sido registrado será notificada a la Secretaría de las Naciones Unidas.

6. Cuando se descubra un error en una copia certificada conforme de un tratado, el depositario extenderá un acta en la que hará constar la rectificación y comunicará copia de ella, según el caso, a los Estados y las organizaciones internacionales signatarios, así como a los Estados y las organizaciones contratantes, o a las organizaciones signatarias y las organizaciones contratantes.

Comentario

El artículo 79 de la Convención de Viena, de carácter sumamente técnico, fue aprobado finalmente por unanimidad en la Conferencia sobre el Derecho de los Tratados por los 105 votantes⁶³; un texto simétrico debe figurar en el proyecto de artículos, una vez hechas las modificaciones de redacción necesarias. Se advierte aquí, en los párrafos 1, 2 (apartado *b*), 3, 4 y 6, la extremada pesadez de las fórmulas empleadas para dar a las organizaciones internacionales el lugar que les corresponde, ya sea junto a los Estados, ya sea solas, según se trate de tratados entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales por una parte o entre organizaciones internacionales por otra. Ese problema aparece ya en el texto del proyecto de artículo 77⁶⁴; aquí el problema se muestra en toda su amplitud. La solución más elegante consistiría en introducir nuevas expresiones «partes signatarias» y «partes contratantes», dando su definición en el párrafo 1 del artículo 2. Otra solución consistiría en desdoblarse el artículo 79, tratando separadamente los tratados entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales y los tratados entre varias organizaciones internacionales; pero esto sólo suprimiría en parte la pesadez, y obligaría a repetir dos veces, por un simple motivo de redacción, el texto de un artículo muy largo y de lectura algo ingrata. Corresponde a la Comisión decidir ahora o más adelante qué solución es más con-

⁶³ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, segundo período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenaria y de las sesiones de la Comisión Plenaria (op. cit.)*, pág. 140, 24.ª sesión, votación sobre el artículo 74.

⁶⁴ Véase *supra*, art. 77, párr. 2 del comentario.

veniente; el Relator Especial se ha limitado a reproducir aquí la solución que más se acerca al texto de la Convención de Viena.

Artículo 80.—Registro y publicación de los tratados⁶⁵

1. Los tratados, después de su entrada en vigor, se transmitirán a la Secretaría de las Naciones Unidas para su registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación.

2. La designación de un depositario constituirá la autorización para que éste realice los actos previstos en el párrafo precedente.

Comentario

El artículo 80 de la Convención de Viena fue aprobado finalmente por unanimidad por los 105 votantes⁶⁶, y un texto idéntico debe figurar en el proyecto de artículos. Como se ha señalado anteriormente en relación con el artículo 77⁶⁷, el texto del artículo 80 es técnicamente muy correcto, puesto que distingue entre el registro y el archivo e inscripción, reservándose este último procedimiento a los tratados celebrados entre Estados no miembros de las Naciones Unidas. Se cubre así especialmente la hipótesis de tratados celebrados entre organizaciones internacionales, sin que sea necesario realizar ningún cambio en el texto de la Convención de Viena.

[ANEXO

Procedimientos establecidos en aplicación del artículo 66⁶⁸

1. El Secretario General de las Naciones Unidas establecerá y mantendrá una lista de amigables componedores integrada por juristas calificados. A tal efecto, se invitará a todo Estado que sea Miembro de las Naciones Unidas o parte en los presentes artículos, así como a toda organización internacional a que sean aplicables los presentes artículos, a que designe dos amigables componedores; los nombres de las personas así designadas constituirán la lista. La designación de los amigables componedores, entre ellos los designados para cubrir una vacante accidental, se hará para un período de cinco años renovable. Al expirar el período para el cual hayan sido designados, los amigables componedores continuarán desempeñando las funciones para las cuales hayan sido elegidos con arreglo

⁶⁵ Texto idéntico al de la disposición correspondiente de la Convención de Viena.

⁶⁶ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, segundo período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (op. cit.)*, pág. 140, 24.ª sesión, votación sobre el artículo 75.

⁶⁷ Véase *supra*, art. 77, párr. 4 del comentario.

⁶⁸ El Anexo de la Convención de Viena no tiene ningún título; se sugiere que se añada uno para dar mayor claridad al proyecto de artículos.

al párrafo siguiente. Una copia de esa lista se enviará al Presidente de la Corte Internacional de Justicia ⁶⁹.

I.—CASO EN QUE, RESPECTO DE UN TRATADO CELEBRADO ENTRE VARIOS ESTADOS Y UNA O VARIAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES, UNO O VARIOS ESTADOS HAYAN FORMULADO CONTRA OTRO ESTADO LA OBJECCIÓN PREVISTA EN LOS PÁRRAFOS 2 Y 3 DEL ARTÍCULO 65 ⁷⁰

2. Cuando se haya presentado una solicitud, conforme al artículo 66, al Secretario General, éste someterá la controversia a una Comisión de Conciliación compuesta en la forma siguiente:

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

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

b) un amigable componedor que no tenga la nacionalidad de ese Estado ni de ninguno de esos Estados, 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 deberán ser nombrados dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Secretario General haya recibido la solicitud.

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

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

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

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

⁶⁹ Párrafo 1 del Anexo de la Convención de Viena:

«El Secretario General de las Naciones Unidas establecerá y mantendrá una lista de amigables componedores integrada por juristas calificados. A tal efecto se invitará a todo Estado que sea Miembro de las Naciones Unidas o parte en la presente Convención a que designe dos amigables componedores; los nombres de las personas así designadas constituirán la lista. La designación de los amigables componedores, entre ellos los designados para cubrir una vacante accidental, se hará para un período de cinco años renovable. Al expirar el período para el cual hayan sido designados, los amigables componedores continuarán desempeñando las funciones para las cuales hayan sido elegidos con arreglo al párrafo siguiente.»

⁷⁰ Este título de sección no figura en el Anexo de la Convención de Viena. El texto de los párrafos 2 a 7 es idéntico al de los párrafos correspondientes del Anexo de la Convención de Viena.

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

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

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

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

II.—CASO EN QUE UNA O VARIAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES FORMULEN LA OBJECCIÓN PREVISTA EN LOS PÁRRAFOS 2 Y 3 DEL ARTÍCULO 65 O EN QUE ESA OBJECCIÓN SE FORMULE CONTRA UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL ⁷¹

2 bis. La solicitud prevista en el artículo 66 se presentará al Secretario General. No obstante, si la solicitud procede de las Naciones Unidas o se dirige contra ellas, la solicitud se presentará al Presidente de la Corte Internacional de Justicia. El Secretario General o, en su caso, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia someterá la controversia a una Comisión de Conciliación compuesta en la forma siguiente:

Si uno o varios Estados constituyen una de las partes, éstos nombrarán:

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

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

La organización internacional o las organizaciones internacionales que constituyan una de las partes o las organizaciones internacionales que constituyan ambas partes nombrarán:

a) un amigable componedor elegido o no de la lista mencionada en el párrafo 1; y

b) un amigable componedor inscrito en la lista por iniciativa de un Estado o de otra organización.

Los cuatro amigables componedores elegidos por las partes deberán ser nombrados dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Secretario General o, en su caso, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia haya recibido la solicitud.

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

Si el nombramiento del presidente o de cualquiera de los demás amigables componedores no se hubiere realizado en el plazo antes prescrito para ello, lo efectuará el Secretario General o, en su caso, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia dentro de los sesenta días siguientes a la expiración de ese plazo. El Secretario General o, en su caso, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia podrá nombrar presidente

⁷¹ Este título no tiene equivalente en el Anexo de la Convención de Viena, al igual que los párrafos 2 bis y siguientes.

a una persona de la lista o a uno de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional. Cualquiera de los plazos en los cuales deban efectuarse los nombramientos podrá prorrogarse por acuerdo de las partes en la controversia.

Toda vacante deberá cubrirse en la forma prescrita para el nombramiento inicial⁷².

3 bis. La Comisión de Conciliación fijará su propio procedimiento. La Comisión, previo consentimiento de las partes en la controversia, podrá invitar a cualquiera de las partes en el tratado a exponerle sus opiniones verbalmente o por escrito. Las decisiones y recomendaciones de la Comisión se adoptarán por mayoría de votos de sus cinco miembros⁷³.

4 bis. La Comisión podrá señalar a la atención de las partes en la controversia todas las medidas que puedan facilitar una solución amistosa⁷⁴.

5 bis. La Comisión oír a las partes, examinará las pretensiones y objeciones, y hará propuestas a las partes con miras a que lleguen a una solución amistosa de la controversia⁷⁵.

6 bis. La Comisión presentará un informe dentro de los doce meses siguientes a la fecha de su constitución. El informe se depositará en poder del Secretario General o, en su caso, del Presidente de la Corte Internacional de Justicia y se transmitirá a las partes en la controversia. El informe de la Comisión, incluidas cualesquiera conclusiones que en él se indiquen en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho, no obligará a las partes ni tendrá otro carácter que el de enunciado de recomendaciones presentadas a las partes para su consideración a fin de facilitar una solución amistosa de la controversia⁷⁶.

7 bis. El Secretario General proporcionará a la Comisión directamente o, en su caso, por mediación del Presidente de la Corte Internacional de Justicia la asistencia y las facilidades que necesite. Los gastos de la Comisión serán sufragados por las Naciones Unidas⁷⁷.]

Comentario

1) El Anexo de la Convención de Viena tiene por objeto esencial aplicar el procedimiento de conciliación establecido en el artículo 66. Por las mismas razones y con las mismas reservas que figuran en el comentario al proyecto de artículo 66, el Relator Especial ha elaborado un proyecto de anexo. La característica fundamental de ese proyecto deriva del hecho de que se trata en muchos casos de conciliar controversias en las que sea parte una organización internacional: en efecto,

⁷² La disposición correspondiente del Anexo de la Convención de Viena es la que figura anteriormente en el párrafo 2 de la sección I del presente anexo.

⁷³ Texto idéntico al de la disposición correspondiente del Anexo de la Convención de Viena y al del párrafo 3 de la sección I del presente anexo.

⁷⁴ Texto idéntico al de la disposición correspondiente del Anexo de la Convención de Viena y al del párrafo 4 de la sección I del presente anexo.

⁷⁵ Texto idéntico al de la disposición correspondiente del Anexo de la Convención de Viena y al del párrafo 5 de la sección I del presente anexo.

⁷⁶ La disposición correspondiente del Anexo de la Convención de Viena es la que figura en el párrafo 6 de la sección I del presente anexo.

⁷⁷ La disposición correspondiente del Anexo de la Convención de Viena es la que figura en el párrafo 7 de la sección I del presente anexo.

al hacer que una organización internacional como tal sea parte en un tratado, se acepta necesariamente que pueda ser parte en las controversias que surjan en relación con ese tratado, o al menos en algunas de ellas. Esta consecuencia es tan natural que no se insistirá mucho en ella. No obstante, como ya se ha señalado anteriormente, la elaboración de procedimientos que permitan a una organización figurar en cuanto tal como parte en una controversia no es cosa corriente.

2) Por lo que se refiere a los mecanismos de conciliación, los únicos previstos en el presente caso, ha habido que distinguir entre los casos en que resulta afectada una organización y aquellos que no la afectan, pues algunas de las condiciones de funcionamiento de los órganos encargados de la conciliación resultan modificados, aunque el procedimiento de conciliación siga siendo fundamentalmente el mismo. Al considerar separadamente los casos en que resulta «afectada» una organización, se piensa en los casos en que la organización formule la objeción prevista en el artículo 65 frente a la pretensión de un Estado o de una organización, así como la hipótesis inversa en que un Estado o una organización se opongan a la pretensión de una organización. La distinción así introducida no coincide con la distinción fundamental, aplicable a los *tratados* pero no a las *controversias*, que opone los tratados celebrados entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones y los tratados celebrados entre varias organizaciones.

3) Por lo que respecta a la estructura del anexo, eran posibles varias concepciones para resolver los problemas planteados por el enunciado de dos tipos de disposiciones: las comunes a todas las controversias y las que son privativas de una u otra categoría. La estructura que se ha adoptado se ha elegido por acercarse lo más posible al texto de la Convención de Viena, destacando claramente los nuevos problemas derivados de la aparición de las organizaciones internacionales como partes en una controversia. Esa estructura consiste en poner al frente del anexo, como en la Convención de Viena, una disposición común a todas las controversias, la que se refiere a la constitución de una lista de amigables componedores: a ella se dedica el párrafo 1. Todos los demás párrafos se dividen en dos secciones (I y II), siendo los de la sección II simétricos a los de la sección I y numerados del mismo modo, pero con el añadido *bis*. La sección I se dedica a las controversias que sólo enfrentan a Estados; esa sección reproduce textualmente los párrafos 2 a 7 del Anexo de la Convención de Viena. La sección II se dedica a los demás casos, es decir, aquellos en que la objeción prevista en el artículo 65 es formulada por una organización o contra una organización; algunos párrafos contienen modificaciones con respecto al Anexo de la Convención de Viena (y a la sección I del presente anexo), otros no (3 *bis*, 4 *bis* y 5 *bis*). Esas modificaciones requieren un comentario.

4) Un primer problema que deja su huella en los tres párrafos modificados de la sección II (así como en el párrafo 1) deriva del hecho de que las Naciones Unidas pueden ser partes en una controversia sobre la

aplicación de un tratado en el que sean partes. Ahora bien, el procedimiento de conciliación previsto en el Anexo de la Convención de Viena tiene como elemento fundamental al Secretario General de las Naciones Unidas. Esa fórmula ha de modificarse, al menos parcialmente, en los casos en que las Naciones Unidas sean partes en una controversia: no se puede ser a la vez parte en una controversia y colaborador imparcial del mecanismo de conciliación que trata de resolverla. En el presente proyecto de anexo se ha buscado una solución reemplazando, en ese caso especial, al Secretario General por el Presidente de la CIJ en todas las tareas que afecten a la imparcialidad de la conciliación, pero sólo en esas tareas, conservando el carácter unitario del mecanismo de conciliación.

5) Con tal motivo, el establecimiento de la lista de amigables componedores que constituye la fase del proceso de conciliación anterior al nacimiento de cualquier controversia es, como ya se ha dicho, idéntico para todas las controversias; figura al frente del proyecto de anexo en el párrafo 1, que contiene, respecto del párrafo 1 del Anexo de la Convención de Viena, algunas modificaciones de redacción destinadas a incluir a las organizaciones internacionales «a que sean aplicables los presentes artículos»⁷⁸. Por lo que respecta a la tarea del Secretario General de las Naciones Unidas, no se ha modificado en absoluto su papel, ni siquiera en la eventualidad de una controversia en que sean partes las Naciones Unidas. Se ha previsto solamente que el Secretario General comunique esa lista al Presidente de la CIJ; de ese modo, este último estará en todo momento en situación de desempeñar eventualmente el papel que le corresponda.

6) Por el contrario, en relación con la presentación de la solicitud y eventualmente con la constitución de la Comisión de Conciliación (párr. 2 *bis*), el Presidente de la CIJ sustituye al Secretario General de las Naciones Unidas si éstas son partes en la controversia. Del mismo modo, si la solicitud de conciliación se ha presentado al Presidente de la CIJ, será igualmente a este último al que presentará su informe la Comisión de Conciliación (párr. 6 *bis*).

7) Por lo que respecta a la asistencia y las facilidades que necesite la Comisión de Conciliación, no ha parecido práctico pedir las a la CIJ cuando el Presidente de ésta intervenga en el procedimiento de conciliación, pues los medios de la Corte son limitados, tanto los financieros como los materiales y personales. En consecuencia, se ha previsto que, incluso en ese caso, sea el Secretario General el que las proporcione a la Comisión de Conciliación, pero por mediación del Presidente de la Corte (párr. 7 *bis*): se ha considerado que esa introducción en el procedimiento de una alta personalidad de indiscutible imparcialidad basta para garantizar a los ojos de la parte que se enfrenta con las

Naciones Unidas el carácter neutral de las prestaciones que puedan solicitarse al Secretario General.

8) Otro problema práctico nace —por lo que respecta a las organizaciones internacionales— de la imposibilidad de referirse a la nacionalidad de los amigables componedores. Por lo que respecta a los Estados, la Convención de Viena y, con arreglo a ella, los presentes artículos prevén que uno de los amigables componedores nombrados por un Estado parte en una controversia tenga la nacionalidad de ese Estado y el otro no. Para las organizaciones internacionales, en el proyecto de anexo se ha adoptado la siguiente solución: una organización parte en una controversia designará un primer amigable componedor elegido o no de la lista y un segundo amigable componedor incluido necesariamente en la lista pero por un Estado o por otra organización, con exclusión de los amigables componedores que ella misma haya designado para su inclusión en la lista.

9) En conclusión, si se quiere someter a un examen crítico el proyecto de anexo, se podrán hacer ciertos reproches al sistema así elaborado. En ciertos aspectos, ese sistema parece demasiado limitado. En efecto, si la conciliación tiene todas las ventajas que se le atribuyen, ¿por qué limitarla a las controversias relativas a la parte V del proyecto de artículos? ¿No se sigue demasiado servilmente la Convención de Viena? ¿No ha elaborado ésta un mecanismo solamente para resolver una crisis política que ha surgido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, pero que hoy está claramente superada? ¿No convendría generalizar la conciliación y, al mismo tiempo, estructurarla sobre otras bases, como se ha hecho en otras convenciones de codificación celebradas después de 1969? Una segunda crítica se referirá quizá a la complejidad del mecanismo propuesto: puesto que no se puede excluir la posibilidad de que las Naciones Unidas sean partes en una conciliación, ¿no sería preferible desligar de modo general la conciliación del Secretario General de las Naciones Unidas?

10) El Relator Especial ha tenido presentes esos aspectos críticos. No le corresponde a él, ni quizá a la Comisión, recomendar a los gobiernos un modo de solución de controversias con preferencia a cualquier otro. Pero el ejercicio consistente en adaptar el sistema de la Convención de Viena a las controversias en que sean partes organizaciones internacionales no es inútil. Es conveniente que los gobiernos tengan una idea clara y precisa de las diversas posibilidades existentes. Además, la Convención de Viena ha entrado en vigor y los presentes artículos podrían ser objeto de una convención. Por consiguiente, interesa sumamente que las dos convenciones sólo difieran entre sí en los casos y por las razones que hayan sido objeto de un atento examen. Supone ya una gran pretensión creer que el presente trabajo pueda quizá contribuir a ello. A fin de subrayar el carácter «exploratorio» del presente proyecto de anexo, todo su texto se ha colocado entre corchetes.

⁷⁸ Esa fórmula evita tener que pronunciarse sobre el proceso mediante el cual llegarán a aplicarse a las organizaciones los presentes artículos (convención o declaración unilateral).

DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN

[Tema 4 del Programa]

DOCUMENTO A/CN.4/329 Y ADD.1

Respuestas de los gobiernos al cuestionario de la Comisión

*[Original: francés/inglés]
[10 de marzo y 3 de julio de 1980]*

ÍNDICE

	<i>Página</i>		<i>Página</i>
<i>Abreviaturas</i>	160	<i>(agua potable, cocina, limpieza, aseo, etc.); 2. Evacuación de desechos; 3. Recreo (natación, deportes, pesca, deportes náuticos, etc.).</i>	
INTRODUCCIÓN	160		
I.—COMENTARIOS Y OBSERVACIONES GENERALES	161		
Grecia	161	Grecia	163
Luxemburgo	161	Luxemburgo	163
Níger	161	Níger	163
República Árabe Siria	161	República Árabe Siria	163
II.—RESPUESTAS Y PREGUNTAS CONCRETAS	161		
Pregunta A.— <i>¿Cuál sería el alcance que habría de tener la definición de curso de agua internacional en un estudio de los aspectos jurídicos de los usos del agua dulce, por una parte, y de la contaminación del agua dulce, por otra?</i>		Pregunta E.— <i>¿Deben incluirse otros usos en este esquema?</i>	
Grecia	161	Grecia	163
Luxemburgo	161	Luxemburgo	163
Níger	162	Níger	163
República Árabe Siria	162	República Árabe Siria	163
Pregunta B.— <i>¿Es el concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional la base adecuada para el estudio de los aspectos jurídicos de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación?</i>		Pregunta F.— <i>¿Debe la Comisión incluir en su estudio los problemas de la prevención de las inundaciones y de la erosión?</i>	
Grecia	162	Grecia	164
Luxemburgo	162	Luxemburgo	164
Níger	162	Níger	164
República Árabe Siria	162	República Árabe Siria	164
Pregunta C.— <i>¿Es el concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional la base adecuada para el estudio de los aspectos jurídicos de la contaminación de los cursos de agua internacionales?</i>		Pregunta G.— <i>¿Debe la Comisión tener en cuenta en su estudio la interacción entre los usos para fines de navegación y los usos para otros fines?</i>	
Grecia	162	Grecia	164
Luxemburgo	163	Luxemburgo	164
Níger	163	Níger	164
República Árabe Siria	163	República Árabe Siria	164
Pregunta D.— <i>Si la Comisión debe adoptar como base para su estudio de los usos del agua dulce el plan que se indica a continuación: a) Usos agrícolas: 1. Riego; 2. Avenamiento; 3. Evacuación de desechos; 4. Producción de alimentos acuáticos; b) Usos económicos y comerciales: 1. Producción de energía (hidroeléctrica, nuclear y mecánica); 2. Industrias; 3. Construcción; 4. Transporte distinto de la navegación; 5. Transporte de madera por flotación; 6. Evacuación de desechos; 7. Industrias extractivas (minería, producción de petróleo, etc.); c) Usos domésticos y sociales: 1. Consumo</i>		Pregunta H.— <i>¿Está de acuerdo en que la Comisión aborde el problema de la contaminación de los cursos de agua internacionales como fase inicial de su estudio?</i>	
		Grecia	164
		Luxemburgo	164
		Níger	164
		República Árabe Siria	164
		Pregunta I.— <i>¿Deben tomarse disposiciones especiales para que la Comisión reciba el asesoramiento técnico, científico y económico necesario, por ejemplo, mediante la creación de un comité de expertos?</i>	
		Grecia	165
		Luxemburgo	165
		Níger	165
		República Árabe Siria	165

ABREVIATURAS

CDI Comisión de Derecho Internacional

Introducción

1. En el apartado *e* del párrafo 4 de la sección I de su resolución 3315 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, la Asamblea General recomendó que la Comisión de Derecho Internacional continuara su estudio del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, teniendo en cuenta las resoluciones de la Asamblea General 2669 (XXV), de 8 de diciembre de 1970, y 3071 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1975, y otras resoluciones referentes a la labor de la Comisión sobre este tema, así como las observaciones recibidas de Estados Miembros sobre las cuestiones mencionadas en el anexo del capítulo V del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 26.º período de sesiones¹. Los comentarios recibidos de los Estados Miembros, en cumplimiento de la resolución 3315 (XXIX), se publicaron en el documento A/CN.4/294 y Add.1².

2. En el párrafo 5 de su resolución 31/97, de 15 de diciembre de 1976, la Asamblea General instó a los Estados Miembros que aún no lo hubieran hecho a que presentasen por escrito al Secretario General sus observaciones sobre el tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

3. Mediante una circular de 18 de enero de 1977, el Secretario General invitó a los Estados Miembros que aún no lo hubieran hecho a que le presentaran por escrito lo antes posible las observaciones mencionadas en la resolución 31/97.

4. En el 30.º período de sesiones de la CDI, las respuestas recibidas se incluyeron en el documento A/CN.4/314³. Otra respuesta al cuestionario del Secretario General se incluyó en el documento A/CN.4/324, del 31.º período de sesiones⁴.

5. En el apartado *d* del párrafo 4 de la resolución 32/151, de 19 de diciembre de 1977, y en el apartado *d* de la sección I de la resolución 33/139, de 19 de diciembre de 1978, la Asamblea General recomendó que la CDI continuara su labor sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

6. En su 31.º período de sesiones, celebrado en 1979, la CDI, en vista de la importancia del tema y de la

necesidad de contar con las opiniones del mayor número posible de gobiernos de Estados Miembros sobre la materia, decidió pedir otra vez, por conducto del Secretario General, a los gobiernos de los Estados Miembros que todavía no lo hubieran hecho que presentaran por escrito sus comentarios sobre el cuestionario formulado por la Comisión en 1974⁵.

7. Mediante una circular de 18 de octubre de 1979, el Secretario General invitó a los gobiernos de los Estados Miembros que aún no lo hubieran hecho a presentar por escrito a la brevedad posible sus comentarios sobre el cuestionario de la Comisión.

8. En el apartado *d* del párrafo 4 de la resolución 34/141, de 17 de diciembre de 1979, la Asamblea General recomendó que la CDI continuara su labor sobre el tema, teniendo en cuenta las respuestas de los gobiernos al cuestionario preparado por la Comisión, así como las observaciones expresadas sobre el tema en los debates celebrados en la Asamblea General.

9. Al 3 de julio de 1980 se habían recibido respuestas adicionales al cuestionario de la Comisión de los Gobiernos de los Estados siguientes: Grecia, Luxemburgo, Níger y la República Arabe Siria. Dichas respuestas se reproducen en el presente documento, cuya estructura es análoga a la de los documentos A/CN.4/294 y Add.1, A/CN.4/314 y A/CN.4/324, es decir, se exponen primero los comentarios y observaciones generales y luego las respuestas a cada una de las preguntas concretas que se reproducen a continuación.

10. El texto del cuestionario es el siguiente:

- A. ¿Cuál sería el alcance que habría de tener la definición de curso de agua internacional en un estudio de los aspectos jurídicos de los usos del agua dulce, por una parte, y de la contaminación del agua dulce, por otra?
- B. ¿Es el concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional la base adecuada para el estudio de los aspectos jurídicos de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación?
- C. ¿Es el concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional la base adecuada para el estudio de los aspectos jurídicos de la contaminación de los cursos de agua internacionales?
- D. Si la Comisión debe adoptar como base para su estudio de los usos del agua dulce el plan que se indica a continuación:

¹ *Anuario...* 1974, vol. II (primera parte), pág. 306, documento A/9610/Rev.1

² *Anuario...* 1976, vol. II (primera parte), pág. 161.

³ *Anuario...* 1978, vol. II (primera parte), pág. 271.

⁴ *Anuario...* 1979, vol. II (primera parte), pág. 182.

⁵ *Ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 203, documento A/34/10, párr. 148.

- a) Usos agrícolas:
1. Riego;
 2. Avenamiento;
 3. Evacuación de desechos;
 4. Producción de alimentos acuáticos;
- b) Usos económicos y comerciales:
1. Producción de energía (hidroeléctrica, nuclear y mecánica);
 2. Industrias;
 3. Construcción;
 4. Transporte distinto de la navegación;
 5. Transporte de madera por flotación;
 6. Evacuación de desechos;
 7. Industrias extractivas (minería, producción de petróleo, etc.);
- c) Usos domésticos y sociales:
1. Consumo (agua potable, cocina, limpieza, aseo, etcétera);
 2. Evacuación de desechos;
 3. Recreo (natación, deportes, pesca, deportes náuticos, etc.).
- E. ¿Deben incluirse otros usos en este esquema?
- F. ¿Debe la Comisión incluir en su estudio los problemas de la prevención de las inundaciones y de la erosión?
- G. ¿Debe la Comisión tener en cuenta en su estudio la interacción entre los usos para fines de navegación y los usos para otros fines?
- H. ¿Está de acuerdo en que la Comisión aborde el problema de la contaminación de los cursos de agua internacionales como fase inicial de su estudio?
- I. ¿Deben tomarse disposiciones especiales para que la Comisión reciba el asesoramiento técnico, científico y económico necesario, por ejemplo, mediante la creación de un comité de expertos?

I.—Comentarios y observaciones generales

Grecia

[Original: francés]
[8 de junio de 1979]

Grecia asigna vital importancia a la cuestión del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Ese derecho, que afecta a las relaciones de amistad entre los Estados y, en particular, las relaciones de buena vecindad, incluye numerosos elementos, y ha llegado el momento de codificarlo en interés de la comunidad internacional. Grecia espera que la CDI, siguiendo una tradición bien establecida, realice a la brevedad posible una obra útil de codificación y desarrollo progresivo del derecho en esta esfera.

Luxemburgo

[Original: francés]
[5 de junio de 1980]

Un ejemplo digno de mención es la Comisión internacional para la protección del Mosela contra la contaminación, creada para garantizar la conservación de las aguas del Mosela y velar por la cooperación adecuada de las autoridades competentes. La tarea de la Comisión del Mosela consiste en asegurar la cooperación entre los tres gobiernos contratantes a fin de proteger ese curso de agua de la contaminación. Además, la Comisión colabora con las siguientes comisiones internacionales: a) Comisión Internacional para la Protección del Sarre contra la Contaminación; b) Comisión Internacional para la Protección del Rin contra la Contaminación; c) Comisión del Mosela (para la navegación).

II.—Respuestas a preguntas concretas

Pregunta A.—¿Cuál sería el alcance que habría de tener la definición de curso de agua internacional en un estudio de los aspectos jurídicos de los usos del agua dulce, por una parte, y de la contaminación del agua dulce, por otra?

Grecia

[Original: francés]
[8 de junio de 1979]

Por cursos de agua internacionales se ha entendido tradicionalmente todos los cursos de agua —en especial los ríos, aunque también los canales y los lagos— que separen o atraviesen los territorios de dos o varios Estados. Sin embargo, esta definición ha sido superada hace mucho tiempo y reemplazada por el concepto moderno de la cuenca hidrográfica internacional. Este concepto fundamental, que es más amplio (incluye también

los afluentes de los ríos internacionales, así como las aguas subterráneas), permite reglamentar de forma más racional y más eficaz las relaciones jurídicas que deben existir entre los Estados que comparten las aguas de dicha cuenca, sobre todo para que el uso que haga un Estado de esas aguas, desde el punto de vista cualitativo o cuantitativo, no menoscabe ningún derecho de los otros Estados ribereños sobre las mismas aguas.

Luxemburgo

[Original: francés]
[5 de junio de 1980]

Se deduce del cuestionario que se trata, en primer lugar, de definir el curso de agua internacional. Dado que fuera del curso de agua propiamente dicho las múltiples utilidades de los afluentes influyen igual-

mente en el caudal, la calidad y el grado de contaminación de las aguas, es indispensable ampliar el concepto de curso de agua internacional con el concepto geográfico de cuenca hidrográfica nacional o internacional. En efecto, a fin de garantizar una utilización racional de las aguas, toda la cuenca de captación deberá ser reconocida como tal por todos los países colindantes o que forman parte de ella, inclusive cuando se trate de afluentes muy lejanos. Todos los países interesados deberán concertarse para establecer un plan general de aprovechamiento de los recursos de la cuenca hidrográfica.

De ello se deduce que conviene ante todo preparar un estudio de los diversos estatutos jurídicos del curso de agua y sus afluentes, así como de las legislaciones nacionales que reglamentan la utilización de sus aguas. Será preciso estudiar además los tratados económicos, políticos y jurídicos concertados por diferentes países en cuanto a la utilización en común de las aguas que constituyen una frontera entre ellos.

Como el aprovechamiento racional de todos los recursos hidráulicos está íntimamente vinculado al grado de contaminación del agua, interesa eliminar en primer lugar la contaminación de esas aguas. Cabe mencionar, a manera de ejemplo, las sobrecargas de sales que hacen que las aguas sean inadecuadas para el riego. Por consiguiente, los países interesados deberán adaptar sus legislaciones con respecto a la depuración de aguas y adoptar medidas preventivas para alcanzar este objetivo. Mediante tratados internacionales habrá que definir las cargas contaminantes toleradas, el control del grado de contaminación, el control de los contaminantes y las medidas coercitivas en caso de incumplimiento de las reglas establecidas.

Niger

[Original: francés]
[25 de enero de 1980]

Convendría dar a los cursos de agua internacionales la definición más amplia y exhaustiva posible, como la que propuso la Conferencia de 1966 de la Asociación de Derecho Internacional (Helsinki)⁶. Tal definición implicaría vínculos necesarios entre los Estados y la especificación de derechos y obligaciones de todas las partes en todas las esferas, comprendida la de la contaminación.

República Árabe Siria

[Original: inglés]
[12 de enero de 1980]

Un curso de agua internacional es el curso de agua que pasa por el territorio de varios países vecinos o que forma límites naturales comunes, y cuyas aguas están sujetas al libre uso de parte de esos países.

⁶ Véase *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 389 y ss., documento A/CN.4/274, cuarta parte, secc. C, subsecc. 1.

Pregunta B.—¿Es el concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional la base adecuada para el estudio de los aspectos jurídicos de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación?

Grecia

[Original: francés]
[8 de junio de 1979]

Respuesta a las preguntas B y C

De la respuesta a la pregunta A se desprende que la posición de Grecia es positiva en lo que concierne a las preguntas B y C. El concepto de cuenca hidrográfica internacional es, por su carácter real, unitario (a pesar de las fronteras) y funcional, y constituye una excelente base para estudiar los aspectos jurídicos de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, así como la cuestión de la contaminación de dichas aguas.

Luxemburgo

[Original: francés]
[5 de junio de 1980]

En este orden de ideas, el concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional parece ser la base apropiada para el estudio de los aspectos jurídicos de los usos para fines distintos de la navegación.

Niger

[Original: francés]
[25 de enero de 1980]

El concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional parece apropiado, siempre que se formule antes de una definición de la cuenca que incluya toda la cuenca hidrográfica, pero teniendo igualmente en cuenta la alimentación de las napas freáticas adyacentes.

República Árabe Siria

[Original: inglés]
[12 de enero de 1980]

Sí.

Pregunta C.—¿Es el concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional la base adecuada para el estudio de los aspectos jurídicos de la contaminación de los cursos de agua internacionales?

Grecia

[Véase *supra*, pregunta B, Grecia.]

Luxemburgo

[Original: francés]
[5 de junio de 1980]

El concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional parece ser la base apropiada para el estudio de los aspectos jurídicos de la contaminación de esas aguas.

Níger

[Original: francés]
[25 de enero de 1980]

Al concepto de cuenca hidrográfica internacional habrá que agregar el de una zona limítrofe de protección. Los criterios de tal zona deberán asimismo definirse.

República Árabe Siria

[Original: inglés]
[12 de enero de 1980]

Sí.

Pregunta D.—*Si la Comisión debe adoptar como base para su estudio de los usos del agua dulce el plan que se indica a continuación:*

a) *Usos agrícolas:*

1. Riego;
2. Avenamiento;
3. Evacuación de desechos;
4. Producción de alimentos acuáticos;

b) *Usos económicos y comerciales:*

1. Producción de energía (hidroeléctrica, nuclear y mecánica);
2. Industrias;
3. Construcción;
4. Transporte distinto de la navegación;
5. Transporte de madera por flotación;
6. Evacuación de desechos;
7. Industrias extractivas (minería, producción de petróleo, etc.);

c) *Usos domésticos y sociales:*

1. Consumo (agua potable, cocina, limpieza, aseo, etc.);
2. Evacuación de desechos;
3. Recreo (natación, deportes, pesca, deportes náuticos, etc.).

Grecia

[Original: francés]
[8 de junio de 1979]

Respuesta a las preguntas D y E

Grecia no tiene ninguna observación especial que formular al respecto. La lista de usos, que no es limi-

tativa, en general es aceptable. Sin embargo, como tales usos frecuentemente son antagónicos, para formular principios jurídicos se deberían estudiar esos usos sobre todo desde el punto de vista cuantitativo (usos que afectan el volumen de agua) y cualitativo (usos que alteran o deterioran la calidad del agua).

Luxemburgo

[Original: francés]
[5 de junio de 1980]

El plan establecido por la Comisión puede servir de base para el estudio de que se trata.

Níger

[Original: francés]
[25 de enero de 1980]

El plan propuesto como base del estudio parece satisfactorio. Sin embargo, el Níger desearía que se tomasen en cuenta las necesidades propias de las zonas en situación desventajosa lindantes con corrientes de agua, como, por ejemplo, las regiones áridas del tipo saheliiano.

República Árabe Siria

[Original: inglés]
[12 de enero de 1980]

Sí.

Pregunta E.—*¿Deben incluirse otros usos en este esquema?*

Grecia

[Véase *supra*, pregunta D, Grecia.]

Luxemburgo

[Original: francés]
[5 de junio de 1980]

La enumeración de los usos del agua dulce es bastante completa y representa una base sólida para el estudio de que se trata.

Níger

[Original: francés]
[25 de enero de 1980]

No.

República Árabe Siria

[Original: inglés]
[12 de enero de 1980]

A nuestro parecer, no hay otros usos que deban incluirse.

Pregunta F.—*¿Debe la Comisión incluir en su estudio los problemas de la prevención de las inundaciones y de la erosión?*

Grecia

[Original: francés]
[8 de junio de 1979]

La respuesta de Grecia a esta pregunta también es afirmativa.

Luxemburgo

[Original: francés]
[5 de junio de 1980]

La explotación de los recursos hidráulicos implica necesariamente que la Comisión deberá abarcar en su estudio problemas conexos tales como la defensa contra las inundaciones, la regularización de las crecidas mediante presas y diques, la erosión, las medidas de conservación del suelo de las explotaciones agrícolas situadas en las cuencas de avenamiento, la influencia de las diversas vegetaciones (bosques, herbazales, cultivos) sobre los niveles de las crecidas, la conservación de la naturaleza, el mantenimiento de los cursos de agua, la salud pública, los efectos en la vida y la migración de los peces, etc.

Además, la Comisión debería estudiar la creación de reservas de agua para regular el caudal durante los períodos de estiaje, a fin de compensar las pérdidas de agua debidas a la evaporación en las torres de enfriamiento, así como las debidas al riego o a la aspersión de las plantaciones.

Níger

[Original: francés]
[25 de enero de 1980]

Sí.

República Árabe Siria

[Original: inglés]
[12 de enero de 1980]

Sí.

Pregunta G.—*¿Debe la Comisión tener en cuenta en su estudio la interacción entre los usos para fines de navegación y los usos para otros fines?*

Grecia

[Original: francés]
[8 de junio de 1979]

Sí, es muy pertinente que se tengan en cuenta los efectos de la navegación y sobre los otros usos del agua.

Luxemburgo

[Original: francés]
[5 de junio de 1980]

El uso de las aguas con fines múltiples implica una coordinación entre la navegación y los demás usuarios del agua.

Níger

[Original: francés]
[25 de enero de 1980]

Sí.

República Árabe Siria

[Original: inglés]
[12 de enero de 1980]

Sería de gran interés hacerlo.

Pregunta H.—*¿Está de acuerdo en que la Comisión aborde el problema de la contaminación de los cursos de agua internacionales como fase inicial de su estudio?*

Grecia

[Original: francés]
[8 de junio de 1979]

Si las dos cuestiones no pueden ser examinadas simultáneamente, el estudio de los usos de los cursos de agua internacionales debería tener prioridad sobre el estudio de su contaminación.

Luxemburgo

[Original: francés]
[5 de junio de 1980]

En vista de que la mayoría de los usos agrícolas, domésticos y sociales sólo son posibles en caso de que las aguas sean salubres, importa ante todo comenzar por resolver el problema de la contaminación de los cursos de agua.

Níger

[Original: francés]
[25 de enero de 1980]

Consideramos que un estudio a fondo del aprovechamiento de los cursos de agua deberá destacar los sectores más perjudicados por la contaminación de esos cursos de agua. Sobre la base de esa información se podría solucionar el problema de la contaminación, problema que sería objeto de estudio seguidamente.

República Árabe Siria

[Original: inglés]
[12 de enero de 1980]

No es necesario.

Pregunta I.—*¿Deben tomarse disposiciones especiales para que la Comisión reciba el asesoramiento técnico, científico y económico necesario, por ejemplo, mediante la creación de un comité de expertos?*

micas y jurídicas, puesto que, por su adhesión a las Naciones Unidas, los Estados Miembros están moralmente obligados a proporcionar todas las informaciones que les solicite la Organización.

Grecia

[Original: francés]
[8 de junio de 1979]

Grecia no tiene objeciones, si la Comisión de Derecho Internacional lo estima necesario debido a la complejidad del tema. En el caso de crearse tal comité de expertos, Grecia desearía formar parte de él.

Níger

[Original: francés]
[25 de enero de 1980]

La creación de un comité de expertos sería útil, pero convendría establecer un enlace entre ese comité y los Estados Miembros (sea directamente, sea por intermedio de la Comisión y de las Naciones Unidas).

Luxemburgo

[Original: francés]
[5 de junio de 1980]

Un comité de expertos no parece indispensable para recoger todas las opiniones técnicas, científicas, econó-

República Árabe Siria

[Original: inglés]
[12 de enero de 1980]

Sí.

DOCUMENTO A/CN.4/332 Y ADD.1

Segundo informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, por el Sr. Stephen M. Schwebel, Relator Especial

[Original: inglés]
[24 de abril y 22 de mayo de 1980]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Abreviaturas</i>	167
<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>
I. ESTADO DE LOS TRABAJOS SOBRE EL TEMA	1-31 167
A. Primer informe del Relator Especial	1-5 167
B. Observaciones de la Comisión sobre el primer informe del Relator Especial	6-10 168
C. Observaciones formuladas sobre el tema de la Sexta Comisión de la Asamblea General	11-26 168
1. Una convención básica	11-18 168
2. ¿Principios generales o principios particulares?	19-26 169
D. Ventajas de empezar por el estudio de los principios generales	27-31 171
II. NUEVO EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULOS PRESENTADOS POR EL RELATOR ESPECIAL EN SU PRIMER INFORME	32-139 171
A. Alcance del tema	32-51 171
1. ¿Se debe dar una definición del curso de agua internacional?	32-39 171
2. Uso de las aguas del curso de agua	40-45 173
3. Problemas relacionados con el uso de las aguas	46-48 173
4. Otros problemas de definición	49-51 174
B. Proyectos de artículos	52-139 174
1. Proyecto de artículo 1 (Alcance de los presentes artículos)	52 174
2. El «sistema» de un curso de agua internacional	53-58 175
3. Proyecto de artículo 2 (Estados del sistema)	59-63 176
4. Proyecto de artículo 3 (Términos empleados)	64 176
5. Acuerdos de sistema como complemento de un tratado básico	65-68 177
6. Proyecto de artículo 4 (Acuerdos de sistema)	69-72 177
7. Los asuntos relativos a la <i>Plataforma continental del Mar del Norte</i>	73-80 178
8. Los asuntos relativos a la <i>Competencia en materia de pesquerías</i>	81-85 179
9. El <i>Asunto del lago Lanós</i>	86-89 180
10. Proyecto de principios de conducta en materia de recursos naturales compartidos	90 181
11. Carácter condicional de la obligación de negociar	91-93 182
12. Acuerdos relativos a subsistemas	94-102 182
13. Partes en los acuerdos de sistema	103-104 184
14. Proyecto de artículo 5 (Partes en la negociación y celebración de acuerdos de sistema)	105-114 184
15. «Apreciablemente»	115-123 185
16. Reunión e intercambio de datos	124-129 186
17. Proyecto de artículo 6 (Reunión e intercambio de datos)	130-139 187
III. PRINCIPIOS GENERALES: EL AGUA COMO RECURSO NATURAL COMPARTIDO	140-239 188
A. Introducción	140 188
B. El agua como arquetipo del recurso natural compartido	141 188

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
C. Proyecto de artículo 7 (Recurso natural compartido)	142	189
D. Aceptación por la comunidad internacional del concepto de recurso natural compartido	143-185	189
1. Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados	144-148	189
2. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua	149-152	190
3. Cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados	153-155	191
4. Proyecto de principios de conducta respecto de los recursos naturales compartidos	156-185	192
E. Utilización en común de los cursos de agua, como recurso natural, para la navegación	186-214	197
1. El <i>Asunto del río Oder</i>	187-193	197
2. Decreto francés de 1792	194-197	199
3. Convención de Barcelona sobre las vías navegables	198-203	199
4. Convenciones sobre determinados cursos de agua navegables	204-211	200
5. Normas de Helsinki	212-214	203
F. Utilización en común de las aguas fronterizas	215-239	204

ABREVIATURAS

CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justicia
<i>C.I.J. Recueil</i>	CIJ, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
<i>C.P.J.I., serie A</i>	CPJI, <i>Recueil des arrêts</i>
<i>C.P.J.I., serie A/B</i>	CPJI, <i>Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i>
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
ILA	International Law Association
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

CAPÍTULO PRIMERO

Estado de los trabajos sobre el tema

A.—Primer informe del Relator Especial

1. En 1979, el Relator Especial presentó a la Comisión de Derecho Internacional en su 31.º período de sesiones un primer informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación¹, en el cual se refería en primer término, en el capítulo I, a las características físicas especiales del agua, el más común de los compuestos químicos, y examinaba la naturaleza del ciclo hidrológico, la limitada capacidad autodepuradora del agua y los factores que regulan la cantidad y el flujo

del agua, a fin de determinar las limitaciones y propiedades físicas que habían de tenerse en cuenta para que pudieran ser efectivos los principios jurídicos relativos a los usos del agua.

2. En el capítulo II, el Relator Especial estudiaba el espinoso problema del alcance que habrá de tener un estudio de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación e indicaba que, habida cuenta de las leyes físicas que rigen el agua, las normas jurídicas aplicables al uso del agua dulce deberían formularse tomando como unidad la cuenca hidrográfica. Reconocía, sin embargo, que hay divergencias de opinión entre los Estados en lo que respecta a esta cuestión fundamental y que, a juicio de varios Estados, no era todavía oportuno aceptar la noción de

¹ *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 145, documento A/CN.4/320.

cuenca hidrográfica. Tales Estados opinaban que debían conservarse y aplicarse en general ciertos conceptos anteriores, como la definición de río internacional que figura en el Acta Final del Congreso de Viena (1815)², refiriéndose exclusivamente a los fines de la navegación. En las precedentes deliberaciones sobre los cursos de agua internacionales, tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General, se había podido comprobar con qué energía se sostenían estas opiniones divergentes. En consecuencia, en el informe se sugería que, en la medida de lo posible, se llevara adelante la preparación de los artículos sin una definición inicial de curso de agua internacional.

3. En el capítulo III del informe se analizaba la gran diversidad de los cursos de agua. Se reconocía que, para tratar los problemas que planteaban, había que encontrar un método que permitiera elaborar principios de aplicabilidad general en un marco dotado de flexibilidad suficiente para permitir la adaptación a los aspectos especiales de cada curso de agua. Con tal finalidad, en ese mismo capítulo se proponía una serie de artículos sobre «acuerdos de usuarios». Un acuerdo de usuario se aplicaría a un curso de agua determinado y todo Estado que contribuyera a alimentar y utilizara las aguas de ese curso de agua podría ser parte en el acuerdo independientemente de que pasara o no a ser parte en el proyecto de artículos que, según estaba previsto, había de elaborar la Comisión.

4. En el capítulo IV del informe había una serie de proyectos de artículos relativos a la reunión y al intercambio de datos sobre la cantidad, el caudal y la extracción de agua dulce de los cursos de agua internacionales. En cambio, los requisitos para el acopio y el intercambio de datos sobre la calidad del agua se regularían en los acuerdos de usuarios.

5. Al presentar su primer informe a la Comisión, el Relator Especial señaló que los artículos que allí figuraban no estaban destinados a ser aprobados por la Comisión, eran de carácter totalmente provisional y sólo debían servir de base de reflexión. Tenían por objeto ilustrar un método que podría aplicarse para tratar de solventar algunos de los problemas del tema complicadísimo que se estudiaba y conocer los puntos de vista de la Comisión sobre las ventajas e inconvenientes del criterio propuesto.

B.—Observaciones de la Comisión sobre el primer informe del Relator Especial

6. La Comisión no examinó los artículos propuestos con miras a aprobarlos, modificarlos o rechazarlos, sino que se limitó a analizar en general las propuestas presentadas.

7. De las declaraciones formuladas por los miembros de la Comisión se desprendió un amplio apoyo al concepto propuesto por el Relator Especial de una «con-

² Para el texto del Acta Final, véase G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil de traités*, Gotinga, Dieterich, 1887, t. II (1814-1815) (reimpr.), pág. 379 (véase una versión española en M. Raventós e I. de Oyarzábal, *Colección de Textos Internacionales*, Barcelona, Bosch, 1936, t. I, pág. 229).

vención básica» que «establecería principios generales de derecho, de carácter supletorio, relativos a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación». Esta convención iría acompañada por acuerdos de «usuarios» o de «sistema» que permitirían a los Estados de un determinado curso de agua establecer disposiciones, derechos y obligaciones detallados aplicables a los usos del curso de agua de que se tratara³.

8. Se plantearon no pocas cuestiones en cuanto a la forma en que deberían elaborarse tales principios, así como sobre el significado y el alcance de los términos «acuerdo de usuarios» y «Estado usuario» y se planteó asimismo la cuestión de si el término «usuario» reflejaba debidamente las distintas situaciones que podrían plantearse⁴.

9. Algunos miembros se mostraron partidarios de que se formularan principios que se aplicaran a algunos usos concretos tales como el riego, la producción de energía y el consumo doméstico. Otros propusieron, en cambio, que se elaborase «una serie de normas y reglas aplicables a todos los tipos de usos de tales cursos de agua»⁵. Algunos otros consideraban dudoso que el tema estuviese ya maduro para la codificación⁶.

10. Al finalizar el debate, el Relator Especial sugirió, como próximo paso, la posibilidad de estudiar uno de los cuatro aspectos del tema que se enumeran a continuación:

- a) Principios aplicables a usos particulares;
- b) Normas sobre los usos abusivos del agua y ciertos efectos de los usos del agua, tales como la contaminación;
- c) Principios generales aplicables a los usos del agua;
- d) Disposiciones institucionales para la cooperación internacional en materia de cursos de agua internacionales⁷.

La Comisión no llegó a un acuerdo sobre el criterio que prefería adoptar. El debate giró en torno de los principios relativos a ciertos usos específicos y a los principios aplicables a los usos de los cursos de agua en general⁸.

C.—Observaciones formuladas sobre el tema en la Sexta Comisión de la Asamblea General

1. UNA CONVENCION BÁSICA

11. Con ocasión del examen en la Sexta Comisión de la Asamblea General del informe presentado por la

³ *Anuario...* 1979, vol. II (segunda parte), pág. 200, documento A/34/10, párr. 134.

⁴ Véanse, por ejemplo, las declaraciones del Sr. Riphagen (*ibid.*, vol. I, pág. 111, 1554.ª sesión, párr. 45) y del Sr. Jagota (*ibid.*, págs. 115 y 116, 1555.ª sesión, párrs. 25 a 27).

⁵ *Ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 198, documento A/34/10, párr. 125.

⁶ *Ibid.*, págs. 199 y 200, párr. 133.

⁷ *Ibid.*, pág. 203, párr. 145.

⁸ *Ibid.*, párr. 146.

CDI sobre su 31.º período de sesiones, se formularon muchas observaciones sobre el tema de los cursos de agua internacionales. Unos 45 Estados expresaron sus puntos de vista sobre varios aspectos del tema. En general, esas observaciones fueron favorables a la propuesta de que la Comisión preparase una serie de artículos que proporcionasen un marco jurídico para la negociación de tratados destinados a regir el uso del agua de cursos de agua determinados por los Estados interesados. Ningún Estado expresó directamente su disconformidad con tal propuesta, aunque algunos opinaron que sería prematuro elaborar esa serie de artículos mientras no se hubiese estudiado más a fondo el derecho de los cursos de agua internacionales⁹.

12. Veintitrés Estados apoyaron incondicionalmente la preparación de una convención básica y cuatro Estados más aprobaron el mismo criterio, pero con ciertas reservas.

13. Entre los primeros, el representante de Venezuela, que hizo uso de la palabra en nombre de los Estados del Pacto Andino¹⁰, se refirió al Tratado de la Cuenca del Plata¹¹. Señaló en particular a la atención de la Comisión el artículo 6 del Tratado, según el cual las partes en él pueden concertar acuerdos bilaterales o multilaterales encaminados al logro de los objetivos generales de desarrollo de la cuenca¹².

14. El representante de Jordania, después de manifestar que la idea de redactar una convención básica que se completaría con acuerdos de usuarios parecía «muy interesante», añadió que la «convención básica» prevista «no debe ser tan general como para anular lo que sin duda debe constituir uno de los propósitos de la codificación, es decir, la uniformidad del derecho aplicable». Afirmó que, por razones políticas, no siempre podían celebrarse acuerdos bilaterales sobre el agua¹³.

15. El representante de Bangladesh instó a la Comisión a que «desarrolle y codifique los principios pertinentes de derecho internacional, fije los procedimientos para su aplicación y [...] desarrollo [...], otorgando

un tratamiento igual a los Estados ribereños de aguas arriba y de aguas abajo». Declaró que su delegación apoyaba «decididamente la formulación de normas generales y universales sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación» en las que se establecieran derechos y obligaciones¹⁴.

16. El representante del Uruguay, aunque se mostró partidario de la elaboración de una convención básica, señaló su preocupación de que el artículo 5 parecía «limitarse el derecho de los Estados a celebrar acuerdos bilaterales fuera del marco de la convención proyectada». Observó asimismo que en el proyecto de artículo 6 parecía «establecerse la prevalencia de los tratados multilaterales de carácter general respecto de los tratados específicos bilaterales o multilaterales, lo que resulta contrario a los principios aceptados del derecho internacional»¹⁵.

17. Los Estados que no se pronunciaron a favor ni en contra del concepto de una convención básica que se combinaría con acuerdos particulares a cada curso de agua internacional se mostraron, sin embargo, partidarios de que la Comisión prosiguiera sus trabajos en tal sentido. El representante del Canadá, por ejemplo, tomó nota con interés «de la propuesta de elaborar una convención básica que recogería normas de aplicación general. Así sería posible adoptar acuerdos regionales que, a la vez que se someterían al régimen general, podrían adaptarse a las exigencias de cada caso»¹⁶.

18. Habida cuenta de que, en la Sexta Comisión, la mayoría de los Estados apoyó la elaboración de una serie de proyectos de artículos que podrían aprobarse como «convención básica», se propone que la Comisión de Derecho Internacional proceda a examinar y redactar los artículos que podrían servir de base para aprobar una convención de esa índole.

2. ¿PRINCIPIOS GENERALES O PRINCIPIOS PARTICULARES?

19. No obstante, antes de considerar cada uno de los artículos, será preciso decidir qué aspecto del uso del agua dulce deberán constituir la primera parte de la labor de la Comisión. También en este punto conviene tener en cuenta el examen del tema en la Sexta Comisión.

20. De las cuatro posibilidades sugeridas por el Relator Especial al finalizar el debate de la Comisión en su 31.º período de sesiones¹⁷, ni las normas generales sobre los usos abusivos del agua ni las disposiciones institucionales para la cooperación entre los Estados contaron con el apoyo de la Sexta Comisión. Cierta número de representantes se refirieron a la necesidad

⁹ Véase, por ejemplo, la declaración del representante de Turquía (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión, 51.ª sesión*, párrs. 49 y 50; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección).

¹⁰ Acuerdo de Cartagena [Acuerdo de Integración Subregional (Pacto Andino)], firmado en Bogotá el 26 de mayo de 1969. Países miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Para el texto, véase Foro Nacional sobre Venezuela y la Integración Latinoamericana, *Documentación Informativa*, t. II, Grupo Andino-M.C.C.-CARIFTA y otros documentos, Caracas, 1971, pág. 35.

¹¹ Firmado en Brasilia el 23 de abril de 1969. Para el texto, véase *Ríos y lagos internacionales (utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4.ª ed., rev., OEA/Ser.I/VI, CIJ-75 rev. 2, Washington (D. C.), Organización de los Estados Americanos, 1971, págs. 167 y ss. Se publicará en Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 875. Véase también *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 317, documento A/CN.4/274, párrs. 60 a 64.

¹² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión, 44.ª sesión*, párr. 18; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹³ *Ibid.*, 51.ª sesión, párr. 57; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁴ *Ibid.*, 50.ª sesión, párrs. 34 y 35; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 52; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁶ *Ibid.*, 41.ª sesión, párr. 25; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁷ Véase *supra*, párr. 10.

de crear algún tipo de organización que se ocuparía de los problemas comunes de los países ribereños, pero no se hizo propuesta alguna para que se diese prioridad a las disposiciones institucionales.

21. Con respecto a la contaminación de los cursos de agua internacionales, el representante de Finlandia declaró que el tema no tenía carácter prioritario porque varias organizaciones y organismos internacionales se dedicaban ya a preparar propuestas para la protección del medio ambiente, incluida la lucha contra la contaminación de las aguas¹⁸. El representante de Bulgaria declaró que las normas generales que había de elaborar la Comisión debían tratar en particular del medio acuático, pero no propuso que la Comisión se concentrara desde un principio en tales normas¹⁹. El representante de Egipto expresó opiniones análogas²⁰. El representante de Etiopía dijo que no era conveniente que la Comisión examinase el problema de la contaminación²¹.

22. Las otras dos posibilidades sugeridas por el Relator Especial son la elaboración de artículos que contengan principios aplicables a usos particulares del agua, tales como el riego, la producción de energía y la producción industrial, o la formulación de artículos en que se enuncien principios aplicables a los usos del agua dulce en general.

23. La preparación de una serie de principios generales contó con el apoyo de gran parte de los miembros de la Sexta Comisión que se refirieron a ese aspecto del tema. Unos 26 Estados convinieron en que la Comisión debía proceder a elaborar principios generales relativos al uso del agua de los cursos de agua internacionales. En la gran mayoría de los casos, esa posición no excluía la posibilidad de establecer principios que pudiesen aplicarse a usos particulares. En este sentido manifestó el representante de la Argentina: «El proyecto debe adoptar la forma de una convención, con un pequeño número de principios muy generales que sirvan de guía para los acuerdos entre los usuarios en casos particulares»²². El representante de Nigeria declaró que su delegación «apoyará la preparación de un código de conducta al que puedan referirse los Estados que deseen celebrar acuerdos regionales»²³. El representante de España dijo que su delegación «comparte la opinión del Relator Especial de que lo que se necesita es un conjunto de artículos que enuncien principios relativos al uso de los cursos de agua internacionales en términos suficientemente amplios para poder aplicarlos a todos los cursos de agua internacionales y que, al mismo tiempo, proporcionen el medio para que

sus disposiciones puedan adaptarse a la naturaleza específica de un curso de agua determinado»²⁴.

24. Los representantes de unos pocos Estados se refirieron directamente a la cuestión. El representante de Iraq declaró lo siguiente:

Conviene establecer una serie de normas y reglas aplicables a todos los tipos de usos de los cursos de agua internacionales más que formular reglas basadas únicamente en el examen de sus distintos usos. En efecto, es lógico enunciar en primer lugar reglas generales de las que puedan después derivarse reglas particulares aplicables a un determinado uso²⁵.

25. El representante de la India sostuvo una opinión distinta. «La CDI debe asignar prioridad a la elaboración de artículos sobre los usos especiales de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación»²⁶. En cambio, la representante de Dinamarca esperaba que se formulase «un acuerdo básico donde se establezcan normas de carácter general que puedan complementarse con normas concretas para determinados cursos de agua [...]»²⁷. El representante de Francia, tras declararse partidario de que se formulen normas generales, añadió lo siguiente:

Además, si esas normas comprenden determinados usos de los cursos de agua internacionales, deben tener un carácter meramente residual. Por tanto, es prometedora la propuesta hecha por el Relator Especial para que la convención general se complemente mediante «acuerdos de usuarios»²⁸.

El representante de Bulgaria, que apoyó la formulación de normas generales, no excluía

[...] la elaboración, a base de normas y principios generales, de normas específicas que puedan aplicarse a condiciones regionales o concretas en los sistemas fluviales internacionales²⁹.

26. Del debate en la Sexta Comisión se desprendía que la Comisión debía procurar, primeramente, elaborar una serie de principios jurídicos que se pudieran aplicar en general a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Tal fue el criterio que la gran mayoría de las delegaciones consideraron preferible, si bien no se manifestó ninguna oposición resuelta a que la Comisión empezara por formular principios relativos a usos particulares del agua. En todo caso, hubo en la Sexta Comisión una concordancia de pareceres suficiente para justificar que esa opinión sea tenida muy en cuenta al adoptar una decisión sobre la manera de llevar adelante los trabajos. Al mismo tiempo, la CDI debería considerar si hay razones de peso que aconsejen tratar primero determinados usos del agua más bien que los usos del agua en general.

¹⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión, 41.ª sesión, párr. 18; e ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección.*

¹⁹ *Ibid.*, 46.ª sesión, párr. 62; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

²⁰ *Ibid.*, 51.ª sesión, párr. 27; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

²¹ *Ibid.*, 43.ª sesión, párr. 21; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

²² *Ibid.*, 46.ª sesión, párr. 54; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

²³ *Ibid.*, párr. 32; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

²⁴ *Ibid.*, 46.ª sesión, párr. 62; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

²⁵ *Ibid.*, 38.ª sesión, párr. 45; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

²⁶ *Ibid.*, 51.ª sesión, párr. 65; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

²⁷ *Ibid.*, 48.ª sesión, párr. 3; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

²⁸ *Ibid.*, párr. 16; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

²⁹ *Ibid.*, 46.ª sesión, párr. 62; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

D.—Ventajas de empezar por el estudio de los principios generales

27. La elaboración de normas y principios relacionados con determinados usos del agua ofrece una ventaja evidente. La justificación de esos principios puede presentarse en un contexto específico como, por ejemplo, las necesidades del sistema de riego, y el contenido de un principio puede enjuiciarse con un conocimiento razonablemente exacto de sus consecuencias y de su vinculación con otros principios y normas conexos. Basta mencionar como ejemplo el principio de que todo Estado ribereño que construye una represa u otra estructura análoga de regulación de las aguas en un curso de agua internacional en el que haya una población de peces de importancia económica deberá asegurar al construirla la conservación de esa población. Al aplicar esta norma a un río en que se prevé la construcción de una represa aguas abajo del lugar de desove de los salmones, se deberá prever algún dispositivo (escaleras salmoneras, por ejemplo) merced al cual los peces puedan llegar al lugar de desove y la nueva generación de salmones pueda dirigirse al mar.

28. Todo principio general relativo a los usos de los cursos de agua será necesariamente más abstracto y sus consecuencias menos previsibles que las de una norma especialmente formulada teniendo en cuenta una consecuencia particular de un uso determinado. El artículo fundamental de la resolución sobre los usos de las aguas dulces internacionales para fines distintos de la navegación, aprobada en septiembre de 1961 por el Instituto de Derecho Internacional, en su período de sesiones de Salzburgo, constituye un ejemplo de formulación de carácter sumamente general:

Artículo 2

Todo Estado tiene derecho a usar las aguas que atraviesan o bordean su territorio, salvo las limitaciones impuestas por el derecho internacional y, en particular, las que resultan de las disposiciones siguientes.

Este derecho tiene por límite el derecho de uso de los otros Estados interesados en el mismo río o en la misma cuenca hidrográfica³⁰.

29. La norma jurídica esencial expresada es que los derechos de un Estado están limitados por los derechos

³⁰ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1961, Basilea, vol. 49, t. II, 1962, pág. 370. Véase también *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 215, documento A/5409, párr. 1076.

de otros Estados. Se trata de un postulado de derecho internacional tan fundamental que no admite discusión. Los demás artículos de la resolución del Instituto se refieren a los procedimientos para la solución de controversias. Son disposiciones útiles que ofrecen algunas otras aclaraciones sobre la forma en que pueden ejercerse los derechos de aprovechamiento. No aclaran, en cambio, en qué consisten esos derechos ni cuáles son los principios aplicables para conciliar usos contrapuestos.

30. La elaboración de un cuerpo de normas sobre usos específicos podría servir de base para formular a continuación principios generales que proporcionarían soluciones prácticas al problema de los usos incompatibles entre sí. Ahora bien, este método tiene también inconvenientes. Puede hacer que la Comisión entre en discusiones de detalle que no puedan dirimirse fácilmente por la falta de una norma general aplicable. Además, la adopción en una fase inicial de artículos que enuncien normas aplicables en general al uso de los cursos de agua ofrece la ventaja de informar a los miembros de la Comisión acerca del contexto general en que podrán elaborarse otras normas más detalladas. Los miembros de la Comisión podrían sentirse preocupados con razón ante la idea de aprobar una norma sobre actividades específicas sin saber cómo encajará esa norma dentro de un plan general. El problema fue planteado en el 31.º período de sesiones de la Comisión por Sir Francis Vallat en sus comentarios sobre la labor futura relativa a los cursos de agua internacionales:

[...] Es importante que no se pida a la Comisión que decida sobre artículos aislados, a fin de que pueda observar el proyecto de artículos en perspectiva. [El orador] espera que el Relator Especial pueda ampliar esa perspectiva a tiempo para el próximo período de sesiones de la Comisión³¹.

31. Aunque el determinar cuál ha de ser la mejor organización de los trabajos sobre el tema plantea no pocas dudas, hay razones de peso para diferir la formulación de normas relativas a usos determinados y dedicarse, en cambio, a estudiar los principios generales de derecho que podrían adoptarse como artículos de un proyecto de tratado aplicable a los usos de los cursos de agua internacionales. El Relator Especial partirá, pues, de esa base para el presente estudio, alentado por el apoyo general que este modo de enfocar la labor obtuvo en la Sexta Comisión.

³¹ *Anuario... 1979*, vol. I, pág. 117, 1555.ª sesión, párr. 34.

CAPÍTULO II

Nuevo examen de los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial en su primer informe

A.—Alcance del tema

1. ¿SE DEBE DAR UNA DEFINICIÓN DEL CURSO DE AGUA INTERNACIONAL?

32. Antes de pasar al examen de los principios generales que rigen el uso del agua de los cursos de agua

internacionales, la Comisión debería reexaminar los artículos presentados como base de discusión en el 31.º período de sesiones. Esos artículos han sido objeto, tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General, de un buen número de observaciones que van de la aprobación a la desaprobación, sobre todo en lo que respecta a ciertos detalles de algu-

nas propuestas. Ello no obstante, ha habido acuerdo general en cuanto a la necesidad de disposiciones que fijen el ámbito de aplicación de los proyectos de artículos, que definan la relación entre la labor de la CDI y los acuerdos sobre cursos de agua particulares, y que traten de la reunión y el intercambio de datos esenciales.

33. Tanto en la CDI como en la Sexta Comisión, los debates confirmaron la división de opiniones entre partidarios de la fórmula del Acta Final del Congreso de Viena³² sobre ríos contiguos y de curso sucesivo y los partidarios de un concepto más amplio, tal como el de cuenca fluvial, cuenca de drenaje o cuenca hidrológica. En el informe presentado a la CDI por el anterior Relator Especial, Sr. Kearney, en 1976³³, y en el primer informe del actual Relator Especial³⁴ se examina detenidamente la cuestión. En este último, lo que se propone es que se adopte como artículo 1 una definición provisional del alcance que sirva de base de trabajo³⁵ y permita que esta cuestión fundamental se determine cuando se haya elaborado, aunque sólo sea parcialmente, el contexto sustantivo del proyecto de artículos.

34. Un elemento nuevo es la opinión, expresada en la CDI y en la Sexta Comisión, de que el alcance de los artículos se debe fijar en una fase inicial. En la CDI, el Sr. Njenga se preguntó si la decisión de aplazar la definición de cursos de agua internacionales era realmente acertada: «como el contenido mismo de las normas dependerá de la manera en que se defina el curso de agua internacional, es indispensable que la Comisión examine esta cuestión lo más pronto posible»³⁶. El Sr. Thiam expresó también la opinión de que la Comisión de Derecho Internacional debería definir qué entendía por «cursos de agua»³⁷.

35. En la Sexta Comisión de la Asamblea General, el representante de Francia adujo la opinión de que:

La cuestión de la definición de la expresión «cursos de agua internacionales» no debería paralizar la labor de la CDI, pero no debería aplazarse demasiado una solución del problema, pues éste influye sobre el ámbito y sobre el contenido del proceso de codificación [...]»³⁸.

El representante de Kenya exhortó a la Comisión de Derecho Internacional

a que examine la definición de cursos de agua internacional lo antes posible. Al examinar la aceptabilidad de los proyectos de artículo formulados, la cuestión de si los artículos se refieren a ríos sucesivos o contiguos o, en sentido más amplio, a cuencias hidrográficas internacionales, será de importancia decisiva para los gobiernos³⁹.

³² Véase *supra*, párr. 2 y nota 2.

³³ *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), pág. 202, documento A/CN.4/295.

³⁴ *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), págs. 154 y ss., documento A/CN.4/320, párrs. 37 y ss.

³⁵ *Ibid.*, pág. 146, párr. 2.

³⁶ *Ibid.*, vol. I, pág. 120, 1556.ª sesión, párr. 23.

³⁷ *Ibid.*, pág. 231, 1578.ª sesión, párr. 6.

³⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 48.ª sesión, párr. 16; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección.

³⁹ *Ibid.*, 43.ª sesión, párr. 6; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección.

El representante del Níger consideró que la CDI había procedido acertadamente al no definir el concepto de curso de agua internacional, pero que «se requiere ahora alguna aclaración» y «ha tenido que efectuarse una elección». Sin embargo, esa delegación no consideraba que «la elección de un concepto en vez del otro deba aplicarse a la totalidad del proyecto de artículos. La elección debe efectuarse en relación con cada uno de los artículos»⁴⁰.

36. El representante de la Unión Soviética sostuvo que la adopción de una definición no podía diferirse y propuso que el término curso de agua internacional se entendiera en el sentido de denotar «las aguas que siguen un curso determinado»⁴¹. En cambio, el representante del Japón consideró que se debería «aplazar la búsqueda de una definición de cursos de agua internacionales»⁴². El representante de la India declaró que «la CDI podría ocuparse de la definición de curso de agua internacional en una etapa posterior, y tal vez incorporarla en una cláusula facultativa»⁴³. Los demás Estados que hicieron alusión al tema no comentaron concretamente la cuestión del momento en que debería adoptarse la definición, y cabe suponer que están dispuestos a dejar que esta cuestión la determine la CDI.

37. El argumento de que la definición de cursos de agua internacionales guarda una relación directa con el contenido de los principios que pueda adoptar la CDI tiene indiscutiblemente mucho peso. Si se tratara de una mera cuestión de forma no habría habido en torno a los elementos de la definición tantas discusiones como las que se han registrado en la CDI y en la Asamblea General. No cabe duda de que el significado que se dé a la expresión «curso de agua internacional» repercutirá en los intereses de los Estados, y los Estados tienen buenas razones para querer saber cuáles van a ser las consecuencias principales de la adopción de tal o cual definición. Sin embargo, en vista de las dificultades con que se tropezaba para ponerse de acuerdo sobre una definición, la CDI decidió en 1976 que no era necesaria una definición de curso de agua internacional al principio de los trabajos⁴⁴.

38. Por consiguiente, al preparar su primer informe, el Relator Especial trató de evitar propuestas que favorecieran la adopción de una definición. Ello no obstante, los proyectos de artículos 1 y 2⁴⁵, que se incluyeron como ejemplo del tipo de disposiciones mínimas necesarias para que la CDI prosiga sus trabajos sin una definición de curso de agua internacional, han sido objeto de algunas críticas, tanto en la CDI como en la

⁴⁰ *Ibid.*, 46.ª sesión, párr. 34; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección.

⁴¹ *Ibid.*, 42.ª sesión, párr. 13; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección.

⁴² *Ibid.*, párr. 5; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección.

⁴³ *Ibid.*, 51.ª sesión, párr. 65; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección.

⁴⁴ *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 160, documento A/31/10, párr. 164.

⁴⁵ *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 146, documento A/CN.4/320, párr. 2.

Sexta Comisión, según las cuales con esos textos se rebasa el mandato conferido a la CDI.

39. Las críticas contra el artículo 1 se centraron en el párrafo 1, en el que se dice:

Los presentes artículos se aplican a los usos de las aguas de los cursos de agua internacionales y a problemas conexos como la prevención de las inundaciones, la erosión, la sedimentación y la intrusión de agua salada.

2. USO DE LAS AGUAS DEL CURSO DE AGUA

40. Se ha hecho la objeción de que la CDI no debería ocuparse de los usos de las aguas de los cursos de agua internacionales, sino únicamente de los usos de los cursos de agua. Pero resulta difícil ver la utilidad de hacer una distinción entre el uso del curso de agua y el uso del agua del curso de agua.

41. Al tratar de explicar en la CDI esta distinción se dieron ejemplos de usos de cursos de agua distintos del uso de las aguas de los cursos de agua: navegación, conducción de maderas por flotación y producción de energía⁴⁶. Pero cada una de esas actividades entraña el uso del agua, y así se ha considerado tradicionalmente. El elemento común —si se da a la producción de energía un significado muy restringido— es que el uso tiene lugar «entre las orillas» del curso de agua o, como en el caso del caz de un molino, en su zona inmediatamente adyacente. Con esa definición se excluirían todos los usos que entrañan desviación o extracción de agua del curso de agua, incluidas muchas instalaciones de producción de energía. Entre esos usos excluidos figurarían casi todos los aprovechamientos del agua para el riego y otras labores agrícolas, para la producción de energía nuclear o de combustibles posibles, para la industria manufacturera, la construcción, la minería y otras actividades extractivas, así como para el consumo doméstico y municipal. Los usos esencialmente para la navegación son los que en muchos casos pueden constituir una actividad en gran parte circunscrita «dentro» del curso de agua (excepción hecha de esclusas y canales, y de las estructuras de almacenamiento de agua por bombeo y de regulación construidas en los afluentes), pero la CDI no está encargada de estudiar los usos que son esencialmente para la navegación.

42. Todos esos usos que quedarían excluidos en una definición tan estricta fueron expresamente mencionados entre los usos enumerados en la lista incluida en el cuestionario para los Estados preparado por la CDI en 1974 y aprobado por la Asamblea General en su resolución 3315 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, para que fuese enviado a los Estados. En ninguna de las contestaciones de los Estados se propuso la exclusión de esos usos y un buen número de Estados propusieron otros usos más a base de la utilización del agua tomada de los cursos de agua⁴⁷. Se han seguido reci-

biendo nuevas respuestas de Estados que dan su apoyo a la enumeración de usos propuestos en el cuestionario. En el debate de la Asamblea General y en las resoluciones de ésta sobre la labor de la CDI se ha dado por sentado que el proyecto de artículos trataría de los usos cuya exclusión se ha propuesto recientemente.

43. En el párrafo 61 del primer informe del Relator Especial se dice que en el proyecto de artículo 1 se ha adoptado la frase «los usos de las aguas de los cursos de agua internacionales» en vez de «los usos de los cursos de agua internacionales» como se dice en la resolución 2669 (XXV) de la Asamblea General. Se señala que no se trata de un cambio esencial, sino de matiz. En el párrafo 62 también se comenta brevemente este cambio y se dice que la referencia a *las aguas* «hace hincapié en la posición central y decisiva que el agua ocupa en la elaboración del presente proyecto de artículos [...]».

44. No obstante, la interpretación sumamente restrictiva que se ha propuesto para la frase «los usos de los cursos de agua internacionales» confiere importancia a la decisión que se adopte acerca de qué frase se va a utilizar en el artículo 1. Parece indispensable que se utilicen las palabras «los usos de las aguas de los cursos de agua internacionales» para evitar controversias y confusiones en cuanto a los usos que la Comisión estudia.

45. Por la misma razón, también es importante que la Comisión adopte en el curso de su 32.º período de sesiones una formulación adecuada para el artículo 1. Aunque se pueda aplazar, por lo menos durante el presente período de sesiones, la elección entre el concepto de cuenca de drenaje o la fórmula del Acta Final del Congreso de Viena⁴⁸, no parece razonable seguir adelante sobre una base tan poco definida que los miembros de la Comisión no puedan saber con seguridad si en su estudio entran usos tales como el riego o el consumo doméstico, pese a que la inclusión de esos usos ha sido aceptada desde que se iniciaron los trabajos de la Comisión y ha contado con el respaldo de la gran mayoría de los Estados.

3. PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL USO DE LAS AGUAS

46. Una segunda objeción formulada al párrafo 1 del artículo 1 pone de manifiesto en realidad la necesidad de adoptar el artículo. Un pequeño número de representantes en la Sexta Comisión pusieron reparos a la frase final del párrafo «y a problemas conexos como la prevención de las inundaciones, la erosión, la sedimentación y la intrusión de agua salada». El representante de la RSS de Bielorrusia declaró que el proyecto «[...] abarca cuestiones no relacionadas con el tema que se examina, tales como el control de las inundaciones y la erosión»⁴⁹. El representante de la URSS

⁴⁶ *Ibid.*, vol. I, pág. 228, párr. 15.

⁴⁷ Véase el análisis de las respuestas de los Estados al cuestionario de la CDI, *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), págs. 184 a 191, documento A/CN.4/294 y Add.1, preguntas D y E.

⁴⁸ Véase *supra*, párr. 2 y nota 2.

⁴⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 44.ª sesión, párr. 25; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

declaró que: «problemas como la lucha contra las inundaciones, la erosión y la sedimentación, que se plantean independientemente de la utilización de los cursos de agua, no están incluidos en la cuestión»⁵⁰.

47. En el cuestionario preparado por la Comisión de Derecho Internacional en 1974 figuraba como pregunta F lo siguiente: «¿Debe la Comisión incluir en su estudio los problemas de la prevención de las inundaciones y de la erosión?». Entre los Estados que han contestado a esta pregunta ha habido una considerable coincidencia en opinar que la CDI debe ocuparse de estas materias⁵¹. Cierta número de Estados han sugerido como puntos adicionales la sedimentación y la intrusión de agua salada, tanto en sus respuestas al cuestionario como en el debate habido en la Sexta Comisión⁵². En el informe de la CDI sobre su 28.º período de sesiones se dice que se deben incluir en el estudio la prevención de las inundaciones, los problemas de la erosión y la sedimentación⁵³. Según se señala en el primer informe de este Relator Especial, se añadió la intrusión de agua salada porque se trata de un problema afín que afecta al uso del agua dulce⁵⁴.

48. Conviene señalar también que en el 31.º período de sesiones de la CDI se adujo además la opinión de que «sería peligroso hacer extensivo el estudio a los lagos, a pesar de que algunos lagos comunican con cursos de agua [...]»⁵⁵. La expresión «curso de agua internacional», si queda subordinada a una interpretación tan limitada como ésta, no será apropiada para la formulación del proyecto de artículos que ha de preparar la CDI. La exclusión de los lagos (y canales) plantearía graves cuestiones en cuanto a la relación del proyecto de artículos como importantes cursos de agua. Cabe mencionar, entre otros, el lago Chad, el lago Lemán, los Grandes Lagos entre Canadá y Estados Unidos y el lago Titicaca.

4. OTROS PROBLEMAS DE DEFINICIÓN

49. Hay otras cuestiones derivadas de la definición que se plantean con motivo de las objeciones que se han formulado en la CDI y en la Sexta Comisión en cuanto a la expresión «Estado usuario», que se define en el artículo 2 del primer informe del Relator Especial como «todo Estado que contribuya a alimentar y utilice las aguas de un curso de agua internacional».

50. En la CDI, el Sr. Njenga se preocupó por saber «si los dos elementos de la fórmula “contribuya a alimentar y utilice” son independientes o acumulativos». Adujo que «Egipto, por ejemplo, no contribuye a ali-

⁵⁰ *Ibid.*, 42.ª sesión, párr. 13; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

⁵¹ *Anuario...* 1976, vol. II (primera parte), págs. 191 a 193, documento A/CN.4/294 y Add.1.

⁵² Véanse, por ejemplo, las respuestas de los Países Bajos y Polonia (*ibid.*, pág. 190).

⁵³ *Ibid.* (segunda parte), pág. 160, documento A/31/10, párr. 166.

⁵⁴ *Anuario...* 1979, vol. II (primera parte), pág. 160, documento A/CN.4/320, párr. 58.

⁵⁵ *Ibid.*, vol. I, pág. 228, 1577.ª sesión, párr. 14.

mentar las aguas del Nilo, pero, no obstante, utiliza esas aguas»⁵⁶. A juicio del Sr. Ushakov, el artículo 2 se basaba en el concepto de «cuenca hidrográfica internacional»⁵⁷. Los representantes del Brasil⁵⁸ y de la Unión Soviética⁵⁹ opinaron lo mismo en la Sexta Comisión.

51. En el primer informe del Relator Especial, al tratar del proyecto de artículo 2 (Estados usuarios), así como del artículo 3 (Acuerdos de usuarios) y del artículo 4 (Definiciones)⁶⁰, se dice que los artículos se proponen «sin perjuicio de decidir ulteriormente si el centro de la cuestión es el río, el sistema fluvial o la cuenca de drenaje»⁶¹. Al presentar su informe a la Comisión, el Relator Especial señaló claramente que en el proyecto de artículos propuesto no se decidía la cuestión de saber si en las aguas de un curso de agua internacional están comprendidas las aguas subterráneas además de las superficiales, ni tampoco si se abarcaban también los afluentes⁶².

B.—Proyectos de artículos

1. PROYECTO DE ARTÍCULO 1

(ALCANCE DE LOS PRESENTES ARTÍCULOS)

52. Habría que revisar tanto el artículo 1 como el artículo 2, que figuran en el primer informe⁶³, para que, en la medida que convenga, traten de los problemas que se han examinado. A fin de no quedar estancados en constantes discusiones sobre cuáles son los usos de los que hay que ocuparse y sobre si están o no incluidos los lagos (y los canales), hace falta una fórmula que deje bien sentado que un curso de agua internacional no se debe considerar meramente, según la gráfica expresión utilizada por el representante de Tailandia en la Sexta Comisión, como «un conducto que lleva agua»⁶⁴. El Relator Especial considera que se puede alcanzar este objetivo mencionando en el artículo 1 los «sistemas de cursos de agua internacionales». Este sería el único cambio importante en el proyecto de artículo propuesto, que diría lo siguiente:

Artículo 1.—Alcance de los presentes artículos

1. Los presentes artículos se aplican a los usos de las aguas de los sistemas de cursos de agua internacio-

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 120, 1577.ª sesión, párr. 14.

⁵⁷ *Ibid.*, pág. 119, párr. 17.

⁵⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 45.ª sesión, párr. 30; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

⁵⁹ *Ibid.*, 42.ª sesión, párr. 14; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

⁶⁰ *Anuario...* 1979, vol. II (primera parte), pág. 146, documento A/CN.4/320, párr. 2.

⁶¹ *Ibid.*, pág. 169, párr. 91.

⁶² *Ibid.*, pág. 159, párr. 55.

⁶³ *Ibid.*, pág. 146, párr. 2.

⁶⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones*, 40.ª sesión, párr. 50; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

nales y a problemas relacionados con esos sistemas como la prevención de las inundaciones, la erosión, la sedimentación y la intrusión de agua salada.

2. El uso de las aguas de los cursos de agua internacionales para la navegación está comprendido en el ámbito de los presentes artículos en la medida en que sus disposiciones sobre otros usos de las aguas afecten a la navegación o resulten afectadas por ésta.

2. EL «SISTEMA» DE UN CURSO DE AGUA INTERNACIONAL

53. La palabra «sistema» se utiliza frecuentemente en conexión con la idea de «río». En el artículo 331 del Tratado de Versalles se estipula:

Artículo 331

Son declarados internacionales los ríos siguientes:

El Elba (*Labe*) desde su confluencia con el Vltava (*Moldau*) y el Vltava (*Moldau*) desde Praga;

El Oder (*Odra*) desde su confluencia con el Oppa;

El Niemen (*Russstrom-Memel-Niemen*) desde Grodno;

El Danubio desde Ulm;

y todas las partes navegables de estos sistemas fluviales que naturalmente proporcionen acceso al mar a más de un Estado [...]; junto con los canales laterales y canales construidos ya para doblar o mejorar las secciones naturalmente navegables de los sistemas fluviales especificados, o para poner en comunicación dos secciones naturalmente navegables del mismo río. [...]⁶⁵.

54. En el Tratado de Versalles hay varias referencias más a los sistemas fluviales como, por ejemplo, en el artículo 362, donde, al tratar de la proyectada ampliación de la jurisdicción de la Comisión Central del Rin, se habla de «cualesquiera otras partes del sistema fluvial del Rin a las que pueda alcanzar la Convención General de que trata el artículo 338»⁶⁶.

55. También se emplea el término «sistema fluvial» en la Convención en la que se fija el estatuto definitivo del Danubio (París, 1921). En el artículo 1 se estipula la libre navegación por el curso navegable del Danubio y «por todo el sistema fluvial internacionalizado». En el artículo 2 se dice:

El sistema fluvial internacionalizado a que se hace referencia en el artículo precedente está formado por:

El Morava y el Thaya en las partes de su curso que forman la frontera entre Austria y Checoslovaquia;

El Drave a partir de Barcs;

El Tisza desde la desembocadura del Szamos;

El Maros a partir de Arad;

Los canales laterales o las vías fluviales que se puedan construir [...]⁶⁷.

⁶⁵ G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Weicher, 1923, 3.ª serie, t. XI, pág. 610. [Para una versión española del Tratado, véase E. Díaz Retg, *Tratado de paz entre las Potencias aliadas y asociadas y Alemania*, Barcelona, A.L.S.A., 1919, págs. 5 y ss.]

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 627.

⁶⁷ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XXVI, pág. 176.

En otros tratados multilaterales que se refieren a la libertad de navegación por ríos europeos se puede encontrar una utilización similar de la expresión «sistema fluvial».

56. En los principios jurídicos que rigen los usos de los ríos y lagos internacionales adoptados por la Federación Interamericana de Abogados en su Décima Conferencia, que se celebró en Buenos Aires en noviembre de 1957, se utiliza el término «sistema» en una nueva formulación de la definición de Viena de 1815. La Conferencia resolvió:

Que los siguientes principios generales, que forman parte del derecho internacional actual, son aplicables a todo curso de agua o sistema de ríos o lagos (aguas no marítimas) que atravesase o divida los territorios de dos o más Estados; dicho sistema se llamará en adelante «sistema de aguas internacionales»⁶⁸.

57. La expresión «sistemas fluviales» aparece también en textos académicos fundamentales. H. S. Smith, por ejemplo, escribe: «Del estudio de la práctica seguida se desprende inevitablemente la conclusión de que es imposible establecer una regla general acerca del orden de prioridad de intereses sobre todos los sistemas fluviales»⁶⁹. Se encuentra en la práctica de los Estados, por ejemplo en un memorando del Departamento de Estado de los Estados Unidos durante las negociaciones con Canadá sobre el río Columbia⁷⁰. Está generalizado su uso en la literatura científica y técnica y se emplea corrientemente en descripciones y análisis hidrográficos. Por ejemplo:

Parece que todos los sistemas fluviales tienen básicamente el mismo tipo de organización. El sistema fluvial es dinámico porque hay sectores que se mueven y pueden dar lugar a acontecimientos y producir cambios. La unidad se manifiesta no sólo en las similitudes importantes entre ríos de lugares diferentes, sino también en la asombrosa organización de los sistemas fluviales. Esto obedece en parte a un delicado equilibrio entre las fuerzas de erosión y las fuerzas de resistencia. La forma en que el cauce pasa por el lecho de un valle, erosionando una orilla y formando en la otra una superficie inundable, casi plana, al tiempo que conserva un perfil transversal de forma y tamaño similares, constituye otro aspecto del equilibrio dinámico que parece caracterizar a muchos de los sistemas fluviales [...]⁷¹.

58. Estos ejemplos del empleo de la palabra «sistema» en relación con los cursos de agua, ríos o aguas internacionales muestran su aplicación y su utilidad

⁶⁸ Federación Interamericana de Abogados, *Actuaciones de la Décima Conferencia realizada en Buenos Aires del 14 al 21 de noviembre de 1957*, Buenos Aires, 1958, vol. 1, págs. 246 a 248. Véase también *Anuario...* 1974, vol. II (segunda parte), págs. 221 y 222, documento A/5409, párr. 1092.

⁶⁹ H. S. Smith, *The Economic Uses of International Rivers*, Londres, King, 1931, pág. 143.

⁷⁰ Estados Unidos de América, Congress, Senate, Memorandum of the State Department: «Legal aspects of the use of systems of international waters with reference to the Columbia-Kootenay river system under customary international law and the Treaty of 1909», Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1958 (85th Congress, 2nd session, Senate, document N.º 118), pág. 89.

⁷¹ W. C. Walton, *The World of Water*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1970, págs. 212 y 213.

como término que no va a excluir la adopción en definitiva del concepto de cuenca de drenaje o de otra definición más limitada de curso de agua internacional. Al mismo tiempo, no puede aducirse en apoyo del argumento de que un curso de agua ha de considerarse como un «conducto que lleva agua»; no es tan limitada. La expresión «sistema de un curso de agua internacional» es una fórmula que sirve de base de trabajo neutral para la formulación de los principios generales básicos que se han de aplicar al uso de las aguas de los cursos de agua internacionales. Es cierto que en la fase actual de los trabajos de la CDI no está claro cuál es el alcance de la expresión «sistema de un curso de agua internacional»; pero, en vista de las consideraciones indicadas, es mejor que así sea.

3. PROYECTO DE ARTÍCULO 2 (ESTADOS DEL SISTEMA)

59. Para comprobar la utilidad de la expresión «sistema de un curso de agua internacional» basta recordar las objeciones que se han opuesto al proyecto de artículo 2 en la versión presentada en el primer informe del Relator Especial. En lugar del doble requerimiento de contribuir a alimentar las aguas y de utilizarlas, que ha suscitado las críticas, ahora se propone el siguiente artículo:

Artículo 2.—Estados del sistema

Para los efectos de los presentes artículos, es Estado del sistema todo Estado por cuyo territorio fluyan aguas del sistema de un curso de agua internacional.

60. La condición que se establece en el proyecto de artículo es de orden geográfico y es más fácil de enunciar y de aplicar que la basada en la alimentación y la utilización de las aguas. La prueba se basa en la determinación de unas realidades físicas. El hecho material clave, el saber si una parte de las aguas del sistema de un curso de agua internacional fluye a través del territorio de un determinado Estado es algo que en la gran mayoría de los casos se puede determinar por simple observación.

61. La formulación propuesta difiere de la del artículo III de las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales⁷², donde se define a un «Estado ribereño de una cuenca» como «[...] un Estado cuyo territorio abarca una porción de una cuenca hidrográfica internacional». El uso de la frase «cuenca hidrográfica» juntamente con la definición precisa de dicha cuenca en el artículo II de las Normas de Helsinki proporciona una base hidrográfica para la definición, base de la que se carece ahora en los proyectos de artículos propuestos. Al mismo tiempo, al mencionar el flujo del agua por el territorio del Estado del sistema

se tiene el propósito de aludir a la unidad hidrográfica del curso de agua.

62. Esta formulación no tiene por objeto decidir la cuestión de si un Estado desde cuyo territorio pasan aguas subterráneas al sistema de un curso de agua internacional es un «Estado del sistema». En su acepción habitual, la palabra «flujo» parece excluir a las aguas subterráneas, ya que el movimiento de éstas suele ser la filtración a través de materiales permeables. Pero también se utiliza «flujo» en sentido técnico al hablar de aguas subterráneas. El movimiento del agua en los intersticios saturados de las rocas permeables, por ejemplo, se conoce con el nombre de «flujo laminar» a pesar de que en condiciones naturales es poco corriente que el ritmo de ese movimiento sea de algo más de unos cuantos pies al día y a veces ese movimiento puede ser de tan sólo unos pocos pies por año⁷³. La decisión sobre si un Estado que sólo contribuye con aguas subterráneas a alimentar el sistema de un curso de agua es o no Estado del sistema deberá ser una consecuencia a) de que se acuerde en definitiva que el concepto de cuenca de drenaje sirva de medida del ámbito de aplicación de los proyectos de artículos o, b) en caso contrario, de que en los proyectos de artículos se incluyan algunas disposiciones sobre las aguas subterráneas y, de incluirse, de lo que en ellas se establezca.

63. Unas disposiciones de ese tipo estarían en armonía con la sugerencia del representante de la India en la Sexta Comisión: «Como las principales cuestiones relativas al alcance de los artículos se referirán a los afluentes y a las aguas subterráneas, se podrían elaborar también artículos relativos a esos aspectos»⁷⁴. Esta manera de abordar los problemas del alcance de los artículos permitiría tener en cuenta al mismo tiempo la opinión de los representantes que consideran esencial que las disposiciones destinadas a definir el alcance de los artículos sean lo más claras posible.

4. PROYECTO DE ARTÍCULO 3 (TÉRMINOS EMPLEADOS)

64. En tanto se adopte una decisión, sería útil señalar a la atención de los Estados que, en el propio proyecto de artículos, queda por decidir una cuestión básica y se ha de determinar cuáles son sus elementos principales. A tal efecto se propone un tercer proyecto de artículo relativo al significado de los términos empleados que no contendrá, por lo menos en esta oportunidad, disposiciones sustantivas, sino una exposición de la cuestión pendiente:

Artículo 3.—Términos empleados

[Se incluirá más adelante.]

[El presente artículo no tiene por objeto establecer definiciones de los términos empleados en el proyecto

⁷² I.L.A., *Report of the Fifty-second Conference (Helsinki, 1966)*, Londres, 1967, págs. 478 a 533; véase también *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 389 a 391, documento A/CN.4/274, párr. 405.

⁷³ Walton, *op. cit.*, pág. 146.

⁷⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión, 51.ª sesión, párr. 65; e ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección.*

de artículos, habida cuenta de la decisión adoptada de dejar en suspenso por el momento la cuestión del alcance de los artículos. Existen diferencias sobre si debe considerarse que el sistema de un curso de agua internacional comprende:

a) Únicamente las aguas fronterizas y las corrientes principales de los cursos de agua que atraviesen fronteras; o

b) Las cuencas fluviales, incluidos los tributarios de esos ríos, se encuentren o no exclusivamente dentro de un Estado del sistema; o

c) Las cuencas hidrográficas, incluidas todas las aguas, superficiales o subterráneas, comprendidas dentro de los límites geográficos de una cuenca vertiente que discurren hacia una salida única; o

d) Alguna combinación de estos elementos.

Hasta que se adopte una decisión sobre la cuestión pendiente sólo se definirán los términos que no resulten afectados por la falta de una decisión.]

5. ACUERDOS DE SISTEMA COMO COMPLEMENTO DE UN TRATADO BÁSICO

65. En el capítulo III del primer informe del Relator Especial se reconoce la diversidad de los cursos de agua y la dificultad consiguiente de redactar principios generales que se apliquen universalmente a los distintos cursos de agua del mundo. Se señala en dicho capítulo que, para un aprovechamiento óptimo, cada curso de agua internacional requiere un régimen ajustado a sus necesidades especiales, que debe ser objeto de un acuerdo internacional. Igualmente se señala que la historia muestra la dificultad de llegar a acuerdos satisfactorios sobre la utilización de las aguas de cursos de agua internacionales particulares si no se cuenta con unos principios jurídicos generalmente aceptados respecto de los usos de esas aguas. Como solución, se propone en el primer informe la preparación de un tratado básico que ofrezca un marco jurídico dentro del cual los Estados interesados puedan celebrar tratados relativos a cursos de agua particulares⁷⁵.

66. Este plan fue acogido favorablemente por la gran mayoría de los Estados que se refirieron a esta propuesta en la Sexta Comisión. Los representantes de 26 Estados⁷⁶ convinieron en que un tratado básico o general acompañado de acuerdos sobre cursos de agua particulares constituía un buen método para tratar los problemas derivados de la diversidad de los sistemas de los cursos de agua.

67. El representante de Finlandia expresó algunas dudas sobre si la convención básica tenía que ser complementada necesariamente con acuerdos de usuarios⁷⁷.

⁷⁵ *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), págs. 168 y 169, documento A/CN.4/320, párrs. 86 a 91.

⁷⁶ Argentina, Bangladesh, Bolivia, Colombia, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Estados Unidos de América, Etiopía, Francia, Hungría, India, Iraq, Jordania, Kenya, Marruecos, Níger, Países Bajos, Pakistán, Perú, Reino Unido, República Árabe Siria, Túnez, Uruguay, Venezuela y Zaire.

⁷⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 41.ª sesión, párr. 16; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

El Brasil⁷⁸ y Turquía⁷⁹ parecieron considerar que era prematura una decisión sobre la adopción de este método de trabajo.

68. Algunos Estados expresaron preocupaciones concretas. Por ejemplo, el representante de Jordania expuso la opinión de que, «si bien ese enfoque podría asegurar cierta flexibilidad, [...] la “convención básica” prevista no debe ser tan general como para anular lo que sin duda debe constituir uno de los propósitos de la codificación, es decir, la uniformidad del derecho aplicable»⁸⁰. El representante de Jordania puso de relieve uno de los aspectos más difíciles de la codificación del derecho de las aguas, a saber: cómo lograr un equilibrio entre la necesidad de unidad jurídica y la diversidad física. El tratado básico o general es un método de abordar este problema, pero será necesario, al elaborar una serie de artículos, tener constantemente presente la necesidad de proceder en cada caso concreto con un criterio flexible en el orden local o regional.

6. PROYECTO DE ARTÍCULO 4 (ACUERDOS DE SISTEMA)

69. La decisión de utilizar el método de una convención básica es importante para la elaboración ordenada de una serie de artículos. Habida cuenta del amplio apoyo que ha recibido esta propuesta, el Relator Especial sugiere el artículo siguiente:

Artículo 4.—Acuerdos de sistema

1. Los presentes artículos serán complementados, según requieran las necesidades del sistema de un curso de agua internacional, con uno o varios acuerdos de sistema.

2. Todo acuerdo de sistema podrá celebrarse respecto de la totalidad del sistema de un curso de agua internacional o respecto de cualquiera de sus partes, siempre que en el acuerdo se respeten los intereses de todos los Estados del sistema.

70. El artículo 4 es una versión revisada y ampliada del proyecto de artículo 3 propuesto en el primer informe, que se limitaba a introducir el concepto de «acuerdos de usuarios»⁸¹. El artículo 4 propuesto se refiere a dos cuestiones de principio que se dejaron en suspenso en el primer informe. La primera de estas cuestiones es la medida en que los Estados del sistema tienen la obligación de negociar y celebrar un acuerdo de sistema. La segunda cuestión es la de si un acuerdo de sistema debe aplicarse a todo el sistema del curso de agua o si pueden celebrarse acuerdos de sistema respecto de subsistemas u otras partes del sistema.

⁷⁸ *Ibid.*, 45.ª sesión, párr. 30; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

⁷⁹ *Ibid.*, 51.ª sesión, párr. 50; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 57; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

⁸¹ *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 146, documento A/CN.4/320, párr. 2.

71. En el párrafo 1 del artículo 4 se establece el principio general de que el tratado básico debe complementarse mediante acuerdos de sistema. En vista de la diversidad de los cursos de agua y de la necesidad de adaptar las disposiciones relativas al uso del agua a las condiciones particulares de los distintos cursos de agua y a las diversas necesidades de los Estados del sistema, la necesidad práctica de tales acuerdos está reconocida desde hace mucho tiempo y es difícilmente discutible. Más aún, en la medida en que esos acuerdos sean necesarios para prevenir o resolver controversias entre Estados, sobre todo si esas controversias pueden poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, los Estados interesados tal vez se encuentren obligados, en virtud del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, a tratar de concertar esos acuerdos. En tales casos, esos Estados tienen indiscutiblemente la obligación de tratar de encontrar una solución a esas controversias por medios pacíficos.

72. Cabe afirmar asimismo que la obligación de tratar de celebrar acuerdos de sistema dimana de las exigencias del derecho internacional consuetudinario a la luz de su evolución actual.

7. LOS ASUNTOS RELATIVOS A LA *Plataforma continental del Mar del Norte*

73. Hay una analogía entre la obligación de los Estados de negociar de buena fe, que, según determinó la Corte Internacional de Justicia en los asuntos relativos a la *Plataforma continental del Mar del Norte*⁸², existía en el contexto de la plataforma continental, y la obligación de los Estados de negociar de buena fe acuerdos relativos a los usos de las aguas de sistemas de cursos de agua internacionales.

74. Los miembros de la Comisión conocen bien los importantes fallos de la Corte en los asuntos relativos a la *Plataforma continental del Mar del Norte*. Bastará recordar, pues, que esos asuntos se referían fundamentalmente a las pretensiones de dos Estados de que la aplicación de la regla de la equidistancia para la delimitación de la plataforma continental surtía efecto *erga omnes*. Esos dos Estados —los Países Bajos y Dinamarca— mantenían que la regla de la equidistancia, contenida en una convención multilateral en la que eran partes, había pasado a constituir un principio de derecho internacional consuetudinario. El tercer Estado interesado, la República Federal de Alemania, que no era parte en esa convención, mantenía que no estaba obligado por la regla de la equidistancia, sino que tenía derecho a una parte justa y equitativa de la plataforma sobre la base de su situación geográfica en el Mar del Norte.

75. La Corte sostuvo que la utilización del método de la equidistancia para delimitar la plataforma no era obligatoria en este caso, ya que

[...] ese método no correspondería a ciertas nociones jurídicas básicas que [...] reflejan desde su origen la *opinio juris*

⁸² C.I.J. *Recueil* 1969, pág. 3.

en materia de delimitación; esos principios son que la delimitación debe ser objeto de un acuerdo entre los Estados interesados y que ese acuerdo debe lograrse de conformidad con principios equitativos. Se trata, sobre una base de preceptos muy generales de justicia y buena fe, de verdaderas normas de derecho que rigen la delimitación de plataformas continentales adyacentes, es decir, normas obligatorias para los Estados respecto de todas las delimitaciones; en suma, no se trata de aplicar simplemente la equidad como representación de la justicia abstracta, sino de aplicar una norma de derecho que prescribe la aplicación de principios equitativos, de conformidad con las ideas que han informado siempre el desarrollo del régimen jurídico de la plataforma continental en esta esfera, a saber:

a) Las partes están obligadas a entablar negociaciones a fin de lograr un acuerdo y no simplemente a proceder a una negociación formal como una especie de condición previa para la aplicación automática de un determinado método de delimitación a falta de acuerdo; las partes están obligadas a comportarse de manera que las negociaciones tengan sentido, lo que no sucede cuando una de ellas insiste en su propia posición sin pensar en la posibilidad de modificarla;

b) Las partes están obligadas a proceder de tal modo que, en el caso concreto, y teniendo en cuenta todas las circunstancias, se apliquen principios equitativos; a tal efecto puede recurrirse al método de la equidistancia, pero existen otros métodos que pueden utilizarse por sí solos o conjuntamente, según las zonas de que se trate;

c) Por las razones expuestas [...], la plataforma continental de todo Estado debe ser la prolongación natural de su territorio y no debe invadir lo que constituye la prolongación natural del territorio de otro Estado⁸³.

76. Al examinar la obligación de negociar enunciada en el apartado a, la Corte hizo remontar el origen de esa obligación a la declaración contenida en la «Proclamación Truman» de 28 de septiembre de 1945, según la cual la delimitación lateral sería «determinada por los Estados Unidos y el Estado interesado con arreglo a principios equitativos»⁸⁴. La Corte continuó, con respecto a la obligación de negociar:

[...] la Corte recuerda que la obligación de negociar [...] constituye simplemente una aplicación especial de un principio que informa todas las relaciones internacionales y que, además, está reconocido en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas como uno de los métodos de solución pacífica de controversias internacionales. No es necesario insistir en el carácter fundamental de este método de solución salvo para señalar que adquiere aún mayor importancia en virtud del hecho observable de que la solución judicial o arbitral no es aceptada universalmente.

[...] Al definir el contenido de la obligación de negociar, la Corte Permanente, en su opinión consultiva sobre el asunto del *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, afirmó que dicha obligación consistía «no sólo en entablar negociaciones, sino también en proseguir éstas lo más lejos posible con miras a concertar acuerdos», aun cuando la obligación de negociar no implicaba la de llegar a un acuerdo (C.P.J.I., serie A/B, N.º 42, 1931, pág. 116)⁸⁵.

77. De este modo, la Corte enuncia la obligación de negociar con miras a lograr un acuerdo sobre los límites de la plataforma continental. ¿Impone el derecho

⁸³ *Ibid.*, págs. 46 y 47.

⁸⁴ *Ibid.*, pág. 33.

⁸⁵ *Ibid.*, págs. 47 y 48.

internacional una obligación análoga a los Estados en lo que respecta a la distribución del uso de un recurso natural tan vital como el agua?

78. Al examinar los criterios que deben aplicarse para determinar los límites de la plataforma continental, la Corte se refirió a diversas circunstancias, que apuntan la semejanza de las cuestiones básicas que se plantean en la delimitación de la plataforma continental con el equilibrio de los usos de un curso de agua internacional:

La institución de la plataforma continental ha surgido del reconocimiento de un hecho natural y el vínculo entre ese hecho y el derecho, sin el cual esta institución jamás habría existido, continúa siendo un elemento importante para la aplicación de su régimen jurídico. La plataforma continental es, por definición, una zona que prolonga físicamente el territorio de la mayor parte de los Estados marítimos en una especie de zócalo que llamó la atención de geógrafos e hidrógrafos primero y, luego, de los juristas. La importancia del aspecto geológico viene subrayada por la meticulosidad con que, al comienzo de sus estudios, la Comisión de Derecho Internacional trató de obtener información exacta sobre sus características, como se desprende en especial de las definiciones que figuran en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, volumen I, página 126. La pertenencia geológica de la plataforma continental a los países ribereños frente a sus costas es, por consiguiente, un hecho, y el examen de la geología de esta plataforma puede ser útil para determinar si ciertas orientaciones o movimientos influyen en la delimitación al precisar en ciertos lugares la noción misma de pertenencia de la plataforma continental al Estado de cuyo territorio constituye de hecho una prolongación.

[...]

Otro elemento que debe tomarse en consideración al delimitar zonas de plataforma continental entre Estados adyacentes es la unidad de yacimiento. Los recursos naturales del subsuelo marino en la parte que constituye la plataforma continental son el objeto mismo del régimen jurídico instituido a raíz de la Proclamación Truman. Ahora bien, ocurre con frecuencia que el mismo yacimiento se extienda a ambos lados del límite de la plataforma continental entre dos Estados y, dado que es posible explotar ese yacimiento en cada lado, se plantea inmediatamente un problema a causa del riesgo de una explotación perjudicial o excesiva por uno u otro de los Estados interesados. Limitándose al Mar del Norte, la práctica de los Estados muestra la manera en que se ha tratado este problema, y basta con referirse a los compromisos asumidos por los Estados ribereños de ese mar para garantizar la explotación más eficiente o la distribución de los productos extraídos (véase, en especial, el acuerdo de 10 de marzo de 1965 entre el Reino Unido y Noruega, artículo 4; el acuerdo de 6 de octubre de 1965 entre los Países Bajos y el Reino Unido relativo a «la explotación de estructuras geológicas que se extienden a ambos lados de la línea divisoria de la plataforma continental del Mar del Norte»; y el acuerdo de 14 de mayo de 1962 entre la República Federal y los Países Bajos relativo a un plan de explotación común de los recursos naturales del subsuelo en la zona del estuario del Ems, donde la frontera entre ambos Estados no se ha delimitado de modo definitivo). La Corte no considera que la unidad de yacimiento constituya más que un elemento de hecho que es razonable tomar en consideración en el curso de las negociaciones relativas a una delimitación⁸⁶.

79. La unidad de los yacimientos de recursos naturales de la plataforma continental, si bien constituye un

elemento sustancial, no presenta, ni con mucho, la importancia de la unidad del agua en un curso de agua. La necesidad de acuerdos entre los Estados interesados para garantizar «la explotación más eficiente o la distribución» del agua difícilmente puede ser menor que la necesidad de tener en cuenta la unidad de cualquier yacimiento al llegar a un acuerdo sobre los límites de la plataforma continental.

80. La naturaleza de ambas situaciones es lo suficientemente análoga para afirmar que, si existe una obligación de derecho internacional de negociar los límites de la plataforma continental teniendo en cuenta la unidad de los yacimientos de recursos, existe igualmente una obligación de derecho internacional de negociar respecto de la distribución del uso del agua. En cada caso, el régimen jurídico corresponde a condiciones físicas únicas. La plataforma continental es un hecho geológico, constituido por la prolongación natural de la masa terrestre debajo del mar. En el caso del agua dulce, el elemento natural determinante es el ciclo hidrológico del agua, en virtud del cual un volumen de agua se desplaza continuamente a través de los Estados en sistemas de cursos de agua hasta llegar al mar. Si bien las condiciones físicas difieren, la necesidad de tomar en cuenta esas propiedades físicas y de tratar de llegar a un acuerdo sobre la disposición de los recursos es evidentemente análoga.

8. LOS ASUNTOS RELATIVOS A LA *Competencia en materia de pesquerías*

81. Esta conclusión viene a ser corroborada por los fallos de la Corte Internacional de Justicia en los Asuntos relativos a la *Competencia en materia de pesquerías*⁸⁷. ¿Cuáles eran los derechos respectivos en materia de explotación de un recurso natural —la población piscícola frente a la costa islandesa— entre la pretensión islandesa basada en la jurisdicción sobre las pesquerías y las pretensiones británica y alemana basadas en particular en derechos históricos de pesca frente a las costas islandesas?

82. A los efectos del presente informe, no es menester examinar los dos asuntos paralelos relativos a la *Competencia en materia de pesquerías* más que en lo que concierne a sus repercusiones en la obligación de negociar. En lo referente a esta cuestión, la Corte reconoció la dependencia excepcional de Islandia respecto de las pesquerías. Seguidamente declaró:

Los derechos preferenciales del Estado ribereño sólo entran en juego en el momento en que, a causa de la intensificación de la explotación de los recursos pesqueros, resulta indispensable establecer algún sistema de limitación de capturas y de distribución de esos recursos para preservar las poblaciones de peces a los efectos de su explotación racional y económica. Así parece que ocurre en el presente caso. En lo que concierne a las dos principales especies demersales de que se trata —el bacalao y el eglefino—, el demandante ha mostrado que no se le oculta la necesidad de una limitación de las capturas, que se ha hecho indispensable actualmente que las capturas estén reglamentadas en otros sectores del Atlántico Norte. Si no se establece

⁸⁶ *Ibid.*, págs. 51 y 52.

⁸⁷ *C.I.J. Recueil 1974*, págs. 3 y 175.

un sistema de limitación de las capturas en la zona de Islandia, es muy posible que la pesca practicada en esos otros sectores se reoriente hacia los fondos no protegidos que rodean a Islandia⁸⁸.

También estimó que la República Federal de Alemania y el Reino Unido tenían derechos especiales e históricos de pesca frente a las costas de Islandia y que esos derechos habían sido reconocidos por este país. La afirmación de un derecho a excluir toda actividad pesquera de buques extranjeros en la zona de 50 millas no era compatible con el concepto de derechos preferenciales, que «implica una cierta prioridad de esos derechos, pero que no puedan abolir los derechos concurrentes de otros Estados»⁸⁹. La Corte declaró seguidamente que «una solución equitativa del presente litigio exige conciliar los derechos preferenciales de pesca de Islandia [...] y los derechos tradicionales de pesca del demandante»⁹⁰. Declaró a continuación:

[...] No se trata, en ninguno de los dos casos, de derechos absolutos: los derechos preferenciales de un Estado ribereño están limitados por el grado de su dependencia especial respecto de las pesquerías y por su obligación de tener en cuenta los derechos de otros Estados y las necesidades de la conservación; los derechos establecidos de otros Estados pesqueros están a su vez limitados por la dependencia especial del Estado ribereño respecto de las pesquerías y por su propia obligación de tener en cuenta los derechos de otros Estados, incluidos los del Estado ribereño, y las necesidades de la conservación⁹¹.

83. La forma en que han de conciliarse el derecho del Estado ribereño y los derechos de los otros Estados pesqueros se describe como sigue:

Del concepto de derechos preferenciales se deduce implícitamente que son necesarias negociaciones para definir o delimitar el alcance de esos derechos, como ya se reconoció en la resolución sobre situaciones especiales relativas a pesquerías ribereñas, aprobada en Ginebra en 1958, que constituye el punto de partida del derecho en la materia. Dicha resolución prevé la colaboración entre el Estado ribereño y todos los demás Estados que pesquen en la zona para la justa solución de la situación especial mediante la adopción de medidas aceptadas por todos.

La obligación de negociar dimana, pues, de la naturaleza misma de los derechos respectivos de las Partes; ordenarles que negocien es, por consiguiente, una manera justificada en este caso de ejercer la función judicial. Esto corresponde asimismo a los principios y disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativos al arreglo pacífico de controversias. Como declaró la Corte en los asuntos relativos a la *Plataforma continental del Mar del Norte*:

«la obligación de negociar [...] constituye simplemente una aplicación especial de un principio que informa todas las relaciones internacionales y que, además, está reconocido en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas como uno de los métodos de solución pacífica de controversias internacionales» (*C.I.J. Recueil 1969*, pág. 47, párr. 86)⁹².

84. No es menos claro que de los derechos respectivos de los Estados en relación con las aguas del sistema de

un curso de agua internacional emana una obligación de negociar. El desplazamiento de las aguas por el territorio de un Estado al territorio de otro Estado, considerado a la luz de los cambios incesantes de la cantidad de agua disponible como consecuencia de las variaciones del ciclo hidrológico y de la necesidad de una cooperación plena y amistosa entre los Estados para la mejor utilización de este recurso natural esencial, constituye una situación especial —en realidad, una condición natural única— que sólo puede regularse mediante acuerdos entre los Estados del sistema como resultado de negociaciones celebradas de buena fe.

85. Los fallos de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos relativos a la *Plataforma continental del Mar del Norte* y a la *Competencia en materia de pesquerías* indican, por consiguiente, que existe un principio general de derecho internacional que exige que los Estados resuelvan mediante negociaciones las cuestiones relativas a los recursos internacionales de agua dulce. El proyecto de artículo 4 codifica esa obligación en el contexto del tratado básico.

9. EL ASUNTO DEL LAGO LANÓS

86. Por otra parte, la existencia de un principio general de derecho que exige que los Estados resuelvan mediante negociaciones las cuestiones relativas a los recursos de agua dulce ha sido confirmada explícitamente, por lo que respecta al agua dulce, por el laudo arbitral dictado en el *Asunto del lago Lanós*⁹³.

87. El Gobierno francés resolvió ejecutar ciertas obras de aprovechamiento de las aguas del lago, aguas que alimentaban el río Carol y aflúan al territorio de España. En varias ocasiones, de 1917 a 1956, los Gobiernos de Francia y España celebraron consultas y negociaciones sobre la propuesta desviación de las aguas del lago Lanós. Finalmente, Francia optó por un proyecto de desviación que entrañaba la plena restitución de las aguas desviadas antes de la frontera española. No obstante, España temía que las obras propuestas lesionaran los derechos e intereses españoles, en contradicción con el Tratado de Bayona de 26 de mayo de 1866 y el Acta adicional de la misma fecha entre Francia y España. España alegó que, en cualquier caso, conforme al Tratado de arbitraje celebrado con Francia el 10 de julio de 1929, no podían emprenderse tales obras sin acuerdo previo entre ambos países. Los Gobiernos español y francés decidieron, en virtud de un compromiso firmado en Madrid el 19 de noviembre de 1956, someter el caso a arbitraje. España solicitó al Tribunal Arbitral que declarara que Francia infringiría las disposiciones del Tratado de Bayona de 26 de mayo de 1866 y del Acta adicional de la misma fecha si ejecutaba el proyecto de desviación sin el acuerdo de España, mientras que Francia sostuvo que podía actuar legalmente sin tal acuerdo.

⁸⁸ *Ibid.*, pág. 27.

⁸⁹ *Ibid.*, págs. 27 y 28.

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 30.

⁹¹ *Ibid.*, pág. 31.

⁹² *Ibid.*, pág. 32.

⁹³ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 63.V.3), pág. 281. Véase también *Anuario...* 1974, vol. II (segunda parte), págs. 206 a 211, documento A/5409, párrs. 1055 a 1068.

88. El *Asunto del lago Lanós* contiene muchos elementos de sumo interés para el derecho de los usos de los cursos internacionales para fines distintos de la navegación. A los presentes efectos, sin embargo, sólo se examinarán los elementos relativos a la obligación de los Estados de negociar la distribución de las aguas de un curso de agua internacional.

89. En primer lugar, es importante señalar que esa obligación no fue puesta en tela de juicio y que fue reconocida por Francia no sólo en virtud de las cláusulas del Tratado de Bayona y del Acta adicional, sino también como un principio que cabía deducir de los precedentes⁹⁴. Además, aunque el Tribunal basó algunas de sus conclusiones relativas a la obligación de negociar en las cláusulas del Tratado de Bayona y del Acta⁹⁵, no se limitó en modo alguno a la interpretación de esas cláusulas. Al resolver en contra de la pretensión española de que el consentimiento de España era una condición previa a la actuación de Francia, el Tribunal se refirió a la obligación de negociar de la manera siguiente:

En efecto, para apreciar en su esencia la necesidad de un acuerdo previo, es preciso situarse en la hipótesis de que los Estados interesados no puedan llegar a un acuerdo. En ese caso, hay que admitir que el Estado que normalmente ejercería la soberanía ha perdido el derecho de actuar por sí solo, debido a la oposición incondicionada y arbitraria de otro Estado. Esto equivaldría a admitir un «derecho de asentimiento», un «derecho de veto», que paralizaría a discreción de un Estado el ejercicio de la soberanía territorial de otro Estado.

De ahí que en la práctica internacional se recurra preferentemente a soluciones menos extremas, limitándose a obligar a los Estados a que celebren negociaciones para llegar a un acuerdo, pero sin subordinar a la conclusión de éste el ejercicio de sus soberanías respectivas. Por ello se ha hablado, a menudo sin propiedad, de la «obligación de negociar un acuerdo». En realidad, los compromisos así aceptados por los Estados adoptan formas muy diversas y tienen un alcance variable, según la forma en que hayan sido definidos y los procedimientos para su puesta en práctica; de todas formas, la realidad de las obligaciones así aceptadas es inatacable, y puede ser sancionada en caso de, por ejemplo, ruptura injustificada de las conversaciones, aplazamientos anormales, inobservancia de los procedimientos previstos, negativa sistemática a tomar en consideración las propuestas o los intereses de la otra parte, y más generalmente en caso de infracción de las reglas de la buena fe.

[...]

[...] En realidad, hoy día los Estados tienen plena conciencia de la importancia de los intereses contradictorios, que pone en tela de juicio el aprovechamiento industrial de los ríos internacionales y de la necesidad de conciliarlos mediante concesiones mutuas. El único medio de llegar a transacciones de interés es la conclusión de acuerdos, partiendo de una base cada vez más amplia. La práctica internacional refleja la convicción de que los Estados deben tratar de concluir tales acuerdos; habría así una obligación de aceptar de buena fe todas las conversaciones que, con una amplia confrontación de intereses unida a la buena voluntad recíproca, deben ponerlos en condiciones óptimas de concluir acuerdos [...] ⁹⁶.

⁹⁴ *International Law Reports*, Londres, Butterworth, 1957, págs. 111 y 112.

⁹⁵ *Ibid.*, págs. 139 y 141.

⁹⁶ *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 208 a 210, documento A/5409, párrs. 1065 y 1066.

Como ya se ha indicado, el artículo 4 codifica la obligación de negociar en el contexto del tratado básico.

10. PROYECTO DE PRINCIPIOS DE CONDUCTA EN MATERIA DE RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS

90. Conviene señalar, por último, que el «Proyecto de principios de conducta en el campo del medio ambiente para la orientación de los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos compartidos por dos o más Estados», preparado por un Grupo Intergubernamental de Expertos bajo los auspicios del PNUMA⁹⁷, confirma el hecho de que los Estados deben resolver mediante la negociación las cuestiones relativas a los recursos de agua dulce. A esta idea responden claramente los siguientes principios de ese proyecto:

Principio 2

Con el objeto de asegurar una efectiva cooperación internacional en el campo del medio ambiente en materia de conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, los Estados que comparten dichos recursos naturales deberían tratar de concluir entre sí acuerdos bilaterales o multilaterales a fin de regir su conducta al respecto en forma específica aplicando cuando sea necesario los presentes principios de manera jurídicamente obligatoria, o deberían tratar de celebrar otros arreglos a tal fin, según corresponda. Al concertar esos acuerdos o arreglos, los Estados deberían considerar el establecimiento de estructuras institucionales, tales como comisiones conjuntas internacionales, con el objeto de llevar a cabo consultas sobre problemas relacionados con la protección y la utilización de recursos naturales compartidos.

[...]

Principio 5

Los Estados que comparten un recurso natural deberían, en la medida practicable, intercambiar información y celebrar consultas con carácter regular sobre los aspectos ambientales de dicho recurso.

Principio 6

1. Es necesario que todo Estado que comparte un recurso natural con otro o varios otros Estados:

a) notifique con antelación al otro o a los otros Estados que compartan el recurso los detalles pertinentes de los planes encaminados a iniciar la conservación o la utilización de ese recurso, o introducir un cambio en éstas, respecto de los cuales razonablemente pueda preverse que afectarán sensiblemente al medio ambiente en el territorio de ese otro o esos otros Estados, y

b) a petición de ese otro o esos otros Estados, entable consultas en relación con dichos planes, y

c) facilite, a petición en ese sentido del otro o de los otros Estados, información adicional concreta que sea pertinente en relación con esos planes, y

⁹⁷ Véase el informe del Grupo Intergubernamental de Expertos acerca de la labor realizada en su quinta reunión, Nairobi, 23 de enero-7 de febrero de 1978 (UNEP/IG.12/2), transmitido al Consejo de Administración del PNUMA en su sexto período de sesiones (Nairobi, 9-25 de mayo de 1978) con una nota del Director Ejecutivo (UNEP/GC.6/17).

d) En caso de que no se haya hecho notificación mencionada en el inciso *a supra*, entable consultas acerca de esos planes con el otro o los otros Estados cuando éstos así lo soliciten.

2. 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.

Principio 7

El intercambio de información, las notificaciones, las consultas y otras formas de cooperación aplicables a los recursos naturales compartidos se llevan a cabo sobre la base del principio de la buena fe y en el espíritu de la buena vecindad, y de modo tal que se evite todo retraso injustificado, sea en las formas de cooperación, sea en la ejecución de proyectos de desarrollo o conservación.

Principio 8

En los casos en que sea conveniente para esclarecer problemas ambientales relacionados con un recurso natural compartido, los Estados deberían realizar en forma conjunta estudios y evaluaciones científicos a fin de facilitar el logro de soluciones apropiadas y satisfactorias de esos problemas basándose en datos reconocidos.

Principio 9

1. Los Estados tienen el deber de informar urgentemente a otros Estados que puedan verse afectados:

a) de cualquier situación de emergencia resultante de la utilización de recursos naturales compartidos que pueda tener repentinamente efectos nocivos sobre el medio ambiente de esos Estados;

b) de cualquier suceso natural de carácter grave y repentino que esté relacionado con el recurso natural compartido y pueda afectar al medio ambiente de esos Estados.

2. Los Estados deberían también, cuando fuera procedente, informar de cualquier situación o suceso de esa índole a las organizaciones internacionales competentes.

3. Los Estados interesados deberían cooperar, en particular mediante planes convenidos para circunstancias imprevistas, cuando fuera procedente, y prestándose asistencia recíproca, a fin de evitar situaciones graves y eliminar, reducir o corregir en la medida de lo posible los efectos de esas situaciones o sucesos.

[...]

Principio 11

1. Las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas son aplicables al arreglo de controversias sobre el medio ambiente que surjan en relación con la conservación o utilización de los recursos naturales compartidos.

2. En caso de que las negociaciones u otros medios no obligatorios no permitan resolver la controversia en un plazo razonable, es necesario que los Estados sometán la controversia

a un procedimiento de arreglo adecuado convenido entre ellos, de preferencia con antelación. Dicho procedimiento debería ser rápido, eficaz y obligatorio.

3. Es necesario que los Estados partes en tal controversia se abstengan de toda acción que pueda agravar la situación en lo que concierne al medio ambiente hasta el punto de crear un obstáculo al arreglo amistoso de la controversia.

11. CARÁCTER CONDICIONAL DE LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR

91. Hay otros dos aspectos del proyecto de artículo 4 que requieren un breve comentario. La obligación de negociar acuerdos de sistemas no es un requisito absoluto. Son muchas las corrientes que fluyen por el territorio de más de un Estado y que no suscitan actualmente ningún problema entre Estados en relación con el uso de las aguas. Existen otras corrientes internacionales que plantean problemas que se resuelven en el ámbito local o mediante acuerdos officiosos. Incluso en el caso de un gran sistema de un curso de agua puede ocurrir que las condiciones físicas y la naturaleza y el alcance del uso de las aguas permitan conciliar las necesidades de los Estados del sistema.

92. Ahora bien, esas situaciones —y las necesidades humanas correspondientes— varían constantemente, lo que influye en la obligación de intentar llegar a un acuerdo. Cabe señalar, a este respecto, las deliberaciones de la Corte Internacional de Justicia sobre los derechos preferenciales de un Estado ribereño en el asunto de la *Competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia)*:

De esto no se deduce que los derechos preferenciales de un Estado ribereño que se encuentra en una situación especial representen un concepto invariable en el sentido de que el grado de prioridad que hay que atribuir al Estado ribereño deba considerarse en un momento determinado fijo para siempre. Por el contrario, los derechos preferenciales están en función de la dependencia excepcional de ese Estado ribereño respecto de las pesquerías en sus aguas adyacentes y, por consiguiente, pueden evolucionar con ella. Por otra parte, como reconoce expresamente el canje de notas de 1961, la dependencia excepcional de un Estado ribereño respecto de la pesca puede referirse no sólo al sustento de su población, sino también al desarrollo económico del país. En uno u otro caso se trata fundamentalmente de una cuestión de apreciación de la dependencia del Estado ribereño respecto de las pesquerías consideradas en relación con la del otro Estado interesado y de conciliar ambas de la forma más equitativa posible⁹⁸.

93. A fin de tener en cuenta el problema del cambio en las circunstancias, así como las situaciones en que no son necesarios acuerdos, el párrafo 1 del artículo 4 dispone que los artículos del proyecto serán complementados «según requieran las necesidades del sistema de un curso de agua internacional».

12. ACUERDOS RELATIVOS A SUBSISTEMAS

94. El segundo aspecto relacionado con el párrafo 1 que requiere algunas observaciones es la referencia a

⁹⁸ C.I.J. Recueil 1974, pág. 30.

«uno o varios acuerdos de sistema». Quizá sea un exceso de precaución especificar que los Estados del sistema tienen libertad para resolver los problemas de un sistema mediante uno o varios acuerdos. La idea está claramente implícita en la referencia anterior a «las necesidades del sistema de un curso de agua internacional».

95. La cuestión de la multiplicidad de acuerdos de sistema relativos a un curso de agua determinado se trata también en el párrafo 2 del artículo 4. La cuestión de si un acuerdo de sistema debe aplicarse a la totalidad del curso de agua o si puede haber acuerdos de sistema que se apliquen a subsistemas y a determinadas partes de un sistema es importante cuando los Estados del sistema son tres o más, ya que en tales casos puede ser conveniente por razones de sencillez y utilidad reglamentar sólo una parte del curso de agua. Además, aunque es de suponer que se tendrán en cuenta los intereses de todos los Estados del sistema cuando sólo parte de un curso de agua dependiente de dos Estados sea objeto de un tratado, no ocurrirá necesariamente así cuando dos Estados celebren un acuerdo relativo a un sistema compartido por más de dos Estados.

96. El Relator Especial señaló en su primer informe que la Convención relativa a la ordenación de las fuerzas hidráulicas que interesan a varios Estados (Ginebra, 1923)⁹⁹, presentada como el tratado básico por antonomasia, contemplaba la negociación de acuerdos bilaterales para regular determinadas partes de los cursos de agua internacionales y no la totalidad de éstos¹⁰⁰. Se refirió asimismo al Tratado de la Cuenca del Plata (Brasilia, 23 de abril de 1969), del que citó su artículo 6, que dice lo siguiente:

Lo establecido en el presente Tratado no inhibirá a las Partes Contratantes para concluir acuerdos específicos o parciales, bilaterales o multilaterales, encaminados al logro de los objetivos generales de desarrollo de la cuenca¹⁰¹.

97. En su primer informe, el Relator Especial hizo observar que, en opinión de los especialistas en esta materia, la forma más eficaz y provechosa de regular las cuestiones relacionadas con un curso de agua era tomar éste en su totalidad y que este método de incluir a todos los Estados ribereños se había adoptado en particular en los tratados relativos a las cuencas del Amazonas, el Plata, el Níger y el Chad. Subrayó asimismo que algunos problemas relacionados con la contaminación del curso de agua requerían medidas de cooperación a todo lo largo del curso de agua y mencionó la Convención relativa a la protección del Rin contra la contaminación química (Bonn, 1976) como ejemplo de la necesidad de un régimen uniforme¹⁰².

98. En general, el tenor de las observaciones formuladas en la Sexta Comisión fue favorable a que se dejara a los Estados un gran margen de libertad para cele-

brar acuerdos sobre cursos de agua particulares. El representante de la India observó que «la CDI no debe dedicar una atención excesiva a la cuestión del contenido de los acuerdos de usuarios entre los Estados ribereños, que debe librarse a los Estados interesados»¹⁰³. El representante de Venezuela llamó especialmente la atención sobre el artículo 6 del Tratado de la Cuenca del Plata, citado anteriormente¹⁰⁴.

99. De las 200 principales cuencas fluviales internacionales, 52 son cuencas compartidas por varios Estados, y entre ellas se cuentan las cuencas fluviales más importantes del mundo: las del Amazonas, el Chad, el Congo, el Danubio, el Elba, el Ganges, el Mekong, el Níger, el Nilo, el Rin, el Volta y el Zambeze¹⁰⁵. En los sistemas compartidos por varios Estados, éstos han recurrido frecuentemente a acuerdos que reglamentan sólo una parte del curso de agua y están en vigor sólo entre algunos de los Estados ribereños.

100. Del *Repertorio sistemático por cuenca de convenios, declaraciones, textos legislativos y jurisprudencia relativos a los recursos hídricos internacionales*, publicado por la FAO¹⁰⁶, se desprende que gran número de tratados en vigor sobre cursos de agua versan sólo sobre una parte del sistema del curso de agua. Por ejemplo, para el decenio 1960-1969, el *Repertorio* enumera 12 acuerdos que entraron en vigor con respecto al sistema del Rin. De esos 12 acuerdos, sólo 1 incluye como partes a todos los Estados del Rin; varios otros, aunque no localizados, sólo se aplican en una zona determinada; y el resto concierne a subsistemas del Rin y a zonas limitadas del sistema del Rin.

101. Serán necesarios acuerdos sobre subsistemas y acuerdos relativos a zonas determinadas. En el sistema de algunos cursos de agua, como el Indo, el Plata y el Níger, las diferencias entre subsistemas son tan marcadas como las que existen entre distintos sistemas de cursos de agua. Es probable que sea más fácil lograr acuerdos sobre subsistemas que acuerdos sobre la totalidad del sistema de un curso de agua, especialmente si están implicados un gran número de Estados. Además, siempre habrá problemas cuya solución no interese más que a un número limitado de Estados del sistema.

102. No parece que haya ninguna razón de peso para excluir del ámbito de aplicación del tratado básico a los acuerdos sobre subsistemas o a los acuerdos localizados. Una de las principales finalidades del tratado básico es facilitar la negociación de acuerdos sobre el uso de las aguas, y esa finalidad es común a todos los acuerdos, ya versen sobre todo un sistema o sean localizados, ya tengan un carácter general o se refieran a un problema particular. Es de esperar que el tratado básico proporcione a los Estados del sistema una sólida base común para la negociación, que es lo que realmente hace falta

¹⁰³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión, 51.ª sesión, párr. 65; e ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección.*

¹⁰⁴ *Ibid.*, 44.ª sesión, párr. 18; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección. Véase también *supra*, párr. 96.

¹⁰⁵ *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 174, documento A/CN.4/320, párr. 108.

¹⁰⁶ FAO, Estudio Legislativo N.º 15, Roma, 1978.

⁹⁹ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XXXVI, pág. 75.

¹⁰⁰ *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), págs. 168 y 169, documento A/CN.4/320, párrs. 86 y 87.

¹⁰¹ *Ibid.*, pág. 170, párr. 95 (véase también *supra*, nota 11).

¹⁰² *Ibid.*, pág. 171, párrs. 98 a 100.

en la actualidad en las negociaciones sobre cursos de agua. No parece conveniente limitar la aplicación del tratado básico a los acuerdos de sistema que abarquen la totalidad del sistema de un curso de agua.

13. PARTES EN LOS ACUERDOS DE SISTEMA

103. El Relator Especial incluyó en su primer informe un artículo 5 («Partes en acuerdos de usuarios»)¹⁰⁷, en virtud del cual los Estados usuarios que no fueran partes en el tratado básico hubieran podido ser partes en un acuerdo de usuarios, y un artículo 6 titulado «Relación entre los presentes artículos y los acuerdos de usuarios»¹⁰⁸. Ambas disposiciones fueron objeto de críticas. Ninguna de ellas es indispensable para la elaboración de la primera parte del proyecto de artículos. Será más fácil determinar si son necesarias disposiciones relativas a estas cuestiones una vez se haya avanzado más en la elaboración de la estructura general del proyecto de artículos.

104. Convendría regular, sin embargo, ciertos aspectos de la relación entre los Estados y los acuerdos de sistema. A estos efectos se sugiere que se adopte un artículo que guarde una estrecha relación con los problemas a que se refiere el artículo 4.

14. PROYECTO DE ARTÍCULO 5 (PARTES EN LA NEGOCIACIÓN Y CELEBRACIÓN DE ACUERDOS DE SISTEMA)

105. El Relator Especial propone el proyecto de artículo siguiente:

Artículo 5.—Partes en la negociación y celebración de acuerdos de sistema

1. Todos los Estados del sistema tendrán derecho a participar en la negociación y celebración de cualquier acuerdo de sistema que se aplique a la totalidad del sistema de un curso de agua internacional.

2. Todo Estado del sistema cuyo uso o disfrute de las aguas del sistema de un curso de agua internacional pueda resultar afectado apreciablemente por las disposiciones de un acuerdo de sistema que se aplique sólo a una parte del sistema tendrá derecho a participar en la negociación y celebración de ese acuerdo.

106. El párrafo 1 del artículo se explica por sí solo. Cuando el acuerdo de sistema se refiere a la totalidad del sistema de un curso de agua internacional, no hay motivos razonables para excluir a ningún Estado del sistema de la participación en la negociación de ese acuerdo ni para impedirle que llegue a ser parte en él. Es cierto que probablemente habrá acuerdos de sistema que presenten poco interés para uno o varios de los Estados del sistema. Pero como las disposiciones de esos

acuerdos están destinadas a aplicarse a todo el sistema, el fin del acuerdo se frustraría si no se diera a todos los Estados del sistema la oportunidad de participar.

107. El artículo 5 trata del derecho a participar en la negociación de un acuerdo y no de la obligación de negociar, a la que se refiere el artículo 4. La obligación de negociar lleva necesariamente aparejado el derecho a participar en las negociaciones. El artículo 5 se limita a designar los Estados facultados para ejercer ese derecho en los diversos supuestos considerados en el artículo 4¹⁰⁹.

108. El párrafo 2 del artículo 5 versa sobre los acuerdos que sólo se refieren a una parte del sistema. Dispone que todos los Estados del sistema cuyo uso o disfrute de las aguas del sistema pueda resultar afectado apreciablemente por un acuerdo que se aplique sólo a una parte del sistema tendrán derecho a participar en la negociación y a llegar a ser partes en ese acuerdo de subsistema. El fundamento de esta disposición es que si la aplicación de las disposiciones de un tratado relativo a una parte de un curso de agua puede afectar apreciablemente al uso o disfrute de las aguas por un Estado, el ámbito de aplicación del acuerdo se extiende necesariamente al territorio de ese Estado.

109. Como las aguas de un curso de agua están en constante movimiento, cualquier medida adoptada conforme a un acuerdo con respecto al agua en un territorio determinado puede tener consecuencias fuera de ese territorio. Por ejemplo, los Estados A y B, cuya frontera común es el río Styx, convienen en que cada uno de ellos podrá desviar un 40 % de la corriente del río para el consumo doméstico, la industria y el riego en un punto situado a 25 millas aguas arriba del Estado C, que el Styx atraviesa después de salir del territorio de los Estados A y B. Como consecuencia de esa desviación, la cantidad total de agua del río de que dispondrá el Estado C, incluido el flujo de retorno en los Estados A y B, se reducirá en un 25 % con respecto a la que hubiera tenido de no efectuarse la desviación.

110. La cuestión no consiste en si A y B están jurídicamente facultados para concertar tal acuerdo, sino en determinar si un tratado que ha de establecer principios generales de orientación a los Estados para la celebración de acuerdos sobre la utilización del agua dulce debe contener un principio que asegure al Estado C la posibilidad de participar, como parte eventual, en las negociaciones acerca de las medidas que se proponen adoptar los Estados A y B, que reducirán considerablemente la cantidad de agua que fluye a través del territorio del Estado C.

111. Hay cierta semejanza entre las consideraciones que intervienen en el caso hipotético del río Styx y algunas de las consideraciones que intervienen en los fallos relativos a la *Plataforma continental del Mar del Norte*¹¹⁰. En ambos casos se plantea la cuestión de la unidad de los recursos naturales, que exige la negociación de acuerdos para resolver los problemas de explotación. Todo Estado del sistema debe tener derecho a

¹⁰⁷ Anuario... 1979, vol. II (primera parte), pág. 146, documento A/CN.4/320, párr. 2.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Véase *supra*, párr. 69.

¹¹⁰ Véase *supra*, nota 82.

participar en la negociación y celebración de un acuerdo internacional que pueda afectar directamente de manera apreciable a la cantidad o la calidad del agua de que dispone.

112. Este derecho no es un derecho absoluto. El efecto sobre el uso o disfrute de las aguas por un Estado debe ser apreciable para justificar la participación de éste en la negociación y celebración de un acuerdo de sistema restringido.

113. La cuestión de si esa salvedad es necesaria y conveniente debe resolverse basándose principalmente en razones pragmáticas. Si un Estado del sistema no resulta afectado por un acuerdo relativo a una parte del sistema, la unidad física del sistema no requiere de por sí que se dé al Estado del sistema el derecho a participar en la negociación y celebración de un acuerdo restringido. La participación de uno o varios Estados del sistema cuyos intereses no están directamente en juego en las cuestiones que se negocian equivaldría a introducir en el proceso de negociación intereses ajenos.

114. Esto no significa que, en el caso de un acuerdo de sistema relativo a la totalidad del sistema o a un subsistema, las decisiones concernientes a algunos de los aspectos del uso de las aguas del sistema, o a todos ellos, no deban adoptarse mediante procedimientos en los que participen todos los Estados del sistema. Respecto de la mayoría de los cursos de agua, si no de todos, el establecimiento de procedimientos de coordinación de las actividades en todo el sistema resulta sumamente conveniente, y tal vez necesario, y esos procedimientos pueden incluir muy bien el requisito de la plena participación de todos los Estados del sistema en las decisiones que sólo se refieran a una parte de él. Sin embargo, tales procedimientos deben adoptarse para el sistema de cada curso de agua por los Estados del sistema respectivo con arreglo a las necesidades y condiciones propias de éste. Aquí se sugiere que, como cuestión de principio general, todo Estado del sistema tiene el derecho a participar en la negociación y celebración de un acuerdo restringido que pueda afectar a los intereses de ese Estado respecto de las aguas del sistema.

15. «APRECIABLEMENTE»

115. Queda por examinar la cuestión de si la norma debe indicar el grado en que los intereses del Estado deben resultar afectados para justificar el derecho a negociar y a llegar a ser parte en un acuerdo de sistema. Es menester determinar si esa salvedad —«apreciablemente»— no origina más problemas que los que resuelve. Si fuera posible cuantificar un «efecto», ello sería mucho más fácil. Ahora bien, en la medida en que el Relator Especial ha podido determinarlo, eso no es factible, al menos sin contar con asesoramiento técnico.

116. Aunque las consecuencias de la decisión que se adopte a este respecto son de orden jurídico, la decisión misma debe tomarse a la luz de consideraciones científicas, técnicas y matemáticas. La Comisión habrá de pedir la ayuda de especialistas para formarse un criterio razonado en esta materia. Por esta y otras razones

convendría constituir un grupo de expertos encargado de emitir un dictamen técnico sobre los problemas de esta índole; el Relator Especial insistirá ulteriormente en esta cuestión.

117. A falta de una fórmula matemática que permita fijar la medida en que el uso o disfrute de las aguas de un sistema debe resultar afectado para justificar la participación en una negociación, se sugiere como criterio que los efectos sobre un Estado del sistema sean «apreciables». El alcance de esos efectos puede determinarse mediante pruebas objetivas (siempre que puedan obtenerse éstas). Debe darse un verdadero menoscabo del uso o disfrute.

118. Lo que se quiere excluir son las situaciones del tipo de la planteada en el *Asunto del lago Lanós*, en el que España insistía en que la restitución de las aguas del lago Lanós se efectuara a través del sistema original. El Tribunal concluyó que:

[...] gracias a la restitución efectuada según el mecanismo antes descrito, ningún usuario garantizado resultará lesionado en su disfrute [...]; el volumen al nivel de estiaje de las aguas disponibles del Carol, al cruzar la frontera, no sufrirá en ningún momento una disminución [...] ¹¹¹.

Seguidamente, el Tribunal señaló que España podría haber alegado que las obras de desviación proyectadas

darían lugar a una contaminación definitiva de las aguas del Carol o que las aguas restituidas tendrían una composición química o una temperatura, o cualquier otra característica, que podría lesionar los intereses españoles [...]. Ni el expediente ni los debates en este asunto contienen el menor indicio de tal alegación ¹¹².

Al no haber sostenido España que se hubieran lesionado sus intereses de alguna forma tangible, el Tribunal consideró que España no podía exigir el mantenimiento de las aportaciones originales sin restitución. Conviene señalar que la propuesta de Francia en que se basó el Tribunal sólo se había adoptado tras una larga serie de negociaciones, iniciadas en 1917, que dieron lugar, en particular, a la creación en 1949 de una comisión mixta de ingenieros y a una propuesta francesa en 1950 —sustituida después por el plan sobre el que se pronunció el Tribunal— que habría afectado apreciablemente al uso y disfrute de las aguas por España ¹¹³.

119. Por otra parte, el término «apreciablemente» no se emplea en el sentido de «considerablemente». Someter el derecho a participar en las negociaciones a la condición en que el uso o disfrute resulte afectado considerablemente impondría al tercer Estado una carga excesiva. La medida exacta en que las medidas proyectadas pueden afectar al uso de las aguas será probablemente muy difícil de determinar al comienzo de las negociaciones. La decisión relativa al lago Lanós ilustra la medida en que los proyectos pueden modificarse como consecuencia de las negociaciones y que tal modificación puede favorecer o perjudicar a un tercer Esta-

¹¹¹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (*op. cit.*), pág. 303.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*, pág. 292.

do. Sólo debe exigirse de éste que pruebe que su uso o disfrute puede resultar afectado apreciablemente.

120. Este parece ser el sentido con que se aplica esta salvedad en el artículo 5 del Estatuto anexo a la Convención relativa al aprovechamiento de la cuenca del Chad (Fort Lamy, 22 de mayo de 1964):

[...] Los Estados Miembros se comprometen a abstenerse de adoptar, sin remitirlas previamente a la Comisión, cualquier medida que pueda ejercer una notable influencia sobre el alcance de las pérdidas de agua; sobre la forma del hidrograma o limnograma anuales y ciertas otras características del lago; sobre las condiciones de su aprovechamiento por otros Estados ribereños; sobre el estado sanitario de los recursos hidráulicos, o sobre las características biológicas de la fauna y de la flora de la cuenca ¹¹⁴.

121. Pueden encontrarse otros ejemplos de aplicación con ese sentido en el artículo 1 del Convenio entre Noruega y Suecia sobre ciertas cuestiones relativas al régimen jurídico de las aguas (Estocolmo, 11 de mayo de 1929):

1. El presente Convenio versa sobre las instalaciones, obras u otras operaciones efectuadas en las aguas de uno de los dos países que por su naturaleza puedan ocasionar cambios apreciables en las del otro país en lo que concierne a la profundidad, el lecho, la dirección, el nivel o la cantidad de agua, o entorpecer la circulación de los peces en perjuicio de la pesca en ese otro país ¹¹⁵.

Otro ejemplo es el artículo XX del Convenio para la fijación del estatuto jurídico de la frontera entre el Brasil y el Uruguay (Montevideo, 20 de diciembre de 1933):

Cuando el establecimiento de una instalación para aprovechamiento de aguas fuese susceptible de acarrear modificación sensible y durable en el régimen de curso de un río fronterizo o que corte la frontera, el Estado contratante que pretendiese tal aprovechamiento no realizará las obras necesarias para ello antes de ponerse de acuerdo con el otro Estado ¹¹⁶.

122. Cabe mencionar también que, en un artículo relativo a la obligación de modificar y proporcionar información sobre cualquier proyecto de construcción o instalación que pudiera alterar el régimen de una cuenca, las Normas de Helsinki establecen que tal notificación debe hacerse al Estado de la cuenca «cuyos intereses pudieran verse afectados considerablemente» ¹¹⁷.

123. Por las razones indicadas, el Relator Especial se inclina por el criterio del efecto «apreciable». A este respecto, el «Proyecto de principios de conducta...» ¹¹⁸ resulta instructivo. Esos principios disponen que se

efectúen evaluaciones ambientales antes de emprender cualquier actividad relacionada con un recurso natural compartido «que pueda ocasionar el riesgo de afectar sensiblemente al medio ambiente de otro Estado u otros Estados que comparten dicho recurso» (principio 4). Del mismo modo, esos principios establecen que se notifiquen con antelación los planes encaminados a introducir un cambio en la utilización de un recurso natural compartido «respecto de los cuales razonablemente pueda preverse que afectarán sensiblemente al medio ambiente en el territorio de ese otro o esos otros Estados» (principio 6, párr. 1, apartado a). En el Proyecto de principios figura una sola definición: «[...] la expresión “afectar sensiblemente” se refiere a todos los efectos apreciables sobre un recurso natural compartido y excluye los efectos de *minimis*».

16. REUNIÓN E INTERCAMBIO DE DATOS

124. El capítulo IV del primer informe del Relator Especial ¹¹⁹ trata de la reunión e intercambio de datos. El proyecto de artículo 8 ¹²⁰ dispone que «Todo Estado contratante reunirá y consignará en un registro datos relativos a la precipitación y la evaporación de agua, al nivel y la velocidad media de la corriente y a la extracción de agua de un curso de agua internacional en su territorio». Las modalidades de reunión y registro se dejaron en suspenso para su estudio futuro con asesoramiento de especialistas. El artículo 9 ¹²¹ dispone el intercambio periódico de los datos reunidos con los demás Estados del curso de agua y la reunión y el intercambio de datos adicionales, para lo que habrán de realizarse todos los esfuerzos posibles. El artículo 10 ¹²² establece normas relativas a la distribución de los costos.

125. En el comentario incluido en el informe se subraya que no pueden aplicarse eficazmente principios jurídicos a los usos de las aguas de un curso de agua internacional si no se dispone de un conocimiento exacto y detallado de esas aguas. En la sección A del capítulo I de ese informe, al examinar el ciclo hidrológico, se hace referencia a las considerables variaciones que se producen anualmente según las estaciones, así como en ciclos más largos, en el volumen del agua disponible para su utilización en una cuenca. Mientras que la cantidad total de agua en el conjunto del ciclo hidrológico permanece constante, la cantidad disponible en una cuenca, un río o una corriente puede variar y, de hecho, varía considerablemente como resultado de modificaciones climáticas y artificiales.

126. Para el éxito de cualquier intento de reglamentar los usos del agua dulce internacional en régimen de cooperación y no de competencia, sería indispensable disponer de datos del tipo a que se refiere el proyecto de artículo 8. Sin embargo, como se desprende del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su

¹¹⁴ *Journal officiel de la République fédérale du Cameroun*, Yaoundé, 15 de septiembre de 1964, 4.º año, N.º 18, págs. 1003 y ss., y *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 316, documento A/CN.4/274, párr. 55.

¹¹⁵ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXX, págs. 277 y 278.

¹¹⁶ *Ibid.*, vol. CLXXXI, pág. 86.

¹¹⁷ Art. XXIX, párr. 2. Véase *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 391, documento A/CN.4/274, párr. 405. Véase también el artículo X, sobre la contaminación, en el que se formulan los criterios del «perjuicio notable» y el «daño considerable», *ibid.*, pág. 390.

¹¹⁸ Véase *supra*, párr. 90 y nota 97.

¹¹⁹ *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 145, documento A/CN.4/320.

¹²⁰ *Ibid.*, pág. 147, párr. 2.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

31.º período de sesiones, esas propuestas relativas a los datos fueron acogidas con ciertas reservas. Algunos miembros de la Comisión expresaron la preocupación de que una obligación de esta índole representara una carga sumamente onerosa; se sugirió que se sustituyera por una disposición relativa a la cooperación de los Estados en el estudio del problema de la reunión y el intercambio de datos y que las obligaciones concretas se formularan en los acuerdos de usuarios¹²³.

127. La finalidad de los artículos 8, 9 y 10 era ilustrar algunas de las dificultades técnicas que tendrían que afrontarse para elaborar normas viables en esta esfera. A este respecto se subrayó la necesidad de constituir un grupo de expertos que ayudara a la Comisión a ocuparse de cuestiones como las relativas a la reunión y el intercambio de datos.

128. En la Sexta Comisión de la Asamblea General, la reunión y difusión de datos no fue objeto de extensos debates. El representante de Egipto apoyó firmemente el reconocimiento de la necesidad de cooperación entre los Estados en esta esfera¹²⁴. El representante de Tailandia subrayó que «Si no se reúnen e intercambian datos, el proceso legislativo prácticamente no podrá avanzar»¹²⁵. Varios otros Estados apoyaron la necesidad de disposiciones relativas a la reunión y el intercambio de datos y formularon propuestas concretas sobre el contenido. El representante del Níger expresó la preocupación de que los Estados en desarrollo tal vez no dispusieran de los medios técnicos necesarios para satisfacer las exigencias de los artículos y propuso modificaciones para hacer el artículo más flexible¹²⁶. El representante de la República Democrática Alemana consideró que las obligaciones relativas a la reunión y el intercambio de datos deberían basarse en obligaciones convencionales entre Estados contratantes¹²⁷. El representante de la India propuso que las obligaciones relativas al intercambio de datos que figuraban en el párrafo 1 del artículo 7 se reglamentasen «mediante acuerdos entre los usuarios y no en las normas fundamentales»¹²⁸.

129. La escasez relativa de observaciones tal vez refleje una aceptación general de la posición de que la reunión y el intercambio de los datos necesarios constituye un elemento esencial de las normas relativas a la utilización de las aguas de un sistema. Los elementos reunidos en el capítulo IV del primer informe del Relator Especial vienen a corroborar la aceptación general por los Estados de la necesidad de información, necesidad reflejada en muchas disposiciones de tratados.

17. PROYECTO DE ARTÍCULO 6 (REUNIÓN E INTERCAMBIO DE DATOS)

130. Los proyectos de artículos propuestos en el primer informe tal vez sean demasiado precisos para su inclusión en un convenio básico en una fase dedicada a la formulación de principios generales. Sin embargo, la necesidad de la reunión y el intercambio de datos es tan esencial que puede y debe expresarse en forma de una obligación básica. En consecuencia, el Relator Especial propone el artículo siguiente:

Artículo 6.—Reunión e intercambio de datos

Los Estados del sistema, habida cuenta de su desarrollo económico respectivo y de los medios de que dispongan, procederán a la reunión y al intercambio sistemáticos, con carácter periódico, de datos e informaciones hidrográficas y de otra índole concernientes a los usos existentes y previstos de las aguas del sistema, o adoptarán disposiciones a tal efecto.

131. El artículo 6 enuncia sucintamente algunas de las principales reglas que deben regir la reunión y el intercambio de datos relativos al agua dulce. Dicho artículo confía a los Estados de cada sistema la tarea de determinar los procedimientos de reunión e intercambio de datos que mejor se ajusten a las necesidades del sistema. Esta solución es conforme al sentido de las observaciones hechas en la CDI y en la Sexta Comisión.

132. Dicho artículo confía también a los Estados del sistema la determinación de la forma en que deba establecerse la normativa referente a la reunión y el intercambio de datos. Esto se realizaría normalmente mediante un acuerdo de sistema. Sin embargo, en los sistemas en los que ya existe un mecanismo, como las comisiones fluviales, tal vez estén vigentes procedimientos administrativos que sirvan para lograr los resultados necesarios.

133. La reunión y el intercambio de datos deben llevarse a cabo de manera constante. Se considera que la referencia a la reunión y el intercambio «sistemáticos» y a los usos existentes y previstos, así como la expresión «con carácter periódico» dejan bien sentado este aspecto.

134. La clase de información que debe suministrarse se indica en términos generales. La referencia a los usos existentes y previstos de las aguas define en cierto modo la obligación. Cabe que haya corrientes internacionales muy secundarias en zonas escasamente pobladas en las que el nivel de usos sea tal que no se necesite intercambiar datos. La referencia al nivel de «desarrollo económico» es también pertinente.

135. La referencia a los «usos» de las aguas del sistema sirve también para aclarar los «datos e informaciones hidrográficas y de otra índole» que los conciernen. Raros serán los cursos de agua en los que el consumo doméstico no constituya un uso importante. Consiguientemente, los datos relativos a la calidad del agua serían, en muchos casos, los datos concernientes a la

¹²³ *Ibid.* (segunda parte), págs. 202 y 203, documento A/34/10, párrs. 142 y 143.

¹²⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión, 51.ª sesión, párr. 27; e ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección.*

¹²⁵ *Ibid.*, 40.ª sesión, párr. 50; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

¹²⁶ *Ibid.*, 46.ª sesión, párr. 36; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

¹²⁷ *Ibid.*, 43.ª sesión, párr. 32; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

¹²⁸ *Ibid.*, 51.ª sesión, párr. 65; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

condición física del agua. Son los Estados interesados del sistema los que deben determinar los datos relativos a la calidad del agua que deben reunirse e intercambiar en el sistema de que se trate.

136. La referencia a los usos previstos, además de los existentes, es fundamental, ya que no pueden hacerse planes para la utilización del agua dulce ni preverse, por ejemplo, los efectos de la construcción de obras en el curso de agua sobre las condiciones del agua en los Estados del sistema sin una cantidad considerable de datos hidrológicos. La planificación en un Estado del sistema requiere la planificación en otros Estados del sistema, por regla general, lo que, a su vez, puede influir en la planificación en el primer Estado. Sin una información adecuada de todos los Estados interesados, la planificación puede quedar en conjeturas.

137. La referencia al nivel de desarrollo económico y a los medios disponibles se ha incluido para tener en cuenta la observación anteriormente mencionada de que

no debe obligarse a los Estados a suministrar información si no disponen de los medios para ello¹²⁹. Esta preocupación es razonable. Sin embargo, la solución de este problema tal vez consista en una asignación adecuada de los costos del suministro de los datos.

138. El artículo 6 no se ocupa de la cuestión de la distribución de las cargas, y esto tal vez sea también una cuestión que deban tratar preferiblemente los Estados del sistema para cada sistema particular.

139. El primer informe del Relator Especial incluye numerosos análisis y precedentes que corroboran la necesidad de que los Estados del sistema reúnan e intercambien datos sobre las aguas del sistema. El Relator Especial no se propone repetir esa información ni completarla, puesto que no se ha puesto en tela de juicio la necesidad de un principio general relativo a la reunión y el intercambio de datos.

¹²⁹ Véase *supra*, párrs. 126 y 128.

CAPÍTULO III

Principios generales: el agua como recurso natural compartido

A.—Introducción

140. En los últimos años, el concepto de recursos naturales compartidos y de cooperación entre los Estados con respecto a su uso y aprovechamiento en beneficio común ha logrado una amplia aceptación. En realidad, el concepto de recursos compartidos y de su uso en cooperación parece haber constituido implícitamente la base de una práctica general de los Estados profundamente enraizada en la historia del derecho y las relaciones internacionales. La finalidad de este capítulo es examinar el concepto de recursos naturales compartidos en relación con las aguas de los cursos de agua internacionales; demostrar el grado de aceptación con que cuenta en la comunidad internacional el concepto de recursos naturales compartidos; indicar que la aplicación de ese concepto al derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para la navegación tiene inevitablemente repercusiones en el derecho de los usos para fines distintos de la navegación; y dar una idea de cómo el concepto del agua dulce en cuanto recurso natural compartido ha tenido amplia aplicación también en la esfera de las aguas fronterizas. Al comienzo del capítulo se propone el proyecto de artículo correspondiente.

B.—El agua como arquetipo del recurso natural compartido

141. El concepto de recursos naturales compartidos por dos o más Estados, para tener algún sentido, debe incluir las aguas de los cursos de agua internacionales. En su primer informe, el Relator Especial demostró que las realidades físicas de la naturaleza que rigen

el comportamiento de las aguas que fluyen del territorio de un Estado al territorio de otro Estado dan lugar a que esas aguas estén sometidas por fuerza a un influjo recíproco. Lo que ocurre al agua en una parte de un curso de agua internacional influye generalmente, tarde o temprano, y en mayor o menor grado, en lo que ocurre al agua en otras partes del mismo curso de agua¹³⁰. Para corroborar esta verdad incontrovertible se pueden aportar innumerables pruebas científicas. La Comisión ahorrará tiempo si acepta los hechos como lo que son y ajusta la norma a los hechos. El primer hecho fundamental es que las aguas del sistema de un curso de agua internacional son el arquetipo del recurso natural compartido¹³¹.

¹³⁰ *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), págs. 147 y ss., documento A/CN.4/320, párrs. 4 a 31. Véase también *Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales: aspectos institucionales y jurídicos*, informe del Grupo de Expertos sobre los aspectos jurídicos e institucionales del desarrollo de los recursos hidráulicos internacionales, colección Recursos naturales, Serie del agua N.º 1 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.75.II.A.2), párrs. 14 a 38. Los cambios ocurridos en aguas fronterizas y aguas arriba influyen necesariamente en otras aguas fronterizas y aguas abajo. Los cambios ocurridos aguas abajo influyen en algunos casos en las aguas de los tramos superiores de la corriente.

¹³¹ El Director Ejecutivo del PNUMA, tras señalar que no había un término genérico satisfactorio para designar los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, se limitó a indicar cinco «ejemplos obvios» de tales recursos, el primero de los cuales era: «a) un sistema mundial hidrográfico, incluyendo tanto aguas superficiales como subterráneas». Véase «Cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados: informe del Director Ejecutivo» (UNEP/GC/44 y Corr.1 y 2 y Add.1), párr. 86. El proyecto de principios elaborado por el PNUMA, al que se refiere el presente informe, se examina más adelante (párrs. 156 a 185).

**C.—Proyecto de artículo 7
(Recurso natural compartido)**

142. A la luz de las consideraciones precedentes y de las que siguen en este capítulo, se propone a la Comisión que examine, como el primero de los principios generales que rigen los usos de las aguas de los cursos de agua internacionales, el proyecto de artículo siguiente:

Artículo 7.—Recurso natural compartido

Los Estados del sistema considerarán las aguas del sistema de un curso de agua internacional como un recurso natural compartido.

D.—Aceptación por la comunidad internacional del concepto de recurso natural compartido

143. Aunque el concepto de recurso natural compartido quizá sea en algunos aspectos tan antiguo como el de cooperación internacional, su formulación es relativamente nueva e incompleta. No ha sido aceptado en cuanto tal como principio de derecho internacional, bien que los recursos naturales compartidos vienen considerándose desde hace mucho tiempo, en la práctica de los Estados, como fuente de obligaciones de cooperación para la regulación de tales recursos. El concepto de recursos naturales compartidos sólo ha pasado al primer plano en el último decenio.

1. CARTA DE DERECHOS Y DEBERES ECONÓMICOS DE LOS ESTADOS

144. La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1974¹³² por 120 votos contra 6 y 10 abstenciones, contiene el artículo siguiente:

Artículo 3

En la explotación de los recursos naturales compartidos entre dos o más países, cada Estado debe cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa con el objeto de obtener una óptima utilización de los mismos que no cause daños a los legítimos intereses de los otros.

145. Este artículo dio lugar a controversias y fue aprobado en la Segunda Comisión por 97 votos contra 7 y 25 abstenciones, y en sesión plenaria, por 100 votos contra 8 y 28 abstenciones¹³³. Ni el artículo 3 ni la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados en general pueden considerarse declarativas ni creadoras de derecho internacional, habida cuenta de las notorias limitaciones de las facultades de la Asam-

blea General a este respecto y de que esta resolución de ese órgano, discutible y discutida, fue calificada expresamente por diversos Estados, tanto durante la negociación de su texto como en el momento de su aprobación y después de ella, de recomendación que no expresaba ni generaba obligaciones en derecho internacional.

146. No obstante, el artículo 3 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos presenta gran interés para la tarea de la Comisión. En primer lugar, presupone y declara explícitamente lo que constituye un hecho innegable: que existen recursos naturales compartidos por dos o más países. En segundo lugar, afirma que en la explotación de esos recursos compartidos «cada Estado debe cooperar». En tercer lugar, la base de esa cooperación se indica en términos —«sobre la base de un sistema de información y consulta previa»— que concuerdan con la importancia que para el presente tema tienen la obtención y el intercambio de datos y la negociación entre Estados ribereños. Y, finalmente, se especifica que el objetivo de esa cooperación internacional es «una óptima utilización de [tales recursos] que no cause daños a los legítimos intereses» de terceros. Cabe afirmar que, en todos estos aspectos, ese artículo de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados está muy bien fundado. Por otra parte, es posible demostrar, y así se hará más adelante en el presente informe, que aunque la Carta en su conjunto no pueda considerarse declarativa ni creadora de derecho internacional, su artículo 3 expresa esencialmente principios válidos del derecho internacional en vigor, sea cual fuere la eficacia jurídica que pueda atribuirse a su enunciado en ese artículo.

147. La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados requiere otra observación. El artículo 3 sigue inmediatamente al artículo 2, que, en su párrafo 1, dispone:

Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas.

En el artículo 2 se indica después lo que, a juicio de la mayoría de la Asamblea General, se deriva del derecho así declarado.

148. No es en absoluto necesario aceptar las muy controvertidas disposiciones del artículo 2 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos, en su totalidad o en parte, para advertir que el artículo 3 está concebido y ha sido incluido como una excepción al artículo 2. Es decir, la Asamblea General ha aprobado una resolución en la que se afirma sin ambages la soberanía permanente de todo Estado sobre «sus» recursos naturales, cuidando, sin embargo, de precisar inmediatamente después que, en lo que concierne a los recursos naturales «compartidos entre dos o más países», entran en juego otras obligaciones. Esto parece ser un reconocimiento importante, por no menos de 100 Estados, de que el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales *no se aplica* a los recursos naturales compartidos y, por consiguiente, tampoco se aplica a las aguas de los cursos de agua internacionales.

¹³² Resolución 3281 (XXIX).

¹³³ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo noveno período de sesiones, Segunda Comisión*, 1648.^a sesión; e *ibid.*, *Sesiones Plenarias*, 2319.^a sesión.

2. INFORME DE LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL AGUA

149. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, convocada en 1977, aprobó un informe¹³⁴ que contiene muchos elementos de interés para el tema que examina la Comisión. Son particularmente pertinentes respecto de la cuestión ahora estudiada las siguientes recomendaciones de la Conferencia, que forman parte del Plan de Acción de Mar del Plata:

G.—COOPERACIÓN REGIONAL

*Desarrollo de los recursos hídricos compartidos*⁵

84. En el caso de los recursos hídricos compartidos es necesaria una acción cooperativa a fin de producir datos adecuados en los que se pueda basar la futura ordenación y de preparar las instituciones y acuerdos adecuados para un desarrollo coordinado.

85. Los países que comparten recursos hídricos deberían examinar, con la asistencia adecuada de organismos internacionales y de otros órganos de apoyo, a petición de los países interesados, las técnicas existentes y disponibles para la ordenación de las cuencas de los ríos compartidos y cooperar en el establecimiento de los programas, mecanismos e instituciones necesarios para el desarrollo coordinado de tales recursos. Las esferas de cooperación, con el acuerdo de las partes interesadas, pueden incluir la planificación, el desarrollo, la regulación, la ordenación, la protección ambiental, la utilización y la conservación, los pronósticos, etc. Tal cooperación debe constituir un elemento fundamental en un esfuerzo destinado a superar las dificultades más graves, como la falta de capital y mano de obra capacitada, así como las exigencias del desarrollo de los recursos naturales.

86. Con este fin se recomienda que los países que comparten recursos hídricos:

a) Alienten la realización de estudios de ser preciso con ayuda de organismos internacionales y otros órganos competentes, destinados a comparar y analizar las instituciones existentes para la ordenación de los recursos hídricos compartidos, e informen sobre sus resultados;

b) Establezcan comisiones conjuntas entre países, si corresponde, con el acuerdo de las partes interesadas, para cooperar en aspectos tales como la recopilación, normalización e intercambio de datos, en la ordenación de las aguas compartidas, la prevención y control de la contaminación del agua, la prevención de las enfermedades relacionadas con el agua, la reducción de los efectos de las sequías, las actividades de control de las inundaciones y de mejoramiento de los ríos y los sistemas de alerta de inundaciones;

c) Fomenten los planes conjuntos de educación y capacitación para lograr economías de escala en la formación tanto del personal profesional como del subprofesional que ha de trabajar en la cuenca;

d) Estimulen el intercambio entre los países interesados y la celebración de reuniones entre representantes de las comisiones fluviales internacionales o interestatales existentes para

⁵ Se ha utilizado esta expresión sólo para dar uniformidad al texto, pero su empleo no prejuzga la posición de los países que prefieren las expresiones «aguas transfronterizas» o «aguas internacionales» con respecto a ninguno de los problemas considerados.

¹³⁴ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.77.II.A.12).

compartir experiencias. Tales reuniones podrían incluir a representantes de países que comparten recursos, pero que aún no han establecido instituciones para su ordenación;

e) Fortalezcan las instituciones gubernamentales e intergubernamentales necesarias existentes, si fuere necesario, en consulta con los gobiernos interesados y mediante el suministro de equipo, fondo y personal;

f) Adopten las disposiciones necesarias para emprender estudios sobre recursos hídricos compartidos y vigilar la calidad del agua;

g) Cuando no haya acuerdo sobre la forma de utilizar los recursos hídricos compartidos, los países que comparten esos recursos deberán intercambiar la información pertinente sobre la cual pueda basarse la ordenación futura de dichos recursos a fin de evitar daños previsibles;

h) Ayuden a la cooperación activa de los países interesados para controlar la contaminación del agua en los recursos hídricos compartidos. Esta cooperación podrá establecerse mediante convenciones bilaterales, subregionales o regionales o por otros medios en que puedan convenir los países interesados que comparten los recursos.

87. Las organizaciones regionales de recursos hídricos, teniendo en cuenta los estudios preparados y propuestos, así como las características hidrológicas, políticas, económicas y geográficas de los recursos hídricos compartidos de las distintas cuencas hidrográficas, deberán buscar la forma de aumentar su capacidad para promover la cooperación en materia de recursos hídricos compartidos y, a tales fines, aprovechar la experiencia de otras organizaciones regionales de recursos hídricos.

[...]

H.—COOPERACIÓN INTERNACIONAL

*Desarrollo de los recursos hídricos compartidos*⁵

90. Cuando existan recursos hídricos compartidos es necesario que los Estados cooperen en reconocimiento de la creciente interdependencia en materia económica, ambiental y geográfica a través de las fronteras internacionales. De conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional, tal cooperación deberá realizarse sobre la base de la igualdad, soberanía e integridad territorial de todos los Estados, teniendo debidamente en cuenta los principios expresados, entre otros, el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano⁶.

91. En lo que atañe a la utilización, la ordenación y el desarrollo de los recursos hídricos compartidos, las políticas nacionales deberán tomar en consideración el derecho de cada Estado que comparte los recursos a utilizar equitativamente estos recursos como medio de establecer lazos de solidaridad y cooperación.

92. Se requiere un esfuerzo concertado y sostenido a fin de reforzar el derecho de aguas internacional como medio de establecer sobre una base más firme la cooperación entre los Estados. Preocupa cada vez más a muchos gobiernos la necesidad de efectuar un desarrollo progresivo y una codificación de las normas del derecho internacional que rigen el desarrollo y la utilización de los recursos hídricos compartidos.

93. A este fin se recomienda que:

a) La labor de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas relativa al desarrollo progresivo del derecho internacional y a la codificación de las normas sobre utiliza-

⁶ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.II.A.14), cap. I, sec. II.

ción de los cursos de agua internacionales con fines distintos de la navegación tenga mayor prioridad en el programa de trabajo de la Comisión, y que esa labor se coordine con las actividades de otros órganos internacionales que se ocupan del desarrollo del derecho internacional sobre el agua con miras a la pronta concertación de una convención internacional;

b) A falta de acuerdos bilaterales o multilaterales, los Estados Miembros continúen aplicando los principios generalmente reconocidos del derecho internacional en lo que respecta a la utilización, el desarrollo y la ordenación de los recursos hídricos compartidos;

c) Se pida al Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en recursos naturales compartidos por dos o más Estados que acelere sus trabajos sobre el proyecto de principios de conducta para la orientación de los Estados en lo que respecta a la conservación y explotación armónica de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados;

d) Los Estados Miembros tomen nota de las recomendaciones del Grupo de Expertos sobre los aspectos jurídicos e institucionales del aprovechamiento de los recursos hídricos internacionales establecido en virtud de la resolución 1033 (XXXVII) del Consejo Económico y Social de 14 de agosto de 1964, así como las recomendaciones del Seminario Interregional de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de las cuencas e intercuencas fluviales (Budapest, 1975);

e) Los Estados Miembros tomen nota asimismo de la importante labor de los órganos no gubernamentales y otros órganos de expertos sobre derecho internacional del agua;

f) Se inste a los representantes de las actuales comisiones internacionales sobre recursos hídricos compartidos a reunirse lo antes posible con miras a compartir y divulgar los resultados de sus experiencias y promover los enfoques institucionales y jurídicos de dicha cuestión;

g) Se aproveche plenamente el sistema de las Naciones Unidas para el examen, la obtención y la difusión de datos y para facilitar el intercambio de información y de experiencias acerca de esta cuestión. En consecuencia, el sistema debería organizarse a fin de proporcionar una asistencia cabal y coordinada a los Estados y a las comisiones de cuencas que la soliciten;

[...] ¹³⁵.

150. Estos pasajes del informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua son interesantes, entre otros aspectos, por lo siguiente: en ellos se acepta y utiliza la expresión «recursos hídricos compartidos», aunque sin perjuicio de la posición de los países que prefieren las expresiones «aguas transfronterizas» o «aguas internacionales»; se hace hincapié en la necesidad de cooperación internacional, por medio de comisiones fluviales internacionales y otros procedimientos, y de acopio e intercambio de datos con tal fin; se afirma «el derecho de cada Estado que comparte los recursos a utilizar equitativamente estos recursos como medio de establecer lazos de solidaridad y cooperación»; se presupone y se declara la existencia de «principios generalmente reconocidos del derecho internacional» que se aplican, incluso a falta de acuerdos bilaterales o multilaterales, en lo que respecta a la utilización, el desarrollo y la ordenación de los recursos hídricos compartidos, principios que es preciso que los Estados Miembros «continúen aplicando».

¹³⁵ *Ibid.*, cap. I.

151. Posteriormente, el Consejo Económico y Social ¹³⁶ y la Asamblea General ¹³⁷ aprobaron resoluciones en las que se encomiaba vivamente el informe. Por 128 votos contra ninguno y 9 abstenciones, la Asamblea General aprobó el informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua y el Plan de Acción de Mar del Plata, del que forman parte las recomendaciones citadas más arriba. En la resolución se insta a los Estados Miembros a que adopten medidas intensificadas y sostenidas para la aplicación de los acuerdos tomados en la Conferencia, en particular el Plan de Acción de Mar del Plata.

152. Las recomendaciones del Plan de Acción de Mar del Plata y las resoluciones del Consejo Económico y Social y de la Asamblea General que lo aprobaron no demuestran por sí solas la existencia de obligaciones de derecho internacional ni dan origen a ellas. Pero son importantes como indicación de que la comunidad mundial en su conjunto reconoce que las aguas de los cursos de agua internacionales constituyen un recurso natural compartido y que existen «principios generalmente aceptados del derecho internacional» que se aplican, incluso a falta de acuerdo bilateral o multilateral, en lo que respecta a la utilización, el desarrollo y la ordenación de los recursos hídricos compartidos.

3. COOPERACIÓN EN EL CAMPO DEL MEDIO AMBIENTE EN MATERIA DE RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS POR DOS O MÁS ESTADOS

153. En 1973, la Asamblea General aprobó una resolución que condujo a la elaboración del proyecto de principios que se examina en la sección siguiente. En su resolución 3129 (XXVIII), de 13 de diciembre de 1973, titulada «Cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados», la Asamblea General menciona la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano ¹³⁸, toma nota con satisfacción de «la trascendente Declaración económica aprobada en la Cuarta Conferencia de Jefes de Estado o de Gobierno de los Países no Alineados, celebrada en Argel [...]», se declara consciente «de la importancia y urgencia de garantizar la conservación y explotación de los recursos naturales compartidos entre dos o más Estados mediante un sistema efectivo de cooperación, como se indica en la mencionada Declaración económica de Argel» ¹³⁹, y estima que es necesario «asegurar

¹³⁶ Resoluciones 2115 (LXIII) y 2121 (LXIII), de 4 de agosto de 1977.

¹³⁷ Resolución 32/158, de 19 de diciembre de 1977.

¹³⁸ Véase *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I.

¹³⁹ «Los países no alineados estiman que es necesario asegurar una cooperación eficaz entre los países mediante normas internacionales relativas a la conservación y explotación armoniosa de los recursos naturales comunes a dos o más Estados en el marco de las relaciones normales habituales que existen entre ellos.

una cooperación eficaz entre los países mediante el establecimiento de normas internacionales adecuadas para la conservación y explotación armoniosa de los recursos naturales comunes a dos o más Estados [...]», cooperación que «debe desarrollarse sobre la base de un sistema de información y de consultas previas [...]».

154. No hay duda de que la resolución 3129 (XXVIII) de la Asamblea General viene a prestar un notable apoyo a los temas del presente informe. En dicha resolución se acepta el concepto de recurso natural compartido, se afirma la necesidad de establecer normas internacionales adecuadas para su conservación y explotación, se hace un llamamiento a la cooperación entre los Estados que comparten recursos naturales basada en: a) un sistema de información (petición coincidente con el proyecto de artículo 6 del presente informe), y b) consultas previas (condición que está acorde con el proyecto de artículo 4 de este informe).

155. Es igualmente oportuno recordar los principios cuya elaboración fue el resultado de esa resolución de la Asamblea General.

4. PROYECTO DE PRINCIPIOS DE CONDUCTA RESPECTO DE LOS RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS

156. En cumplimiento de lo dispuesto en la resolución 3129 (XXVIII) de la Asamblea General, el PNUMA estableció en 1975 un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos sobre recursos naturales compartidos por dos o más Estados¹⁴⁰. El Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos celebró cinco períodos de sesiones entre 1976 y 1978. El interés por la labor del Grupo fue en aumento, y en su último período de sesiones, celebrado del 23 de enero al 27 de febrero de 1978, participaron expertos de 26 países¹⁴¹.

157. En su último período de sesiones, en 1978, el Grupo Intergubernamental de Expertos aprobó un proyecto de 15 principios de conducta que representaban el consenso de los expertos. Acompañaban a ese pro-

yecto diversas declaraciones y reservas, entre las cuales figuraban las formuladas por los expertos de la India, Polonia, Rumania y la Unión Soviética en el sentido de que consideraban que el proyecto de principios tenía el carácter de recomendaciones¹⁴². El experto del Brasil se reservó su posición respecto de la totalidad del proyecto de principios¹⁴³. El experto de México estimó que, aunque el proyecto de principios se había redactado para incluirlo en un documento que había de tener la forma de una recomendación, esa circunstancia no afectaba al valor jurídico que muchos de esos principios ya poseían¹⁴⁴.

158. A este respecto hay que advertir que los principios están precedidos por la siguiente nota explicativa:

El proyecto de principios de conducta, que en adelante se mencionará en esta nota como los principios, ha sido redactado para orientar a los Estados en el campo del medio ambiente respecto de la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados. Los principios se refieren a la conducta de cada Estado que se considera conducente al logro de dicho objetivo, sin que ello tenga efectos perjudiciales en el medio. Además, los principios tienen como mira alentar a los Estados que comparten el recurso natural a que cooperen en el campo del medio ambiente.

Se ha tratado de evitar el empleo de un lenguaje que pudiera causar la impresión de que se intentaba hacer referencia, como puede darse el caso, a una obligación jurídica concreta reconocida por el derecho internacional o la ausencia de tal obligación.

El lenguaje utilizado en todo el conjunto de principios no trata de prejuzgar la cuestión de si la conducta contemplada en él es una conducta ya prescrita por las normas existentes del derecho internacional general. Ni tampoco la formulación intenta expresar opinión alguna acerca de si esos principios —en la medida en que no reflejan normas ya vigentes de derecho internacional general— se deberían incorporar al cuerpo del derecho internacional general, ni en qué medida o de qué modo¹⁴⁵.

159. Los principios 1 y 2 tienen una importancia considerable en relación con las cuestiones que plantea el proyecto de artículo 7, y, en consecuencia, se reproduce a continuación su texto:

Principio 1

Es necesario que los Estados cooperen en el campo del medio ambiente en relación con la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados. En consecuencia, y de conformidad con el concepto de utilización equitativa de los recursos naturales compartidos, es necesario que los Estados cooperen a fin de controlar, prevenir, reducir o eliminar los efectos ambientales perjudiciales a que pueda dar lugar la utilización de dichos recursos. Esa cooperación deberá llevarse a cabo en un pie de igualdad y teniendo debidamente en cuenta la soberanía, los derechos y los intereses de los Estados afectados.

(Continuación de la nota 139.)

»Estiman también que la cooperación entre países interesados en la explotación de los mismos recursos debe desarrollarse sobre la base de un sistema de información y de consultas previas [...]» [Cuarta Conferencia de Jefes de Estado o de Gobierno de los Países no Alineados, celebrada en Argel, del 5 al 9 de septiembre de 1973, Declaración económica, secc. XII (A/9330 y Corr.1, pág. 67)].

¹⁴⁰ Véase *supra*, párr. 90. El Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos estuvo integrado originalmente por expertos de los 17 Estados siguientes: Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, India, Iraq, Kenya, Marruecos, México, Países Bajos, Polonia, Rumania, Senegal, Suecia y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. También asistió un observador de Turquía.

¹⁴¹ Alemania, República Federal de; Argentina; Bangladesh; Brasil; Canadá; Estados Unidos de América; Filipinas; Francia; Ghana; Grecia; India; Irán; Iraq; Jamaica; Kenya; México; Países Bajos; Polonia; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; Rumania; Senegal; Suecia; Suiza; Uganda; Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia. Participaron en calidad de observadores expertos de Austria, el Japón y Turquía (véase UNEP/IG.12/2, párr. 11).

¹⁴² *Ibid.*, párr. 15.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, pág. 11.

Principio 2

Con el objeto de asegurar una efectiva cooperación internacional en el campo del medio ambiente en materia de conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, los Estados que comparten dicho recursos naturales deberían tratar de concluir entre sí acuerdos bilaterales o multilaterales a fin de regir su conducta al respecto en forma específica aplicando cuando sea necesario los presentes principios de manera jurídicamente obligatoria, o deberían tratar de celebrar otros arreglos a tal fin, según corresponda. Al concertar esos acuerdos o arreglos, los Estados deberían considerar el establecimiento de estructuras institucionales, tales como comisiones conjuntas internacionales, con el objeto de llevar a cabo consultas sobre problemas relacionados con la protección y la utilización de recursos naturales compartidos¹⁴⁶.

160. Los principios no contienen una definición de la expresión «recursos compartidos». Hubo intentos de redactar tal definición. El informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos, tras mencionar varias de las propuestas que se hicieron, señala: «El Grupo, por falta de tiempo, no estuvo en condiciones de iniciar una discusión en profundidad sobre la cuestión de la definición de los recursos naturales compartidos y, en consecuencia, no llegó a ninguna conclusión»¹⁴⁷.

161. En mayo de 1978, el Consejo de Administración del PNUMA propuso que la Asamblea General aprobara los principios de conducta¹⁴⁸. En su resolución 33/87, de 15 de diciembre de 1978, la Asamblea General pidió al Secretario General que sometiera los principios a los Estados Miembros para que los estudiaran y formularan sus observaciones al respecto. Treinta y seis gobiernos formularon observaciones al informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos. El informe del Secretario General sobre cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados contiene el siguiente resumen de las respuestas recibidas:

a) Treinta de los 36 gobiernos cuyas opiniones se recibieron eran partidarios en general de la aprobación de los principios. No obstante, sin menoscabo de sus opiniones favorables sobre los principios, algunos de esos gobiernos expresaron reservas acerca de principios concretos, o sugirieron formulaciones alternativas de algunos de ellos. Algunos expresaron la opinión de que la aprobación de los principios no debía excluir la solución de problemas concretos sobre recursos naturales compartidos mediante acuerdos bilaterales basados en principios distintos de los 15 propuestos.

b) Muchos gobiernos expresaron opiniones sobre la naturaleza jurídica de los principios. En relación con esta cuestión, la mayoría de los gobiernos que consideraban que los principios eran aceptables deseaban también que se los tomara sólo como directrices y no como un código de conducta internacional ne-

cesariamente obligatorio para los Estados. Casi todos los gobiernos partidarios de la aprobación de los principios deseaban que éstos se usaran como base de negociación para la preparación de tratados bilaterales o multilaterales entre Estados referentes a su conducta en relación con los recursos naturales compartidos. Incluso algunos de ellos indicaron que principios similares están siendo aplicados por Estados al concertar tratados relativos a recursos naturales compartidos¹⁴⁹.

162. Dos Estados, el Brasil y Etiopía, expresaron su firme oposición a los principios. Diversos Estados manifestaron su preocupación por la falta de una definición de los recursos naturales compartidos¹⁵⁰.

163. El Secretario General sugería en su informe que la Asamblea General tal vez deseara aprobar los principios. En el trigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, el Alto Volta, la Argentina, Bangladesh, el Canadá, Grecia, Noruega, los Países Bajos, el Pakistán y Suecia presentaron en la Segunda Comisión un proyecto de resolución, titulado «Cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados»; en virtud de los párrafos 2 y 3 de ese proyecto, la Asamblea General habría aprobado el proyecto de principios para orientar a los Estados y habría pedido a los Estados Miembros que «en sus relaciones mutuas respeten los mencionados principios»¹⁵¹.

164. El proyecto de principios fue objeto de escasas observaciones por un número relativamente reducido de Estados durante el examen del informe del PNUMA en la Segunda Comisión de la Asamblea General. El representante de Italia indicó que su Gobierno no tenía objeciones básicas que hacer a los principios, en especial porque constituían «directrices sin efecto jurídicamente vinculante», pero expresó su perplejidad ante «la vaguedad de la definición de recursos naturales compartidos»¹⁵². El representante de Grecia se manifestó partidario de la aprobación del proyecto de principios por la Asamblea General y señaló: «Aunque los alcances y la naturaleza jurídica obligatoria de los principios dependerían en el futuro de su incorporación a acuerdos internacionales, es obvio que ellos ya tienen un valor intrínseco [...]»¹⁵³. El representante de Suecia declaró que el Gobierno de su país atribuía

[...] gran importancia a la aprobación en el actual período de sesiones de la Asamblea General del proyecto de 15 principios de conducta para la orientación de los Estados en la utilización y conservación de recursos naturales compartidos. Debería instarse a los Estados a respetar los principios y aplicarlos en el marco de sus relaciones. Debería pedirse al PNUMA que alentara la preparación y la aplicación del proyecto de 15 principios en el contexto de la formulación de convenios bilaterales y multilaterales relacionados con los recursos naturales compartidos por dos o más Estados. La aprobación de los principios constituiría una etapa importante para continuar

¹⁴⁶ *Ibid.*, pág. 12.

¹⁴⁷ *Ibid.*, párr. 16. Véase también el informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos sobre recursos naturales compartidos por dos o más Estados acerca de la labor realizada en su primera reunión, celebrada en Nairobi en enero de 1976 (UNEP/GC/74).

¹⁴⁸ Decisión 6/14 del Consejo de Administración del PNUMA, de 19 de mayo de 1978, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Suplemento N.º 25 (A/33/25)*, págs. 171 y 172.

¹⁴⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Anexos, tema 60 del programa, documento A/34/557*, párr. 6.

¹⁵⁰ *Ibid.*, anexo.

¹⁵¹ *Ibid.*, documento A/34/837, párr. 18.

¹⁵² *Ibid.*, *Segunda Comisión*, 28.ª sesión, párr. 81; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección.

¹⁵³ *Ibid.*, párr. 88; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección.

el proceso de evolución del derecho internacional relacionado con la protección del medio ambiente. [...] ¹⁵⁴.

Sin embargo, el representante del Japón manifestó no estar convencido «de la necesidad de dar por resuelta apresuradamente la cuestión de los recursos naturales compartidos, sobre la base de principios sobre este tema, habida cuenta de las dificultades políticas, técnicas y jurídicas que ello entraña, tales como la definición de recursos naturales compartidos y el ajuste de la jurisdicción nacional a dichos principios» ¹⁵⁵.

165. El representante de la Argentina declaró que el proyecto de 15 principios «podría aplicarse con provecho», y señaló que su país había utilizado «las disposiciones contenidas en esos principios para elaborar sus tratados con los países limítrofes en lo relativo a las cuencas hidrográficas» ¹⁵⁶. Dicho representante continuó diciendo:

Ello prueba que los principios provisionales pueden contribuir al desarrollo de unas normas aplicables con carácter jurídicamente obligatorio en las relaciones bilaterales y regionales. [...] y, por lo tanto, su delegación se muestra favorable a la aprobación tanto de los principios como de una recomendación a los Estados para que los apliquen en sus relaciones recíprocas.

La naturaleza jurídica de los principios ha suscitado dudas para algunas delegaciones. Su delegación estima que la nota explicativa (UNEP/IG.12/2) es suficientemente clara al respecto; por supuesto, cualquier resolución de las Naciones Unidas tiene carácter recomendatorio cuando se dirige a Estados soberanos. En cuanto al futuro del proyecto de principios provisionales, su delegación estima que sería conveniente para los Estados facilitar su entrada en vigor transformándolo en normas obligatorias mediante su incorporación a acuerdos bilaterales o a convenios multilaterales. Ello impulsaría la elaboración y codificación progresivas de las normas de derecho internacional en conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas ¹⁵⁷.

166. En cambio, la representante de la India observó que

[...] menos de la mitad de los 36 gobiernos que han transmitido sus opiniones sobre el tema han apoyado con convicción la aprobación del proyecto de principios por parte de la Asamblea General. Su delegación estima que éstos sólo deberían ofrecer directrices a los Estados y servir como recomendaciones. A falta de una definición convenida y aceptable de los recursos naturales compartidos, sería prematuro forzar la aprobación de los principios provisionales. [...] ¹⁵⁸.

167. Sin embargo, el representante de Portugal se manifestó

[...] de acuerdo con las recomendaciones que figuran en el informe del Secretario General en cuanto a los recursos compartidos por dos o más Estados (A/34/557). Los pareceres de

¹⁵⁴ *Ibid.*, párr. 99; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁵⁵ *Ibid.*, 30.ª sesión, párr. 59; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁵⁶ *Ibid.*, 31.ª sesión, párr. 11; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁵⁷ *Ibid.*, párrs. 11 y 12; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁵⁸ *Ibid.*, párr. 26; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

la gran mayoría de Estados que han contestado al cuestionario muestran con claridad que el proyecto de principios ha tenido amplia aceptación como conjunto de directrices que deberían orientar el comportamiento de los Estados en ese terreno. Su naturaleza jurídica de meras recomendaciones debería disipar cualquier duda o reticencia. Su delegación desea señalar la elevada prioridad que cabe conferir al logro de una definición convenida de los recursos naturales compartidos, sin la cual se vería reducida la posibilidad de aplicar los principios. [...] ¹⁵⁹.

168. El representante de la Unión Soviética expresó el acuerdo de su delegación con la recomendación del Consejo de Administración del PNUMA de que la Asamblea General aprobara el proyecto de 15 principios y manifestó que «los principios propuestos [...] deben tomar la forma de recomendaciones [y] debe continuarse la labor sobre la elaboración de una definición aceptable de *recursos naturales compartidos*» ¹⁶⁰.

169. El representante del Brasil adoptó una posición diferente:

[...] La delegación del Brasil no ha podido apoyar los resultados de la labor del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos, pues el documento que elaboró propone que los Estados adopten el mismo enfoque para cuestiones de naturaleza totalmente diferente, tales como la influencia de la contaminación a través de las fronteras y el uso económico de un recurso natural. Los proyectos de principios intentan establecer directrices de alcance universal sin tener en cuenta el hecho de que la índole de los problemas vinculados con la conservación y utilización de los recursos naturales difiere de una región a otra. El documento preparado por el Grupo de Trabajo contiene ciertas disposiciones que impondrían limitaciones inaceptables sobre el ejercicio de la soberanía. El Gobierno del Brasil estima que debe ponerse de relieve, en primer lugar, que cada Estado tiene soberanía total y permanente sobre sus recursos naturales y, en segundo lugar, que cada Estado tiene el derecho de utilizar sus recursos naturales conforme a su política nacional, siempre que no cause un perjuicio importante a otro Estado o Estados. Toda formulación que se aparte de estas reglas generales desvirtúa el principio de la responsabilidad del Estado y viola el principio de la soberanía [...] ¹⁶¹.

170. El representante de Venezuela declaró que su Gobierno no estaba en condiciones de adoptar una posición definitiva con respecto al proyecto de principios por diversas razones, y manifestó:

[...] En general, Venezuela no se opone a la idea de establecer principios de conducta que sirvan para orientar a los Estados en la utilización y conservación equitativas y armoniosas de aquellos recursos que, por sus particulares características, puedan requerir el concurso de dos o más Estados. Puede admitir que esos principios sean puramente indicativos al nivel de lineamientos generales en el campo de la concertación, de acuerdo a convenios bilaterales o multilaterales entre dos Estados interesados. Sin embargo, debe expresar ciertas reservas a los principios tal como han sido redactados. Si bien varios de ellos son muy laudables en cuanto se refieren a la utilización de recursos hidráulicos, habría dificultades para la aplicación de dichos principios a recursos de otra índole. Venezuela

¹⁵⁹ *Ibid.*, párr. 34; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁶⁰ *Ibid.*, párr. 47; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁶¹ *Ibid.*, párr. 54; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

también tiene reservas respecto a los mecanismos de instancias internacionales para resolver problemas que son inherentes a la soberanía de los Estados. [...] ¹⁶².

171. El representante de Yugoslavia declaró que su delegación atribuía

[...] suma importancia a los proyectos de principios de conducta sobre los recursos naturales compartidos por dos o más Estados; en la práctica, su Gobierno ya se guía por el espíritu de dichos principios. La conservación y utilización armoniosa de recursos naturales compartidos por dos o más países evidentemente requiere una amplia cooperación y comprensión. La delegación de Yugoslavia está, por lo tanto, dispuesta a apoyar cualquier medida que conduzca a la aprobación de los principios y estima que se debe alentar a los gobiernos a aplicarlos siempre que participen en deliberaciones sobre recursos naturales compartidos ¹⁶³.

El representante del Sudán, aunque apoyó en general el proyecto de principios de conducta, estimó que, como sólo 36 gobiernos habían formulado observaciones al respecto, su aprobación en ese período de sesiones resultaría prematura ¹⁶⁴.

172. Se realizaron esfuerzos por lograr una solución de transacción en la Segunda Comisión, pero resultaron infructuosos. Finalmente, el representante del Pakistán, en nombre de los patrocinadores, presentó una versión revisada del proyecto de resolución que representaba la máxima coincidencia de pareceres que había sido posible alcanzar en conversaciones oficiosas. Los párrafos de la parte dispositiva de ese proyecto, en la forma propuesta por el Pakistán, decía así:

[La Asamblea General]

[...]

2. *Aprueba* el proyecto de principios como directrices y recomendaciones en la conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, sin perjuicio del carácter obligatorio de las normas ya reconocidas como tales en el derecho internacional;

3. *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, y en tal forma que beneficie y no perjudique el desarrollo y los intereses de todos los países, y en particular de los países en desarrollo ¹⁶⁵.

El representante del Pakistán declaró que no había podido lograrse un acuerdo sobre el texto propuesto porque algunas delegaciones insistían en que se sustituyera la palabra «*Aprueba*» por la expresión «*Toma nota de*» ¹⁶⁶. El representante del Brasil propuso que se mo-

dificase el párrafo 2 del proyecto de resolución sustituyendo «*Aprueba*» por «*Toma nota de*» ¹⁶⁷.

173. La enmienda del Brasil fue aprobada por 59 votos contra 25 y 27 abstenciones ¹⁶⁸. En su forma definitiva, la resolución aprobada por la Asamblea General dice lo siguiente ¹⁶⁹:

La Asamblea General,

Recordando las disposiciones pertinentes de sus resoluciones 3201 (S-VI) y 3202 (S-VI) de 1.º de mayo de 1974, en las que reafirmó el principio de la plena soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, y la obligación de los Estados, enunciada en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no ocasionen daños al medio de otros Estados y de cooperar en el desarrollo del derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización por esos daños,

[...]

Recordando también la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que figura en su resolución 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974,

[...]

Deseando fomentar una cooperación eficaz entre los Estados para el desarrollo del derecho internacional relacionado con la conservación y la explotación armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados,

Reconociendo el derecho de los Estados a proporcionar soluciones concretas sobre una base bilateral o regional,

Recordando que los principios se han elaborado para orientar a los Estados en la conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados,

1. *Toma nota* del informe aprobado por el Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos sobre recursos naturales compartidos por dos o más Estados, establecido de conformidad con la decisión 44 (III) del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en virtud de la resolución 3129 (XXVIII) de la Asamblea General;

2. *Toma nota* del proyecto de principios en su carácter de directrices y recomendaciones en materia de conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, sin perjuicio del carácter obligatorio de las normas ya reconocidas como tales en el derecho internacional;

3. *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 vecindad, y en tal forma que beneficie y no perjudique el desarrollo y los intereses de todos los países, en particular de los países en desarrollo;

[...]

174. ¿Qué conclusiones deben extraerse de la aprobación de esa resolución a la luz del debate correspondiente? El examen de las actas indica que las objeciones a la aprobación del proyecto de principios por la Asamblea General se basaron en seis motivos:

¹⁶² *Ibid.*, párr. 59; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁶³ *Ibid.*, párr. 67; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁶⁴ *Ibid.*, párr. 78; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁶⁵ *Ibid.*, Anexos, tema 60 del programa, documento A/34/837, párr. 19.

¹⁶⁶ Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Segunda Comisión, 57.ª sesión, párr. 19; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁶⁷ *Ibid.*, párr. 23; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁶⁸ *Ibid.*, párr. 45; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁶⁹ Resolución 34/186, de 18 de diciembre de 1979.

¹⁶² *Ibid.*, párr. 59; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁶³ *Ibid.*, párr. 67; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁶⁴ *Ibid.*, párr. 78; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁶⁵ *Ibid.*, Anexos, tema 60 del programa, documento A/34/837, párr. 19.

¹⁶⁶ Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Segunda Comisión, 57.ª sesión, párr. 19; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

- i) No se había definido la expresión «recurso natural compartido»;
- ii) Los Estados no habían formulado suficientes observaciones sobre el proyecto de principios;
- iii) La aprobación de los principios por la Asamblea General constituiría una sanción prematura de los principios;
- iv) Los principios no tomaban en cuenta las diferencias de los problemas regionales;
- v) Los principios versaban sobre una esfera de cooperación entre los Estados en la que la investigación y la experiencia efectiva eran sumamente limitadas ¹⁷⁰;
- vi) Algunos de los principios constituían una usurpación de soberanía.

175. Estas objeciones fueron formuladas por un número muy limitado de Estados, por lo que no cabe determinar cuál fue su influencia en la votación en la que se decidió que la Asamblea General «tomara nota» de los principios en vez de acordar «aprobarlos». En cualquier caso, tales objeciones presentan escasa utilidad para los trabajos de la Comisión respecto de los cursos de agua internacionales.

176. La falta de una definición de los recursos naturales compartidos en el proyecto de principios no afecta al examen del proyecto de artículos presentado a la Comisión. En el proyecto de artículo 7 se definen las aguas de un curso de agua internacional como un recurso natural compartido. Conforme a lo indicado al comienzo del presente capítulo, si bien puede haber una diferencia de opiniones sobre el contenido del concepto de los recursos naturales compartidos, para que dicho concepto tenga sentido debe incluir el agua que fluye del territorio de un Estado al de otro Estado.

177. Cuando se alega que los Estados no formularon suficientes observaciones por escrito respecto del proyecto de artículos, no se toma en cuenta el número limitado de Estados que suele responder, a menudo de manera tardía, a peticiones de observaciones de esta clase. A los miembros de la Comisión no se les oculta, a la luz de la experiencia, que el número de observaciones de los Estados recibidas por el Secretario General en el caso del proyecto de principios de conducta no fue inusitadamente reducido.

178. La objeción de que la aprobación de los principios por la Asamblea General constituiría una sanción prematura de los principios es debatible, dado que, como afirmó el representante de Portugal, «todas las resoluciones de la Asamblea General son sólo recomendaciones y [...] esta resolución en sí establece claramente que los principios tienen el carácter de re-

¹⁷⁰ El representante del Brasil declaró: «Tales principios se refieren a un tema muy controvertido, a saber: la cooperación entre Estados en una esfera en la que tanto la investigación como la experimentación misma son todavía muy limitadas.» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Segunda Comisión, 57.º período de sesiones, párr. 21; e ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección.*)

comendaciones» ¹⁷¹. En lo que concierne a los trabajos de la CDI, cualquier compromiso jurídico asumido por los Estados respecto del principio enunciado en el proyecto de artículo 7 sólo se plantearía en un futuro indeterminado cuando el tratado basado en el proyecto de artículos se celebre, sea ratificado y entre en vigor.

179. En cuanto a la objeción de que en el proyecto de principios no se tomaban en cuenta las diferencias de los problemas regionales, cabe observar que el proyecto de artículos presentado a la Comisión está concebido para que se aplique conjuntamente con acuerdos de sistema basados en el carácter distintivo de los diversos sistemas fluviales.

180. La quinta objeción, a saber: que los recursos naturales compartidos constituyen una esfera en la que la investigación y la experiencia son sumamente limitadas, no se aplica claramente al recurso compartido de las aguas de los cursos de agua internacionales, como se puso de manifiesto en los debates celebrados en la Segunda Comisión. Existen abundantes antecedentes de investigación y experiencia —y de práctica de los Estados y celebración de tratados— en la esfera de los cursos de agua internacionales, especialmente sobre aspectos tales como la navegación, el riego y la energía.

181. La sexta objeción, relativa a la usurpación de soberanía, recuerda los principios básicos de la labor de la Comisión. El primer asunto contencioso sometido a la Corte Permanente de Justicia Internacional dio lugar a la formulación clásica de un apotegma jurídico:

La Corte se niega a considerar que la celebración de cualquier tratado por el que un Estado se comprometa a realizar o a abstenerse de realizar un acto determinado constituye un abandono de su soberanía. Es indudable que toda convención que crea una obligación de esta clase impone una restricción al ejercicio de los derechos soberanos del Estado en el sentido de que exige que esos derechos se ejerzan de determinada manera. Pero el derecho a contraer obligaciones internacionales es un atributo de la soberanía del Estado ¹⁷².

La tarea de codificar y desarrollar progresivamente el derecho internacional producirá inevitablemente propuestas de artículos de tratado que, si llegan a convertirse en disposiciones de tratados vigentes, exigirán que los Estados ejerzan sus derechos soberanos de una manera determinada. Este logro no constituye usurpación alguna de soberanía, sino el ejercicio ilustrado de ella. Más aún, en la medida en que los proyectos de artículo codifican el derecho internacional consuetudinario vigente —derecho que restringe igualmente la forma en que los Estados están facultados a ejercer su soberanía—, tampoco ello constituye una usurpación de soberanía que sea incompatible con los elementos fundamentales del Estado o del derecho internacional.

182. Las consideraciones que anteceden se aplican a los tratados de la Comisión en general. Pero existe un aspecto singular de la labor sobre el tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para

¹⁷¹ *Ibid.*, 58.ª sesión, párr. 20; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones, corrección.*

¹⁷² Asunto del buque «Wimbledon», *C.P.J.I.*, Serie A, N.º 1 (1923), pág. 25.

finés distintos de la navegación que concierne a la soberanía y que requiere un comentario. Aducir respecto del proyecto de principios de conducta que «algunos de los principios constituyen una intromisión en la propia soberanía [e imponen] limitaciones al principio fundamental del ejercicio pleno y permanente de la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales existentes en sus territorios respectivos»¹⁷³ equivale a dar por sentada la cuestión de qué recursos se encuentran «en» los territorios respectivos. Por su propia naturaleza, el agua que fluye del territorio de un Estado al de otro Estado no se encuentra en el territorio de un solo Estado, en el sentido de estar sujeta a la jurisdicción y el dominio exclusivos de éste, sino que está compartida entre Estados, es decir, en los términos del artículo 7 del presente proyecto, las aguas del sistema de un curso de agua internacional son un «recurso natural compartido».

183. Cualquiera que sea la fuerza de las objeciones a la aprobación del proyecto de principios del PNUMA en su contexto —y algunas de estas objeciones tal vez sean válidas en el de toda la esfera, no definida, de los recursos naturales compartidos—, el Relator Especial entiende, por las razones que anteceden, que esas objeciones no menoscaban el valor del proyecto de principios para el tema que está examinando la Comisión. Tampoco menoscaban el valor del concepto de los recursos naturales compartidos ni su aplicación principal a las aguas de los sistemas de cursos de agua internacionales.

184. Si bien es evidente que la sustitución de la palabra «*Aprueba*» por «*Toma nota de*» en las circunstancias descritas¹⁷⁴ pone de manifiesto las reservas de una pluralidad de Miembros en la Asamblea General respecto del proyecto de principios de conducta en determinados aspectos, aparentemente diversos, la Asamblea General, en el párrafo 3 de su resolución 34/186,

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 [...] ¹⁷⁵.

Aunque esta petición no está dirigida expresamente a la CDI, que elabora un proyecto de convención multilateral sobre el recurso natural compartido primario, a saber: el agua de los cursos de agua internacionales, sería difícil mantener que, al pedir a los Estados que actúen de esta manera, la Asamblea General tenía el propósito de excluir el examen técnico de la materia por la Comisión.

¹⁷³ Declaración del representante del Brasil (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Segunda Comisión, 57.ª sesión, párr. 21; e ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección*).

¹⁷⁴ Véase *supra*, párrs. 172 y 173.

¹⁷⁵ El texto en su totalidad, en forma de proyecto, fue aprobado en la Segunda Comisión por 94 votos contra ninguno y 23 abstenciones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Segunda Comisión, 57.ª sesión, párr. 55; e ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección*) y, en su forma definitiva, sin votación en sesión plenaria (*ibid., Sesiones Plenarias, 107.ª sesión*).

185. La aceptación de esta opinión no significa que la Comisión deba adoptar necesariamente las 15 directrices como base de sus trabajos. Sin embargo, la Comisión, en el desempeño de su tarea de codificar el derecho de los usos de los sistemas de cursos de agua internacionales, debería aprovechar plenamente la labor realizada bajo los auspicios del PNUMA, que constituye una aportación muy considerable a la elaboración de principios jurídicos en el campo del derecho internacional del medio ambiente ¹⁷⁶.

E.—Utilización en común de los cursos de agua, como recurso natural, para la navegación

186. El uso de los cursos de agua internacionales para la navegación tal vez sea el más difundido y, ciertamente, el más arraigado de los diversos usos que han dado lugar al conjunto de normas de derecho internacional vigente aplicables a los recursos compartidos. La Comisión no se ocupa directamente de la costumbre universal de que los Estados ribereños compartan el derecho a la navegación libre y expedita por un curso de agua internacional, al igual que la obligación de contribuir a mantener el curso de agua en condiciones de navegabilidad. No obstante, al elaborar principios aplicables a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, la Comisión debe tener en cuenta las normas jurídicas relativas a los usos de esas aguas para la navegación que han surgido durante los últimos doscientos años. Después de todo, esas normas derivan de un uso del recurso mismo de que se trata, o sea, el curso de agua internacional; se trata de un uso de constante importancia; ese uso ha sido objeto de un desarrollo considerable del derecho convencional y consuetudinario; y, como mínimo, el cuerpo de normas relativas a la navegación debería suministrar fuentes y analogías en lo concerniente al derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

1. EL ASUNTO DEL RÍO ODER

187. El fallo dictado por la CPJI en el *Asunto del río Oder*¹⁷⁷ constituye una lúcida exposición de la situación jurídica de los Estados ribereños con respecto a la navegación. Conforme a los artículos 341 y 343 del Tratado de Versalles¹⁷⁸, el río Oder tenía que ser colocado bajo la administración de una Comisión Internacional. La Comisión estimó que su jurisdicción se extendía a dos afluentes del Oder, a saber: el Netze y el Warthe. Ambos afluentes nacen en Polonia y son navegables en este país, cruzando seguidamente a lo

¹⁷⁶ Para un resumen y análisis riguroso del proyecto de principios, véase A. O. Adede, «United Nations efforts toward the development of an environmental code of conduct for States concerning harmonious utilization of shared natural resources», *Albany Law Review*, vol. 43 (1979), págs. 488 a 512.

¹⁷⁷ *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, arrêt n° 16, 1929: C.P.J.I., serie A, N° 23*.

¹⁷⁸ De Martens, ed., *Nouveau Recueil général de traités (op. cit.)*, págs. 615 y 616.

que entonces era territorio alemán, donde el Netze afluye al Warthe, después de lo cual las corrientes combinadas desembocan en el Oder. Por el artículo 331 del Tratado de Versalles, el Oder «desde su confluencia con el Oppa [...] y todas las partes navegables [...] que naturalmente proporcionen acceso al mar a más de un Estado [...]» son declarados internacionales y quedan de este modo sujetos a la jurisdicción de la Comisión Internacional¹⁷⁹.

188. El Gobierno polaco adujo que las partes del Warthe y del Netze que se encontraban en Polonia sólo proporcionaban naturalmente acceso al mar a un Estado, a saber: Polonia. Por consiguiente, las partes de esos dos ríos que se encontraban en Polonia no estaban sometidas a la jurisdicción de la Comisión. La posición contraria era la de que las disposiciones relativas al acceso al mar se referían «a la vía fluvial y no a una parte determinada de su curso». La Corte planteó la cuestión del siguiente modo:

Se trata, por lo tanto, de determinar si las palabras «todas las partes navegables de esos sistemas fluviales que naturalmente proporcionen acceso al mar a más de un Estado» se refieren a los afluentes y subafluentes en cuanto tales, de manera que si un afluente o subafluente en su curso naturalmente navegable atraviesa o separa diferentes Estados, queda comprendido en su totalidad en la anterior definición; si se refieren más bien a la parte de tal afluente o subafluente que proporcione acceso al mar a más de un Estado, de manera que el tramo superior del afluente o subafluente no está internacionalizado aguas arriba de la última frontera que atraviese su curso naturalmente navegable¹⁸⁰.

189. Después de examinar las reglas de interpretación y otras razones aducidas por las partes y de decidir que no eran procedentes, la Corte hizo el siguiente planteamiento revelador:

Así pues, la Corte debe remontarse a los principios que rigen el derecho fluvial internacional en general y examinar la posición adoptada en el Tratado de Versalles con respecto a esos principios.

Cabe admitir, como pretende el Gobierno polaco, que el deseo de proporcionar a los Estados aguas arriba la posibilidad de libre acceso al mar tuvo una gran importancia en la formación del principio de la libertad de navegación en los llamados ríos internacionales.

Sin embargo, al examinar la manera en que los Estados han considerado las situaciones concretas derivadas del hecho de que un mismo curso de agua atraviesa o separa el territorio de más de un Estado y la posibilidad de cumplir las exigencias de justicia y las consideraciones de conveniencia que pone de manifiesto este hecho, se advierte en seguida que la solución del problema se ha buscado no ya en la idea de un derecho de paso a favor de los Estados de aguas arriba, sino en la de una comunidad de intereses de los Estados ribereños. Esta comunidad de intereses en un río navegable se convierte en la base de una comunidad de derecho, cuyas características fundamentales son la igualdad absoluta de todos los Estados ribereños en el uso de la totalidad del recurso del río y la exclusión de todo privilegio de cualquier Estado ribereño en relación con los demás.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pág. 610.

¹⁸⁰ *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, arrêt n° 16, 1929: C.P.J.I.*, serie A, N.º 23, págs. 25 y 26.

El derecho fluvial internacional, enunciado en el Acta del Congreso de Viena de 9 de junio de 1815 y aplicado o desarrollado por ulteriores convenciones, se basa indudablemente en esta idea¹⁸¹.

190. Esta posición es notable por cuanto respalda con el prestigio de la Corte Permanente el principio de «una comunidad de intereses de los Estados ribereños». Al referirse a una comunidad de intereses y a una «comunidad de derecho» —que define como «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»—, la Corte parece presumir que el curso de agua internacional es un recurso natural compartido. Y, como ha escrito un ex Presidente de la Corte Internacional de Justicia y miembro de la CDI:

Aunque este principio progresivo fue enunciado por la Corte en cuanto *lege lata* respecto de la navegación, sus conceptos fundamentales de igualdad de derechos y comunidad de intereses son aplicables a todas las utilizaciones de los cursos de agua internacionales¹⁸².

191. Conviene subrayar otros dos aspectos del *Asunto del río Oder*. El primero de ellos es que, en 1929, ya existía una abundante práctica de los Estados, a menudo reflejada en el derecho convencional, conforme a la conclusión de la Corte. Ese derecho convencional comprende, en particular, las disposiciones arquetípicas del Acta Final del Congreso de Viena (1815):

Artículo 108

Las Potencias cuyos Estados se hallan separados o atravesados por un mismo río navegable se obligan a regular de común acuerdo todo lo relativo a la navegación de tal río. Nombren al efecto comisarios, que se reunirán, lo más tarde, seis meses después de finalizado el Congreso, y adoptarán como base de sus trabajos los principios establecidos en los artículos siguientes.

Artículo 109

La navegación por todo el curso de los ríos indicados en el precedente artículo desde el punto en que cada uno empiece a ser navegable hasta su embocadura será enteramente libre y no se podrá prohibir a nadie en lo que respecta al comercio; queda entendido que los reglamentos establecidos respecto a la policía de esta navegación serán por todos respetados y se formarán de un modo uniforme para todos, siendo lo más favorable posible para el comercio de todas las naciones¹⁸³.

192. La CPJI, en el *Asunto del río Oder*, cita estos artículos en su fallo y declara seguidamente:

Si la comunidad de derecho se basa en la existencia de una vía navegable que separe o atraviese varios Estados, es evi-

¹⁸¹ *Ibid.*, págs. 26 y 27.

¹⁸² E. Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1978-I, Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1979, vol. 159, pág. 193.

¹⁸³ Reproducidos en *C.P.J.I.*, serie A, N.º 23, pág. 27 [véase una versión española en Raventós y Oyarzábal, *Colección de Textos Internacionales (op. cit.)*, pág. 275].

dente que esa comunidad se extiende a todo el curso navegable del río y no se detiene en la última frontera; no se ha señalado a la atención de la Corte ningún tratado en que el límite aguas arriba de la internacionalización de un río venga fijado por tal frontera y no por determinadas condiciones de navegabilidad¹⁸⁴.

193. El segundo aspecto de interés es el de que los artículos 108 a 116 del Acta Final del Congreso de Viena tal vez sean el precedente más antiguo de la adopción de un acuerdo básico en cuyo marco los Estados del sistema negociarían acuerdos particulares para regular los usos de las aguas del sistema de cada curso de agua.

2. DECRETO FRANCÉS DE 1792

194. Existen, sin embargo, otros ejemplos anteriores de la afirmación del principio de que un río internacional crea un interés común de todos los Estados ribereños en la utilización de sus aguas. Uno de los más interesantes de estos ejemplos es el Decreto del Consejo Ejecutivo de la República Francesa, de 16 de noviembre de 1792, que dice lo siguiente:

[...] que la corriente de un río es propiedad común e inalienable de todos los países que limita o atraviesa; que ninguna nación puede con justicia reclamar el derecho exclusivo a ocupar el cauce de un río y a impedir a los Estados ribereños de aguas arriba vecinos que disfruten de las mismas ventajas; que ese derecho [exclusivo] constituye un residuo de servidumbre feudal o, en cualquier caso, un monopolio odioso que tiene que haber sido impuesto por la fuerza y aceptado por impotencia; que, por consiguiente, es revocable en cualquier momento y pese a cualquier convención, ya que la naturaleza no reconoce naciones privilegiadas ni individuos privilegiados, y los derechos del hombre son imprescriptibles para siempre¹⁸⁵.

195. La causa concreta de esta afirmación general y enérgica fue el artículo XIV del Tratado de Münster (30 de enero de 1648), por el que España reconoció la independencia de las Provincias Unidas holandesas. En este artículo se reconocía la soberanía de las Provincias Unidas sobre el estuario del Escalda, que era el curso de agua directo desde Amberes hasta el mar, y se autorizaba el cierre de las aguas por los holandeses¹⁸⁶. Las Provincias Unidas cerraron de hecho el Escalda al comercio de Amberes. Dicho cierre permaneció en vigor, pese a los intentos del Emperador José II de Austria por eliminarlo en el decenio de 1780, hasta que las tropas francesas asumieron el control de Bélgica y se promulgó el Decreto de 1792. Fuera cual fuese el móvil que impulsó a la República Francesa a promulgar su Decreto, ello pone de manifiesto que la comunidad de uso entre los Estados ribereños de las aguas de los cursos de agua internacionales es un principio que se remonta hasta 200 años.

196. Mientras que el artículo 108 del Acta Final del Congreso de Viena (1815) se aplica claramente a todos los Estados que lindan con un río navegable o son atravesados por éste, el artículo 109 no es igualmente claro respecto de la cuestión de si los buques de Estados no ribereños tienen derecho al mismo trato que los buques de los Estados ribereños. Esta ambigüedad ha dado lugar a regímenes diferentes para distintos cursos de agua y ha sido la fuente de numerosas controversias, negociaciones y conferencias¹⁸⁷. Sin embargo, no se ha puesto en tela de juicio que la libertad de navegación en los ríos internacionales, en el marco del acuerdo de Viena, significara en la práctica «libertad de navegación para los Estados ribereños sin discriminación, en la inteligencia de que los buques de los Estados no ribereños podrían utilizar también las aguas correspondientes, aunque fuera en condiciones o modalidades menos favorables»¹⁸⁸.

197. Con arreglo a los regímenes convencionales y a la práctica establecida, los Estados ribereños reconocen ciertas obligaciones de facilitar el tráfico fluvial hacia los demás Estados ribereños y procedente de éstos y, de hecho, cumplen habitualmente esas obligaciones. La comunidad de intereses que la Corte Permanente mencionó en el *Asunto del río Oder* entraña mucho más que el simple paso. Se modifican los cauces, se forman y se desplazan bancos de arena, se producen crecidas en los ríos, se hunden buques y se secan corrientes. Estas y otras muchas cuestiones deben ser resueltas constantemente y en cooperación por los Estados ribereños.

3. CONVENCION DE BARCELONA SOBRE LAS VIAS NAVEGABLES

198. El único tratado general existente relativo a esos derechos y obligaciones es la Convención y Estatuto sobre el régimen de las vías navegables de interés internacional (Barcelona, 20 de abril de 1921)¹⁸⁹. El origen de este acuerdo radica en el artículo 338 del Tratado de Versalles. Los artículos 332 a 337 de dicho Tratado establecía normas para la reglamentación de diversos ríos internacionalizados, como el Elba, el Oder, el Niemen y el Danubio. Con arreglo al artículo 338, esas normas debían ser sustituidas por una convención general relativa a las vías fluviales de carácter internacional¹⁹⁰.

199. El Estatuto (que forma parte integrante de la Convención de Barcelona en virtud del artículo 1 de ésta) contiene las normas relativas al régimen de las vías navegables internacionales. La definición general de esas vías navegables figura en el artículo 1 del Estatuto:

¹⁸⁷ Véase G. Kaeckenbeeck, *International Rivers*, Grotius Society Publications, N.º 1, Londres, Sweet and Maxwell, 1918, pág. 32.

¹⁸⁸ L. J. Bouchez, «The Netherlands and the law of international rivers», en *International Law in the Netherlands*, H. F. van Panhuys y otros, eds., Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1978, vol. I, pág. 251.

¹⁸⁹ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. VII, pág. 36.

¹⁹⁰ Véase *supra*, nota 65.

¹⁸⁴ *Ibid.*, págs. 27 y 28.

¹⁸⁵ L. Le Fur y G. Chklaver, *Recueil de textes de droit international public*, 2.ª ed., París, Dalloz, 1934, pág. 68.

¹⁸⁶ C. Parry, *Consolidated Treaties Series*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana Publications, 1969, vol. 1 (1648-1649), pág. 76.

A los efectos de la aplicación del presente Estatuto se considerarán vías navegables de interés internacional:

I. Todas las partes naturalmente navegables hacia el mar y desde el mar de una corriente de agua que, en su curso naturalmente navegable hacia el mar y desde el mar, separe o atraviese diferentes Estados, así como cualquier parte de otra corriente de agua naturalmente navegable hacia el mar y desde el mar que ponga en comunicación con el mar una corriente de agua naturalmente navegable que separe o atraviese diferentes Estados.

[...] ¹⁹¹.

200. Todo Estado parte está obligado, conforme al Estatuto, a conceder libre acceso a los buques que enarbolan el pabellón de cualquiera de los demás Estados partes (art. 3) en pie de absoluta igualdad (art. 4), salvo algunas excepciones como el cabotaje (art. 5). El artículo 10 subraya las obligaciones comunes de los Estados ribereños, al exigir a cada uno de esos Estados que mantengan la vía en condiciones de navegabilidad. Esta exigencia va acompañada de disposiciones relativas a la construcción de obras públicas y la asignación de los gastos:

3. Salvo causa legítima de oposición de uno de los Estados ribereños, entre ellos el Estado interesado territorialmente, fundada, ya sea en las condiciones mismas de la navegabilidad en su territorio, ya sea en otros intereses, tales como, entre otros, el mantenimiento del régimen normal de las aguas, las necesidades de riego, la utilización de los recursos hidráulicos o la necesidad de la construcción de otras vías de comunicación más ventajosas, un Estado ribereño no podrá negarse a ejecutar, a petición de otro Estado ribereño, las obras necesarias de mejora de la navegabilidad, si éste se ofrece a pagar los gastos de ejecución de las obras, así como una parte equitativa de los gastos de mantenimiento adicionales. No obstante, queda entendido que esas obras no podrán emprenderse mientras el Estado en cuyo territorio deban ejecutarse se oponga a ellas fundándose en sus intereses vitales.

4. Salvo pacto en contrario, el Estado obligado a ejecutar las obras de mantenimiento podrá liberarse de esa obligación si, con el acuerdo de todos los Estados corribereños, uno o varios de éstos aceptan ejecutarlas en su lugar; por lo que respecta a las obras de mejora, el Estado obligado a ejecutarlas quedará dispensado de esa obligación si autoriza al Estado que las solicite a ejecutarlas en su lugar; la ejecución de las obras por otros Estados distintos del Estado interesado territorialmente, o la participación de esos Estados en los gastos de esas obras, se llevarán a cabo sin perjuicio de los derechos del Estado interesado territorialmente concernientes al control y la administración de esas obras ni de las prerrogativas de su soberanía o autoridad sobre la vía navegable ¹⁹².

201. El profesor Reuter evalúa la Convención de Barcelona de la manera siguiente: «A pesar de que no está en vigor más que entre una veintena de Estados, y de que en razón a su carácter abstracto no ha recibido una aplicación frecuente, esta convención constituye en el momento actual la única fuente general del derecho internacional fluvial» ¹⁹³.

¹⁹¹ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. VII, pág. 50. (Adviértase que el artículo 1 dispone, en su apartado c, que los afluentes deben ser considerados como corrientes de agua separadas.)

¹⁹² *Ibid.*, pág. 56.

¹⁹³ P. Reuter, *Derecho Internacional Público*, Barcelona, Bosch, 1962, pág. 218.

202. Los profesores Šahović y Bishop llegan a la conclusión de que «dado que incluso los Estados que participaron en la Conferencia no aceptaron la Convención, sus decisiones tienen escasa o nula importancia jurídica» ¹⁹⁴.

203. Sin embargo, la Convención, aunque no fue aceptada universalmente [los 21 Estados que ratificaron la Convención o se adhirieron a ella fueron Albania, Bulgaria, Colombia, Checoslovaquia, Chile, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Imperio Británico, India (que posteriormente denunció la Convención), Italia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Perú, Rumania, Suecia, Tailandia y Turquía], refleja un acuerdo sustancial, declaratorio del derecho internacional vigente, de que la navegación por un curso de agua internacional no está subordinada a una decisión unilateral. La redacción de las disposiciones relativas a la responsabilidad por el mantenimiento de los cursos de agua, a la distribución de costos y a la obligación de construir obras públicas en el río tal vez sea deficiente en varios aspectos. No obstante, esas disposiciones representan un acuerdo sobre el principio de que la navegación entraña derechos y obligaciones ejercidos en común por los Estados ribereños en beneficio de todos los que navegan por el río.

4. CONVENCIONES SOBRE DETERMINADOS CURSOS DE AGUA NAVEGABLES

204. Las numerosas convenciones que rigen la navegación en determinados cursos de agua internacionales corroboran tanto la existencia como el reconocimiento de la existencia de esa comunidad de intereses.

205. El Escalda, al que se ha hecho antes referencia ¹⁹⁵, ilustra la historia de la evolución de una región fluvial desde la situación en que un ribereño de aguas abajo ejerció el derecho a cortar todo acceso desde el mar a un importante puerto hasta la situación en que los ribereños de aguas abajo y de aguas arriba no sólo reconocen la libertad de navegación, sino que desarrollan amplias actividades de cooperación para asegurar que los buques, tanto oceánicos como fluviales, puedan utilizar el curso de agua para una navegación segura y rápida. Este paso de una situación de conflicto sobre los derechos de navegación en el Escalda a la de cooperación en el aprovechamiento del río para la navegación mediante la distribución de los costos y los beneficios es equiparable a la evolución de los usos de la gran mayoría de los cursos de agua internacionales para fines de navegación. A continuación se mencionan algunos acuerdos contemporáneos que ponen de manifiesto que, al menos a efectos de la navegación, los sistemas de cursos de agua internacionales se consideran recursos naturales compartidos.

¹⁹⁴ M. Šahović y W. W. Bishop, «The authority of the State: Its range with respect to persons and places», en: *Manual of Public International Law*, M. Sørensen, ed., Londres, Macmillan, 1968, pág. 327.

¹⁹⁵ Véase párr. 195.

206. Un ejemplo muy reciente es el Tratado de Cooperación Amazónica (Brasilia, 3 de julio de 1978), cuyos artículos III y VI disponen lo siguiente:

Artículo III

De acuerdo con y sin detrimento de los derechos otorgados por actos unilaterales de lo establecido en los tratados bilaterales entre las Partes y de los principios y normas del Derecho Internacional, las Partes Contratantes se aseguran mutuamente sobre la base de reciprocidad la más amplia libertad de navegación comercial en el curso del Amazonas y demás ríos amazónicos internacionales, observando los reglamentos fiscales y de policía establecidos o que se establecieron en el territorio de cada una de ellas. Tales reglamentos deberán en lo posible favorecer esa navegación y el comercio y guardar entre sí uniformidad.

[...]

Artículo VI

Con el objeto de que los ríos amazónicos constituyan un vínculo eficaz de comunicación entre las Partes Contratantes y con el Océano Atlántico, los Estados ribereños interesados en un determinado problema que afecte la navegación expedita emprenderán, según el caso, acciones nacionales, bilaterales o multilaterales para el mejoramiento y habilitación de esas vías navegables.

Parágrafo único: para tal efecto se estudiarán las formas de eliminar los obstáculos físicos que dificultan o impiden dicha navegación, así como los aspectos económicos y financieros correspondientes a fin de concretar los medios operativos más adecuados¹⁹⁶.

207. En el Estatuto anexo a la Convención relativa al aprovechamiento de la cuenca del Chad (Fort Lamy, 22 de mayo de 1964) figura otro reconocimiento instructivo del principio básico:

Artículo 7

Los Estados Miembros establecerán normas comunes para facilitar la navegación en el lago y las aguas navegables de la cuenca y asegurar la seguridad y control de la navegación¹⁹⁷.

208. No menos instructiva es la Convención sobre la navegación costera y fluvial por el río Mekong y el acceso de las embarcaciones de navegación fluvial al puerto de Saigón (París, 29 de diciembre de 1954):

Artículo I

La navegación será libre en régimen de igualdad de trato en todo el curso del río Mekong, sus afluentes, efluentes y desembocaduras navegables situados en los territorios de Camboya, Laos y Vietnam, así como en las vías que dan acceso al puerto de Saigón y al mar.

¹⁹⁶ Véase American Society of International Law, *International Legal Materials*, Washington (D. C.), vol. XVII, N.º 5, septiembre de 1978, págs. 1046 y 1047 [texto inglés]. Texto español en el documento A/35/580. Estados signatarios: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Suriname y Venezuela.

¹⁹⁷ *Journal officiel de la République fédérale du Cameroun*, Yaoundé, 15 de septiembre de 1964, 4.º año, N.º 18, pág. 1005. Estados signatarios: Camerún, Chad, Níger y Nigeria.

A los efectos de las leyes y reglamentos de aduanas de cada Estado ribereño, la navegación entre Phnom Penh y el mar por el río Mekong y las vías mencionadas en el párrafo precedente se reputará navegación marítima.

Artículo II

Esa libertad de navegación se concederá automáticamente a los Estados que hayan reconocido diplomáticamente a las Altas Partes Contratantes. Entrará en vigor a raíz de la adhesión de cada Estado al protocolo anexo al presente Acuerdo en que se prescriben las condiciones de navegación.

Por lo que respecta a los Estados que no hayan reconocido diplomáticamente a las Altas Partes Contratantes, la libertad de navegación estará sujeta al consentimiento de éstas.

Artículo III

Cada una de las Altas Partes Contratantes se compromete, respecto de las otras dos, a abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda perjudicar directa o indirectamente a la navegabilidad o dificultarla de modo permanente y a adoptar lo antes posible las medidas necesarias para eliminar todos los obstáculos y peligros para la navegación.

Si esa navegación requiere un mantenimiento periódico, cada una de las Altas Partes Contratantes quedará obligada a estos efectos respecto de las otras dos a adoptar las medidas y ejecutar las obras necesarias en su territorio con la mayor rapidez posible.

[...] ¹⁹⁸.

209. Uno de los acuerdos modernos más completos es el Tratado de la Cuenca del Plata (Brasilia, 23 de abril de 1969):

Artículo 1

Las Partes Contratantes convienen en mancomunar esfuerzos con el objeto de promover el desarrollo armónico y la integración física de la Cuenca del Plata y de sus áreas de influencia directa y ponderable.

Parágrafo único. A tal fin promoverán en el ámbito de la Cuenca la identificación de áreas de interés común y la realización de estudios, programas y obras, así como la formulación de entendimientos operativos e instrumentos jurídicos que estimen necesarios y que propendan a:

a) La facilitación y asistencia en materia de navegación;

[...] ¹⁹⁹.

210. Otras disposiciones convencionales pertinentes que cabe mencionar a título de ejemplo son las siguientes: el Acta relativa a la navegación y a la cooperación económica entre los Estados de la cuenca del Níger (Niamey, 26 de octubre de 1963), el Acuerdo entre el Gobierno de la República Popular Polaca y el Gobierno de la República Democrática Alemana relativo a la cooperación en materia de navegación en las aguas fronterizas (Varsovia, 15 de mayo de 1969) y el Tratado entre la Argentina y el Uruguay referente al río de la

¹⁹⁸ Francia, *La Documentation française*, París, 25 de enero de 1955, N.º 1973, pág. 32.

¹⁹⁹ *Ríos y lagos internacionales...* (op. cit), pág. 167. Signatarios: Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Plata y su frente marítimo (Montevideo, 19 de noviembre de 1973).

Acta relativa a la navegación y a la cooperación económica entre los Estados de la cuenca del Níger (1963):

Artículo 3

La navegación en el Níger, sus afluentes y subafluentes será totalmente libre para los buques mercantes y de recreo y para el transporte de mercancías y pasajeros. Los buques y embarcaciones de todas las naciones serán tratados en todos los aspectos en pie de absoluta igualdad²⁰⁰.

Acuerdo entre el Gobierno de la República Popular Polaca y el Gobierno de la República Democrática Alemana relativo a la cooperación en materia de navegación en las aguas fronterizas (1969):

Artículo 2

1. Las Partes Contratantes se concederán recíprocamente en pie de absoluta igualdad el derecho de navegación en las aguas fronterizas.
2. La circulación de embarcaciones deportivas sólo estará autorizada en el Oder.

Artículo 3

La cooperación establecida en el presente Acuerdo para velar por la seguridad y el desarrollo en las mejores condiciones posibles de la navegación en las aguas fronterizas comprenderá en particular lo siguiente:

- 1) La elaboración de una reglamentación para la circulación fluvial y el balizamiento de las aguas fronterizas a efectos de la navegación;
- 2) El control para mantener el orden y la seguridad de la navegación;
- 3) La determinación de la profundidad y anchura del cauce;
- 4) El balizamiento de las aguas fronterizas para la navegación;
- 5) La remoción de las embarcaciones hundidas y demás objetos que se encuentren en el cauce y que puedan constituir un peligro para la navegación;
- 6) La fijación de los fondeaderos;
- 7) La realización de operaciones de auxilio y salvamento;
- 8) La investigación de los accidentes que se produzcan durante la navegación.

Artículo 4

1. Las Partes Contratantes elaborarán conjuntamente y promulgarán simultáneamente disposiciones uniformes para la reglamentación de la circulación fluvial y el balizamiento de las aguas fronterizas.

2. Las reglas que no sean promulgadas en aplicación del precedente párrafo 1 y que afecten a la navegación de la otra Parte Contratante serán objeto de un acuerdo con ésta²⁰¹.

²⁰⁰ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 587, pág. 12. Partes: Alto Volta, Camerún, Costa de Marfil, Chad, Dahomey, Guinea, Malí, Níger y Nigeria.

²⁰¹ *Ibid.*, vol. 769, pág. 59.

Tratado entre la Argentina y el Uruguay referente al río de la Plata y su frente marítimo (1973):

CAPÍTULO II

NAVEGACIÓN Y OBRAS

Artículo 7

Las Partes se reconocen recíprocamente, a perpetuidad y bajo cualquier circunstancia, la libertad de navegación en todo el Río para los buques de sus banderas.

Artículo 8

Las Partes se garantizan mutuamente el mantenimiento de las facilidades que se han otorgado hasta el presente para el acceso a sus respectivos puertos.

Artículo 9

Las Partes se obligan recíprocamente a desarrollar en sus respectivas franjas costeras las ayudas a la navegación y el balizamiento adecuados y a coordinar el desarrollo de las mismas en las aguas de uso común, fuera de los canales, en forma tal de facilitar la navegación y garantizar su seguridad.

Artículo 10

Las Partes tienen derecho al uso, en igualdad de condiciones y bajo cualquier circunstancia, de todos los canales situados en las aguas de uso común.

Artículo 11

En las aguas de uso común se permitirá la navegación de buques públicos y privados de los países de la cuenca del Plata y de mercantes, públicos y privados, de terceras banderas, sin perjuicio de los derechos ya otorgados por las Partes en virtud de Tratados vigentes. Además, cada Parte permitirá el paso de buques de guerra de terceras banderas autorizados por la otra, siempre que no afecte su orden público o su seguridad.

Artículo 12

Fuera de las franjas costeras, las Partes, conjunta o individualmente, pueden construir canales u otros tipos de obras de acuerdo con las disposiciones establecidas en los artículos 17 a 22.

La Parte que construya o haya construido una obra tendrá a su cargo el mantenimiento y la administración de la misma.

La Parte que construya o haya construido un canal dictará, asimismo, la reglamentación respectiva, ejercerá el control de su cumplimiento con los medios adecuados a ese fin y tendrá a su cargo la extracción, remoción y demolición de buques, artefactos navales, aeronaves, restos naufragos o de carga o cualesquiera otros objetos que constituyan un obstáculo o peligro para la navegación y que se hallen hundidos o encallados en dicha vía.

Artículo 13

En los casos no previstos en el artículo 12, las Partes coordinarán, a través de la Comisión Administradora, la distribu-

ción razonable de responsabilidades en el mantenimiento, administración y reglamentación de los distintos tramos de los canales, teniendo en cuenta los intereses especiales de cada Parte y las obras que cada una de ellas hubiese realizado.

Artículo 14

Toda reglamentación referida a los canales situados en las aguas de uso común y su modificación sustancial o permanente se efectuará previa consulta con la otra Parte.

En ningún caso y bajo ninguna circunstancia una reglamentación podrá causar perjuicio sensible a los intereses de la navegación de cualquiera de las Partes²⁰².

211. Otro ejemplo es la Convención relativa al régimen de la navegación en el Danubio (Belgrado, 18 de agosto de 1948):

Artículo 1

La navegación en el Danubio será libre y estará abierta a los nacionales, los buques mercantes y las mercancías de todos los Estados en pie de igualdad en lo que concierne a los derechos portuario y los impuestos sobre la navegación, así como a las condiciones a que está sometida la navegación comercial. Las disposiciones precedentes no serán aplicables al tráfico entre los puertos de un mismo Estado.

[...]

Artículo 3

Los Estados danubianos se comprometen a mantener sus sectores del Danubio en estado de navegabilidad para las embarcaciones fluviales y en lo que concierne a los sectores pertinentes para los buques marítimos, a ejecutar las obras necesarias para mantener y mejorar las condiciones de navegación y a no impedir ni poner trabas a la navegación por los canales navegables del Danubio. Los Estados danubianos consultarán a la Comisión del Danubio respecto de las cuestiones a que se refiere este artículo.

Los Estados ribereños tendrán derecho a emprender dentro de los límites de sus fronteras respectivas las obras que puedan ser necesarias por circunstancias imprevista y urgentes y que tengan por objeto velar por las necesidades de la navegación. Los Estados deberán, sin embargo, informar a la Comisión de las razones que hayan motivado esas obras y proporcionarle una descripción sumaria de ellas²⁰³.

5. NORMAS DE HELSINKI

212. Las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales²⁰⁴ se ocupan de la «navegación» en el capítulo IV. Merecen citarse las disposiciones, que son sucintas, previstas en las Normas:

²⁰² Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto para la Integración de América Latina, *Derecho de la Integración*, vol. VII, N.º 15, marzo de 1974, Wáshington (D. C.), págs. 225 y ss. Partes: Argentina y Uruguay.

²⁰³ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 33, págs. 196 y 198. Partes: Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, República Socialista Soviética de Ucrania, Rumania, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia.

²⁰⁴ Véase *supra*, nota 72.

CAPÍTULO IV.—NAVEGACIÓN

Artículo XII

1. El presente capítulo se refiere a aquellos ríos y partes fluviales de lagos que son navegables y separan o atraviesan los territorios de dos o más Estados.

2. Se estiman «navegables» los ríos o lagos que en su estado natural o canalizado son utilizados regularmente por la navegación comercial o susceptibles por razón de su condición natural de un uso semejante.

3. La expresión «Estados ribereños» que figura en el presente capítulo hace referencia al Estado a través o a lo largo del cual discurre la parte navegable de un río o se extiende un lago.

Artículo XIII

Sin perjuicio de las limitaciones o requisitos a que se hace referencia en estos capítulos, todo Estado ribereño goza del derecho de libre navegación por todo el curso de un río o un lago.

Artículo XIV

A los efectos de este capítulo, bajo los términos «libre navegación» se incluyen en favor de los buques de un Estado ribereño y sobre una base de igualdad las siguientes libertades:

- a) Libertad de movimiento por todo el curso navegable del río o lago;
- b) Libertad de entrar en los puertos y hacer uso de sus instalaciones y muelles; y
- c) Libertad de transportar mercancías o pasajeros, bien directamente o mediante transbordo a otros buques, entre el territorio de un Estado ribereño y el territorio de otro Estado ribereño y entre el territorio de un Estado ribereño y la alta mar.

Artículo XV

Todo Estado ribereño puede ejercer los derechos de policía, incluidos, entre otros, los de protección de la seguridad y salud públicas, sobre la parte del río o lago sujeta a su jurisdicción, siempre que el ejercicio de tales derechos no perjudique indebidamente el derecho de libre navegación definido en los artículos XIII y XIV.

Artículo XVI

Todo Estado ribereño puede prohibir que los buques de otro Estado carguen mercancías o pasajeros en su territorio para descargarlos en el mismo territorio, o limitar tales operaciones.

Artículo XVII

Todo Estado ribereño puede conceder a los Estados no ribereños derechos de navegación por los ríos o lagos de su territorio.

Artículo XVIII

Dentro de los medios de que disponga todo Estado ribereño o que fueren puestos a su disposición, éste debe mantener en buen orden la parte del curso navegable del río o lago sometida a su jurisdicción.

*Artículo XVIII bis*²⁰⁵

1. Todo Estado ribereño que se proponga ejecutar obras para mejorar la navegabilidad de la parte del río o lago sometida a su jurisdicción está obligado a notificarlo a los Estados corribereños.

2. Si esas obras pudieren perjudicar los usos de esas aguas por uno o varios Estados corribereños con fines de navegación, cualquiera de esos Estados corribereños podrá solicitar, dentro de un plazo razonable, que se celebren consultas. En tal caso, los Estados corribereños interesados están obligados a negociar.

3. Si un Estado ribereño propone que tales obras se ejecuten en su totalidad o en parte en el territorio de otro Estado u otros Estados corribereños, ese Estado ribereño debe obtener el consentimiento del otro Estado o los otros Estados corribereños. El Estado o los Estados corribereños a los que se pida que den su consentimiento están obligados a negociar.

Artículo XIX

Las normas establecidas en el presente capítulo no son aplicables a la navegación de buques de guerra ni de buques que ejerzan funciones de policía o administrativas o, en general, cualquier otra forma de autoridad pública.

Artículo XX

En tiempo de guerra u otro tipo de conflicto armado, o de emergencia pública que constituya una amenaza para la seguridad del Estado, todo Estado ribereño puede tomar medidas que dejen en suspenso las obligaciones que le impone el presente capítulo, en la medida estrictamente requerida por las circunstancias, y siempre que tales medidas no sean incompatibles con las demás obligaciones que le impone el derecho internacional. Los Estados ribereños facilitarán en cualquier caso la navegación para fines humanitarios.

213. En un comentario al artículo XIII de las Normas de Helsinki se cita la interpretación del derecho fluvial internacional hecha por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto del río Oder*, y se dice al respecto:

La declaración de la Corte respecto de la «igualdad absoluta» de los Estados corribereños no es sino una aplicación concreta del principio de la igualdad de derechos en la utilización equitativa²⁰⁶.

214. Esta interpretación —hecha suya por el Magistrado Jiménez de Aréchaga²⁰⁷— viene apoyada también por un autor en su penetrante análisis de la «utilización equitativa» del siguiente modo:

Aunque la Corte orientó su análisis en este asunto [*Asunto del río Oder*] a la cuestión que se le había sometido —los derechos de navegación de los corribereños de un río internacional— tanto su redacción como su razonamiento lo hacen

²⁰⁵ El artículo XVIII bis fue añadido a las Normas de Helsinki en la 56.ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional. Véase ILA, *Report of the Fifty-sixth Conference (New Delhi, 29 December-4 January 1975)*, Londres, 1976, pág. xiii.

²⁰⁶ ILA, *Report of the Fifty-second Conference (Helsinki, 1966)*, Londres, 1967, pág. 507.

²⁰⁷ Véase *supra*, párr. 190.

igualmente aplicable a los usos distintos de la navegación. En primer lugar, la Corte afirmó expresamente que estaba aplicando el «derecho fluvial internacional en general». Si solamente hubiera querido referirse al derecho de la navegación, lo podría haber indicado fácilmente. En segundo lugar, «las exigencias de justicia y las consideraciones de conveniencia» mencionadas por la Corte se aplican con igual fuerza a fines de navegación y a otros fines. Así pues, no existe ninguna base utilitaria ni lógica para distinguirlos. Por último, si la navegación por un río internacional —que entraña la entrada física de buques extranjeros en el territorio de otro Estado— no viola la soberanía del Estado, parecería, *a fortiori*, que los Estados tienen derecho a utilizar las aguas de ese río dentro de su propio territorio sin perjuicio de la «igualdad absoluta de todos los Estados ribereños» de hacer lo mismo²⁰⁸.

F.—Utilización en común de las aguas fronterizas

215. En realidad, además de la serie de precedentes afines que existen en la esfera de la navegación, hay abundantes precedentes directos en derecho convencional y en la práctica internacional para considerar las aguas de los cursos de agua internacionales como un recurso natural compartido. Algunos de estos precedentes serán utilizados en futuros informes, que versarán sobre los principios generales de derecho que rigen el uso de las aguas de los cursos de agua internacionales, tales como el de la utilización equitativa y el de la no utilización de los recursos propios en perjuicio de otros. Ahora se hará referencia a textos relativos a la comunidad de uso de las aguas fronterizas, pues ilustran perfectamente el hecho de que los Estados parten en la práctica del supuesto de que las aguas de un curso de agua internacional constituyen un recurso natural compartido.

216. Los tratados relativos a la utilización en común del agua dulce versan, en su mayoría, sobre el uso de las aguas fronterizas, probablemente porque la naturaleza física del agua requiere la cooperación de los Estados situados a ambos lados de un río fronterizo para todo lo que no sea los usos más elementales. Con independencia de lo que tales tratados revelan acerca del contenido del derecho internacional consuetudinario, el postulado en que se basan, a saber: que las aguas fronterizas son un recurso natural compartido, es incontrovertible.

217. Con anterioridad a la primera guerra mundial se concertaron entre Estados europeos diversos tratados relativos al uso hidroeléctrico. En esos tratados se aceptaba la necesidad de cooperación y se reconocía que la utilización en común del agua era la solución razonable. Por ejemplo, el Convenio entre Francia y Suiza para el aprovechamiento de la potencia hidráulica del Ródano (Berna, 4 de octubre de 1913) dispone que cada Estado tiene derecho a una parte de la fuerza hidráulica creada, proporcionalmente a la caída de las aguas frente a las orillas situadas en su territorio. Por consiguiente, se asignó a Suiza toda la fuerza corres-

²⁰⁸ J. Lipper, «Equitable utilization», *The Law of International Drainage Basins*, A. H. Garretson, R. D. Hayton, C. J. Olmstead, eds., Dobbs Ferry, N. Y., Oceana Publications, 1967, pág. 29.

pondiente a la caída en la región en que poseía las dos márgenes del Ródano, mientras que compartía por igual con Francia la fuerza creada en la región en que los dos Estados eran ribereños²⁰⁹.

218. Un precursor de esta comunidad de uso de las aguas del Ródano fue el artículo 5 del acuerdo fronterizo concertado el 4 de noviembre de 1824 entre el Cantón de Neuchâtel (Suiza) y Francia:

La facultad de aprovechar el curso de agua para molinos y otras fábricas y para el riego no quedará subordinada a los límites de la soberanía. Corresponderá a cada margen hasta la mitad de la masa de agua en movimiento en el Estado del curso inferior²¹⁰.

219. La división por igual de la utilización de las aguas de los ríos fronterizos ha pasado a ser una regla de repartición habitualmente utilizada. El artículo 1 del Convenio relativo al aprovechamiento de los rápidos del río Uruguay en la zona del Salto Grande (Montevideo, 30 de diciembre de 1946) entre la Argentina y el Uruguay, dispone:

Las Altas Partes Contratantes declaran, para los efectos del presente Convenio, que las aguas del río Uruguay serán utilizadas en común por partes iguales²¹¹.

220. El Tratado concerniente a la derivación de aguas del Niágara (Wáshington, 27 de febrero de 1950) entre los Estados Unidos de América y el Canadá, dispone:

Artículo V

Toda el agua mencionada en el artículo III del presente Tratado que exceda del volumen reservado para las necesidades del paisaje en el artículo IV podrá desviarse a fin de producir energía hidroeléctrica.

Artículo VI

Las aguas disponibles para la producción de energía eléctrica en virtud de las disposiciones del presente Tratado se distribuirán por partes iguales entre los Estados Unidos de América y el Canadá²¹².

221. El Tratado de límites territoriales entre Guatemala y El Salvador (Guatemala, 9 de abril de 1938) dispone:

Artículo II

[...]

En los ríos fronterizos, cada Gobierno se reserva el derecho de hacer uso de la mitad del volumen de agua, ya sea para fines agrícolas o industriales; [...] ²¹³.

²⁰⁹ *Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 63.V.4), pág. 708 (denominado en adelante *Textes législatifs...*).

²¹⁰ *Ibid.*, pág. 701.

²¹¹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 671, pág. 18.

²¹² *Ibid.*, vol. 132, pág. 228.

²¹³ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, volumen CLXXXIX, pág. 276.

222. El Acuerdo celebrado entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Irán para la utilización común de los tramos fronterizos de los ríos Aras y Atrak para el riego y la producción de energía hidroeléctrica (Teherán, 11 de agosto de 1957) contiene una disposición expresa sobre el reparto de las aguas:

El Gobierno Imperial del Irán y el Gobierno de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, signatarios del presente Acuerdo, tomando nota de las relaciones de amistad existentes entre ambos países y deseosos de fortalecer aún más esas relaciones, convienen en utilizar las mitades respectivas a que tienen igualmente derecho de todos los recursos de agua y energía de los tramos fronterizos de los ríos Aras y Atrak para el riego, la producción de energía hidroeléctrica y el uso doméstico y, a tal efecto, convienen en lo siguiente:

Artículo 1

Las partes en el presente Acuerdo convienen en que, a los efectos de la utilización de esa mitad a la que cada una tiene derecho, el agua y la energía eléctrica deberán ser repartidas y transportadas por separado en el territorio de cada parte conforme a las disposiciones de un anteproyecto general elaborado para la utilización conjunta de los ríos y adoptado de común acuerdo. Si las actividades de una de las partes al utilizar su mitad de todos los recursos son más lentas que las de la otra, ello no privará a esa parte de su derecho a utilizar la totalidad de su porción²¹⁴.

223. Un convenio entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Turquía y un protocolo respecto del río Araxes (Aras), que entraron en vigor el 26 de junio de 1928, contienen esta disposición:

Artículo 1

Las dos Partes Contratantes tendrán el disfrute de la mitad de la cantidad de las aguas de los ríos, corrientes y arroyos que coincidan con la línea fronteriza entre la República de Turquía y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas²¹⁵.

224. La nueva configuración del mapa de Europa después de la primera guerra mundial originó una proliferación de problemas de aguas fronterizas al formar los ríos muchas nuevas fronteras. Esos problemas se resolvieron principalmente mediante tratados. Un ejemplo de la solución común es el Tratado de límites entre Austria y Checoslovaquia (Praga, 12 de diciembre de 1928):

Artículo 28

1. Cada uno de los Estados tiene derecho en principio a disponer de la mitad de las aguas que fluyen por los cursos de agua fronterizos [...] ²¹⁶.

225. El Convenio entre Dinamarca y Alemania relativo al arreglo de la cuestión de las aguas y diques de la frontera germano-danesa (Copenhague, 10 de abril

²¹⁴ *British and Foreign State Papers*, 1957-58, Londres, H. M. Stationery Office, vol. 163, pág. 428.

²¹⁵ *Textes législatifs...*, pág. 384.

²¹⁶ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CVIII, pág. 68.

de 1922) trata entre otras cosas del uso de las aguas para el riego:

Artículo 35.—Distribución del agua en relación con las obras de irrigación

Los propietarios de los predios situados en una u otra orilla de uno de los cursos de agua mencionados en el artículo 1 tendrán igual derecho al uso de las aguas, de manera que, si se construyen instalaciones de riego en una de las dos márgenes, sólo podrá atribuírseles la mitad del volumen de las aguas del curso de agua. La Comisión de Aguas Limitófes establecerá disposiciones detalladas para el reparto del agua en relación con la construcción de instalaciones de riego.

No obstante, si todos los propietarios y usufructuarios de los predios situados en la orilla opuesta del curso de agua entre el punto de derivación de las aguas y el punto en que éstas entren de nuevo en el curso de agua dieran su asentimiento, podrá atribuírse más de la mitad del volumen de las aguas a una instalación de riego situada en una sola orilla²¹⁷.

226. Otro ejemplo relativamente reciente de reparto por partes iguales es el Acuerdo entre Rumania y Yugoslavia relativo a la creación y explotación del sistema de energía hidroeléctrica y navegación de las Puertas de Hierro en el río Danubio (Belgrado, 30 de noviembre de 1963), que entró en vigor en 1964²¹⁸. Conforme al artículo 6, las Partes participan a partes iguales en los gastos de construcción de las estructuras de control en el sector de las Puertas de Hierro en el río Danubio, mientras que el artículo 8 establece que la energía producida se repartirá en partes iguales.

227. Aunque los tratados aceptan generalmente el principio de la igualdad en el reparto de las aguas fronterizas entre dos Estados ribereños, el criterio de reparto por mitades del agua o de la energía no es el único empleado. El Acuerdo entre Suiza e Italia sobre la cuenca del Averserrhein (Roma, 18 de junio de 1949) es un tratado un tanto especial, como se desprende de su preámbulo:

El Consejo Federal Suizo y el Gobierno de la República Italiana,

Habiendo examinado una solicitud de concesión de la fuerza hidráulica del Reno di Lei y de otros cursos de agua situados en la cuenca del Averserrhein formulada, en Suiza, por la Sociedad Anónima «Rhätische Werke für Elektrizität», de Thusis, en Italia, por la Sociedad Anónima «Edison», de Milán,

Han reconocido que el proyecto presentado, que prevé el aprovechamiento, en una central única, de la fuerza hidráulica de tramos de cursos de agua suizos e italianos, garantiza la utilización racional de esa fuerza, pero que la regulación de ésta y su utilización, que sólo pueden realizarse por una empresa única, debían ser objeto de un acuerdo internacional que tuviese en cuenta las diferencias de legislación de los dos Estados.

Han convenido, en consecuencia, en que los dos Gobiernos debían hacer realizar por un concesionario único las obras necesarias para la regulación y utilización de la fuerza y proceder entre ellos a un reparto de la energía disponible, quedando cada uno de ellos en libertad de utilizar después a su

arbitrio, y conforme a los principios de su propia legislación, la energía que le correspondiera.

A tal efecto, han resuelto celebrar un acuerdo [...] ²¹⁹.

228. El artículo 5 dispone lo siguiente:

Habida cuenta de las aguas y la pendiente utilizables en los territorios respectivos, se conviene en que la fuerza hidráulica aprovechada en la central de Innerferrera se distribuirá en un 70 % a Suiza y un 30 % a Italia [...] ²²⁰.

229. Un canje de notas constitutivo de acuerdo entre España y Portugal relativo al aprovechamiento industrial de las aguas de los ríos limítrofes (Madrid, 29 de agosto y 2 de septiembre de 1912) contiene la disposición de que cada una de las Partes podrá «disponer [...] de la mitad del caudal de agua existente en las distintas épocas del año» ²²¹.

230. Este sistema de reparto por partes iguales se dejó de lado en el Convenio entre España y Portugal para regular el aprovechamiento hidroeléctrico del tramo internacional del río Duero (Lisboa, 11 de agosto de 1927), sustituyéndolo por un sistema de reparto basado en la división del curso de agua en tramos. El Convenio dispone lo siguiente:

Artículo 2

La energía que es susceptible de producir el tramo internacional del Duero se distribuirá entre España y Portugal, en la forma siguiente:

a) Se reserva a Portugal la utilización de todo el desnivel del río, en la zona comprendida entre el origen de dicho tramo y el punto de confluencia del Tormes con el Duero.

b) Se reserva a España la utilización de todo el desnivel del río, en la zona comprendida entre el punto de confluencia del Tormes con el Duero y el extremo inferior del mismo tramo internacional.

[...] ²²².

231. En el Acuerdo entre Noruega y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas relativo al aprovechamiento de los recursos hidráulicos del Paatso-joki (Paskvik) (Oslo, 18 de diciembre de 1957) se establece un método de reparto muy semejante:

[Preámbulo]

El Gobierno de Noruega y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas,

Deseosos de fomentar aún más la cooperación económica entre Noruega y la Unión Soviética, y

Deseosos a estos efectos de utilizar en condiciones mutuamente ventajosas los recursos hidráulicos del Paatso-joki (Paskvik), situado en la frontera entre Noruega y la Unión Soviética, sobre la base de un reparto equitativo entre los dos países de los derechos de utilización de tales recursos,

²¹⁹ *Textes législatifs...*, pág. 846.

²²⁰ *Ibid.*, pág. 847.

²²¹ *Anuario...* 1974, vol. II (segunda parte), pág. 140, documento A/5409, párr. 584.

²²² Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, volumen LXXXII, pág. 132.

²¹⁷ *Ibid.*, vol. X, pág. 221.

²¹⁸ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 512, pág. 43.

Han decidido celebrar el presente Acuerdo [...]:

Artículo 1

El presente Acuerdo tiene por objeto el reparto entre Noruega y la Unión Soviética de los derechos de utilización de los recursos hidráulicos del Paatso-joki (Pasvik), desde su desembocadura hasta la cota de 70,32 metros, donde el río cruza la frontera entre Noruega y la Unión Soviética [...].

Artículo 2

La Unión Soviética tendrá derecho a utilizar los recursos hidráulicos del Paatso-joki (Pasvik):

a) En su curso inferior: desde la desembocadura hasta la cota de 21 metros sobre el nivel del lago Svan (Salmi);

b) En su curso superior: desde el lago Fjaer (Höyhen) —cota de 51,87 metros— hasta la intersección del río y de la frontera noruego-soviética entre los mojones fronterizos N.^{os} 9 y 10 —cota de 70,32 metros—.

Noruega tendrá derecho a utilizar los recursos hidráulicos del curso medio del Paatso-joki (Pasvik), desde el lago Svan (Salmi) —cota de 21,0 metros— hasta la cota de 51,87 metros sobre el nivel del lago Fjaer (Höyhen)²²³.

232. Hay aún otros ejemplos de métodos de reparto, como la adjudicación de las aguas durante un período determinado, por ejemplo en días alternos²²⁴.

233. Diversos tratados sobre aguas fronterizas reconocen el interés en las aguas de cada Estado ribereño al exigir que toda modificación del régimen de las aguas sea objeto de un acuerdo. En realidad, se difiere la decisión relativa a la naturaleza y el alcance del reparto. Así, el Acuerdo entre Hungría y Checoslovaquia sobre la reglamentación de cuestiones técnicas y económicas relativas a los cursos de agua fronterizos (Praga, 16 de abril de 1954) dispone lo siguiente:

Artículo 9.—Planificación

1. Las Partes Contratantes establecerán directrices comunes para la elaboración de planes generales respecto de todas las obras hidráulicas indicadas en el capítulo I que hayan de ejecutarse en los cursos de agua fronterizos. Los planes se elaborarán de común acuerdo con arreglo a las directrices que se establezcan. Cada Parte Contratante preparará, a sus expensas, los proyectos de las obras que deban ejecutarse en su territorio. El costo de los proyectos conjuntos de las obras que deban ejecutarse en el territorio de ambos Estados será sufragado por las Partes Contratantes conforme a un acuerdo separado.

2. Los proyectos y toda modificación sustancial de ellos deberán ser aprobados por las Partes Contratantes. El traslado tierra adentro de los diques de protección contra las crecidas, a mayor distancia del río, o su construcción a un nivel más bajo, que se desvíen del proyecto aprobado, no se considerarán modificación sustancial del proyecto [...] ²²⁵.

234. De modo similar, Polonia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, en su Acuerdo relativo a la utilización de los recursos hidráulicos en las aguas

fronterizas (Varsovia, 17 de julio de 1964) convienen en que ninguna de las partes emprenderá, sin el acuerdo de la otra, obra alguna en las aguas fronterizas que pueda afectar al uso de esas aguas por la otra parte²²⁶.

235. Un número considerable de tratados relativos a las aguas fronterizas, en los que esas aguas se consideran un recurso natural compartido al que se aplica el principio de la igualdad de derechos, crean algún tipo de órgano mixto o comisión fluvial al que se confieren ciertas facultades respecto de la aplicación de ese principio.

236. Por ejemplo, el Convenio de 1946 entre la Argentina y el Uruguay relativo al aprovechamiento de los rápidos del río Uruguay dispone:

Artículo 1

Las Altas Partes Contratantes declaran, para los efectos del presente Convenio, que las aguas del río Uruguay serán utilizadas en común por partes iguales.

Artículo 2

Las Altas Partes Contratantes acuerdan designar y mantener una Comisión Técnica Mixta compuesta de igual número de delegados por cada país, la que tendrá a su cargo todos los asuntos referentes a la utilización, represamiento y derivación de las aguas del río Uruguay [...] ²²⁷.

Otros artículos del Tratado establecen que la Comisión Técnica Mixta dictará su reglamento y formulará su plan de trabajo, seguirá determinado orden de prioridad en la utilización de las aguas, tomará decisiones por mayoría de votos y, en caso de empate o de falta de acuerdo entre las Altas Partes Contratantes, la controversia se someterá al arbitraje. El artículo 5 dispone lo siguiente:

Las Altas Partes Contratantes acuerdan que el uso y derivación, temporario o permanente, de las aguas del río Uruguay y sus tributarios —aguas arriba de la presa— sólo serán otorgados por los Gobiernos en sus respectivas jurisdicciones, previo informe de la Comisión Técnica Mixta²²⁸.

237. El Acuerdo de 1954 entre Checoslovaquia y Hungría sobre la reglamentación de cuestiones técnicas y económicas relativas a los cursos de agua limítrofes establece el principio del reparto por partes iguales, pero prohíbe la construcción de obras que puedan ejercer una influencia desfavorable en los cursos de agua (art. 23, párr. 2). Por el artículo 26 se crea una Comisión Técnica Mixta encargada de asesorar sobre las consecuencias de la construcción de obras en los cursos de agua y de determinar si la autorización de tal construcción requiere un acuerdo especial²²⁹.

238. Conforme a lo dispuesto en el Tratado entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de América sobre las aguas fronterizas y las cuestiones que se planteen en la frontera entre el Canadá y los Estados Unidos

²²³ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 312, págs. 275 y 277.

²²⁴ Véase C. A. Colliard, «Evolution et aspects actuels du régime juridique des fleuves internationaux», *Recueil des cours...*, 1968-III, Leyden, Sijthoff, 1970, t. 125, págs. 372 y 373.

²²⁵ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 504, pág. 259.

²²⁶ *Ibid.*, vol. 552, pág. 195.

²²⁷ *Ibid.*, vol. 671, pág. 18 (véase también *supra*, párr. 219).

²²⁸ *Ibid.*, pág. 20.

²²⁹ *Ibid.*, vol. 504, págs. 269 y 271 (véase también *supra*, párr. 233).

[Wáshington (D. C.), 11 de enero de 1909], la Comisión Mixta Internacional (Estados Unidos y Canadá) está facultada para ocuparse de los

usos, obstrucciones y desviaciones, transitorias o permanentes, de las aguas fronterizas en cualquier lado de la línea de demarcación que afecten al nivel o el flujo naturales de las aguas fronterizas en el otro lado de esa línea [...] (art. III)²³⁰.

Las Altas Partes Contratantes convienen en no permitir

la construcción o el mantenimiento en sus respectivos lados de la frontera de obras de protección o de defensa ni de presas u otros obstáculos en aguas que salgan de las aguas fronterizas o en aguas abajo de la frontera, en los ríos que la atraviesen, que tengan por efecto elevar el nivel natural de las aguas en el otro lado de la frontera, a menos que la construcción o el mantenimiento sea aprobado por la Comisión Mixta Internacional (art. IV)²³¹.

El artículo VIII dispone lo siguiente:

[...] Las Altas Partes Contratantes tendrán, en su respectivo lado de la frontera, iguales y similares derechos en el uso de las aguas definidas como aguas fronterizas en el presente Tratado.

[...]

Las disposiciones precedentes no se aplicarán ni afectarán a los usos existentes de las aguas fronterizas a uno y otro lado de la frontera.

²³⁰ *British and Foreign State Papers, 1908-1909*, H. M. Stationery Office, 1913, vol. 102, pág. 138 (véase asimismo *Textes législatifs...*, pág. 261).

²³¹ *Ibid.*, pág. 139 (e *ibid.*).

En caso de desviación transitoria de las aguas fronterizas, la Comisión podrá suspender, si lo estima oportuno, la aplicación de la regla del reparto por partes iguales de las aguas en los puntos en que ese tipo de reparto no pueda hacerse ventajosamente a causa de las condiciones locales y siempre que esas desviaciones no disminuyan en otro lugar la cantidad de agua disponible en el otro lado de la frontera [...] ²³².

239. Además, una disposición fundamental faculta a la Comisión Mixta Internacional para examinar los hechos en casos particulares, informar al respecto y formular recomendaciones, convirtiendo así a la Comisión en un verdadero órgano de coordinación:

Artículo IX. Las Altas Partes Contratantes convienen asimismo en que cualesquiera otras cuestiones o litigios que se susciten entre ellas en relación con los derechos, obligaciones o intereses de cualquiera de ellas respecto de la otra o de los habitantes de la otra, a lo largo de la frontera común entre los Estados Unidos y el Dominio del Canadá, se someterán a la Comisión Mixta Internacional para examen e informe siempre que el Gobierno de los Estados Unidos o el Gobierno del Dominio del Canadá soliciten que tales cuestiones o litigios se sometan a la Comisión.

La Comisión Mixta Internacional queda autorizada en cualquier caso que así se le someta para examinar los hechos y circunstancias de las cuestiones y litigios particulares que se le hayan remitido, informar al respecto y formular las conclusiones y recomendaciones oportunas, sin perjuicio, no obstante, de las restricciones o excepciones que a este respecto le vengan impuestas por su mandato.

Tales informes de la Comisión no serán considerados como decisiones, respecto de los hechos ni del derecho, sobre las cuestiones o litigios que se le hayan sometido y no tendrán en absoluto el carácter de laudos arbitrales [...] ²³³.

²³² *Ibid.*, págs. 140 y 141 (e *ibid.*, págs. 262 y 263).

²³³ *Ibid.*, págs. 141 y 142 (e *ibid.*, pág. 263).

INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES

[Tema 5 del Programa]

DOCUMENTO A/CN.4/331 Y ADD.1

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

[Original: inglés]
[11 de abril y 30 de junio de 1980]

ÍNDICE

		Página
<i>Abreviaturas</i>		210
	<i>Párrafos</i>	
NOTA PRELIMINAR	1-9	211
PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES	10-127	213
PARTE I.—INTRODUCCIÓN	10-57	213
Artículo 1 (Alcance de los presentes artículos)	12-14	213
<i>Texto del artículo 1</i>	14	214
Artículo 2 (Términos utilizados)	15-33	214
a) «Inmunidad»	17-19	214
b) «Inmunidades jurisdiccionales»	20-22	214
c) «Estado territorial»	23-24	215
d) «Estado extranjero»	25	215
e) «Bienes de Estado»	26	215
f) «Actividad mercantil o comercial»	27-28	216
g) «Jurisdicción»	29-31	216
Un significado distinto del definido en los artículos	32	216
<i>Texto del artículo 2</i>	33	217
Artículo 3 (Disposiciones interpretativas)	34-48	217
a) La expresión «Estado extranjero»	35-42	217
i) El soberano o jefe de Estado	36-37	217
ii) El gobierno central y sus diversos órganos o departamentos	38-39	218
iii) Subdivisiones políticas de un Estado extranjero en el ejercicio de su autoridad soberana	40	219
iv) Organismos o dependencias que actúan como órganos de un Estado extranjero en el ejercicio de su autoridad soberana	41-42	220
b) La expresión «jurisdicción»	43-45	221
c) Criterios para determinar si una actividad es mercantil o comercial	46-47	221
<i>Texto del artículo 3</i>	48	222
Artículo 4 (Inmunidades jurisdiccionales no incluidas en el ámbito de los pre- sentes artículos)	49-54	222
<i>Texto del artículo 4</i>	54	224
Artículo 5 (Irretroactividad de los presentes artículos)	55-57	224
<i>Texto del artículo 5</i>	57	224

	Párrafos	Página
PARTE II.—PRINCIPIOS GENERALES	58-127	225
Artículo 6 (Principio de la inmunidad del Estado)	65-127	225
I. Evolución histórica y jurídica del principio de la inmunidad del Estado.	65-118	225
A. La inmunidad del Estado en la práctica judicial de los Estados	67-90	226
1. Sistemas de <i>common law</i>	67-76	226
a) Una consecuencia de la inmunidad personal	67-68	226
b) Transposición de los atributos de la persona del soberano	69-72	227
c) Influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América	73-74	228
d) Formulación clásica del principio de la inmunidad de los Estados	75-76	228
2. Países de tradición jurídica romanista: fundamentalmente una cuestión de competencia	77-82	229
3. Otros sistemas jurídicos	83	230
4. Práctica actual de los Estados	84-89	231
5. Práctica general de los Estados como prueba del derecho consuetudinario	90	233
B. Práctica gubernamental	91-98	233
1. Función desempeñada por el poder ejecutivo en la práctica de los Estados	91-92	233
2. Formas de participación de los órganos políticos de la Administración del Estado	93-97	234
3. Influencia de la práctica gubernamental	98	235
C. Legislación nacional	99-109	236
1. Leyes especiales sobre inmunidad de los Estados	100-103	236
2. Leyes generales sobre jurisdicción de los tribunales	104-107	237
3. Leyes sobre aspectos particulares de la inmunidad de los Estados	108-109	237
D. Convenciones internacionales	110-113	238
1. Convenciones sobre la inmunidad de los Estados	111	238
2. Convenciones internacionales pertinentes con respecto a ciertos aspectos de la inmunidad de los Estados	112	238
3. Convenciones regionales	113	238
E. Decisiones judiciales internacionales	114	239
F. Opiniones de los tratadistas	115-118	239
II. Bases racionales de la inmunidad de los Estados	119-126	240
A. Los principios de la soberanía, la independencia, la igualdad y la dignidad de los Estados	120	240
B. Explicación histórica: analogía con los soberanos nacionales	121	240
C. Pertinencia de las inmunidades diplomáticas	122	241
D. Reciprocidad, <i>comitas gentium</i> , cortesía internacional o situación política enojosa en las relaciones internacionales	123-124	241
E. Otras consideraciones	125-126	241
<i>Texto del artículo 6</i>	127	242

ABREVIATURAS

CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justicia
<i>C.I.J. Recueil</i>	CIJ, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
OEA	Organización de los Estados Americanos

Nota preliminar

1. El presente informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes es continuación de una serie de estudios preparados para la Comisión de Derecho Internacional. Sigue al primer informe preliminar sobre la misma cuestión, presentado por el Relator Especial en junio de 1979¹, al que a su vez había precedido un informe exploratorio presentado por el Grupo de Trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes en 1978².

2. En ese informe exploratorio, el Grupo de Trabajo examinaba algunos aspectos generales del tema, exploraba posibles pistas y criterios para su estudio e indicaba posibles métodos de trabajo³. El informe contenía también una breve reseña histórica del interés manifestado y las decisiones adoptadas por la CDI en relación con este tema, del que trataba un memorando de 1948 del Secretario General⁴, en el que se señalaba, en una sección separada relativa a la «Jurisdicción sobre Estados extranjeros», que el tema comprendía «todo el campo de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de los soberanos y de los buques y fuerzas armadas del Estado»⁵. La cuestión, con su título actual, se incluyó en la lista provisional de 14 cuestiones seleccionadas para la codificación por la Comisión en su primer período de sesiones, de 1949⁶. Aunque en su labor sobre distintos temas tocase ciertos aspectos de la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes⁷, la Comisión

no tuvo tiempo de volver sobre esta cuestión hasta 1977, pese a que en un segundo «Examen de conjunto del derecho internacional», presentado por el Secretario General en 1971⁸, se incluyó una sección sobre «Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus órganos, organismos y bienes»⁹. En su 29.º período de sesiones, la Comisión recomendó la selección del tema para su estudio activo en un futuro próximo, en vista de su importancia práctica cotidiana y del hecho de que el tema se prestaba para la codificación y el desarrollo progresivo¹⁰. El 19 de diciembre de 1977 la Asamblea General aprobó la resolución 32/151, cuyo párrafo 7 dice lo siguiente:

[La Asamblea General]

[...]

7. *Invita* a la Comisión de Derecho Internacional a que, en el momento que estime conveniente y a la luz de los progresos realizados con el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos y otros temas de su actual programa de trabajo, *inicie su labor* * sobre los temas de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional y de las *inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* *.

3. En respuesta a esa invitación, la Comisión, en su 30.º período de sesiones, estableció un Grupo de Trabajo sobre la cuestión¹¹. Sobre la base de las recomendaciones contenidas en el párrafo 32 del informe exploratorio del Grupo de Trabajo¹², la Comisión decidió:

a) incluir en el actual programa de trabajo de la Comisión el tema «Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes»;

b) designar un Relator Especial para ese tema;

c) invitar al Relator Especial a que prepare próximamente un informe preliminar y lo someta a la consideración de la Comisión;

d) pedir al Secretario General que dirija a los gobiernos de los Estados Miembros una carta circular invitándoles a que presenten, para el 30 de junio de 1979, los elementos informativos pertinentes sobre el tema, en particular datos sobre la

* Subrayado por el Relator Especial.

¹ *Anuario...* 1979, vol. II (segunda parte), pág. 1, documento A/CN.4/245. El Secretario General declaraba:

«Las opiniones difieren sobre esas cuestiones, como sucede también de hecho con las cuestiones de fondo mencionadas precedentemente. Pero cabe indicar que las diferencias no son grandes en todos los casos, aunque pueden causar roces e incertidumbre; que, como se indicó en el Examen de 1948, es dudoso que haya consideraciones de interés nacional de importancia decisiva que impidan una codificación del derecho en la materia (de aceptación general); y que su importancia cotidiana hace que sea apropiada para su codificación y desarrollo progresivo.» (*Ibid.*, pág. 21, párr. 75.)

² *Ibid.*, págs. 19 a 22, cap. I, secc. 5.

³ *Anuario...* 1977, vol. II (segunda parte), págs. 130 y 131, documento A/32/10, párr. 110.

⁴ *Anuario...* 1978, vol. II (segunda parte), pág. 149, documento A/33/10, párr. 179.

⁵ Véase *supra*, nota 2.

¹ *Anuario...* 1979, vol. II (primera parte), pág. 233, documento A/CN.4/323.

² A/CN.4/L.279/Rev.1, reproducido en parte en *Anuario...* 1978, vol. II (segunda parte), pág. 150, documento A/33/10, cap. VIII, secc. D, anexo.

³ *Ibid.*, págs. 150 a 152, párrs. 11 a 31.

⁴ *Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international* [publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1948.V.1 (1)] (en francés e inglés solamente).

⁵ *Ibid.*, párr. 50.

⁶ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 10 (A/925)*, párr. 16.

⁷ La Comisión se refirió a las inmunidades de los buques de guerra y de otros buques del Estado en su proyecto de artículos de 1956 sobre el derecho del mar (*Anuario...* 1956, vol. II, págs. 252 y ss., documento A/3159, cap. II, secc. II). Las inmunidades de los bienes de Estado asignados a las misiones diplomáticas se examinaron en el proyecto de artículos de 1958 sobre relaciones e inmunidades diplomáticas (*Anuario...* 1958, vol. II, págs. 96 y ss., documento A/3859, cap. III, secc. II), mientras que las inmunidades de los bienes de esta clase utilizados en relación con las oficinas consulares se trataron en el proyecto de artículos de 1961 sobre relaciones consulares (*Anuario...* 1961, vol. II, págs. 103 y ss., documento A/4843, cap. II, secc. IV). El proyecto de artículos de 1967 sobre las misiones especiales incluía también disposiciones sobre la inmunidad de los bienes del Estado (*Anuario...* 1967, vol. II, págs. 361 y ss., documento A/6709/Rev.1, cap. II, secc. D), al igual que el proyecto de artículos de 1971 sobre la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales [*Anuario...* 1971, vol. II (primera parte), págs. 307 y ss., documento A/8410/Rev.1, cap. II, secc. D]. Todos estos proyectos de artículos sirvieron de base para la elaboración de convenciones internacionales [véase *Anuario...* 1978, vol. II (segunda parte), pág. 149, documento A/33/10, nota 686].

legislación nacional, las decisiones de los tribunales nacionales y la correspondencia diplomática y oficial;

e) pedir a la Secretaría que prepare notas y documentos de trabajo sobre el tema, según las necesidades y cuando lo soliciten la Comisión y el Relator Especial encargado del tema¹³.

4. El informe de la Comisión relativo a la labor realizada sobre este tema fue ampliamente debatido en la Sexta Comisión en el curso del trigésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General¹⁴. Por su resolución 33/139, secc. I, aprobada el 19 de diciembre de 1978, la Asamblea General,

Tomando nota de la labor preliminar realizada por la Comisión de Derecho Internacional con respecto al estudio [de] las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes,

[...]

3. *Aprueba* el programa de trabajo proyectado por la Comisión de Derecho Internacional para 1979;

[...]

6. *Recomienda además* que la Comisión de Derecho Internacional prosiga su labor sobre los restantes temas de su programa actual,

entre los que figuraba concretamente el de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

5. Sobre la base de la recomendación de la Asamblea General, el Relator Especial preparó y presentó el primer informe preliminar sobre el tema¹⁵ con el mismo espíritu con que éste había sido tratado en la CDI y en la Sexta Comisión y a la luz de la documentación pertinente proporcionada por los gobiernos de los Estados Miembros en respuesta a una petición que les había dirigido el Asesor Jurídico con fecha 18 de enero de 1979¹⁶. En el primer informe se determinaban los distintos tipos de material que había que examinar, a saber: la práctica de los Estados, en forma de legislación nacional de decisiones judiciales de tribunales nacionales y de práctica gubernamental; las convenciones internacionales; las decisiones judiciales internacionales, y las opiniones de los tratadistas. El informe contenía un esbozo histórico de las actividades internacionales de codificación, incluidas las del Comité de Expertos de la Sociedad de las Naciones, la CDI, los comités jurídicos regionales y los círculos profesionales y académicos. También se analizaba en él, a grandes rasgos, el posible contenido del derecho de las inmunidades de los Estados, que comprendía cierto número de cuestiones iniciales, el problema de la definición de ciertos términos, la norma general de la inmunidad de los Estados incluido el ámbito de su aplicación y destacando el consentimiento como elemento de esa regla junto con algunas posibles excepciones, la inmunidad de aseguramiento y de ejecución y otras cuestiones de procedimiento y conexas. El informe subrayaba también la conveniencia y la posibilidad de preparar eventualmente un proyecto de artículos sobre la cuestión.

¹³ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 150, párr. 188.

¹⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Anexos*, tema 114 del programa, documento A/33/419, párr. 263 y 264.

¹⁵ Véase *supra*, nota 1.

¹⁶ De conformidad con la decisión de la Comisión a que se alude *supra* (párr. 3, apartado d).

6. El primer informe fue examinado por la Comisión durante su 31.º período de sesiones. La Comisión pidió al Relator Especial que aclarase, en primer lugar, los principios generales y el contenido de las normas básicas aplicables a la cuestión y que se esforzara con la mayor prudencia por definir los límites de las inmunidades y por determinar las excepciones a las mismas¹⁷. Como informó el Presidente de la CDI a la Sexta Comisión¹⁸, también se había hecho hincapié en la necesidad de un análisis detallado de la práctica y la legislación de todos los Estados, particularmente de los países socialistas y de los países en desarrollo. La Comisión estimaba asimismo que el examen de la cuestión debía tener como punto de partida la práctica de los Estados. El tema volvió a ser examinado en la Sexta Comisión, la cual recomendó a la Asamblea General que aprobara un proyecto de resolución¹⁹, que decía lo siguiente:

La Asamblea General,

[...]

Tomando nota también con reconocimiento de los progresos hechos por la Comisión de Derecho Internacional en la preparación de proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados y sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, así como de la labor realizada en relación con el estudio del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático y el examen del procedimiento de elaboración de tratados multilaterales,

[...]

4. *Recomienda* a la Comisión de Derecho Internacional que:

[...]

e) Continúe su labor sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, teniendo en cuenta la información facilitada por los gobiernos y las respuestas al cuestionario que se les ha enviado, así como las observaciones expresadas sobre el tema en los debates celebrados en la Asamblea General;

[...]

7. Atendiendo a la recomendación de la Asamblea General, el Relator Especial continuó su estudio y examen de los materiales disponibles sobre la cuestión a la luz del debate que se había celebrado en la Sexta Comisión y de las opiniones expresadas en él por distintos representantes, así como de la dirección de las nuevas tendencias indicadas por la Comisión. Entretanto, el Relator Especial siguió recibiendo respuestas de los gobiernos, tanto en forma de información en respuesta a la circular de 18 de enero de 1979 como

¹⁷ *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 223, documento A/34/10, párr. 178.

¹⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 38.ª sesión, párr. 30; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁹ A/C.6/34/L.21, aprobado por consenso por la Sexta Comisión. El 17 de diciembre de 1979, la Asamblea General, siguiendo la recomendación de su Sexta Comisión, aprobó sin votación el proyecto, que de ese modo se convirtió en la resolución 34/141.

de respuestas al cuestionario distribuido por la Secretaría a los gobiernos de los Estados Miembros con fecha 2 de octubre de 1979²⁰.

8. Sobre la base de los materiales básicos recibidos hasta el momento por el Relator Especial se ha preparado, para su presentación a la Comisión, este segundo informe sobre la cuestión, en forma de un proyecto de artículos con un análisis apropiado de los materiales que han conducido a la formulación de cada uno de ellos. El proyecto de artículos consta de dos partes: la parte I, titulada «Introducción», que comprende ciertas cuestiones iniciales esenciales para el estudio del tema, y la parte II, titulada «Principios ge-

nerales», que regula la cuestión de las inmunities jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

9. La ulterior discusión por la Comisión de las cuestiones iniciales y de los principios generales arrojará más luz sobre las partes correspondientes del proyecto de artículos sobre la cuestión que se examina. Las informaciones adicionales que puedan facilitar los gobiernos de los Estados Miembros sobre su práctica y las nuevas respuestas al cuestionario constituirán una fuente de información y de opiniones que serán bien acogidas y que habrá que consultar para preparar las partes restantes del estudio de este tema. Los comentarios y observaciones formulados por los representantes de los gobiernos en la Sexta Comisión ayudarán también a encontrar soluciones equilibradas y prácticas a los problemas específicos que plantea la cuestión de las inmunities jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

²⁰ Las respuestas al cuestionario servirán para indicar las opiniones de los gobiernos sobre cierto número de cuestiones clave que son esenciales para la preparación del proyecto de artículos sobre la cuestión.

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

PARTE I.—INTRODUCCIÓN

10. La parte I del proyecto de artículos sobre las inmunities jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes se titula «Introducción». Como su título indica, su objeto es dar a conocer el contenido de las normas de derecho internacional que se van a incluir en las partes siguientes del proyecto determinando con suficiente claridad y delineando el alcance de los artículos, definiendo y aclarando el sentido que en ellos se da a algunos términos que en principio parecen indispensables en cualquier estudio y consideración seria de las cuestiones relativas a las inmunities jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, y precisando el efecto intertemporal que se espera que tengan los artículos.

11. Desde un principio hay que aclarar que las disposiciones del proyecto de artículos que figuran en esta parte se refieren a cuestiones iniciales previas a un examen analítico del contenido de las normas que se han de elaborar. Quizá después, al abordar las partes dispositivas, sea necesario examinar más atentamente la parte I para ver si se necesitan más disposiciones que puedan incluirse en una versión revisada de los artículos que en ella figuran.

ARTÍCULO 1 (Alcance de los presentes artículos)

12. Una de las cuestiones iniciales que hay que determinar desde el primer momento es la del alcance del proyecto de artículos que puede o no adoptar la forma de una convención general. El propósito de los artículos es codificar lo que se puede considerar como normas de derecho internacional consuetudinario aplicables a la cuestión de las inmunities jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Estrechamente relacionada con la identificación o determinación de las nor-

mas vigentes está la posibilidad o la oportunidad de desarrollar progresivamente normas adicionales para completar y acelerar el proceso de cristalización de normas sobre esta cuestión.

13. La cuestión puede definirse refiriéndose a la utilización que en última instancia se va a hacer del proyecto de artículos, referencia que a su vez aclarará más el alcance de éstos. Esta primera disposición debería, por consiguiente, indicar sin lugar a dudas las cuestiones a que se aplicarán los artículos. La indicación más sencilla y más clara será la que ponga directamente de relieve los componentes o elementos constitutivos del tema que se está examinando. En cualquier situación determinada en que se plantee la cuestión de la inmunidad del Estado se necesitarán unas pocas nociones o conceptos básicos. En primer lugar, es indudable que el tema fundamental, el objeto principal, del presente estudio es la cuestión de «las inmunities jurisdiccionales», independientemente de las complejidades y de las sutilezas inherentes a ese concepto. En segundo lugar, para que se plantee la cuestión de las inmunities jurisdiccionales, es condición previa la existencia de dos Estados soberanos independientes. A los efectos de estos artículos, uno de ellos se llamará el «Estado territorial» y el otro el «Estado extranjero». Estos dos términos opuestos se han seleccionado para evitar la posibilidad de una superposición conceptual, ya que la cuestión se plantea de hecho cuando las actividades del «Estado extranjero» se superponen a la jurisdicción territorial del «Estado territorial». Las inmunities jurisdiccionales de que se trata se otorgan en circunstancias normales a los Estados, y a veces se dice, y se dice con razón, que pertenecen a los Estados, y, más concretamente, a los Estados extranjeros. Por otra parte, a veces se dice que esas inmunities, que indudable

e indiscutiblemente son inmunidades de los Estados, abarcan, o, para ser más claros y precisos, «se extienden» a los bienes de los Estados, sin convertirse, por decirlo así, en un derecho de propiedad del Estado o que éste pueda ejercer. Por último, hay que agregar que el alcance de estos artículos debería ser suficientemente amplio para que no sólo abarcaran las cuestiones de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, sino que englobaran o incluyeran también disposiciones acerca de todas las cuestiones conexas.

TEXTO DEL ARTÍCULO 1

14. El artículo 1 de este proyecto podría decir, en consecuencia, lo siguiente:

Artículo 1.—Alcance de los presentes artículos

Los presentes artículos se aplican a las cuestiones relativas a las inmunidades jurisdiccionales concedidas u otorgadas por los Estados territoriales a los Estados extranjeros y a sus bienes.

ARTÍCULO 2 (Términos utilizados)

15. La utilización de ciertos términos clave a los efectos del proyecto de artículos exige que, ya determinado el alcance de su aplicación en el artículo 1, se le preste inmediata atención. Una simple lectura del artículo anterior pone de relieve varios términos que es necesario aclarar mediante una definición precisa. Como mínimo inicial habría que aclarar el sentido que se da a los términos siguientes: a) «inmunidad»; b) «inmunidades jurisdiccionales»; c) «Estado territorial»; d) «Estado extranjero»; e) «bienes de Estado»; f) «actividad mercantil o comercial»; g) «jurisdicción».

16. Es evidente que esta lista inicial de términos que puede ser preciso definir y aclarar no es exhaustiva. Los términos enumerados son, sin embargo, indicativos de las expresiones que en esta etapa del estudio parecen constituir elementos esenciales fácilmente discernibles en las primeras partes del proyecto de artículos. En informes posteriores relativos a las limitaciones y excepciones de las inmunidades jurisdiccionales y a otras cuestiones incidentes quizá se ponga de relieve la necesidad de incluir otros términos. La lista actual podrá, por lo tanto, considerarse abierta mientras no se hayan examinado plenamente todas las partes del proyecto de artículos.

a) «Inmunidad»

17. La «inmunidad» es un concepto legal que puede expresarse en términos de relación jurídica. Así como un «derecho» está en correlación con un «deber» correspondiente que incumbe a otra parte, la «inmunidad» a que tiene derecho una persona o una parte o un Estado está en correlación con un «no poder» de la autoridad correspondiente. Inmunidad significa falta o ausencia de poder, o necesidad de no ejercer ese poder o

de suspender su ejercicio. En otras palabras, la expresión «inmunidad» implica el no ejercicio del poder o la no sujeción a la jurisdicción de las autoridades nacionales de un Estado territorial.

18. En términos generales, la «inmunidad» no es más que una especie u otro aspecto del privilegio. El término «privilegio» se utiliza más frecuentemente —y es correcto hacerlo así— con una connotación más positiva. Los «privilegios» presuponen la concesión de ventajas positivas o sustantivas, mientras que las «inmunidades» implican la ausencia de poder o la abstención de ejercerlo. El concepto de «privilegio» se acerca más al de «poder» que está en correlación con el de «responsabilidad», pero la expresión no tiene fácil cabida en la terminología jurídica. Los privilegios, en el sentido que generalmente se da a la expresión, son cuestión de cortesía, sujeta a reciprocidad, y no siempre exigibles como derechos legales a menos que hayan sido específicamente confirmados en una convención internacional o por mutuo acuerdo.

19. La «inmunidad» es, por consiguiente, un derecho o un privilegio. De ahí que sea bastante común la expresión «el privilegio de inmunidad». A título de ejemplo, el principio de que un Estado extranjero tiene inmunidad jurisdiccional, o está exento de la jurisdicción de los tribunales competentes del territorio, puede correlativamente enunciarse como sigue: «el Estado territorial no tiene o no ejerce ningún poder o jurisdicción sobre el Estado soberano extranjero». La inmunidad como tal puede ser considerada como un derecho positivo en la forma, pero negativo en su fondo. Es negativo en el sentido de que denota un «no poder» o «no utilización de autoridad» por la otra parte o interlocutor, que sigue siendo, por lo demás, plenamente competente.

b) «Inmunidades jurisdiccionales»

20. La inmunidad del Estado, lo mismo que la que se otorga a los embajadores y miembros de una misión diplomática, es de carácter jurisdiccional. Los Estados están exentos de la jurisdicción de otro Estado igualmente soberano. Las «inmunidades jurisdiccionales» no entrañan la exención de la aplicación del derecho sustantivo. No se puede decir que los Estados extranjeros no están sujetos a las leyes del Estado territorial aplicables dentro del territorio de éste. Del mismo modo que a los agentes diplomáticos se les exige que observen las leyes del país huésped pese a su inmunidad de jurisdicción de las autoridades territoriales²¹, los Estados que extienden sus actividades hasta dentro de los límites territoriales de otros Estados se encontrarán sujetos a las leyes internas de los Estados territoriales. Así, pues, la ficción de la extraterritorialidad o de los derechos extraterritoriales de los embajadores, que hace ya tiempo que se ha visto desmentida por la práctica

²¹ Véase art. 41 de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, pág. 174). Denominada en adelante «Convención de Viena de 1961».

internacional²², no ha tenido nunca una aplicación coherente en lo que respecta a los Estados. Como cada Estado posee un territorio que no se superpone al de otro Estado ni coincide con él, no hay una presencia física, como en el caso de un diplomático acreditado, en la jurisdicción territorial de otro Estado. Cabe, sin embargo, que un Estado desarrolle ciertas actividades dentro del territorio de otro, o que bienes suyos situados en lugares sometidos a la jurisdicción territorial de ese otro Estado sean objeto de litigio o de medidas de embargo, incautación o ejecución de una sentencia en un juicio por deudas. De este modo, puede plantearse la cuestión de la inmunidad del Estado. Pero hay que señalar que esa inmunidad existe únicamente respecto de la jurisdicción de las autoridades territoriales, no de la aplicación de las disposiciones de fondo del derecho territorial.

21. En el caso de los Estados, la ausencia de inmunidad legal o sustantiva respecto de las leyes territoriales de otros Estados se manifiesta claramente en la renuncia a las inmunidades jurisdiccionales, en la sumisión voluntaria a la jurisdicción territorial o en el consentimiento de otro modo prestado para ser atacado ante las autoridades del Estado territorial. A partir de ese momento, se volverán a aplicar normalmente las normas sustantivas y procesales de la legislación nacional, incluidos todos los aspectos de la *lex fori*, que puedan estar o haber estado temporalmente en suspenso por causa de las inmunidades del Estado. De la comparación con el carácter puramente jurisdiccional de las inmunidades diplomáticas es también ejemplo el carácter necesariamente provisional de las inmunidades *ratione personae* de un agente diplomático. Ello hace que, si se incoa una acción contra él una vez terminada su misión, el agente diplomático puede quedar sometido a la jurisdicción local en lo que respecta a sus actos privados y no oficiales, inclusive los efectuados durante el período en que estuvo desempeñando su cargo²³.

22. Como se verá en relación con la utilización del término «jurisdicción», las inmunidades de los Estados son exenciones de la jurisdicción de las autoridades tanto judiciales como administrativas del Estado territorial. Se verá también que la aplicación de la inmunidad del Estado presupone la existencia de una situación en la que el Estado territorial tenga una jurisdicción válida o competente con arreglo al derecho internacional privado ordinario. La expresión abarca las inmunidades aplicables en distintas etapas, no sólo respecto de la

jurisdicción por excelencia, sino también, como se verá más adelante, respecto de la ejecución.

c) «Estado territorial»

23. Para invocar la aplicación de la máxima *par in parem imperium non habet* tiene que haber dos iguales, es decir, dos Estados igualmente soberanos. Por motivos de conveniencia se ha adoptado el término «Estado territorial» para designar el Estado ante cuyas autoridades se han iniciado acciones y se han invocado las inmunidades jurisdiccionales. «Estado territorial» es, pues, el Estado en cuya jurisdicción territorial se ha planteado un litigio en el que está implicado otro Estado que alega estar exento del ejercicio de tal jurisdicción sobre un Estado no incluido en su ámbito territorial y que no quiere o no consiente en someterse a ella. El Estado del territorio es, por consiguiente, aquel cuyo ejercicio de jurisdicción se pone en duda, cuando no se impugna, porque una parte demandada ante sus autoridades disfruta de una condición igualmente soberana y no está por eso sujeta a su jurisdicción ni puede ser sometida a ella sin su consentimiento.

24. Un litigio que se haya planteado en cualquier caso determinado puede referirse a un Estado extranjero, ya directamente, ya sólo indirectamente porque sus bienes entran en juego como objeto de litigio o de una medida provisional de embargo preventivo o en cumplimiento de un fallo.

d) «Estado extranjero»

25. La expresión «Estado extranjero» no requiere mucha explicación. Su interpretación es obvia, por no decir innecesaria. Significa un Estado ajeno a la jurisdicción del Estado territorial. Tiene una identidad distinta del Estado local cuya jurisdicción territorial se ha invocado en una acción dirigida contra el Estado exterior o extranjero o en la que estén implicados bienes de su propiedad. El Estado extranjero es, por consiguiente, una condición *sine qua non* de la situación en que se plantea la cuestión de la inmunidad de iguales. Es el otro igual en la dualidad de la igualdad de los Estados.

e) «Bienes de Estado»

26. El concepto de los bienes que pertenecen a un Estado, «bienes de Estado» o «*biens d'Etat*», ha sido ya aclarado en anteriores trabajos de la CDI, especialmente en el contexto del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados²⁴. La utilización de este tér-

²² Véase, por ejemplo, el asunto *The Empire c. Chang and others* (1921) (*Annual Digest of Public International Law Cases, 1919-1922*, Londres, vol. 1, 1932, asunto N.º 205, pág. 288), en el que el Tribunal Supremo del Japón confirmó la sentencia que se había pronunciado contra unos ex empleados de la legación china por delitos cometidos durante el período en que habían estado al servicio de la legación, pero que no estaban relacionados con sus funciones oficiales.

²³ El Tribunal Supremo del Japón ha declarado a este respecto:

«[...] un delito cometido por tales personas no pierde su carácter presumible de acto ilegal. Aunque no pueden ser juzgadas por los tribunales territoriales durante el período en que desempeñan su cargo o empleo, sí pueden serlo, naturalmente, cuando dejan de desempeñarlo [...]» (*ibid.*).

²⁴ Véanse los artículos 4 a 14 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados y los comentarios a los mismos, tal como fueron finalmente aprobados por la Comisión en su 31.º período de sesiones [*Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 16 y ss., documento A/34/10, cap. II, secc. B]. Véase también el séptimo informe sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados [*Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 93, documento A/CN.4/282].

mino a los efectos del proyecto de artículos en preparación parece ser esencialmente análoga. No hay, por lo tanto, ninguna necesidad de tratar de definir de nuevo el término «bienes de Estado», cuyo significado puede seguir siendo el ya señalado anteriormente. En él deben incluirse no sólo los bienes, sino también los derechos e intereses que pertenecen al Estado y, en el presente contexto, al Estado extranjero. A los efectos de esta definición, la propiedad viene ante todo determinada por el derecho interno del Estado propietario²⁵. No significa esto, sin embargo, que las autoridades territoriales no tengan nada que decir al respecto. De hecho, las diferencias entre las disposiciones del derecho interno aplicables a las cuestiones de propiedad o de derechos e intereses sobre los bienes constituyen una fuente de abundantes conflictos de leyes. La explicación que se ha dado del uso de este término es útil, pero no resuelve la cuestión de si en una situación determinada unos bienes que se dice que son propiedad de un Estado extranjero están realmente exentos de la jurisdicción del Estado territorial. Esto podría muy bien depender de la clasificación de los tipos de bienes de Estado en relación con las inmunidades de jurisdicción y de ejecución, que habrá que volver a examinar, más a fondo, en otras partes del presente proyecto de artículos.

f) «*Actividad mercantil o comercial*»

27. Sin indicar por el momento, sobre la base de la práctica de los Estados, si las autoridades del Estado territorial concederán al Estado extranjero, y hasta qué punto, inmunidades jurisdiccionales en lo que respecta a sus actividades mercantiles o comerciales, no cabe duda de que es en esta esfera en la que con más frecuencia se plantea la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Aunque la determinación del alcance concreto de las inmunidades reconocidas y concedidas en la práctica de los Estados en la esfera de las actividades comerciales es una cuestión a la que se dedicará considerable atención en la futura parte III de los presentes artículos, es evidente que es conveniente aclarar el concepto de actividad mercantil o comercial en este primer artículo relativo a los términos utilizados.

28. «Actividad mercantil o comercial» puede, en este contexto, significar más que una determinada transacción comercial o un acto comercial concreto. Y, desde luego, abarca toda la serie de actos o transacciones que tienen lugar en el curso ordinario de un comercio. Así se considerará que una transacción, un acto o un contrato comercial, o la combinación de varias de esas actividades, forman parte del tipo de conducta que tradicionalmente se asocia con el comercio.

g) «*Jurisdicción*»

29. El término «jurisdicción», cuando se usa en relación con las inmunidades de jurisdicción, se refiere no

²⁵ Véase *Anuario...* 1979, vol. II (segunda parte), pág. 19, documento A/34/10, cap. II, secc. B, art. 5.

sólo a la etapa final de la jurisdicción, es decir, al poder de hacer cumplir el fallo dictado o de ejecutarlo, sino también a todos y cada uno de los aspectos del poder judicial y administrativo relacionados con el fallo. Aunque la expresión «jurisdicción» puede tener más de un significado, incluido el que se le da en la terminología del derecho comparado, es decir, un determinado ordenamiento jurídico, o los límites territoriales de la aplicación de un ordenamiento jurídico, a los efectos del presente proyecto el término se emplea en su acepción más tradicional como sinónimo de «competencia», y cuando se aplica a un tribunal se refiere principalmente a la competencia judicial o al poder de un tribunal para fallar o para resolver controversias por medios pacíficos. La expresión *juris dictio* significa literalmente el anuncio, la declaración o la determinación del derecho, o de los derechos respectivos de las partes en la controversia ante la autoridad que conoce del caso o lo juzga.

30. Además, en este contexto, la expresión «jurisdicción» se refiere no sólo al derecho de los Estados soberanos a no estar sometidos al ejercicio del poder de decidir que normalmente asume el juez o el magistrado dentro de un ordenamiento jurídico, sino también al derecho a no estar sometidos al ejercicio que, de todos los demás poderes administrativos y ejecutivos, hagan, mediante cualesquiera medidas o procedimientos, las autoridades del Estado territorial. El concepto abarca, pues, todo el proceso judicial, desde la iniciación o incoación del procedimiento, las notificaciones, la instrucción, el juicio y las órdenes, mandamientos, etc., que pueden constituir medidas provisionales, hasta las decisiones, los fallos en las distintas instancias y la ejecución, suspensión y no aplicación final de los mismos.

31. Es evidente que aunque la «jurisdicción» abarca la «ejecución», las inmunidades de los Estados respecto de la una son enteramente diferenciables y separadas de la otra. Así, renunciar a la inmunidad de jurisdicción no supone consentir o someterse a las medidas de ejecución. Análogamente, el tribunal del Estado territorial puede, en una determinada situación, decidir ejercer su jurisdicción en un proceso contra un Estado extranjero por distintos motivos, tales como el carácter comercial de las actividades de que se trate, el consentimiento del Estado extranjero, su sumisión voluntaria o su renuncia a la inmunidad, pero tendrá que reconsiderar y reexaminar la cuestión de su propia competencia cuando se trate de ejecutar la sentencia así dictada. Ya se verá que, en una etapa ulterior de ejecución, las inmunidades atribuibles a los bienes de Estado varían en función de las distinciones que se hacen entre esos bienes, que pueden o no ser objeto de medidas de ejecución.

Un significado distinto del definido en los artículos

32. Es importante señalar que las explicaciones y aclaraciones que se han dado acerca del sentido en que se utilizan los términos enumerados en el presente artículo no tienen por qué afectar el uso de esos términos o el significado que se les pueda atribuir en otro con-

texto, en relación con otros asuntos, en el derecho interno de un Estado, o incluso en las normas de cualquier organización internacional. Esta última referencia se basa en la importancia que esas normas pueden tener en relación con la condición de los locales de las misiones permanentes acreditadas ante una organización internacional dentro del territorio de un país huésped en virtud de un acuerdo de sede o de una convención internacional.

TEXTO DEL ARTÍCULO 2

33. El artículo 2 del presente proyecto de artículos podría decir, en consecuencia, lo siguiente:

Artículo 2.—Términos utilizados

1. Para los efectos de los presentes artículos:

a) se entiende por «inmunidad» el privilegio de exención o suspensión del ejercicio de la jurisdicción de las autoridades competentes de un Estado territorial o de no sujeción a esa jurisdicción;

b) se entiende por «inmunities jurisdiccionales» la inmunidad respecto de la jurisdicción de las autoridades judiciales o administrativas de un Estado territorial;

c) se entiende por «Estado territorial» un Estado respecto de cuya jurisdicción territorial pide inmunidad un Estado extranjero para sí mismo o para sus bienes;

d) se entiende por «Estado extranjero» un Estado contra el cual se ha iniciado un procedimiento judicial dentro de la jurisdicción y con arreglo al derecho interno de un Estado territorial;

e) se entiende por «bienes de Estado» los bienes, derechos e intereses que son propiedad de un Estado conforme a su derecho interno;

f) se entiende por «actividad mercantil o comercial»:

i) el desarrollo ordinario de un comercio, o

ii) una determinada transacción o acto comercial;

g) se entiende por «jurisdicción» la competencia o poder de un Estado territorial para desarrollar un procedimiento judicial, resolver controversias o zanjar litigios, así como el poder de administrar justicia en todos sus aspectos.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 acerca de los términos utilizados en los presentes artículos no afecta la utilización de esos términos ni el significado que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado o en las normas de cualquier organización internacional.

ARTÍCULO 3 (Disposiciones interpretativas)

34. Un examen de la lista de términos definidos y, en cierta medida, aclarados en el artículo 2 pone de relieve la necesidad de que dos o tres por lo menos de esos términos se aclaren aún más mediante la interpretación. Se requiere, en efecto, otro artículo en el que se interpreten las expresiones «Estado extranjero» y «jurisdicción», y en el que se indique el método de

interpretar o de determinar lo que se entiende por actividad comercial o de intercambio de un Estado. Las cláusulas interpretativas no son absolutas, ya que las expresiones cuyo posible sentido se da pueden tener otros significados cuando así se indica expresamente o se dispone específicamente en los artículos pertinentes, o cuando así lo acuerden por otro procedimiento las partes interesadas.

a) La expresión «Estado extranjero»

35. Analizada con mayor detenimiento, la expresión «Estado extranjero», que ha sido suficientemente definida y aclarada en el apartado d del párrafo 1 del artículo 2, parece exigir una explicación complementaria, especialmente en el contexto de las inmunities jurisdiccionales, con referencia a los elementos esenciales que componen o constituyen el «Estado extranjero» a efectos de disfrute de la inmunidad del Estado. En esta fase requiere cierta atención la lista de los beneficiarios de esa inmunidad, en el entendimiento, por supuesto, de que a los tipos de beneficiarios enumerados puede concedérseles o no en algunos o en todos los casos inmunidad jurisdiccional. La lista de esos posibles beneficiarios de la inmunidad de los Estados sirve para indicar posibles categorías de entidades que en la práctica real de los Estados pueden participar en el disfrute de inmunities jurisdiccionales en nombre, o por cuenta, del Estado del que forman parte esencial o central. En esa lista pueden figurar las siguientes categorías:

i) El soberano o jefe de Estado

36. Que un soberano extranjero goza de inmunidad jurisdiccional, incluida la inmunidad de detención y prisión dentro del territorio de otro Estado, es algo que ha quedado firmemente establecido en la práctica de los Estados²⁶. La mayor parte de los tratadistas se han ocupado de las inmunities de los soberanos junto con las de los Estados extranjeros. En un temprano proyecto de convenio²⁷, por ejemplo, el jefe de Estado figuraba incluido en la definición del término «Estado».

²⁶ Véase, por ejemplo, el asunto *Mighell c. Sultan of Johore* (1893) (Reino Unido, *The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, Queen's Bench Division, 1894*, Londres, vol. I, pág. 149), así como los asuntos *Wadsworth c. Queen of Spain* y *De Haber c. Queen of Portugal* (1851) (Reino Unido, *Queen's Bench Reports*, nueva serie, vol. XVII, Londres, Sweet, 1855, pág. 171). Véanse las observaciones del juez Campbell en el asunto *De Haber*: nota 28 *infra*. Cf. *Hullet c. King of Spain* (1828) [*R. Bligh, New Reports of Cases heard in the House of Lords*, vol. II (1828), Londres, Saunders and Benning, 1830, pág. 31] y *Duke of Brunswick c. King of Hannover* (1844) [*Ch. Clark y W. Finnelly, House of Lords Cases*, vol. II (1848-1850), Londres, Spettigue and Farrance, 1851, pág. 1].

²⁷ Véase art. 1, apartado a, del «Draft convention and comment on competence of courts in regard to foreign States, prepared by the Research in International Law of the Harvard Law School» (proyecto de convenio, con comentarios, sobre la competencia de los tribunales respecto de los Estados extranjeros, preparado por la Research in International Law de la Facultad de Derecho de Harvard), publicado en *Supplement to The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 26, N.º 3 (julio de 1932), pág. 475.

37. En la práctica de algunos países, la doctrina de la inmunidad de los Estados ha sido una derivación de la inmunidad de los soberanos extranjeros que son representantes de las naciones a cuya cabeza se hallan²⁸. La inmunidad de los soberanos en la práctica anglo-americana, por ejemplo, puede considerarse como una consecuencia de la inmunidad personal del soberano local²⁹. En la práctica de los Estados no está claro hasta qué punto pueden los soberanos extranjeros gozar de inmunidad jurisdiccional de los tribunales locales. Las decisiones judiciales de algunas jurisdicciones son ambiguas³⁰, mientras que la jurisprudencia de muchos países tiende a circunscribir la aplicación de las inmunidades personales de los soberanos extranjeros y de otros jefes de Estado dentro de límites todavía más estrechos³¹. Aunque los casos más antiguos solían referirse a las inmunidades de los soberanos jefes de Estado, en casos más recientes se ha planteado la cuestión de las inmunidades de los jefes de Estado que no son soberanos. Los presidentes de república³² tienen el

²⁸ Véase, por ejemplo, lo que declaró el juez Campbell en el asunto *De Haber c. Queen of Portugal* (1851):

«[...] hacer comparecer a un potentado extranjero ante un tribunal nacional por cualquier demanda presentada contra él en su calidad pública es contrario al derecho de las naciones y un insulto por el que puede legítimamente sentirse ofendido.» [Reino Unido, *Queen's Bench Reports* (op. cit.), págs. 206 y 207.]

²⁹ Véase el asunto del «Prins Frederik» (1820), primer asunto británico en el que se hizo referencia a las inmunidades de los Estados extranjeros y de sus bienes. [J. Dodson, *Reports of Cases argued and determined in the High Court of Admiralty*, vol. II (1815-1822), Londres, Butterworth, 1828, pág. 451.]

³⁰ Véase, por ejemplo, el asunto *The Swift* (1813), en el que Lord Stowell declaró:

«Lo más que me atrevo a admitir es que, si el Rey comerciara, como hacen algunos soberanos, podrían aplicársele estas disposiciones (las de las leyes de navegación). Algunos soberanos tienen el monopolio de ciertos productos, en los que trafican con arreglo a los mismos principios que otros comerciantes; y si el Rey de Inglaterra tuviera o ejerciera algún monopolio de esa clase, yo no estoy dispuesto a decir * que no * hubiera de ajustarse en su tráfico a las normas generales que regulan todo comercio.» (*Ibid.*, vol. I, 1815, pág. 339.)

* Subrayado por el Relator Especial.

³¹ Véase, por ejemplo, el asunto *The schooner «Exchange» c. McFaddon and others* (1812), en el que el juez Marshall declaró:

«Existe una clara distinción entre los bienes de propiedad privada de una persona de la que se da la circunstancia de que es un príncipe y la fuerza militar que sostiene el poder del soberano y mantiene la dignidad y la independencia de una nación. Al adquirir un príncipe bienes particulares en un país extranjero, puede considerarse que somete esos bienes a la jurisdicción territorial.» (W. Cranch, *Reports of Cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States*, Nueva York, Banks Law Publishing, 1911, vol. VII, 3.ª ed., pág. 145.)

Cf. el fallo del Tribunal de Casación de Roma en el asunto *Nobili c. Carlos I de Austria* (1921) (*Annual Digest...*, 1919-1922, Londres, vol. 1, 1932, asunto N.º 90, pág. 136).

Véanse, en cambio, los dos fallos franceses siguientes: *Héritiers de l'Empereur du Mexique Maximilien c. Lemaitre* (1872) [*Journal du droit international privé* (Clunet), París, año 1, N.º 1, enero-febrero de 1874, pág. 32]; y *Mellerio c. Isabel de Borbón*, ex reina de España (1872) (*ibid.*, pág. 33).

³² Véase, por ejemplo, *Venore Transportation Co. c. President of India*, 67 Civ. 2578, 68 Civ. 1134-1139 (District Court for

mismo derecho que los emperadores, los reyes y otros potentados a las inmunidades de Estado. La expresión «inmunidad soberana», utilizada como equivalente de «inmunidad del Estado» se sigue viendo todavía en los textos oficiales —tanto legislativos como judiciales— de las jurisdicciones de *common law*³³.

ii) *El gobierno central y sus diversos órganos o departamentos*

38. Además de los soberanos y otros jefes de Estado, la expresión «Estados extranjeros» se refiere naturalmente a todos los Estados, y a todos los tipos de Estado sea cual fuere su estructura política o económica, e independientemente de la denominación que se les dé, ya sea la de Estados, Repúblicas, Reinos, Imperios, Comunidades de naciones o cualquier otra³⁴. Todo Es-

Southern District of New York, 1967 y 1968); y *Psinakis c. Marcos*, Civil Action N.º C-75-1725-RHS (District Court for Northern District of California, 1975) [fallos citados en: J. A. Boyd, *Digest of United States Practice in International Law*, 1977, Washington (D. C.), U.S. Government Printing Office, 1979, págs. 1067 y 1077].

³³ Puede citarse como notable ejemplo de la expresión la ley de los Estados Unidos de América titulada *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* (ley de 1976 sobre las inmunidades de los Estados soberanos extranjeros) [Estados Unidos de América, *United States Code*, 1976 Edition, Washington (D. C.), U.S. Government Printing Office, 1977, vol. 8, título 28, art. 1330; texto de la ley reproducido en: American Society of International Law, *International Legal Materials*, Washington (D. C.), vol. XV, N.º 6, noviembre de 1976, pág. 1338], aunque en la propia ley el artículo 1330 del título 28 se titula «Acciones contra los Estados extranjeros» y el capítulo 97 de ese mismo título «Inmunidades jurisdiccionales de los Estados extranjeros».

La última ley británica en la materia se titula *State Immunity Act 1978* (ley de 1978 sobre inmunidades de los Estados) (Reino Unido, *The Public General Acts*, 1978, Londres, H. M. Stationery Office, primera parte, cap. 33, pág. 715; texto de la ley reproducido en American Society of International Law, op. cit., vol. XVII, N.º 5, septiembre de 1978, pág. 1123), tal vez por analogía con la terminología adoptada en la Convención europea sobre inmunidad de los Estados, de 1972, y su protocolo adicional (Consejo de Europa, *Convention européenne sur l'immunité des Etats et protocole additionnel*, Série des traités européens, N.º 74, Estrasburgo, 1972).

³⁴ Véanse, por ejemplo, los asuntos *Dralle c. República de Checoslovaquia* (1923) (*International Law Reports*, Londres, vol. 17, 1956, asunto N.º 41, págs. 155 y ss.); *Estado español c. Canal* (1951) [*Journal du droit international* (Clunet), París, 79.º año, N.º 1, enero-marzo de 1952, pág. 220]; *Patterson-MacDonald Shipbuilding Co., McLean c. Commonwealth of Australia* (1923) [Estados Unidos de América, *The Federal Reporter*, Saint Paul (Minn.), West Publishing, 1924, vol. 293, pág. 192]; *D. Froe c. The Russian State, now styled «The Union of Soviet Socialist Republics»* (1932) (*Annual Digest...*, 1931-1932, Londres, vol. 6, 1938, asunto N.º 87, pág. 170); *Irish Free State c. Guaranty Safe Deposit Company* (1927) (*Annual Digest...*, 1925-1926, Londres, vol. 3, 1929, asunto N.º 77, pág. 100); *Kingdom of Norway c. Federal Sugar Refining Co.* (1923) [Estados Unidos de América, *The Federal Reporter*, Saint Paul (Minn.), West Publishing, 1923, vol. 286, pág. 188]; *Ipitrade International S. A. c. Federal Republic of Nigeria* (1978) [Estados Unidos de América, *Federal Supplement*, Saint Paul (Minn.), West Publishing, 1979, vol. 465, pág. 824]; *40 D 6262 Realty Corporation and 40 E 6262 Realty Corporation c. United Arab Emirates Government* (1978) (*ibid.*, 1978, vol. 447, pág. 710); *Kahan c. Pakistan Federation* (1951) (Reino Unido, *The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, King's Bench Division*, 1951, Londres, vol. II, pág. 1003).

tado, cualquiera que sea su denominación, actúa normalmente por conducto de su gobierno central. Por consiguiente, cualquier acción contra un gobierno extranjero es, pues, una acción contra el Estado extranjero en cuyo nombre ha actuado ese gobierno. En su calidad de tales, los gobiernos son, por derecho propio, beneficiarios directos de la inmunidad del Estado³⁵.

39. El gobierno de un país suele estar compuesto de órganos y departamentos subsidiarios que actúan en su nombre. Esos órganos estatales y departamentos del gobierno pueden ser, y son con frecuencia, entidades jurídicas separadas dentro del sistema jurídico interno. Aunque sin propia personalidad jurídica internacional, pueden representar al Estado o al gobierno central del Estado del que forman parte integrante. Ejemplos de órganos del Estado y de departamentos del gobierno son los diversos ministerios que componen el gobierno central³⁶, incluidas las fuerzas armadas, las divisiones o departamentos subordinados de cada ministerio, tales como embajadas, misiones especiales y oficinas consulares, así como otras oficinas, comisiones o consejos³⁷ que, aun cuando no formen parte de ningún ministerio, son órganos estatales responsables ante el gobierno central o ante uno de sus departamentos, o son administrados por éste. También pueden gozar de la inmunidad

del Estado otros órganos principales tales como los legislativos y judiciales de un Estado extranjero.

iii) Subdivisiones políticas de un Estado extranjero en el ejercicio de su autoridad soberana

40. La práctica de los Estados en relación con las inmunidades del Estado reconocidas y concedidas a las subdivisiones políticas de un Estado extranjero dista mucho de ser uniforme. En general, la mayor parte de los tribunales han considerado que las subdivisiones políticas de los Estados están sujetas a la jurisdicción local o territorial basándose en que carecen de personalidad internacional y de soberanía exterior³⁸. En cambio, no son raros los casos de reconocimiento de la inmunidad por asimilación de la posición de una subdivisión política de un Estado, un Estado semisoberano o incluso una dependencia a la de un Estado soberano. Los tribunales nacionales han concedido a veces inmunidad soberana a esas subdivisiones de un Estado soberano basándose en que las acciones implicaban de hecho al gobierno extranjero³⁹. Se han expresado dudas

³⁸ Véase, por ejemplo, el asunto *Etat de Ceara c. Dorr et autres* (1932) (M. Dalloz, *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, année 1933*, París, Jurisprudence générale Dalloz, primera parte, pág. 196), donde el Tribunal dijo:

«Considerando que [...] esta norma [de incompetencia] no se aplica más que en la medida en que el que la invoque justifique la existencia de una personalidad propia en sus relaciones con los otros países, consideradas desde el punto de vista del derecho internacional público; que tal no es el caso del Estado de Ceara que, según las propias disposiciones de la Constitución del Brasil, oportunamente recogidas por la decisión impugnada, y sea cual sea su estatuto interno en el seno de la Confederación soberana de los Estados Unidos del Brasil de la que forma parte, desprovisto por lo demás de representación diplomática, no goza, desde el punto de vista de las relaciones políticas internacionales, de ninguna personalidad que le sea propia [...]» (*ibid.*, pág. 197).

Cf. *Schneider c. City of Rome* (1948) (*Annual Digest...*, 1948, Londres, vol. 15, 1953, asunto N.º 40, pág. 131); *Ville de Genève c. Consorts de Civry* (1894) (M. Dalloz, *Jurisprudence générale — Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, année 1894*, París, Bureau de la jurisprudence générale, segunda parte, pág. 513, e *ibid.*, *année 1895*, primera parte, pág. 344); *Dumont c. State of Amazonas* (1948) (*Annual Digest...*, 1948, Londres, vol. 15, 1953, asunto N.º 44, pág. 140); *Somigli c. Etat de São Paulo du Brésil* (1910) [*Revue de droit international privé et de droit pénal international* (Darras), París, t. VI (año 1910), 1910, pág. 527]; *Feldman c. Etat de Bahia* (1907) (*Pasicrisie belge — Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux de Belgique, année 1908*, Bruselas, Bruylant, t. II, pág. 55) [véase también *Supplement to the American Journal of International Law* (*op. cit.*), pág. 484]; *Duff Development Company Ltd. c. Government of Kelantan and another* (1924) (Reino Unido, *The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases*, 1924, Londres, 1924, pág. 797); *Sayce c. Bahawalpur State* (Ameer) (1952) (Reino Unido, *The All England Law Reports*, 1952, Londres, Butterworth, 1953, vol. 2, pág. 64).

³⁹ Véase, por ejemplo, el asunto *Van Heyningen c. Netherlands Indies Government* (1948) (*Annual Digest...*, 1948, Londres, vol. 15, 1953, asunto N.º 43, pág. 138), en el que el magistrado Phillips, del Tribunal Supremo de Queensland, sosteniendo que el demandado era parte integrante del Gobierno Real de los Países Bajos, dijo:

«En mi opinión, no se puede presentar en nuestros tribunales una demanda contra una parte de un Estado soberano

(Continúa en la página siguiente.)

³⁵ Hay muchos ejemplos de acciones contra gobiernos extranjeros que tienen derecho a la inmunidad del Estado. Véase, por ejemplo, *Morrellet c. Governo danese* (1882) (*Giurisprudenza italiana*, Turín, Unione tipografico-editrice torinese, 1883, vol. I, pág. 125); *Letort c. Gouvernement ottoman* (*Revue juridique internationale de la locomotion aérienne*, París, vol. V, 1914, pág. 142); *Lakhowsky c. Swiss Federal Government and Colonel de Reynier* (1919 y 1921) (*Annual Digest...*, 1919-1922, Londres, vol. 1, 1932, asunto N.º 83, pág. 122); *U Kyaw Din c. His Britannic Majesty's Government of the United Kingdom and the Union of Burma* (1948) (*Annual Digest...*, 1948, Londres, vol. 15, 1953, asunto N.º 42, pág. 137); y *Société générale pour favoriser l'industrie nationale c. Syndicat d'amortissement, Gouvernement des Pays-Bas et Gouvernement belge* (1840) (*Pasicrisie belge — Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux et du Conseil d'Etat belge*, Bruselas, Bruylant, 1841, t. II, pág. 33).

³⁶ Véase, por ejemplo, *Bainbridge and another c. The Postmaster-General and another* (1905) (Reino Unido, *The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, King's Bench Division*, 1906, Londres, vol. I, pág. 178); *Henon c. Egyptian Government and British Admiralty* (1947) (*Annual Digest...*, 1947, Londres, vol. 14, 1951, asunto N.º 28, pág. 78); *Triandafilou c. Ministère public* (1942) [*The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 39, N.º 2 (abril de 1945), pág. 345]; *Piascik c. British Ministry of War Transport* (1943) (*Annual Digest...*, 1943-1945, Londres, vol. 12, 1949, asunto N.º 22, pág. 87); y *Turkish Purchases Commission Case* (1920) (*Annual Digest...*, 1919-1922, Londres, vol. 1, 1932, asunto N.º 77, pág. 114).

³⁷ Véase, por ejemplo, *Mackenzie-Kennedy c. Air Council* (1927) (Reino Unido, *The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, King's Bench Division*, 1927, Londres, vol. II, pág. 517); *Graham and others c. His Majesty's Commissioners of Public Works and Buildings* (1901) (*ibid.*, 1901, Londres, vol. II, pág. 781); *Société Viajes c. Oficina Nacional del Turismo Español* (1936) (*Annual Digest...*, 1935-1937, Londres, vol. 8, 1941, asunto N.º 87, pág. 227); *Compañía Mercantil Argentina c. United States Shipping Board* (1924) (*Annual Digest...*, 1923-1924, Londres, vol. 2, 1933, asunto N.º 73, pág. 138); y *Telkes c. Hungarian National Museum* (N.º 11) (1942) (*Annual Digest...*, 1941-1942, Londres, vol. 10, 1945, asunto N.º 169, pág. 576).

acerca de si toda subdivisión política de un Estado extranjero, que ejerza importantes funciones gubernamentales, goza de inmunidad⁴⁰. Existe, sin embargo, la posibilidad de que los tribunales de un Estado territorial se declaren incompetentes en los procedimientos contra las subdivisiones políticas de un Estado extranjero en relación con actos realizados en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado de que se trate. En esa situación, la inmunidad del Estado parece extenderse también a los órganos subordinados o departamentos de la subdivisión política que actúe en el ejercicio de la autoridad soberana que le haya sido asignada por el gobierno federal o central⁴¹.

(Continuación de la nota 39.)

extranjero. Cuando un Estado soberano extranjero establece como órgano de su Gobierno un control gubernamental de parte de su territorio que convierte en una entidad jurídica, a mí me parece que esa entidad jurídica no puede ser demandada aquí, porque ello significaría que la autoridad y el territorio de un soberano extranjero estarían sujetos, en definitiva, a la jurisdicción y a las medidas de ejecución de este tribunal.» (*Ibid.*, pág. 140.)

Este fallo es importante, ya que los tribunales australianos no conceden normalmente inmunidad a las subdivisiones políticas de Australia. Véase *Commonwealth of Australia c. New South Wales* (1923) (*Annual Digest...*, 1923-1924, Londres, vol. 2, 1933, asunto N.º 67, pág. 130). Véase también *Principality of Monaco c. Mississippi* (1934) (*Annual Digest...*, 1933-1934, Londres, vol. 7, 1940, asunto N.º 61, pág. 166); *Hans c. Louisiana* (1890) (Estados Unidos de América, *United States Reports*, vol. 134, Nueva York, Banks Law Publishing, 1910, pág. 1); *South Dakota c. North Carolina* (1904) (*ibid.*, vol. 192, 1911, pág. 286); *United States c. North Carolina* (1890) (*ibid.*, vol. 136, 1910, pág. 211); *Bey de Tunis et consorts c. Ahmed-ben-Aiad* (1893) [M. Dalloz, *Jurisprudence générale — Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, année 1894* (*op. cit.*), pág. 421]; *Huttinger c. Compagnie des chemins de fer du Congo supérieur aux Grands Lacs africains et al.* (1934) [*Revue critique de droit international*, París, vol. XXXII, N.º 1 (enero-marzo de 1937), pág. 186]; *Poortensdijk Ltd. c. Soviet Republic of Latvia* (1941-1942) [*Annual Digest...*, 1919-1942 (Supplementary volume), Londres, vol. 11, 1947, asunto N.º 75, pág. 142]; *Sullivan c. State of São Paulo* (1941) (*Annual Digest...*, 1941-1942, Londres, vol. 10, 1945, asunto N.º 50, pág. 178).

⁴⁰ Véase, por ejemplo, el asunto *Sullivan c. State of São Paulo* (*supra*, nota 39, *in fine*), en el que el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América admitió la invocación de inmunidad. El magistrado Clark opinó que esa inmunidad se podía basar en la analogía con los Estados federados de los propios Estados Unidos, mientras que el magistrado Hand manifestó sus dudas en cuanto a la aplicación general de ese principio. Véase también el asunto *Schneider c. City of Rome* (*supra*, nota 38).

⁴¹ Véase, por ejemplo, *Rousse et Maber c. Banque d'Espagne et autres* (1937) (Francia, *Recueil général des lois et des arrêts, année 1938*, París, Librairie du Recueil Sirey, segunda parte, pág. 17) y, sobre todo, la nota de Rousseau (*ibid.*, págs. 17 a 23) relativa a las autoridades provinciales que pueden ser igualmente un «órgano ejecutivo de una autoridad administrativa descentralizada». Sin embargo, en ese caso, el Tribunal de Poitiers no creía que el gobierno vasco hubiera actuado «por delegación». Véase también *Gaekwar of Baroda State Railways c. Hafiz Habib-ul-Haq et al.* (1938) (*Annual Digest...*, 1938-1940, Londres, vol. 9, 1942, asunto N.º 78, pág. 233); *The Superintendent, Government Soap Factory, Bangalore c. Commissioner of Income Tax* (1943) (*Annual Digest...*, 1941-1942, Londres, vol. 10, 1945, asunto N.º 10, pág. 38); *Kawanakoa c. Polyblank* (1907) (Estados Unidos de América, *United States Reports*, vol. 205, Nueva York, Banks Law Publishing, 1921, pág. 349).

iv) *Organismos o dependencias que actúan como órganos de un Estado extranjero en el ejercicio de su autoridad soberana*

41. En forma comparable a las subdivisiones políticas de un Estado, los organismos y dependencias de un Estado o gobierno extranjero pueden beneficiarse del principio de la inmunidad de los Estados sólo en lo que se refiere a los actos realizados en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado y sólo cuando actúen como órganos o agentes de ese Estado. A diferencia de los soberanos u otros jefes de Estado, y del gobierno central y sus distintos órganos y departamentos, que se puede presumir que actúan en nombre del Estado y en el ejercicio de la autoridad soberana de éste, los organismos y dependencias de un Estado no siempre tienen esas facultades. La inmunidad parece estar basada en la atribución de sus actividades al Estado, en el hecho de que el acto se ha llevado a cabo en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado. Una vez reunidos esos dos requisitos, lo más probable es que a esos organismos o dependencias de un gobierno extranjero se les conceda la misma inmunidad que al Estado extranjero dentro de los límites que se reconocían en la práctica prevalectante de los Estados.

42. Cabe también que, en determinadas situaciones, se conceda la inmunidad de Estado a esos organismos o dependencias, independientemente de la forma en que estén constituidos y de que se hallen o no investidos de una personalidad o existencia jurídica separada, en virtud de una ley del Parlamento o de un proceso de constitución legal, de carta, o por otro procedimiento⁴². La inmunidad se admite independientemente de que formen o no parte integrante del gobierno central⁴³. La

⁴² Véase, por ejemplo, el asunto *Krajina c. The Tass Agency and another* (1949) (*Annual Digest...*, 1949, Londres, vol. 16, 1955, asunto N.º 37, pág. 129); el asunto *Baccus S.R.L. c. Servicio Nacional del Trigo* (1956) (Reino Unido, *The Law Reports, Queen's Bench Division*, 1957, vol. 1, Londres, The Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales, pág. 438). Según el magistrado Jenkins:

«El que un determinado ministerio, departamento o dependencia, llámese como se quiera, tenga o no personalidad jurídica parece ser una mera cuestión de estructura gubernamental.» (*Ibid.*, pág. 466.)

Véase también el asunto *Monopole des tabacs de Turquie and another c. Régie co-intéressée des tabacs de Turquie* (1930) (*Annual Digest...*, 1929-1930, Londres, vol. 5, 1935, asunto N.º 79, pág. 123).

⁴³ Véase, por ejemplo, la opinión de los magistrados Cohen y Tucker en el asunto *Krajina c. The Tass Agency and another* (*v. supra*, nota 42). En el asunto *Baccus S.R.L. c. Servicio Nacional del Trigo* (*ibid.*) el magistrado Parker declaró:

«No veo ninguna razón para pensar que la mera constitución de un órgano como persona jurídica con derecho a concertar contratos, a demandar y a ser demandada está totalmente en contradicción con el hecho de que sea v siga siendo un departamento del Estado.» [Reino Unido, *The Law Reports* (*op. cit.*), pág. 472.]

Véase asimismo el asunto *Emergency Fleet Corporation, United States Shipping Board c. Western Union Telegraph Company* (1928) [Estados Unidos de América, *United States Reports*, vol. 275, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1928, pág. 415]:

«Las entidades tales como los bancos nacionales o los bancos federales de reserva, en las que hay participación privada, no son departamentos del gobierno. Son empresas pri-

piedra de toque del derecho a la inmunidad del Estado es la naturaleza de las actividades, que deberán realizarse en el ejercicio de autoridad soberana y bajo las instrucciones o con la autorización del Estado o gobierno extranjero de que se trate. Cuando se dan esas circunstancias, se puede decir que las dependencias actúan como órganos del Estado, con derecho a ese respecto a la inmunidad de éste.

b) *La expresión «jurisdicción»*

43. El término «jurisdicción», tal como se define en el apartado g del párrafo 1 del artículo 2, requiere una interpretación más detallada. Para dar una más clara idea de los tipos de facultades que engloba el término «jurisdicción», tal como se utiliza en el contexto de los presentes artículos, se necesita una disposición que exprese claramente lo que de otro modo se hubiera dado por supuesto o hubiera estado en todo caso implícito en la terminología adoptada. El término «jurisdicción» tal como se emplea en este contexto comprende:

- i) el poder de juzgar,
- ii) el poder de decidir cuestiones de derecho y de hecho,
- iii) el poder de administrar justicia y de tomar medidas adecuadas en todas las fases del procedimiento judicial, y
- iv) los demás poderes administrativos y ejecutivos normalmente ejercidos por las autoridades judiciales, administrativas y de policía del Estado territorial.

44. El poder de juzgar que figura en el apartado i) no exige ninguna explicación. Comprende la facultad de resolver controversias, conciliar, arbitrar o tomar cualquier otro tipo de decisión en respuesta a una petición de una parte en la controversia. El poder de decidir cuestiones de derecho y de hecho que se indica en el apartado ii) es una consecuencia necesaria del poder de juzgar. La decisión de una autoridad, judicial, administrativa o de otro tipo, se basa en los hechos presentados y determinados y en los principios de derecho enunciados (*juris dictio*).

45. El poder de administrar justicia que se indica en el apartado iii), incluida la facultad de adoptar medidas pertinentes en todas las fases del procedimiento judicial, es en general muy amplia y de gran alcance. En algunos países se ejerce en nombre del rey; en otros, en nombre del pueblo o del Estado. Este poder forma por lo general parte de las funciones confiadas a las autoridades judiciales, pero en su administración efectiva algunos aspectos están a cargo de otros funcionarios, como los de policía, los funcionarios administrativos de los tribunales o de las autoridades locales, o el ministerio fiscal. El poder de administrar justicia comprende, por ejemplo, la expedición y notificación de las órdenes de comparecencia o de detención, de los mandamientos de registro y de otros tipos de órdenes

escritas de incoación de procedimientos, detención y prisión de personas, investigación e instrucción, prestación de fianza para el pago de las costas, medidas provisionales o requerimientos, embargo de bienes o bloqueo de haberes, así como otros actos procesales realizados antes de la audiencia y del juicio ante tribunal o en el curso de ellos. Comprende también la facultad de la autoridad judicial de sentenciar y de ordenar medidas de cumplimiento y ejecución de las sentencias pronunciadas, así como de adjudicación de costas y pago de derechos de la administración de justicia. Y dentro del mismo concepto deberían incluirse también todas las demás facultades administrativas y ejecutivas normalmente ejercidas por las autoridades judiciales, administrativas y de policía del Estado territorial, facultades a que se refiere el apartado iv) con una fórmula residual. Entre las facultades restantes cabe citar, por ejemplo, las de procesar o suspender el procedimiento, obligar a un testigo a declarar bajo juramento, o celebrar el juicio a puerta cerrada. Este poder residual podría tener carácter discrecional, como en lo que se refiere a la asignación de las costas, la evaluación de daños y perjuicios con arreglo a ciertas escalas, la elección de los bienes o haberes que se han de decomisar o embargar en los casos de ejecución de una sentencia por deudas, la recusación de miembros de un jurado, los privilegios procesales de algunas partes, como la Corona o el Estado, y un sinnúmero de facultades ejercitables con arreglo al apartado iv). Una más amplia enumeración de las facultades incluidas en la expresión «jurisdicción» resultaría excesivamente larga y, aun así, no sería exhaustiva.

c) *Criterios para determinar si una actividad es mercantil o comercial*

46. Con objeto de facilitar la interpretación de la expresión «actividad mercantil o comercial» que se define en el apartado f del párrafo 1 del artículo 2, se propone un criterio que resuelva las dificultades que se plantean al tratar de establecer si una actividad es «comercial» o si es posible calificarla de «actividad mercantil». El carácter de la actividad o del comportamiento o acto determinado atribuible a un Estado no debe definirse por referencia a su motivo o finalidad. Todo acto realizado en beneficio o en nombre de un Estado está inevitablemente encaminado a cumplir una finalidad en una esfera estrechamente relacionada con el propio Estado o con el público en general. En última instancia, la referencia a la finalidad o motivo de una actividad de un gobierno extranjero no sirve, por consiguiente, para distinguir los tipos de actividad que pueden considerarse comerciales de los que no lo son. El presente artículo propone que el criterio sea la naturaleza de la actividad o el carácter de la transacción o del acto. Si es comercial por naturaleza, la actividad puede considerarse como mercantil o comercial. Insistir en remitirse al propósito que la motiva podría oscurecer su verdadero carácter. De hecho, al determinar si una actividad es comercial o no, especialmente a efectos de decidir si existe o se aplica la inmunidad de Estado, sería preferible dejar de lado el propósito.

47. En los presentes artículos se prefiere el criterio objetivo, es decir, la naturaleza comercial de la transacción o actividad, al criterio subjetivo del propósito, que plantea dificultades. De hecho, ése es el criterio que se ha adoptado cada vez más en la práctica reciente de los Estados, como lo demuestran las legislaciones nacionales⁴⁴, las decisiones judiciales⁴⁵ y las convenciones internacionales⁴⁶. Ese criterio no resuelve todas las dudas e incertidumbres relativas a la cuestión de las inmunidades estatales, sino que simplemente elimina algunas ambigüedades y contribuye a resolver la cuestión de si una actividad, comportamiento, transacción o acto ha de considerarse comercial o no. Una vez determinada de esa forma la actividad y establecida su naturaleza comercial, queda todavía por examinar y resolver el alcance exacto de las inmunidades jurisdiccionales en una situación determinada, cuestión que se examinará más adelante en la parte III.

TEXTO DEL ARTÍCULO 3

48. Las disposiciones interpretativas del artículo 3 podrían configurarse como sigue:

Artículo 3.—Disposiciones interpretativas

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

⁴⁴ Véase, por ejemplo, el artículo 1603, apartado *d*, del título 28 del Código de los Estados Unidos de América, en su forma modificada por la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* (v. *supra*, nota 33), según el cual:

«Se entiende por "actividad comercial" bien el desarrollo normal de una ocupación comercial o una determinada transacción o acto comercial. El carácter comercial de una actividad se determinará por referencia a la naturaleza de la ocupación o de la transacción o acto determinado, no por referencia a su finalidad.»

Cf. art. 3, párr. 3, de la ley británica *State Immunity Act 1978* (*ibid.*), en el que se definen las transacciones comerciales describiendo su naturaleza y enumerando los tipos de contratos previstos.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, el asunto *Trendtex Trading Corporation Ltd. c. Central Bank of Nigeria* [American Society of International Law, *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. XVI, N.º 3, mayo de 1977, pág. 471], en el que el Tribunal de Apelación, aplicando el criterio de la naturaleza de la transacción, sostuvo que la compra de cemento para la construcción de cuarteles con destino al Ejército de Nigeria era comercial y no estaba, por consiguiente, independientemente de su propósito o motivación, cubierta por la inmunidad del Estado. Véase, en cambio, el criterio mixto del *acte de commerce* en la jurisprudencia francesa. Véase también la sentencia del Tribunal Supremo de Austria de 10 de febrero de 1961 (2 Ob 243/60), según la cual:

«Así, siempre debemos examinar el acto mismo realizado por los órganos del Estado, y no su motivo o su finalidad. [...] La determinación de si un acto es de naturaleza privada o soberana debe deducirse siempre de la naturaleza de la transacción jurídica, a saber: la naturaleza intrínseca de la acción realizada o de la relación jurídica que surge.» (*Juristische Blätter*, Viena, 84.º año, N.º 1/2, 13 de enero de 1962, págs. 43 y ss.) (Se hallará una traducción al español de esa sentencia en el documento mimeografiado A/CN.4/343/Add.2, de 1981.)

⁴⁶ Véanse, por ejemplo, los artículos 4 y 7 de la Convención europea sobre inmunidad de los Estados, de 1972 (para la referencia, v. *supra*, nota 33, *in fine*), concernientes a las actividades y relaciones contractuales desarrolladas como si fuera una persona privada *more privatorum*.

a) la expresión «Estado extranjero», tal como se define en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2, comprende:

- i) al soberano o jefe de Estado,
- ii) el gobierno central y sus distintos órganos o departamentos,
- iii) las subdivisiones políticas de un Estado extranjero en el ejercicio de su autoridad soberana, y
- iv) los organismos o entidades que actúan como órganos de un Estado extranjero en el ejercicio de su autoridad soberana, estén o no dotados de personalidad jurídica propia y formen o no parte del mecanismo operacional del gobierno central;

b) la expresión «jurisdicción», tal y como se define en el apartado *g* del párrafo 1 del artículo 2, comprende:

- i) la potestad de sentencia,
- ii) la potestad de decidir cuestiones de derecho y de hecho,
- iii) la potestad de administrar justicia y adoptar medidas pertinentes en todas las fases de los procedimientos judiciales, y
- iv) todas aquellas facultades administrativas y ejecutivas que normalmente ejercen las autoridades judiciales, administrativas y de policía del Estado territorial.

2. Para determinar el carácter comercial de una actividad mercantil o comercial, tal y como se definen en el apartado *f* del párrafo 1 del artículo 2, habrá que remitirse a la naturaleza de la ocupación o de la transacción o acto determinado, y no a la finalidad de éste.

ARTÍCULO 4 (Inmunidades jurisdiccionales no incluidas en el ámbito de los presentes artículos)

49. En la práctica de los Estados podrían concederse inmunidades jurisdiccionales respecto de actividades atribuibles en última instancia a un Estado extranjero, pero que, por haberse tratado en anteriores convenciones o instrumentos internacionales o por haber seguido una evolución jurídica propia, deben excluirse del ámbito de los presentes artículos. De ese modo se define y delimita con mayor precisión el ámbito exacto de dichos artículos, teniendo en cuenta la posibilidad de que haya algunas disposiciones coincidentes en las convenciones generales o regionales existentes o de que las actuales normas de derecho internacional consuetudinario se refieren marginalmente a ciertos aspectos de las inmunidades del Estado. La finalidad de los presentes artículos no es regular específicamente ciertas materias ni influir en la situación legal y el alcance de las inmunidades jurisdiccionales reconocidas y concedidas a misiones tales como las embajadas, los consulados, las delegaciones y las fuerzas armadas visitantes, ya reguladas por convenciones internacionales o bilaterales o por las normas generalmente aplicables de derecho internacional consuetudinario.

50. Entre las misiones que representan a los Estados y cuya condición jurídica ha sido objeto de reglamentación separada en convenciones internacionales figuran las misiones diplomáticas, a las que se refiere la Con-

vención de Viena de 1961⁴⁷, las misiones consulares, incluidas en la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares⁴⁸, las misiones especiales, objeto de la Convención sobre las misiones especiales (1969)⁴⁹, las misiones mencionadas en la Convención de Viena de 1975 sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal⁵⁰ y otras misiones o delegaciones permanentes de los Estados ante organizaciones internacionales en general⁵¹. Dichas misiones o delegaciones pueden ser consideradas como órganos estatales o agencias o instrumentos de los Estados en sus relaciones internacionales y gozan de inmunidades jurisdiccionales en relación con los Estados huéspedes⁵².

51. Las misiones mencionadas disponen invariablemente de locales en los Estados o países huéspedes, que, a los efectos de los presentes artículos, se incluyen en el término «Estados territoriales». Las inmunidades concedidas respecto de esas misiones, de sus miembros, de las distintas categorías de su personal y de sus locales —incluidos los archivos, medios de transporte y comunicaciones, que son inviolables— constituyen el objeto de convenciones separadas, ya tratadas con anterioridad, tales como las relativas a privilegios e inmunidades diplomáticos, a inmunidades consulares y a inmunidades concedidas a las misiones especiales y a otras misiones y delegaciones permanentes de Estados miembros o miembros asociados, o que están de otro modo acreditadas ante las organizaciones internacionales de carácter universal, u otro tipo de organizaciones que pueden ser de carácter regional o una comunidad internacional de dimensiones regionales⁵³.

⁴⁷ Para la referencia, véase *supra*, nota 21.

⁴⁸ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 596, pág. 392. Denominada en adelante «Convención de Viena de 1963».

⁴⁹ Resolución 2530 (XXIV) de la Asamblea General, de 8 de diciembre de 1969, anexo.

⁵⁰ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales*, vol. II, Documentos de la Conferencia (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.75.V.12), pág. 205. Denominada en adelante «Convención de Viena de 1975».

⁵¹ Véase, por ejemplo, el Artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas, la Convención de 1946 sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas [resolución 22 A (I) de la Asamblea General, anexo], y la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 33, pág. 329).

⁵² Es inevitable cierta duplicación, pero la práctica de los Estados no manifiesta tendencia alguna a una evolución jurídica incompatible. Así, la afirmación de que no existe inmunidad sustantiva en relación con la ley territorial encuentra expresión paralela en las disposiciones del párrafo 1 del artículo 41 de la Convención de Viena de 1961 y en el párrafo 1 del artículo 55 de la Convención de Viena de 1963 (v. *supra*, notas 21 y 48).

⁵³ Por lo que respecta a las Comunidades Europeas, véase, por ejemplo, J. J. A. Salmon, «Les Communautés en tant que personnes de droit interne et leurs privilèges et immunités», *Les Nouvelles — Droit des Communautés européennes*, bajo la dirección de W. J. Ganshof van der Meersch, Bruselas, Larcier, 1969, págs. 121 y 122, N.º 363; P. Pescatore, «Les Communautés en tant que personnes de droit international», *ibid.*, págs. 109 y 110, N.º 333; L. Plouvier, «L'immunité de contrainte des Communautés européennes», *Revue belge de droit international*, Bruselas, vol. IX, 1973, N.º 2, pág. 471. Cf. ar-

52. El hecho de que los presentes artículos no hayan sido específicamente concebidos para aplicarse a las inmunidades jurisdiccionales concedidas o reconocidas a los Estados en relación con las misiones antes aludidas no influye en la aplicación a dichas misiones o representaciones de los Estados, e incluso de organizaciones internacionales, de cualquiera de las normas establecidas en los artículos a los que dichas misiones estarían también sometidas, independientemente de los artículos, en virtud del derecho internacional. Los locales y archivos de dichas misiones son, por ejemplo, bienes de Estados extranjeros con arreglo al significado y el alcance que se da a esa expresión en los presentes artículos. Las convenciones existentes han regulado diversos aspectos de su condición jurídica, entre ellos la inviolabilidad e inmunidades de registro, requisa, embargo y ejecución⁵⁴. Se excluyen asimismo de este estudio, y por consiguiente de los presentes artículos, las inmunidades otorgadas a las fuerzas extranjeras visitantes⁵⁵.

53. Tampoco se verá afectada por esa limitación la aplicación de las normas establecidas en los presentes artículos a los Estados y organizaciones internacionales que no sean parte en ellos, en tanto en cuanto esas normas puedan tener fuerza de derecho internacional consuetudinario, con independencia de los artículos. Parece necesario reafirmar que las normas de derecho internacional consuetudinario siguen aplicándose generalmente, en esta como en otras materias, a partes y no partes en los artículos por igual, con independencia de los propios artículos. Las disposiciones de éstos serán obligatorias para las partes y Estados que de otra forma se hayan declarado vinculados por ellas en lo relativo a las cuestiones expresamente reguladas por las

título 3 del Acuerdo sobre privilegios e inmunidades de la OEA [*Acuerdo sobre privilegios e inmunidades de la Organización de los Estados Americanos*, Washington (D. C.), Unión Panamericana, 1961, Serie sobre Tratados, N.º 22]. Véase también *Textes législatifs et dispositions de traités concernant le statut juridique, les privilèges et les immunités d'organisations internationales*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 61.V.3), pág. 377; Acuerdo relativo a la condición jurídica, facilidades, privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas en el Congo (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 414, pág. 229); y otros varios acuerdos de sede.

⁵⁴ Véanse, por ejemplo, los párrafos 1 y 3 del artículo 22 de la Convención de Viena de 1961 y los párrafos 1 y 4 del artículo 31 y el artículo 33 de la Convención de Viena de 1963 (v. *supra*, notas 21 y 48).

⁵⁵ A las fuerzas armadas extranjeras visitantes, al personal del ejército, de las fuerzas aéreas y de la marina de un Estado extranjero invitadas en un país huésped, se les conceden, en efecto, ciertas atenciones, facilidades y privilegios. Además, existen, por lo general, acuerdos que regulan el ejercicio de las diversas jurisdicciones sobre los miembros de esas fuerzas visitantes, incluida la cuestión de la prioridad de dicho ejercicio. A este respecto, véase, por ejemplo, el Acuerdo entre las partes en el Tratado del Atlántico Norte relativo a la condición jurídica de sus fuerzas armadas, de 1951 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 199, pág. 67); la condición jurídica de las fuerzas armadas de las partes en el Tratado de Varsovia, de conformidad con el artículo 5 de ese Tratado (*ibid.*, vol. 219, pág. 29), y diversos convenios y acuerdos bilaterales sobre la condición jurídica de las fuerzas armadas, por ejemplo el acuerdo de 1966 entre los Estados Unidos de América y la República de Corea (*ibid.*, vol. 674, pág. 163). Véanse también las leyes nacionales sobre la materia.

normas formuladas y recogidas en los artículos⁵⁶. Las normas contenidas en otras convenciones pueden también seguir aplicándose a cuestiones de las que el presente estudio se ocupa directamente en la medida en que sean parte de costumbres internacionales no modificadas por los artículos⁵⁷.

TEXTO DEL ARTÍCULO 4

54. El artículo 4, destinado a delimitar aún más el alcance de los artículos, podría decir lo siguiente:

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

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

- i) las misiones diplomáticas, en virtud de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961,
- ii) las misiones consulares, en virtud de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963,
- iii) las misiones especiales, en virtud de la Convención sobre las misiones especiales, de 1969,
- iv) la representación de los Estados, en virtud de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales de carácter universal, de 1975,
- v) las misiones o delegaciones permanentes de los Estados ante las organizaciones internacionales en general,

no afectará a

a) la condición jurídica y el alcance de las inmunidades jurisdiccionales reconocidas y concedidas a dichas misiones y representaciones de los Estados en virtud de las mencionadas convenciones;

b) la aplicación a dichas misiones o representaciones de los Estados u organizaciones internacionales de cualquiera de las normas establecidas en los presentes artículos a las que también estarían sujetas, con independencia de éstos, en virtud del derecho internacional;

c) la aplicación de cualquiera de las normas establecidas en los presentes artículos a los Estados y organizaciones internacionales, no partes en los artículos, en la medida en que dichas normas puedan tener la fuerza de obligar del derecho internacional consuetudinario, con independencia de los artículos.

⁵⁶ Para un interesante estudio acerca de la reciente evolución del derecho internacional consuetudinario como consecuencia de las conferencias internacionales de codificación y las convenciones generales multilaterales, véase E. Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1978-I, Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1979, t. 159, págs. 9 y ss., cap. I («Custom as a source of international law»).

⁵⁷ Véase, por ejemplo, la Convención europea sobre inmunidad de los Estados, de 1972 (v. *supra*, nota 33, *in fine*), la Convención de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 516, pág. 241) y la Convención de Ginebra de 1958 sobre la alta mar (*ibid.*, vol. 450, pág. 115).

ARTÍCULO 5 (Irretroactividad de los presentes artículos)

55. Entre las disposiciones de los presentes artículos figurarán normas que podrían considerarse de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. Dado que el derecho internacional no es un derecho estático, sino que sigue desarrollándose, no es ilógico incluir en la parte I del proyecto de artículos una disposición inicial que confirme el principio de irretroactividad. Las normas enunciadas en los artículos deben tener fuerza de obligar para los Estados signatarios que han ratificado los artículos o que se han adherido a ellos a partir del momento en que esos artículos entren en vigor, pero no antes. Los artículos no tendrán, por lo tanto, efectos retrospectivos o retroactivos y no regularán las relaciones entre los Estados más que a partir de la fecha de su entrada en vigor, a menos, por supuesto, que las partes acuerden otra cosa, o que las normas recogidas tengan la fuerza de obligar del actual derecho internacional consuetudinario, ya objeto de aplicación general, con independencia de los presentes artículos.

56. Las disposiciones de los presentes artículos que constituyen una mera declaración de la práctica generalmente seguida por los Estados o un testimonio de nuevas normas, *in statu nascendi* con su efecto catalizador, pondrán claramente de relieve la existencia de ciertas normas de derecho internacional. Constituyen únicamente prueba de la práctica establecida de los Estados y no tienen la fuerza de obligar de las disposiciones de los tratados. Otras disposiciones proféticas de la futura evolución del derecho puede considerarse que hacen que la evolución progresiva de la práctica se oriente en el sentido de las nuevas normas que están a punto de nacer⁵⁸. A este respecto debe señalarse asimismo que los principios generales de la inmunidad del Estado son normas de derecho internacional sólo en la medida en que, en determinadas circunstancias, obligan al Estado territorial a conceder ciertas medidas de inmunidad jurisdiccional a los Estados extranjeros. El Estado territorial no está obligado a negar o rehusar inmunidades jurisdiccionales cuando no exista ya obligación internacional alguna de concederlas u otorgarlas. La liberalidad de los Estados pertenece a la esfera de la cortesía y está fuera del ámbito de las normas de derecho internacional. Nada impide a los Estados mostrarse más amables de lo que exige la práctica internacional.

TEXTO DEL ARTÍCULO 5

57. La disposición relativa a la irretroactividad podría decir, pues, lo siguiente:

Artículo 5.—Irretroactividad de los presentes artículos

Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas establecidas en los presentes artículos a las que, inde-

⁵⁸ Véase Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, págs. 14 a 27.

pendientemente de éstos, estarían sometidas las relaciones entre los Estados en virtud del derecho internacional, los presentes artículos se aplicarán únicamente a la concesión o la denegación de inmunidades jurisdiccionales

les a los Estados extranjeros y sus bienes a partir de la entrada en vigor de dichos artículos con respecto a los Estados partes en ellos o a los Estados que se han declarado obligados por ellos.

PARTE II.—PRINCIPIOS GENERALES

58. Esta parte del informe tiene por objeto examinar la práctica de los Estados —judicial, administrativa y gubernamental— relativa a los principios fundamentales de derecho internacional en materia de inmunidades de los Estados. Durante ese examen se hará referencia principalmente a la jurisprudencia o la doctrina jurídica de los diversos Estados en lo que guarda relación directa con los principios que se trata de declarar, confirmar y reafirmar. Se recurrirá a la legislación nacional, las comunicaciones oficiales y la correspondencia diplomática, así como a las opiniones de la doctrina, para descubrir y determinar las tendencias actuales o nacientes de la práctica de los Estados, como prueba de la situación actual del derecho internacional.

59. El primer proyecto de artículo de esta parte, el artículo 6, trata de reflejar la práctica predominante de los Estados que respalda el principio de la inmunidad del Estado como uno de los principios fundamentales del derecho internacional. Se intentará dilucidar más claramente la verdadera naturaleza de la inmunidad del Estado, según se ha desarrollado en la práctica de las autoridades judiciales y administrativas de los Estados territoriales, y poner de manifiesto las opiniones y la práctica de los gobiernos en esta materia. Se examinarán también la legislación nacional y las convenciones internacionales pertinentes como prueba de la existencia de normas consuetudinarias de derecho internacional sobre la doctrina de la inmunidad de los Estados. La evolución histórica del principio de la inmunidad del Estado en la práctica de los Estados permitirá indicar algunas de las semejanzas y afinidades más directas del principio de la inmunidad del Estado o inmunidad soberana con las inmunidades jurisdiccionales reconocidas en la práctica de los Estados a los soberanos extranjeros y los diplomáticos acreditados y otros representantes de gobiernos extranjeros. Este artículo reafirmará el principio de la inmunidad del Estado como norma general fundada en una base jurídica racional.

60. Como parte de una tentativa de enunciar principios generales, el artículo 7 trazará una distinción entre los casos en que la cuestión de la inmunidad del Estado se plantea al darse todos los requisitos necesarios para que las autoridades judiciales o administrativas puedan asumir y ejercer la jurisdicción territorial, de no mediar la aplicación de la doctrina de la inmunidad del Estado, y otro tipo de casos en que no cabe hablar de inmunidad del Estado, puesto que de todas maneras el Estado territorial carece de jurisdicción y competencia conforme a su propia legislación interna relativa a la competencia de las autoridades judiciales y administrativas.

61. El artículo 8 tratará de los efectos del consentimiento como elemento importante de la doctrina misma de la inmunidad del Estado. Con el consentimiento del Estado extranjero, las autoridades judiciales o administrativas del Estado territorial no están limitadas en el ejercicio de su jurisdicción normal. La cuestión de la inmunidad del Estado surge, pues, en los casos en que el Estado extranjero declina otorgar su consentimiento o no está dispuesto a acceder de otra manera al ejercicio de la jurisdicción territorial.

62. El artículo 9 versará sobre otro aspecto del consentimiento, a saber: la sumisión voluntaria a la jurisdicción territorial y los métodos por los que puede afirmarse que un Estado extranjero ha invocado la jurisdicción territorial o se ha sometido voluntariamente al ejercicio de la jurisdicción local del Estado territorial.

63. El artículo 10 se referirá a los efectos de la reconvencción contra un Estado extranjero y al grado en que no se otorgará inmunidad de jurisdicción al Estado extranjero cuando éste haya formulado una reconvencción para oponerse a la acción entablada contra él.

64. El artículo 11, última disposición de la parte II, versará sobre la renuncia a la inmunidad del Estado, la forma de llevarla a cabo y los casos en que puede considerarse que el Estado extranjero ha renunciado efectivamente a su inmunidad soberana, así como sobre el efecto y alcance de la renuncia.

ARTÍCULO 6 (Principio de la inmunidad del Estado)

I.—Evolución histórica y jurídica del principio de la inmunidad del Estado

65. El principio de derecho internacional relativo a la inmunidad del Estado se ha desarrollado principalmente a partir de la práctica judicial de los Estados. Los tribunales nacionales han sido los causantes principales del crecimiento y desarrollo progresivo de un conjunto de normas consuetudinarias que rigen las relaciones de las naciones en este aspecto concreto. Las opiniones de la doctrina y las convenciones internacionales sobre la inmunidad de los Estados aparecieron casi todas posteriormente, aunque en las obras de los tratadistas contemporáneos y en disposiciones relativamente recientes de tratados y convenciones internacionales, así como en las leyes nacionales, se advierte claramente un interés creciente por el tema. La escasez, antes del siglo XIX, de decisiones judiciales relativas a la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ofrece una expli-

cación convincente de la total falta de referencias al tema en los clásicos del derecho internacional y de su completa omisión en los antiguos tratados y leyes internas. Basta señalar que ni Gentili⁵⁹, ni Grocio⁶⁰, ni Bynkershoek⁶¹, ni De Vattel⁶² dan indicio alguno de la doctrina de la inmunidad del Estado, a pesar de que los problemas de las inmunidades diplomáticas y de las inmunidades de los soberanos son objeto de profundo análisis en sus monumentales tratados. Las disposiciones legislativas de Europa y otros lugares y las convenciones internacionales del mismo período no hacían referencia alguna a ningún principio de inmunidad del Estado, mientras que se encuentran referencias a las inmunidades de los embajadores y de los soberanos en leyes europeas del mismo período⁶³, así como en la jurisprudencia de varias naciones a partir del siglo XVIII⁶⁴.

⁵⁹ Acerca de los contratos de los embajadores, véase A. Gentili, *De legationibus libri tres* (1594), *The Classics of International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1924, vol. II (tr. inglesa), cap. XIV.

⁶⁰ Acerca de la inviolabilidad personal de los embajadores, véase H. Grocio, *De jure belli ac pacis, libri tres* (1646), *The Classics... (op. cit.)*, Oxford, Clarendon Press, 1925, vol. II (tr. inglesa), cap. XVIII, secc. IV (*Le droit de la guerre et de la paix*, tr. de J. Barbeyrac, Leyden, Aux dépens de la Compagnie, 1759, t. 1).

⁶¹ Acerca de las inmunidades de los embajadores respecto de la jurisdicción civil, véase C. Van Bynkershoek, *De foro legatorum tam in causa civili, quam criminali, liber singularis* (1721), *The Classics... (op. cit.)*, Oxford, Clarendon Press, 1946, caps. XIII a XVI, y acerca de las inmunidades de los soberanos extranjeros y de sus bienes, *ibid.*, caps. III y IV. Véase también E. A. Gmür, *Gerichtsbareit über fremde Staaten*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1948, págs. 38 a 43 [tesis], y la traducción anotada por J. Barbeyrac de la obra de Bynkershoek: *Traité du juge compétent des ambassadeurs, tant pour le civil que pour le criminel*, La Haya, Johnson, 1723, págs. 43 y 46.

⁶² Acerca de las inmunidades de los soberanos, véase E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle* (1758), *The Classics... (op. cit.)*, Washington (D. C.), Carnegie Institution of Washington, 1916, vol. II, libro IV, cap. VII, párr. 108. De Vattel, sin embargo, reconocía el principio de la independencia, soberanía e igualdad de los Estados (*ibid.*, vol. I, libro II, cap. III, párr. 36, y cap. VII, párrs. 79 y 81), así como la inmunidad del Estado o soberano local respecto de la jurisdicción de sus propios tribunales (*ibid.*, cap. XIV, párr. 214).

⁶³ Véase, por ejemplo, la ley británica *Statute of 7 Anne* (1708), cap. XII, seccs. I a III, ley para salvaguardar los privilegios de los embajadores y demás ministros públicos de príncipes y Estados extranjeros (Reino Unido, *The Statutes at large of England and of Great Britain*, vol. 4, Londres, Eyre and Strahan, 1811, pág. 17); una ley de los Estados Unidos de América de 1790 que contiene la disposición siguiente:

«Cuando se expida o ejecute una orden o un mandamiento judicial [...] en virtud del cual un embajador [...] sea detenido o preso, o su patrimonio sea objeto de retención, embargo o reivindicación, tal orden o mandamiento judicial se tendrá por nulo.» [Estados Unidos de América, *United States Code, 1964 Edition*, vol. 5, título 22, «Foreign relations and intercourse», U. S. Government Printing Office, Washington (D. C.), 1965, pág. 4416.]

y un decreto francés relativo a los enviados de gobiernos extranjeros, de fecha 13 Ventoso del año 2 (3 de marzo de 1794), que disponía lo siguiente:

«La Convención Nacional prohíbe a toda autoridad constituida atentar en cualquier forma contra la persona de los enviados de gobiernos extranjeros: las reclamaciones que puedan plantearse contra ellos serán sometidas al Comité de Salvación Pública, que tiene competencia exclusiva para resolver al respecto.» (J. B. Duvergier, *Collection complète des* 1976-I, Leyden, Sijthoff, 1977, t. 149, págs. 212 a 215.

66. Principalmente en el siglo XIX comienzan a aparecer en la práctica de los tribunales nacionales formulaciones de la doctrina de la inmunidad de los Estados. Desde entonces, el desarrollo judicial de esa doctrina ha generado una doctrina jurídica interna más abundante y, probablemente, más diversa que en ninguna otra rama del derecho internacional⁶⁵. La diversidad y complejidad de los problemas que plantea a las autoridades nacionales la aplicación de este principio comparativamente reciente de la inmunidad de los Estados ha enriquecido cada vez más los archivos de la doctrina moderna del derecho internacional⁶⁶.

A.—La inmunidad del Estado en la práctica judicial de los Estados

1. SISTEMAS DE *common law*

a) Una consecuencia de la inmunidad personal

67. La doctrina de la inmunidad del Estado se introdujo en la práctica de un gran número de Estados en el siglo XIX. En los sistemas de *common law*, especialmente en el Reino Unido, el principio de que los Estados extranjeros gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción del Estado territorial se desarrolló en gran medida bajo la influencia de la inmunidad tradicional del soberano de la nación, al margen de toda consideración de cortesía internacional o *comitas gentium*. En el Reino Unido, en cualquier caso, la doctrina de la inmunidad soberana fue un resultado directo del uso constitucional inglés expresado en la máxima «El Rey no puede ser demandado ante sus propios tribunales». Demandar en juicio al soberano del país era, por lo tanto, algo

lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat, t. 7.º, París, Guyot et Scribe, 1825, pág. 108.)

Otro decreto de la Asamblea Constituyente, de 11 de diciembre de 1789, confirmó también este principio (Decreto sobre una pregunta formulada por los embajadores acerca de sus inmunidades, *ibid.*, t. 1.º, 1824, pág. 73).

⁶⁴ Véanse, por ejemplo, los asuntos británicos *Buvot c. Barbut* [«Barbut's case»] (1737) (*British International Law Cases*, British Institute Studies in International and Comparative Law, N.º 1, vol. 6, Londres, Stevens, 1967, pág. 261) y *Triquet and others c. Bath* (1764) (*ibid.*, pág. 211); un asunto de los Países Bajos, del que se dio noticia en 1720, relativo al Enviado Extraordinario del Duque de Holstein [Van Bynkershoek, *De foro legatorum... (op. cit.)*, cap. XIV]; y un asunto francés, *De Bruc c. Bernard* (1883), en el que el Tribunal de Apelación de Lyon señaló lo siguiente:

[...] es preciso reconocer que la total inmunidad de jurisdicción en materia civil existe a favor de toda persona investida de carácter oficial como representante en cualquier calidad de un gobierno extranjero [...].» (*Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public, année 1885*, París, Dalloz, Bureau de la jurisprudence générale, segunda parte, págs. 194 y 195.)

⁶⁵ Véase especialmente la jurisprudencia que será analizada en la parte III y en las partes siguientes.

⁶⁶ Se puede encontrar una bibliografía seleccionada en anexo a la obra de S. Sucharitkul titulada *State Immunities and Trading Activities in International Law*, Londres, Stevens, 1959, págs. 361 a 380, y más recientemente en *Recueil des cours...*

constitucionalmente imposible. Como el rey personificaba al Estado, desde el punto de vista constitucional, los tribunales, que formaban parte del aparato de justicia de la Administración central de ese Estado, no podían lógicamente ejercer jurisdicción sobre el soberano en cuyo nombre, y sólo en su nombre, podían actuar. La inmunidad del soberano de la nación es, de este modo, una herencia de la historia del derecho. Dentro de los límites de cada territorio, el soberano del país era la fuente del derecho y la justicia. Impartía justicia no en ejercicio de un deber, sino como concesión de una gracia. La inmunidad de la Corona, aunque fue un accidente histórico, se amplió más tarde para abarcar también a los soberanos de otras naciones o soberanos extranjeros, con los que, en una etapa posterior de la evolución jurídica, se han identificado los Estados extranjeros. La supervivencia de esta antigua práctica constitucional en el ámbito internacional se manifiesta en el hecho de que continúa siendo uso común que los tribunales del Reino Unido se refieran a los Estados extranjeros como soberanos extranjeros, particularmente en este contexto de la inmunidad del Estado o inmunidad soberana.

68. El fundamento de la inmunidad ha sido la soberanía del soberano extranjero, de manera análoga o comparable a la del soberano de la nación. En el asunto del «*Prins Frederik*» (1820)⁶⁷, el primer asunto inglés que dio lugar a una declaración judicial sobre el principio de derecho internacional relativo a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados extranjeros y de sus bienes, así como en asuntos posteriores en que se otorgó inmunidad jurisdiccional a Estados extranjeros⁶⁸, el tribunal declinó jurisdicción basándose en que el Estado extranjero, personificado en el soberano extranjero, era igualmente soberano e independiente y que demandarlo en juicio supondría un insulto a su «dignidad real»⁶⁹. En el asunto *De Haber c. Queen of Portugal* (1851), el juez Campbell, al fundar la inmunidad soberana en el derecho internacional, dijo:

En primer lugar, es indudable que, con arreglo a los principios generales [...] no puede presentarse en un tribunal inglés una demanda contra un soberano extranjero por ninguna acción ni omisión que haya realizado en su carácter público como representante de la nación de la que es la autoridad suprema; y que ningún tribunal inglés tiene jurisdicción para conocer de ninguna demanda entablada contra él en tal carácter [...]. Presentar en un tribunal nacional una demanda contra un soberano extranjero en su condición de tal es contrario al derecho de las naciones y constituye un insulto por el que podrá sentirse agraviado⁷⁰.

⁶⁷ Véase *supra*, nota 29.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, el asunto *Vavasour c. Krupp* (Reino Unido, *The Law Reports, Chancery Division*, vol. IX, Londres, Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales, 1878, pág. 351) y el del «*Parlement belge*» (1880) (*Idem, The Law Reports, Probate Division*, vol. V, Londres, Incorporated Council of Law Reporting of England and Wales, 1880, pág. 197).

⁶⁹ El magistrado Esher, en el asunto del «*Parlement belge*» [Reino Unido, *The Law Reports, Probate Division* (*op. cit.*), pág. 207].

⁷⁰ Reino Unido, *Queen's Bench Reports* (*op. cit.*), pág. 207.

b) *Transposición de los atributos de la persona del soberano*

69. El juez Brett, en su opinión clásica formulada en el asunto del «*Parlement belge*» (1880), llevó más allá la elaboración racional de la doctrina de la inmunidad soberana:

El principio [...] es que, como consecuencia de la independencia absoluta de toda autoridad soberana y de la cortesía internacional que induce a cada Estado soberano a respetar la independencia y dignidad de cada uno de los demás Estados soberanos, todos ellos renuncian a ejercer por medio de sus tribunales parte alguna de su jurisdicción territorial sobre la persona de cualquier soberano o embajador de cualquier otro Estado, sobre los bienes de cualquier Estado que estén destinados a uso público o sobre los bienes de cualquier embajador, aun cuando ese soberano, ese embajador o esos bienes se encuentren en su territorio y, por consiguiente, salvo por ese común acuerdo, estén sometidos a su jurisdicción⁷¹.

70. El fundamento de la inmunidad soberana, en el sentido expuesto por el juez Brett, parece apoyarse en una serie de principios básicos como el uso o común acuerdo, la cortesía internacional, la independencia, soberanía y dignidad de toda autoridad soberana, que representan una evolución progresiva de los atributos de la persona de los soberanos a la teoría de la igualdad y soberanía de los Estados y el principio del consentimiento. Las inmunidades otorgadas a la persona de los soberanos y embajadores, así como a sus bienes, parecen estar en el origen de las inmunidades más fundamentales de los Estados.

71. Puede encontrarse una confirmación judicial más clara de la idea de que estas inmunidades se rigen por normas de derecho internacional en la opinión, tantas veces citada, de Lord Atkin en el asunto del «*Cristina*» (1938):

El fundamento de la solicitud de que se revoque el mandamiento de embargo de un buque se encuentra en dos proposiciones de derecho internacional implantadas en nuestro derecho interno y que, en mi opinión, están firmemente arraigadas y no admiten ninguna duda. La primera es la de que los tribunales de un país no procederán contra un soberano extranjero, es decir, no le obligarán en virtud de sus poderes a constituirse contra su voluntad en parte en un procedimiento judicial, tanto si el procedimiento supone citación de comparecencia como si está dirigido a obtener de él determinados bienes o la indemnización de daños y perjuicios.

La segunda es la de que, sea o no el soberano parte en el procedimiento, los tribunales no embargarán ni secuestrarán en virtud de sus poderes bienes que sean de su propiedad o que se encuentren en su posesión o bajo su control⁷².

72. La inmunidad del Estado, pues, puede traducirse en la falta de poderes de las autoridades territoriales para demandar en juicio a un soberano extranjero. El concepto de demanda se relaciona con la posibilidad de

⁷¹ *Idem, The Law Reports, Probate Division*, vol. V (*op. cit.*), págs. 214 y 215.

⁷² *Idem, The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases, 1938*, Londres, 1938, pág. 490; *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1938-1940*, Londres, 1942, asunto N.º 86, pág. 252.

obligar al soberano extranjero, contra su voluntad, a ser parte en un procedimiento judicial o de intentar de otro modo el embargo o secuestro de bienes de su propiedad o que se encuentran en su posesión o bajo su control.

c) *Influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América*

73. En forma comparable con la evolución que se produjo en el Reino Unido, la inmunidad del Estado en la práctica de los Estados Unidos de América parece haber arraigado firmemente en terreno ya cultivado en el que había florecido antes la doctrina original del *common law* relativa a la prerrogativa de inmunidad de jurisdicción del soberano de la nación. En un asunto referente al Territorio de Hawái⁷³, el juez Holmes expresó la opinión de que una entidad que era la fuente de los derechos estaba por encima del imperio de la ley, fundando la inmunidad «en la razón lógica y práctica de que no se puede oponer ningún derecho a la autoridad que crea la legislación de la que depende ese derecho»⁷⁴. Pero cabe sostener, con cierto fundamento, que la base jurídica de la inmunidad de jurisdicción otorgada a los Estados extranjeros en la práctica de los Estados Unidos consiste en un principio que es mucho más propio de la Constitución de los Estados Unidos que de la doctrina del *common law* sobre la inmunidad de la Corona. Su fuerza radica en la autoridad de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América y la influencia que ésta ejerce en la necesidad de resolver las cuestiones que plantea la armonización de las relaciones recíprocas entre la Federación y sus Estados miembros.

74. En el asunto *Principality of Monaco c. Mississippi* (1934), el tribunal hizo suyo el planteamiento en que había hecho hincapié Hamilton en el *Federalist*, N.º 81, y declaró:

Existe [...] el postulado de que los Estados de la Unión, que aún poseen atributos de soberanía, deben gozar de inmunidad de jurisdicción sin su consentimiento, salvo cuando se haya producido «una renuncia a tal inmunidad en el sistema de la Convención»⁷⁵.

Esta insistencia en la necesidad de salvaguardar la soberanía de los Estados miembros de la Unión viene a ser

⁷³ Asunto *Kawananakoa c. Polyblank* (1907):

«[...] la doctrina [de la inmunidad soberana] no se limita a los poderes que son soberanos en el sentido pleno de la teoría jurídica, sino que se extiende naturalmente a aquellos que, en el ejercicio efectivo del gobierno, crean y modifican a su arbitrio el derecho de las obligaciones y del patrimonio, del que las personas sometidas a su jurisdicción derivan sus derechos. El ejercicio de una acción presupone que los demandados estén sometidos al ordenamiento jurídico que se invoca. A menos que así ocurra, es imposible, desde luego, ejercitarla eficazmente. Ahora bien, no es éste el caso de un territorio de los Estados Unidos, porque el territorio mismo es la fuente de la que normalmente derivan los derechos.» [Estados Unidos de América, *United States Reports*, vol. 205 (*op. cit.*), pág. 353.]

⁷⁴ *Ibid.* Cf. J.-F. Lalive, «L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales», *Recueil des cours...*, 1953-III, Leyden, Sijthoff, 1955, t. 84, pág. 218.

⁷⁵ Véase G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1941, vol. II, pág. 402.

corroborada a veces en ciertos casos en que los tribunales de los Estados Unidos han llegado hasta el extremo de reconocer la misma necesidad respecto de Estados miembros de uniones federales extranjeras⁷⁶, aunque en otros casos han denegado la inmunidad a otras entidades similares⁷⁷.

d) *Formulación clásica del principio de la inmunidad de los Estados*

75. Las autoridades judiciales de los Estados Unidos fueron de las primeras, cronológicamente, en formular la doctrina de la inmunidad de los Estados, no sin que influyera sobre ellas el concepto de *common law* de la inmunidad del soberano de la nación ni sin que dejara de afectarles la repercusión de la Constitución de los Estados Unidos. El principio de la inmunidad de los Estados, que más adelante sería generalmente aceptado en la práctica de los Estados, fue enunciado claramente por el juez Marshall en el asunto *The schooner «Exchange» c. McFaddon and others* (1812) de la manera siguiente:

La jurisdicción de los tribunales es un aspecto de la que la nación posee como Potencia soberana independiente. La jurisdicción de la nación dentro de su propio territorio es necesariamente exclusiva y absoluta. No puede estar sujeta a ninguna limitación que no se haya impuesto a sí misma. Toda limitación que se le impusiera, cuya validez derivase de una fuente exterior, supondría una disminución de su soberanía en la medida de esa limitación y la atribución de esa soberanía, en la misma medida, al poder que pudiera imponer tal limitación. Por consiguiente, todas las excepciones al *poder pleno* y *absoluto* * de una nación *dentro de sus propios territorios* * deben tener su origen en el *consentimiento* * de la nación misma. No pueden emanar de ninguna otra fuente legítima.

Ese consentimiento puede ser expreso o tácito. En este último caso es menos inequívoco, está más expuesto a las incertidumbres de la interpretación; pero, si se tiene por dado, no es menos obligatorio. Dado que el mundo está compuesto de soberanías distintas, que poseen *iguales derechos* * e *igual independencia* *, y a cuyo beneficio mutuo contribuyen las relaciones que mantienen entre sí y el intercambio de los buenos oficios que la humanidad dicta y sus necesidades requieren, todos los soberanos han aceptado en la práctica y en determinadas circunstancias una limitación de la jurisdicción absoluta y completa que les confiere la soberanía dentro de sus respectivos territorios. Ese consentimiento puede, en algunos casos, acreditarse por el *uso general* * y por la *opinión general* * derivada de ese uso. Con justicia se consideraría que faltaba a su palabra, aunque no la hubiera empeñado expresamente,

* Subrayado por el Relator Especial.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, el asunto *Sullivan c. State of São Paulo* (*supra*, nota 39). El juez Clark sugirió que la inmunidad podría fundarse en la analogía con los Estados miembros de los Estados Unidos de América. El Departamento de Estado había admitido la pretensión de inmunidad.

⁷⁷ Véase, por ejemplo, el asunto *Schneider c. City of Rome*, en el que el tribunal declaró que el hecho de que la ciudad de Roma sea una «subdivisión política» del Estado italiano que ejerce «importantes funciones de gobierno» no es de por sí suficiente para otorgarle inmunidad (*Annual Digest...*, 1948, Londres, vol. 15, 1953, asunto N.º 40, pág. 132). El juez Learned Hand puso en tela de juicio que cada subdivisión política de un Estado extranjero que ejerciera importantes funciones de gobierno gozase de inmunidad (*ibid.*).

la nación que súbitamente y sin advertencia previa ejerciera sus poderes territoriales en forma que no estuviera en consonancia con los usos y las obligaciones aceptadas por el mundo civilizado.

Esa *jurisdicción territorial plena y absoluta* *, al ser por igual *atributo de cada soberano* * y al poder conferir derechos extra-territoriales, no parece que tenga por objeto a los soberanos extranjeros ni a sus derechos soberanos. Puesto que ningún soberano está *subordinado* * en ningún sentido a otro, y como está vinculado por obligaciones del más alto carácter a no menoscabar la *dignidad* * de su nación, situándose o situando sus derechos soberanos en el ámbito de jurisdicción de otro, cabe suponer que entra en un territorio extranjero sólo con licencia expresa o con la seguridad de que las *inmunidades* * propias de su *condición soberana independiente* *, aun cuando no se hayan estipulado expresamente, le están implícitamente reservadas y le serán reconocidas.

Esta *perfecta igualdad* * y *absoluta independencia de los soberanos* *, y ese interés común que les induce a mantener relaciones mutuas y a prestarse servicios recíprocos, han dado lugar a una categoría de situaciones en las que se entiende que cada soberano *renuncia* * al ejercicio de una parte de esa jurisdicción territorial plena y exclusiva de la que se ha dicho que es un atributo de todas las naciones⁷⁶.

76. En esta formulación clásica del principio de la inmunidad de los Estados, la inmunidad otorgada a un Estado extranjero por el Estado territorial se fundaba en los atributos de los Estados soberanos, en especial su independencia, soberanía, igualdad y dignidad. La concesión de la inmunidad jurisdiccional se basaba en el consentimiento del Estado territorial, acreditado por el uso general y confirmado por la *opinio juris* que inspiraba tal uso.

2. PAÍSES DE TRADICIÓN JURÍDICA ROMANISTA: FUNDAMENTALMENTE UNA CUESTIÓN DE COMPETENCIA

77. Los países cuyo ordenamiento jurídico está basado en el derecho romano han seguido una trayectoria distinta de la de los países de *common law* en el curso de la evolución jurídica del principio de la inmunidad de los Estados. Ante todo, la inmunidad jurisdiccional guarda estrecha relación con la cuestión de la «*compétence*», que en inglés significa literalmente «*jurisdiction*» o «*jurisdictional authority or power*». Un breve análisis de la práctica seguida en el siglo XIX por varios países europeos quizá contribuya a aclarar este punto.

78. En Francia, por ejemplo, el principio de la inmunidad de los Estados tuvo una amplia aplicación en el siglo XIX, tanto respecto de los Estados extranjeros como de sus bienes. Merece destacarse la aceptación del principio de la inmunidad de los Estados en vista del sistema jurídico francés, con arreglo al cual era posible incoar ante los diversos tribunales administrativos un procedimiento contra la propia Administración. Se trazó una distinción entre «*actes d'autorité*», sometidos

a la competencia de los tribunales administrativos, y «*actes de gouvernement*», que no estaban sujetos a revisión por ninguna autoridad judicial o administrativa francesa. Como las relaciones exteriores son una parte importante de los «*actes de gouvernement*», los actos atribuibles a Estados extranjeros, dimanantes de la potestad soberana de la Administración del Estado, podían considerarse en general como «*actes de gouvernement*». Así, en 1827 el Tribunal civil del Havre falló en el asunto *Blanchet c. République d'Haïti*⁷⁹ que el artículo 14 del Código civil francés, que permitía interponer ante los tribunales franceses una demanda contra un extranjero, no se aplicaba a un Estado extranjero. Este principio fue reafirmado en 1847 por el Tribunal civil de la Seine en un asunto relativo al Gobierno de Egipto⁸⁰ y por el Tribunal de Casación, por primera vez, en el asunto *Gouvernement espagnol c. Casaux* (1849)⁸¹. El Tribunal de Casación expuso el principio de la inmunidad de los Estados en los siguientes términos:

Considerando que la independencia recíproca de los Estados constituye uno de los principios más universalmente reconocidos del derecho de gentes; que de ese principio resulta que no se puede someter a un gobierno, respecto de las obligaciones por él contraídas, a la jurisdicción de un Estado extranjero; que, en realidad, el derecho de jurisdicción que ejerce cada gobierno para juzgar las controversias surgidas con ocasión de los actos de él emanados es un derecho inherente a su autoridad soberana, que otro gobierno no puede atribuirse sin exponerse a alterar sus relaciones respectivas [...]⁸².

79. Ese Tribunal fundaba, al parecer, la inmunidad de los Estados en la independencia recíproca y la autoridad soberana de los Estados extranjeros. Esta formulación indujo a los comentaristas de la época a sugerir que la inmunidad de los Estados se limitaba a aquellos casos en que el Estado extranjero actuaba en su «*carácter*

⁷⁹ *Recueil périodique et critique... (op. cit.)*, année 1849, primera parte, pág. 6, y *Recueil général des lois et des arrêts, année 1849*, París, Sirey, primera parte, pág. 83. Véase también el asunto *Balguerie c. Gouvernement espagnol* (1825) [*Recueil périodique et critique... (op. cit.)*, pág. 5] y los asuntos *République d'Haïti c. maison Ternaux-Gandolphe* (1828) y *Gouvernement d'Espagne c. maison Balguerie de Bordeaux* (1828), Tribunal civil de la Seine, 2 de mayo de 1828 [*Recueil général des lois... (op. cit.)*, pág. 85, y *Recueil périodique et critique... (op. cit.)*, págs. 7].

⁸⁰ Asunto *Solon c. Gouvernement égyptien* (1847) [*Recueil périodique et critique... (op. cit.)*, pág. 7; *Journal du Palais*, París, 1849, t. I, págs. 172 y ss.].

⁸¹ *Recueil périodique et critique... (op. cit.)*, pág. 9, y *Recueil général des lois... (op. cit.)*, págs. 81 y 94. Véase también una interesante nota de pie de página de L.-M. Devilleneuve:

«Es la primera vez que el Tribunal de Casación se pronuncia sobre estas importantes cuestiones de derecho internacional y de extraterritorialidad, que, sin embargo, se habían sometido ya varias veces a los tribunales.» (*Ibid.*, pág. 81.)

⁸² *Recueil général des lois... (op. cit.)*, pág. 93; *Recueil périodique et critique... (op. cit.)*, pág. 9. Véase C. J. Hamson, «Immunity of foreign States: the practice of the French courts», *The British Year Book of International Law*, 1950, Londres, 1951, vol. 27, pág. 301. Cf. una decisión del Consejo de Estado de 2 de mayo de 1828 [*Recueil périodique et critique... (op. cit.)*, pág. 6; *Recueil général des lois... (op. cit.)*, pág. 89, y *Gazette des tribunaux*, París, 3 de mayo de 1828], de que dicho artículo 14 del Código civil no se aplicaba a los embajadores extranjeros residentes en Francia.

⁷⁶ Cranch, *op. cit.*, vol. VII, 3.ª ed., págs. 135 y 136. Véase J. Hostie, «Contribution de la Cour suprême des États-Unis au développement du droit des gens», *Recueil des cours...*, 1939-III, París, Sirey, 1939, t. 69, págs. 241 y ss.

soberano»⁸³. Se reconoció esta distinción respecto de los ex soberanos, pero los tribunales franceses la rechazaron en general en el siglo XIX. Continúa afirmándose que la soberanía, en su forma ilimitada, es el fundamento de la inmunidad de los Estados respecto de la jurisdicción francesa.

80. En Bélgica, los artículos 52 y 54 del Código civil incorporaron los principios del artículo 14 del Código civil francés al autorizar la interposición de demandas contra extranjeros ante los tribunales del país. Siguiendo el razonamiento expuesto por los tribunales franceses, se otorgaban inmunidades jurisdiccionales a los Estados extranjeros siempre que el ejercicio de la jurisdicción territorial violara los principios de la soberanía y la independencia de los Estados. Así, en un asunto fallado en 1840, el Tribunal de Apelación de Bruselas declinó su jurisdicción respecto del Gobierno de los Países Bajos y de una empresa pública holandesa sosteniendo que ambos demandados representaban al Estado neerlandés. La inmunidad se basaba en «la soberanía de las naciones» y «la independencia recíproca de los Estados»⁸⁴. En su razonamiento, el Tribunal aparentemente justificó la inmunidad de los Estados por analogía con la base de las inmunidades diplomáticas. El Tribunal dijo:

[...] Considerando, pues, que es preciso sostener con los tradistas más prestigiosos que las inmunidades de los embajadores son la consecuencia del carácter representativo de que están investidos y se basan en la independencia de las naciones, que se entiende que actúan por conducto de aquéllos; considerando que los principios del derecho de gentes aplicables a los embajadores se aplican también con mucho mayor motivo a las naciones que éstos representan [...]»⁸⁵.

81. En Italia, los tribunales reconocieron y aplicaron en el siglo XIX el principio de la inmunidad de los Estados. Se consideraba la inmunidad como el resultado lógico de la independencia y la soberanía de los Estados. Pero incluso al principio, en el asunto *Morellet c. Governo danese* (1882), el Tribunal de Casación de Turín distinguió entre el Estado como *ente político* y el Estado como *corpo morale*, y limitó la inmunidad al primero. El Tribunal declaró que:

El Estado, puesto que le incumbe atender a la administración de la colectividad y subvenir a las necesidades materiales de los ciudadanos, debe poder adquirir y poseer bienes, contratar, demandar y ser demandado, en suma: ejercer los derechos civiles de igual modo que cualquier otra persona física o jurídica⁸⁶.

⁸³ Véase, por ejemplo, C. Demangeat, «Les tribunaux français peuvent-ils valider la saisie-arrêt formée, en France, par un Français, sur des fonds appartenant à un gouvernement étranger?», *Revue pratique de droit français*, París, vol. I (1856), págs. 385 y ss., y *Conférence des avocats de París*, 27 décembre 1958 [*ibid.*, vol. VII (1859), págs. 182 a 186].

⁸⁴ Asunto *Société générale pour favoriser l'industrie nationale c. Syndicat d'amortissement, Gouvernement des Pays-Bas et Gouvernement belge* (v. *supra*, nota 35). Esta decisión no era totalmente ajena a la celebración del Tratado de paz entre Bélgica y los Países Bajos. Véase E. W. Allen, *The Position of Foreign States before Belgian Courts*, Nueva York, Macmillan, 1929, págs. 4 a 7.

⁸⁵ *Pasicrisie belge* (op. cit.), págs. 52 y 53.

⁸⁶ *Giurisprudenza italiana* (op. cit.), págs. 125, 130 y ss.

El Tribunal de Casación de Florencia, en el asunto *Gutierrez c. Elmilik* (1886)⁸⁷, hizo una distinción análoga entre el Estado como *potere politico* y el Estado como *persona civile*. Se ejerció la jurisdicción con respecto a servicios prestados al Bey de Túnez. El Tribunal de Apelación de Luca reconoció el año siguiente, en 1887, una nueva distinción entre *atti d'impero* y *atti di gestione* en otro asunto relacionado con el mismo Bey de Túnez⁸⁸.

82. En Alemania, el Ministro de Justicia estaba autorizado por ley a refrendar ciertas medidas decretadas por el poder judicial⁸⁹. En 1819, el Ministro de Justicia rechazó un mandamiento de embargo dictado por el Tribunal de Saarbrücken contra el Gobierno de Nassau fundándose en que los principios generales de la inmunidad soberana formaban parte del derecho internacional. En una carta dirigida al Fiscal General, el Ministro basó la inmunidad en que «el ejercicio de la jurisdicción contra [un] gobierno extranjero no estaba en conformidad con los principios de derecho internacional tal como se habían ido formando» y en que «el Gobierno de Prusia no permitiría que se dirigiera contra él una acción de esta índole, reconociendo así que estaba en contradicción con el derecho de las naciones»⁹⁰. Los tribunales alemanes adoptaron esta concepción del derecho en los asuntos que les fueron sometidos ulteriormente en el siglo XIX⁹¹.

3. OTROS SISTEMAS JURÍDICOS

83. Además de las jurisdicciones de *common law* y de los sistemas jurídicos basados en el derecho romano,

⁸⁷ *Il foro italiano*, Roma, 1886, vol. I, págs. 920 a 922, y Corte di appello, Lucca (*ibid.*, pág. 490). La decisión es citada en *Supplement to The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 26, N.º 3, julio de 1932, parte III: «Competence of courts in regard to foreign States», págs. 622 y 623.

⁸⁸ Asunto *Hampshorn c. Bey de Tunisi*, Corte di appello, Lucca, 1887 (*Il foro italiano*, Roma, 1887, vol. I, págs. 485 y 486). Citado en *Supplement to The American Journal of International Law* (op. cit.), págs. 480 y ss. Cf. la decisión del mismo tribunal en el asunto *Elmilik c. Mandataire de Tunis* (*La legge*, Roma, 1887, segunda parte, pág. 569), citada en *Journal du droit international privé* (Clunet), París, 1888, t. 15, pág. 289. El Tribunal declaró:

«Los bonos del Tesoro emitidos por un gobierno extranjero [...] son el resultado de actos de mera administración realizados por el gobierno y no el resultado del ejercicio del derecho de soberanía.»

⁸⁹ La doctrina de la inmunidad de los Estados se remontaba a la Ley General de Prusia de 6 de julio de 1793, art. 76, que obligaba a los tribunales a notificar al Ministerio de Relaciones Exteriores todos los casos en que se considerase la detención de una personalidad extranjera. Por un decreto prusiano de 14 de abril de 1795 se estableció que los príncipes alemanes y los príncipes extranjeros no podían ser detenidos más que por orden de un Ministro del Gobierno. Esa regla fue limitada a los príncipes alemanes por la Declaración de 24 de septiembre de 1798, pero la Ley General de 1815 volvió a hacerla aplicable a los príncipes extranjeros. Véase E. W. Allen, *The Position of Foreign States before German Courts*, Nueva York, Macmillan, 1928, págs. 1 a 3.

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 3.

⁹¹ Véase, por ejemplo, una resolución del Tribunal Superior de Prusia de 1832 y un Decreto prusiano de 1835 (*ibid.*, págs. 4 y 5).

ya examinados, la práctica judicial de otros países predominante en el siglo XIX no estaba tan firmemente arraigada en lo que respecta a la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados extranjeros y de sus bienes. Los países pertenecientes a continentes en desarrollo como África, Asia y América Latina estaban preocupados por otros problemas. África no contaba con muchos Estados soberanos independientes; los pueblos luchaban por hacer valer su derecho a la libre determinación y recobrar la independencia política completa. El proceso de descolonización no empezó hasta mucho más tarde, tras la aparición de las Naciones Unidas y la aprobación por la Asamblea General de su resolución 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960⁹². Asia estaba también parcialmente colonizada. Los países asiáticos que habían mantenido su independencia soberana durante todo el siglo XIX y a todo lo largo de su historia nacional no pudieron eludir la sujeción al llamado «régimen de capitulaciones», por el que se reconocían ciertos derechos y privilegios de extraterritorialidad en favor de Estados extranjeros y de sus nacionales. La cuestión de la inmunidad de los Estados era relativamente poco importante, ya que incluso los extranjeros quedaban excluidos de la competencia de las autoridades administrativas o judiciales territoriales. Hasta bien entrado el presente siglo no se abolió gradual y definitivamente la extraterritorialidad, que dejó tras ella huellas de miseria e injusticia en las memorias de los Estados territoriales que hubieron de soportar ese régimen mientras duró⁹³. La aparición del continente latinoamericano como un nuevo continente de naciones prósperas, independientes y soberanas era relativamente más reciente. En esa época no se había instaurado todavía la legalidad socialista en Europa oriental. En el siglo XIX no hubo en esos países, al parecer, casi ningún caso relativo a esta cuestión concreta de la inmunidad de los Estados.

4. PRÁCTICA ACTUAL DE LOS ESTADOS

84. Al llegar a este punto conviene advertir que el principio de la inmunidad de los Estados, formulado a principios del siglo XIX y generalmente aceptado en ese siglo tanto en los países de *common law* como en gran número de países de tradición jurídica romanista de Europa, ha sido adoptado luego como un principio de derecho internacional consuetudinario con una base sólida e indiscutida en la práctica general de los Estados. Así, el principio de la inmunidad de los Estados sigue aplicándose en mayor o menor grado en Europa, en la práctica de los países ya examinados en relación

⁹² Esta resolución es, en parte, una respuesta al llamamiento hecho en el comunicado final de la Conferencia Asiático-Africana, celebrada en Bandung el 24 de abril de 1955, secc. D: «Problems of dependent peoples»; véase Indonesia, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Asian-African Conference Bulletin* N.º 9, Yakarta, págs. 4 y 5.

⁹³ Véase, por ejemplo, A. de Heyking, *L'extraterritorialité*, Berlín, Puttkammer und Mühlbrecht, 1889, y «L'extraterritorialité et ses applications en Extrême-Orient», *Recueil des cours...*, 1925-II, París, Hachette, 1926, vol. 7, pág. 241; véase también V. K. W. Koo, *The Status of Aliens in China*, Nueva York, Columbia University, 1912.

con su jurisprudencia en el siglo XIX, tanto en los sistemas de *common law*⁹⁴ como en los sistemas basados en el derecho romano⁹⁵. En otros países se sigue aplicando de un modo constante. Para dar un ejemplo, el Tribunal de Distrito de Dordrecht, en los Países Bajos, sostuvo el principio de la inmunidad de los Estados respecto del servicio público de remolcadores en el asunto *F. Advokaat c. I. Schuddinck & den Belgischen Staat* (1923). El Tribunal declaró:

El principio [de la inmunidad], que al comienzo se reconoció sólo respecto de los actos *jure imperii*, ha pasado progresivamente a aplicarse también a los casos en que un Estado, como consecuencia de la continua ampliación de sus funciones y a fin de satisfacer necesidades públicas, ha emprendido actividades regidas por el derecho privado; [...] debe considerarse que esta ampliación de la inmunidad de jurisdicción ha pasado a formar parte del derecho de las naciones [...]».

85. Otro ejemplo interesante de la práctica actual de los Estados es la reciente decisión del Tribunal Supremo de Austria en el asunto *Dralle c. República de Checoslovaquia* (1950), que confirmó el principio de la inmunidad de los Estados respecto de los *acta jure imperii*. Después de examinar las decisiones de diversos tribunales nacionales y la opinión de destacadas autoridades en derecho internacional, el Tribunal declaró que:

En consecuencia, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que ya no puede decirse según el derecho internacional reconocido que los llamados *acta gestionis* estén exentos de la jurisdicción interna. [...] Por lo tanto, la doctrina clásica de la inmunidad ha perdido su significado y, *ratione cessante*, ya

⁹⁴ Véanse, por ejemplo, los asuntos del «Porto Alexandre» (1920) (Reino Unido, *The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, Probate Division*, 1920, Londres, 1920, pág. 30) y del «Cristina» (1938) (*idem*, *The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases*, 1938, Londres, 1938, pág. 485); el de la Compañía Mercantil Argentina c. U.S.S.B. (1924) (*idem*, *Law Journal Reports, King's Bench*, nueva serie, vol. 93, pág. 816); el de *Baccus S.R.L. c. Servicio Nacional del Trigo* (1956) (*supra*, nota 42); el de *Berizzi Bros. Co. c. Steamship «Pesaro»* (1925) [Estados Unidos de América, *United States Reports: Cases adjudged in the Supreme Court*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1927, vol. 271, pág. 562]; el de *Estados Unidos de México et al. c. Schmuck et al.* (1943) (*Annual Digest...*, 1943-1945, Londres, 1949, asunto N.º 21, pág. 75) y el de *Isbrandtsen Tankers c. President of India* (1970) [American Society of International Law, *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. X, N.º 5, septiembre de 1971, pág. 1046].

⁹⁵ Véanse, por ejemplo, los asuntos siguientes: *Epoux Martin c. Banque d'Espagne* (1952) [*Journal du droit international* (Clunet), París, 80.º año, N.º 3, julio-septiembre de 1953, pág. 654]; *Governo francese c. Serra et al.* (1925) (*Rivista di diritto internazionale*, Roma, 1925, vol. IV, serie III, año XVII, pág. 540); *De Ritis c. Governo degli Stati Uniti d'America* (1971) (*ibid.*, Milán, 1972, vol. LV, fasc. 3, pág. 483); *Luna c. Repubblica Socialista di Romania* (1974) (*ibid.*, 1975, vol. LVIII, fasc. 3, pág. 597); y *Dhelles et Masurel c. Banque centrale de la République de Turquie* (1963) (*Journal des tribunaux belges*, 19 de enero de 1964, pág. 44).

⁹⁶ *Weekblad van het Recht*, La Haya, N.º 11088, 5 de octubre de 1923; *Nederlandse jurisprudentie*, Zwollen, 1924, página 344; *Annual Digest...*, 1923-1924, Londres, 1933, asunto N.º 69, pág. 133. Para una nota crítica de G. van Slooten, véase *Bulletin de l'Institut intermédiaire international*, La Haya, Nijthoff, 1924, vol. X, pág. 2.

no puede ser reconocida como norma de derecho internacional⁹⁷.

Sin intentar por ahora comprobar la medida o el alcance de la aplicación del principio de la inmunidad de los Estados a los diversos tipos de actividades atribuibles a Estados extranjeros, es suficiente reiterar que la práctica establecida de los Estados confirma claramente la aceptación general del principio de la inmunidad de los Estados respecto de los Estados extranjeros y de sus bienes.

86. Las respuestas recibidas de los gobiernos⁹⁸ proporcionan otros ejemplos de la práctica actual de los Estados que ratifican la aceptación general del principio de la inmunidad de los Estados. Así, en su decisión de 14 de diciembre de 1948, el Tribunal Supremo de Polonia declaró:

La cuestión de la jurisdicción de los tribunales de Polonia sobre otros Estados no puede basarse en las disposiciones de los artículos 4 y 5 del Código de Enjuiciamiento Civil de 1932; no puede considerarse a un Estado extranjero como extranjero en el sentido del artículo 4 del Código de Enjuiciamiento Civil ni de las disposiciones del artículo 6 del Código que se aplica a los representantes diplomáticos de tal Estado. [...] Al decidir sobre las cuestiones de *inmunidades de jurisdicción* con respecto a los Estados extranjeros, hay que basarse directamente en los principios generalmente reconocidos que acepta la jurisprudencia internacional, entre los que destaca el de la reciprocidad entre los Estados. El principio consiste en que un Estado deniega u otorga la inmunidad de jurisdicción a otro Estado en la misma medida en que éste otorgaría o denegaría la inmunidad del extranjero⁹⁹.

La decisión del Tribunal Supremo de Polonia de 26 de marzo de 1958 dispone que, conforme a la práctica internacional consuetudinaria, en virtud de la cual es inadmisibles citar a un Estado a comparecer ante los tribunales nacionales de otro Estado, los tribunales de Polonia, en principio, no son competentes para conocer de los asuntos contra Estados extranjeros¹⁰⁰.

87. De un modo análogo, los tribunales latinoamericanos han reafirmado el principio de la inmunidad de los Estados. Así, la Corte Suprema de Justicia de Chile, en su resolución de 3 de septiembre de 1969, sostuvo el principio de la inmunidad de los Estados al declarar que

es un principio de derecho internacional, universalmente reconocido, que las naciones soberanas ni sus gobiernos están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de otros países. Existen otras vías extrajudiciales para reclamar de aquellas na-

ciones y de sus respectivos gobiernos las prestaciones a que pudieren estar obligados y de que fueren deudores¹⁰¹.

En una decisión más reciente, de 2 de junio de 1975, dictada en el asunto *A. Senerman c. República de Cuba*, la Corte declinó la jurisdicción fundándose en que

entre los derechos fundamentales de los Estados destaca el de su igualdad y de esta igualdad deriva, a su vez, la necesidad de considerar a cada Estado exento de la jurisdicción de cualquier otro. Es en razón de la anotada característica, elevada a la categoría de principio de derecho internacional, que al regularse la actividad jurisdiccional de los distintos Estados se ha establecido como límite impuesto a ella, en relación con los sujetos, el que determina que un Estado soberano no debe ser sometido a la potestad jurisdiccional de los tribunales de otro¹⁰².

88. Los tribunales de la Argentina también aceptaron el principio de la inmunidad de los Estados. En el asunto *Baima y Bessolino c. el Gobierno de Paraguay* (1915)¹⁰³, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que un gobierno extranjero no podía ser llevado a juicio ante los tribunales de otro país sin su propio consentimiento. En otro asunto, relativo al buque *Cabo Quilates*, requisado por el Gobierno de España en la guerra civil, y afectado al servicio auxiliar de la marina para dedicarlo al servicio público, la Corte, reconociendo la inmunidad soberana del Gobierno de España, recordó que era un principio elemental de derecho internacional público y de derecho constitucional que no se podía obligar a un Estado a someterse a la jurisdicción territorial. La Corte declaró:

La sabiduría y previsión de esta norma de derecho público es incontestable. Verificar el examen de los actos del Estado soberano por los tribunales de otro y acaso declarar su invalidez mediante una sentencia contra la voluntad del primero llegaría sin duda a poner en peligro las amistosas relaciones de los gobiernos y perturbaría la paz de las naciones¹⁰⁴.

89. Aunque no se han publicado ni se conocen decisiones recientes de tribunales africanos, por el simple motivo de que no ha habido ocasión para ellas, los tribunales asiáticos han tenido oportunidades para expresar sus puntos de vista sobre el principio de la inmunidad de los Estados. Se ha tenido noticia recientemente de decisiones dictadas en los países asiáticos de habla inglesa que se ajustan a un modelo estrechamente vinculado a la evolución de la práctica angloamericana. Mientras que existe cierto paralelismo en la jurisprudencia de los países del Commonwealth, a causa de la posibilidad, en algunos casos, de apelación ante el Consejo Privado, una recopilación reciente de las decisiones de la Corte Suprema de Filipinas sobre las inmuni-

⁹⁷ *Österreichische Juristen Zeitung*, Viena, N.º 14/15, 29 de julio de 1950, asunto N.º 356, pág. 341; véase también *International Law Reports*, 1950, Londres, vol. 17, 1956, asunto N.º 41, pág. 163, y *Journal du droit international* (Clunet), París, 77.º año, N.º 1, enero-marzo de 1950, pág. 747.

⁹⁸ Véase *Anuario...*, 1979, vol. II (segunda parte), pág. 224, documento A/34/10, párr. 183.

⁹⁹ Decisión C.635/48; véase *Państwo i Prawo*, Varsovia, vol. IV, N.º 4, abril de 1949, pág. 119.

¹⁰⁰ Decisión 2 CR 172/56; véase *Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrazowych*, Varsovia, N.º 6, junio de 1959, pág. 60.

¹⁰¹ Incluido en los datos proporcionados por el Gobierno de Chile.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ Véase R. T. Méndez, E. Imaz y R. E. Rey, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Imprenta López, vol. 123, pág. 58.

¹⁰⁴ *Ibid.*, vol. 178, pág. 173. Véase también *Annual Digest...*, 1938-1940 (op. cit.), págs. 293 y 294.

dades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes¹⁰⁵ permite observar claramente la aparición de tendencias y la confirmación de una práctica que se parece mucho a la evolución producida en los Estados Unidos de América, que admite diferentes circunstancias y variaciones en el razonamiento judicial. Así, en el asunto *Larry J. Johnson c. Howard M. Turner* (1954)¹⁰⁶, la Corte sostuvo que la acción era realmente una demanda contra el Gobierno de los Estados Unidos de América que actuaba por conducto de sus agentes y que, como dicho Gobierno no había dado su consentimiento al respecto, los tribunales no eran competentes para conocer del caso. En el asunto *Donald Baer c. Hon. Tito V. Tizon et al.* (1974)¹⁰⁷, la Corte sostuvo que un gobierno extranjero que actúa por conducto de su jefe de las fuerzas navales goza de inmunidad respecto de toda demanda relativa al desempeño de una importante función pública de cualquier gobierno, a saber: la defensa y la seguridad de su base naval en Filipinas conforme a un tratado.

5. PRÁCTICA GENERAL DE LOS ESTADOS COMO PRUEBA DEL DERECHO CONSUETUDINARIO

90. El precedente análisis de la práctica judicial de los sistemas jurídicos del *common law* y de tradición romanista en el siglo XIX y de otros países en el período contemporáneo pone de manifiesto la coincidencia en la aceptación indiscutida del principio de la inmunidad de los Estados. Si bien no sería posible ni conveniente examinar la jurisprudencia actual de todos los países que pueda revelar ciertas discrepancias en la evolución histórica y en la aplicación efectiva del principio¹⁰⁸, debe observarse que, en lo que concierne a los países de los que no se conocen decisiones judiciales sobre esta materia, nada indica que el principio de la inmunidad de los Estados como principio de derecho internacional haya sido o vaya a ser rechazado. En consecuencia, está justificado concluir que no hay nada en la práctica general de los Estados, como prueba del derecho consuetudinario, que permita poner en tela de juicio que el principio de la inmunidad de los Estados está firmemente establecido como norma de derecho internacional consuetudinario. No hay ningún indi-

cio de lo contrario ni de ninguna modificación del contenido de esa norma por lo que respecta al principio básico de la inmunidad.

B.—Práctica gubernamental

1. FUNCIÓN DESEMPEÑADA POR EL PODER EJECUTIVO EN LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS

91. Los datos relativos a la práctica de los Estados en lo que respecta a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados extranjeros y de sus bienes se han obtenido principalmente de las decisiones judiciales que constituyen la doctrina jurídica o la jurisprudencia de las distintas naciones. Dado que las inmunidades o exenciones de la jurisdicción son concedidas a los Estados extranjeros por las autoridades territoriales, judiciales o administrativas, que, al proceder de este modo, han decidido no ejercer el poder que normalmente les corresponde, esas decisiones figuran más a menudo en los autos de los tribunales o en los informes oficiales de casos decididos que en los archivos o registros públicos de la policía u otras autoridades administrativas. Ahora bien, en la práctica de varios países, los órganos ejecutivos del Estado intervienen o participan activamente en el proceso de adopción de decisiones de los tribunales de justicia. Por ello, es natural que se investigue más a fondo la práctica gubernamental de los Estados para evaluar la práctica global atribuible a los Estados como prueba de una costumbre general. Esta investigación tal vez ponga de manifiesto un fenómeno interesante. No es infrecuente que, en los litigios que afectan a Estados o gobiernos extranjeros, los órganos ejecutivos de la Administración de algunos Estados desempeñen una función más o menos activa o intervengan o participen, en una u otra fase, en los procedimientos judiciales. Los organismos estatales que intervienen en el procedimiento pueden ser el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Justicia, la Oficina del Fiscal General, la Oficina del Director del Ministerio Público u otras oficinas análogas de designación equivalente o funciones comparables.

92. En algunos países, la ley no permite que se incoe un procedimiento judicial contra un soberano extranjero sin la previa autorización de un ministro del gobierno o del consejo de ministros¹⁰⁹. Este requisito de una autorización gubernamental previa es atribuible probablemente a una de las bases racionales de la inmunidad de los Estados, a saber: el hecho de que la dirección de las relaciones exteriores podría verse comprometida por la iniciación no controlada o no autorizada de procedimientos contra soberanos o Estados extranjeros. El ejercicio o la asunción de jurisdicción por parte del tribunal territorial podría también en algunos casos colocar en una situación políticamente eno-

¹⁰⁵ Incluido en los datos proporcionados por el Gobierno de Filipinas.

¹⁰⁶ Decisión del Tribunal Supremo de Filipinas N.º L-6118, de 26 de abril de 1954: véase *Philippine Reports*, Manila, Bureau of Printing, vol. 94, pág. 807.

¹⁰⁷ Decisión del Tribunal Supremo de Filipinas N.º L-24294, de 3 de mayo de 1974: véase República de Filipinas, *Official Gazette*, Manila, vol. 70, N.º 35, 2 de septiembre de 1974, págs. 7361 y ss.

¹⁰⁸ Por ejemplo, en el asunto *Secretary of State of the United States of America c. Gammon-Layton* (1970) el tribunal de apelación de Karachi desestimó una solicitud de inmunidad de un Estado extranjero y sostuvo que el artículo 86 del Código de Enjuiciamiento Civil de 1908 (Pakistán, Ministry of Law and Parliamentary Affairs, *The Pakistan Code*, Karachi, 1966, vol. V, 1908-1910, pág. 53) era aplicable a los gobernantes extranjeros y no a los Estados extranjeros como tales, y que era equivocado estimar que en la interpretación de ese artículo hubieran de seguirse los principios del derecho inglés (*All-Pakistan Legal Decisions*, Karachi, vol. XXIII, 1971, pág. 314).

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, la práctica prusiana indicada *supra*, párr. 82. La práctica de los tribunales holandeses se ha visto también influida por interposiciones intermitentes del ejecutivo, ya sea directamente o por conducto del cuerpo legislativo. Cf. el asunto *pakistaní Secretary of State of the United States of America c. Gammon-Layton* (1970) (v. *supra*, nota 108).

josa a los órganos políticos de la Administración del Estado¹¹⁰. Por consiguiente, la decisión, que a primera vista es puramente judicial, puede estar viciada o influida por consideraciones políticas emanadas de la Administración territorial o sus órganos políticos porque la cuestión tal vez tienda a perjudicar la dirección de las relaciones exteriores o el gobierno tal vez corra el riesgo de sufrir dificultades políticas en las relaciones internacionales y en la esfera política interna.

2. FORMAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS ÓRGANOS POLÍTICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

93. El poder ejecutivo puede participar o intervenir en un procedimiento promovido ante el tribunal territorial de diversos modos y en diversas fases. En primer lugar, puede hacerlo en lo que respecta a cuestiones de hecho o de situación jurídica, como la existencia de un estado de guerra o paz, la cuestión del reconocimiento de un gobierno o Estado extranjeros, la aceptación oficial del carácter representativo de una delegación o misión, el estatuto jurídico de un organismo o dependencia de la Administración de un Estado extranjero, el texto oficial de disposiciones legales o leyes de un país extranjero por las que se establezca una entidad o se cree una persona jurídica. Las verificaciones y confirmaciones de esos hechos podrían influir directamente en la cuestión de la inmunidad de los Estados, con independencia de que se mantenga o rechace en un caso determinado una pretensión de inmunidad. En la práctica de algunos países, la aceptación de una declaración de hecho de un gobierno extranjero¹¹¹ o la determinación por el poder ejecutivo de una cuestión de situación jurídica¹¹² se han considerado vinculantes para los tribunales y decisivas respecto de esos hechos y situación jurídica, aun cuando los tribunales sigan siendo

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, el asunto filipino *Baer c. Tizon* (1974) mencionado *supra*, párr. 89. Para los asuntos suscitados en los Estados Unidos de América, véase *Estados Unidos de México et al. c. Schmuck et al.* (1943) (v. *supra*, nota 94); *Ex parte Republic of Peru* [Estados Unidos de América, *United States Reports*, vol. 318, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1943, pág. 578]; el «*Beaton Park*» (1946) (*Annual Digest...*, 1946, Londres, 1951, asunto N.º 35, pág. 83); el «*Martin Behrman*» (1947) (*ibid.*, 1947, Londres, 1951, asunto N.º 26, pág. 75); e *Isbrandtsen Tankers c. President of India* (1970) (v. *supra*, nota 94).

¹¹¹ Véase, por ejemplo, el asunto *American Tobacco Co. c. the «Ioannis P. Goulandris»* (1941) [Estados Unidos de América, *Federal Supplement, District Court of New York*, Saint Paul (Minn.), West Publishing, 1942, vol. 40].

¹¹² Véase, por ejemplo, el asunto *E. W. Stone Engineering Co. c. Petróleos Mexicanos* (1945), en el que el tribunal declaró:

«La determinación por el Secretario de Estado de la condición jurídica de esas dependencias vincula a los tribunales del mismo modo que su determinación con respecto al propio gobierno extranjero.» [*Annual Digest...*, 1946 (op. cit.), asunto N.º 31, pág. 78.]

Véase también el asunto *United States c. Pink et al.* [Estados Unidos de América, *United States Reports*, vol. 315, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1942, pág. 203]. En lo que respecta a los asuntos británicos, véase, por ejemplo, *Krajina c. The Tass Agency and Another* (*supra*, nota 42); *Compañía Mercantil Argentina c. U.S.S.B.* (*supra*, nota 94) y *Baccus S.R.L. c. Servicio Nacional del Trigo* (1957) (*supra*, nota 42).

competentes para decidir respecto de las cuestiones aún por determinar. De este modo, cuando el ejecutivo ha atendido la pretensión de inmunidad, los tribunales pueden decidir si ha habido una renuncia a la inmunidad o un sometimiento a la jurisdicción por parte del gobierno extranjero¹¹³.

94. Además de la determinación de la cuestión de hecho o de situación jurídica, el poder ejecutivo puede también intervenir en calidad de *amicus curiae*, por conducto de un organismo estatal competente, como el asesor jurídico o el fiscal general, para sugerir que en un caso determinado se conceda o deniegue la inmunidad. Es una cuestión bastante controvertida la de si la autoridad judicial debe seguir necesariamente una sugerencia positiva o negativa del poder ejecutivo. El valor persuasorio de tal sugerencia dependerá mucho de la actitud que mantenga el tribunal en el momento de que se trate¹¹⁴.

95. Dado que el poder judicial suele ser, en principio y en la práctica, independiente del poder ejecutivo en lo que respecta a la potestad de juzgar, en virtud de la doctrina de la separación de poderes¹¹⁵, parece que los tribunales no están siempre obligados a seguir las indicaciones del ejecutivo en todos los casos. Si el ejecutivo sugiere que se conceda la inmunidad es probable que los tribunales así lo hagan¹¹⁶, aunque no en todos los casos concebibles¹¹⁷. No obstante, si los órganos políticos de la Administración del Estado deciden sugerir que no se justifica la inmunidad, los tribunales podrían, con todo, conceder la inmunidad jurisdiccional, no por deliberado menosprecio, sino como cuestión de principio, para afirmar su independencia constitucional de los demás poderes del Estado, cuando no su supremacía¹¹⁸.

¹¹³ Véase, por ejemplo, el asunto *Estados Unidos de México et al. c. Schmuck et al.* (1943) (v. *supra*, nota 94) y el asunto *Ulen's Co. c. Bank Gospodarstwa Krajowego* (1940) [*Annual Digest...*, 1938-1940 (op. cit.), asunto N.º 74, págs. 214 y 215].

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, el asunto *Miller et al. c. Ferrocarril del Pacífico de Nicaragua* (1941) [*Annual Digest...*, 1941-1942 (op. cit.), asunto N.º 51, pág. 191]. Véase también los asuntos *Estados Unidos de México et al. c. Schmuck et al.* (v. *supra*, nota 94) y *E. W. Stone Engineering Co. c. Petróleos Mexicanos* (v. *supra*, nota 112). Véase asimismo A. B. Lyons, «The conclusiveness of the suggestion and certificate of the American State Department», *The British Year Book of International Law*, 1947, Londres, vol. 24, pág. 116.

¹¹⁵ Véase Montesquieu, *De l'Esprit des lois*.

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, lo que declaró el Presidente del Tribunal, Stone, en el asunto *República de México et al. c. Hoffman* (1945):

«No incumbe a los tribunales negar una inmunidad que nuestro Gobierno ha estimado oportuno conceder, ni conceder una inmunidad fundándose en nuevos motivos que el Gobierno no ha estimado oportuno admitir.» [Estados Unidos de América, *United States Reports*, vol. 324, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1946, pág. 35.]

Cf. *Ex parte Republic of Peru* (v. *supra*, nota 110).

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, la carta del Secretario de Estado Lansing, de 8 de noviembre de 1918 (N.º de registro 195/229a), la negativa del Fiscal General a adoptar la sugerencia del Secretario de Estado (N.º de registro 195/230), y la carta dirigida por el Sr. Nielson al magistrado Mack, de 2 de agosto de 1921 (N.º de archivo 800).

¹¹⁸ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos se negó deliberadamente a atender la sugerencia del ejecutivo de que no

96. Las dudas manifestadas por los tribunales respecto de las «sugerencias» formuladas por el poder ejecutivo por conducto del Fiscal General u otros funcionarios que actúan siguiendo instrucciones de un órgano análogo han conducido al ejecutivo a asumir una función más destacada en el proceso de adopción de decisiones. Es cierto que los órganos ejecutivos de la Administración del Estado pueden reconocer o autorizar una pretensión de inmunidad, que los tribunales están obligados a respetar, y que todas las cuestiones relacionadas con la pretensión de inmunidad dejan de ser judiciales cuando el ejecutivo ha reconocido de manera autorizada la pretensión de inmunidad¹¹⁹. Los tribunales no siempre siguen con entusiasmo la dirección señalada por los órganos políticos de la Administración¹²⁰. De este modo, cuando surja la necesidad, el ejecutivo puede siempre recurrir a un medio más radical para garantizar su función preeminente en esta materia determinada. El ejecutivo puede hacer una declaración de política general sobre la aplicación del principio de la inmunidad de los Estados, por ejemplo, imponiendo algunas restricciones o limitaciones¹²¹. Puede también aconsejar al Estado que pase a ser parte en una convención internacional o regional sobre inmunidades de los Estados, lo que obligaría a las autoridades judiciales a observar las nuevas tendencias¹²². Puede también adoptar o promover la adopción de disposiciones legales que se ajusten en mayor grado a la dirección general en que considera que el derecho internacional debería desarrollarse progresivamente¹²³.

97. Los órganos políticos de la Administración estatal pueden ciertamente desempeñar un papel más o menos significativo en la formación de la práctica de un Estado determinado con respecto a la concesión de inmunidades jurisdiccionales a Estados extranjeros. Por otra parte, el poder ejecutivo del Estado es el que adopta la decisión de si, en un caso determinado que afecte al Estado mismo, a su gobierno, a uno de sus organismos o dependencias o a sus bienes, hará valer una pretensión de inmunidad, inclusive el momento y la forma en que se haga valer tal pretensión. La pretensión de inmunidad estatal se formula a menudo por medio de los agentes diplomáticos o consulares acreditados ante el Estado territorial en el que se ha entablado un procedimiento judicial que afecta al Estado extranjero¹²⁴. También es posible en algunas jurisdicciones hacer valer esas pretensiones por conducto diplomático y, en último término, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado territorial¹²⁵.

3. INFLUENCIA DE LA PRÁCTICA GUBERNAMENTAL

98. La participación de los órganos políticos de la Administración del Estado puede adoptar muchas formas diferentes al comunicar sus criterios o asegurar su observancia y, a veces, al hacer valer su función rectora en materias que afecten a la dirección de las relaciones exteriores, como son inevitablemente los procedimientos judiciales contra Estados extranjeros que puedan ocasionar dificultades políticas. Las opiniones del gobierno expresadas por conducto de los órganos políticos de la Administración son sumamente pertinentes y denotan las tendencias generales de la práctica del Estado. Mientras que la evolución jurídica en la esfera de la formulación judicial del derecho puede ser lenta y poco sujeta a cambios radicales, la orientación adoptada por el gobierno puede ser decisiva para lograr una evolución jurídica conveniente mediante la afirmación enérgica de sus posiciones, por conducto del legislativo o

se concediera la inmunidad a los buques utilizados por un gobierno extranjero en operaciones comerciales. Cf. la actitud del Departamento de Justicia, según se refleja en la carta del Sr. McGregor de 25 de noviembre de 1918 (N.º de registro 190/230 del Fiscal General).

¹¹⁹ Véanse, por ejemplo, los asuntos Estados Unidos de México *et al. c. Schmuck et al.* (*supra*, nota 94) y *Ex parte Republic of Peru* (*supra*, nota 110).

¹²⁰ Véase, por ejemplo, el asunto República de México *et al. c. Hoffman* (*supra*, nota 116). Véase también Lyons, *loc. cit.* Cf. la función desempeñada por los diversos Secretarios de Estado del Reino Unido en relación con las cuestiones de la condición jurídica de soberanos extranjeros: véanse, por ejemplo, los asuntos Duff Development Co. Ltd. *c. Government of Kelantan and another* (v. *supra*, nota 38 *in fine*) y Kahan *c. Pakistan Federation* (*ibid.*, nota 34 *in fine*).

¹²¹ Véase, por ejemplo, una carta de 19 de mayo de 1952 en la que J. B. Tate, Asesor Jurídico interino del Departamento de Estado de los Estados Unidos, declaró:

«En lo sucesivo, la política del Departamento será seguir la teoría restrictiva de la inmunidad soberana al considerar las peticiones de inmunidad soberana hechas por gobiernos extranjeros.» [Estados Unidos de América, *Department of State Bulletin*, Washington (D. C.), vol. XXVI, N.º 678 (23 de junio de 1952), pág. 985.]

Véase también W. W. Bishop, Jr., «New United States policy limiting sovereign immunity», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 47, N.º 1, enero de 1953, págs. 93 y ss.

¹²² Por ejemplo, la Convención europea sobre inmunidad de los Estados de 1972; véase Consejo de Europa, *Rapports explicatifs concernant la Convention européenne sur l'immunité des Etats et le protocole additionnel*, Estrasburgo, 1972. Véase también I. M. Sinclair, «The European Convention on State Immunity», *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 22, abril de 1973, segunda parte, págs. 254 y ss.

¹²³ Véase, por ejemplo, la ley de los Estados Unidos *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* (*supra*, nota 33). Véase

T. Atkeson, S. Perkins y M. Wyatt, «H. R. 11315 — The Revised State-Justice bill on foreign sovereignty immunity: time for action», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 70, N.º 2, abril de 1976, págs. 298 y ss. Véase también la ley británica *State Immunity Act 1978* (*supra*, nota 33), que entró en vigor para el Reino Unido el 22 de noviembre de 1978, con anterioridad a la ratificación por ese país de la Convención europea de 1972.

¹²⁴ Véanse, por ejemplo, los asuntos *Krajina c. The Tass Agency and Another* (*supra*, nota 42), *Compañía Mercantil Argentina c. U.S.S.B.* (*supra*, nota 94), *Baccus S.R.L. c. Servicio Nacional del Trigo* (*supra*, nota 42), así como *Civil Air Transport Inc. c. Central Air Transport Corp.* (1953) (Reino Unido, *The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases*, Londres, 1953, pág. 70) y *Juan Ysmal and Co. c. Government of the Republic of Indonesia* (1954) (*idem*, *The Weekly Law Reports 1954, House of Lords*, Londres, 1954, vol. 3, pág. 531).

¹²⁵ Véase, por ejemplo, el asunto *Isbrandtsen Tankers c. President of India* (v. *supra*, nota 94), en que el Departamento de Estado presentó por escrito una sugerencia sobre la concesión de inmunidad. Cf. el asunto *Comisaría General de Abastecimientos y Transportes c. Victory Transport Inc.* (1965) [Estados Unidos de América, *Federal Reporter*, Saint Paul (Minn.), West Publishing, 1965, 2.ª serie, vol. 336, pág. 354].

por medio de la aceptación oficial de los principios contenidos en una convención internacional. A la inversa, el gobierno es claramente responsable de su decisión de hacer valer una pretensión de inmunidad estatal con respecto a sí mismo o sus bienes, de acceder al ejercicio de la jurisdicción por el tribunal de otro Estado o de renunciar a su inmunidad soberana en un caso determinado. Es innegable que el gobierno puede ejercer una influencia considerable sobre la evolución jurídica en esta esfera, tanto en su calidad de otorgante como de receptor de inmunidad, en la práctica de los Estados. Como se verá en los párrafos siguientes en relación con las legislaciones nacionales y las convenciones internacionales, la actuación del poder ejecutivo al presentar proyectos de ley sobre inmunidad de los Estados¹²⁶, su función en lo tocante a la aprobación de esos proyectos de ley en el Parlamento¹²⁷ y su decisión de comprometer la responsabilidad del gobierno al firmar y ratificar una convención internacional sobre esta materia¹²⁸ reflejan claramente su esencial contribución al desarrollo progresivo de la práctica de los Estados y, en último término, de los principios de derecho internacional que rigen la inmunidad de los Estados.

C.—Legislación nacional

99. Como se ha visto, el principio de la inmunidad de los Estados fue reconocido por primera vez en decisiones judiciales de tribunales nacionales. La práctica de los Estados ha sido establecida y observada predominantemente por los tribunales, aunque su ulterior desarrollo ha recibido cierto impulso de los órganos estatales que ejercen la función ejecutiva. La contribución directa del poder legislativo a la evolución jurídica en esta esfera ha sido relativamente reciente. Sin embargo, no hay que subestimar el hecho de que la legislación nacional constituye un importante elemento en el concepto general de la práctica de los Estados. Constituye, evidentemente, un útil instrumento para medir el alcance y obtener una indicación decisiva acerca del contenido sustantivo de la ley y también de la práctica real de los Estados.

1. LEYES ESPECIALES SOBRE INMUNIDAD DE LOS ESTADOS

100. Un ejemplo de ley que se ocupa directamente del tema objeto de examen es la *Foreign Sovereign Immu-*

¹²⁶ Véase, por ejemplo, Atkeson, Perkins y Wyatt, *loc. cit.* Véase también Estados Unidos de América, *94th Congress, 2nd session, Senate Reports, vol. 1-11*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1976, Report N.º 94-1310; esta ley (H. R. 11315) entró en vigor en los Estados Unidos el 19 de enero de 1977.

¹²⁷ Véase, por ejemplo, la ley británica mencionada en la nota 33 *supra*.

¹²⁸ Véase, por ejemplo, la Convención europea sobre inmunidad de los Estados de 1972 (v. *supra*, nota 33, *in fine*), que está en vigor entre Austria, Bélgica, Chipre y el Reino Unido. La República Federal de Alemania, Luxemburgo, los Países Bajos y Suiza han firmado la Convención. El Protocolo Adicional todavía no ha entrado en vigor.

nities Act of 1976 de los Estados Unidos de América. El artículo 1604 de esta Ley ratifica el principio de la inmunidad soberana o inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero, a la que éste puede acogerse. Dicho artículo dispone:

Sin perjuicio de los acuerdos internacionales vigentes en los que los Estados Unidos sean parte en el momento de la promulgación de la presente Ley, los Estados extranjeros gozarán de inmunidad de la jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos y de los Estados de la Unión, salvo lo dispuesto en los artículos 1605 a 1607 del presente capítulo¹²⁹.

101. Una ley todavía más reciente sobre esta materia es la *State Immunity Act 1978*. El artículo 1, titulado «Inmunidad de jurisdicción», dispone:

1. 1) Los Estados gozarán de inmunidad de la jurisdicción de los tribunales del Reino Unido salvo lo dispuesto en los artículos siguientes de esta parte de la presente Ley.

2) Los tribunales aplicarán la inmunidad conferida por este artículo, aunque el Estado no comparezca en el procedimiento de que se trate¹³⁰.

102. El Reino Unido, tras adoptar la Ley de Inmunidades de los Estados, de 1978, procedió a ratificar la Convención europea sobre inmunidad de los Estados, de 1972, que había firmado anteriormente. Otros países que han ratificado la Convención también han hecho las declaraciones oportunas o promulgado leyes para dar efectividad a las disposiciones de la Convención. Por ejemplo, Austria, signataria de la Convención, ha adoptado las siguientes disposiciones legislativas:

a) Declaración de Austria hecha de conformidad con el párrafo 2 del artículo 28 de la Convención europea¹³¹;

b) Ley federal de 3 de mayo de 1974, relativa al ejercicio de la jurisdicción de conformidad con el artículo 21 de la Convención¹³²;

c) Declaración de la República de Austria hecha de conformidad con el párrafo 4 del artículo 21 de la Convención¹³³.

¹²⁹ Estados Unidos de América, *United States Statutes at Large, 1976*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1978, vol. 90, segunda parte, Public Law 94-583, págs. 2891 y 2892; *idem*, *United States Code, 1976 Edition (op. cit.)*, cap. 97, art. 1604.

¹³⁰ Para la referencia, véase *supra*, nota 33.

¹³¹ «La República de Austria, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 28 de la Convención europea sobre inmunidad de los Estados, declara que sus Estados constitutivos Burgenland, Carintia, Baja Austria, Alta Austria, Salzburgo, Estiria, Tirol, Vorarlberg y Viena pueden invocar las disposiciones de la Convención europea sobre inmunidad de los Estados aplicables a los Estados contratantes y tienen las mismas obligaciones.» (Austria, *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, Viena, N.º 128, 18 de agosto de 1976, documento N.º 432, pág. 1840.)

¹³² *Ibid.*, documento N.º 433, pág. 1840.

¹³³ *Ibid.*, N.º 47, 5 de mayo de 1977, documento N.º 173, pág. 711.

103. Bélgica es otro país que ha adoptado disposiciones legislativas análogas para facilitar la aplicación de las disposiciones de la Convención europea¹³⁴.

2. LEYES GENERALES SOBRE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES

104. Además de las leyes especiales sobre inmunidad de los Estados, existen diversos instrumentos legislativos o leyes fundamentales que contienen disposiciones que regulan en general cuestiones de jurisdicción o competencia de los tribunales, o reglamentos generales relativos a las acciones ejercitadas contra Estados extranjeros. Un ejemplo típico es la disposición del artículo 61 de la ley soviética titulada «Fundamentos de procedimiento civil de la Unión Soviética y las Repúblicas de la Unión, 1961», que dice así:

Acciones contra Estados extranjeros: inmunidad diplomática

Sólo se autorizará la incoación de una acción contra un Estado extranjero, la liquidación de una acción pendiente contra él y el aseguramiento de los bienes de ese Estado situados en la URSS con el consentimiento de los órganos competentes del Estado interesado¹³⁵.

105. La ley soviética que confirma los principios de la inmunidad de los Estados, de la inmunidad diplomática y del consentimiento introduce en el párrafo 3 del mismo artículo una importante condición basada en la reciprocidad en la práctica con la posibilidad de recurrir a contramedidas con carácter de retorsión¹³⁶.

106. Como se ha señalado anteriormente, el principio de la inmunidad del Estado se ha establecido en varios países como consecuencia de la interpretación o la aplicación judicial de disposiciones legales, como la aplicación restrictiva del artículo 14 del Código civil francés¹³⁷ o los artículos 52 y 54 del Código civil belga¹³⁸, que se traducen en el no ejercicio de la jurisdicción territorial.

107. Por otra parte, las leyes pertinentes de muchos países contienen disposiciones que exoneran a algunas

categorías de personas privilegiadas, como los soberanos extranjeros¹³⁹, los extranjeros de rango¹⁴⁰, o los gobernantes de Estados extranjeros¹⁴¹.

3. LEYES SOBRE ASPECTOS PARTICULARES DE LA INMUNIDAD DE LOS ESTADOS

108. Sin entrar por ahora en los detalles de los aspectos particulares de la inmunidad de los Estados o de la inmunidad concedida respecto de ciertos tipos de bienes que son propiedad o se encuentran en posesión, bajo el control o al servicio de un Estado extranjero, como aeronaves y buques, es interesante señalar que en algunos países se han promulgado leyes que se refieren explícitamente a determinados aspectos especiales de la inmunidad de los Estados. La *Public Vessels Act* de los Estados Unidos, de 1925¹⁴², puede citarse como ejemplo de ese tipo de legislación con disposiciones sobre los buques utilizados únicamente como buques mercantes. Debe también mencionarse que en 1938 trece Estados habían depositado sus instrumentos de ratificación de la Convención internacional de Bruselas de 1926 para la unificación de ciertas normas relativas a la inmunidad de los buques pertenecientes a Estados y su Protocolo Adicional de 1934¹⁴³ y que muchos países han

¹³⁹ Véase, por ejemplo, el requisito de autorización gubernamental previa para incoar un procedimiento judicial contra príncipes extranjeros, exigido por la legislación prusiana, mencionada *supra*, párr. 82.

¹⁴⁰ Véase, por ejemplo, el Real Decreto de los Países Bajos de 29 de mayo de 1917 (Reino de los Países Bajos, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, N.º 146, 6 de junio de 1917, La Haya) y la práctica de los Países Bajos mencionada *supra*, párr. 84.

¹⁴¹ Véase, por ejemplo, la sección 86 del Código de Enjuiciamiento Civil del Pakistán, que afirma la inmunidad de los gobernantes extranjeros distinguiéndolos de los Estados extranjeros (v. *supra*, nota 108).

¹⁴² Estados Unidos de América, *The Statutes at Large of the United States of America from December, 1923, to March, 1925*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1925, vol. 43, 1.ª parte, cap. 428, arts. 1, 3 y 5, págs. 1112 y 1113; *idem*, *United States Code Annotated, Title 46, Shipping, Sections 721 to 1100*, Saint Paul (Minn.), West Publishing, 1975, arts. 781 a 799; véase también el artículo 9 de la *United States Shipping Act of 1916* [*idem*, *The Statutes at Large... from December, 1915, to March, 1917*, vol. 39, 1.ª parte, cap. 451, págs. 728, 730 y 731], citada por Hackworth, *op. cit.*, vol. II, pág. 431; este texto dispone que los buques comprados o fletados o arrendados a la United States Shipping Board, mientras se utilicen exclusivamente como buques mercantes, «estarán sujetos a todas las leyes, reglamentos y obligaciones que rigen los buques mercantes». Esta disposición debe leerse a su vez en relación con el artículo 7 de la *Suits in Admiralty Act of 1920* [Estados Unidos de América, *The Statutes at Large... from May, 1919, to March, 1921*, vol. 41, cap. 95, págs. 525 y 527; *idem*, *United States Code Annotated... (op. cit.)*, arts. 741 a 752] y *Special Instruction, Consular N.º 722, 21 May 1920, U.S. Department of State file 195/283*; y la pregunta formulada por el Embajador del Reino Unido acerca de la interpretación del artículo 7 (N.º de registro 195/482) y la respuesta correspondiente (N.º de registro 195/503); Hackworth, *op. cit.*, vol. II, págs. 434 y 441. Véase también la carta dirigida por Gregory el 25 de noviembre de 1918 (N.º de registro 195/230 del Fiscal General) por la que se niega a adoptar la sugerencia del Secretario de Estado Lansing (N.º de registro 195/229a) (*ibid.*, pág. 430).

¹⁴³ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXXVI, págs. 199 y 214. Véase Hackworth, *op. cit.*, vol. II, pág. 465.

¹³⁴ Véase, por ejemplo, la declaración de Bélgica: «De conformidad con el artículo 21, el Gobierno de Bélgica designa el tribunal de primera instancia como competente para determinar si el Estado belga debe ejecutar un fallo extranjero.»

¹³⁵ Ley de 8 de diciembre de 1961 (*Sbornik zakonov SSSR i ukazov Prezidiuma Verjovnogo Soveta SSSR 1938-1975*, Moscú, Izvestia Sovetov Deputatov Trudiaschchikhsia SSSR, 1976, vol. 4, pág. 53).

¹³⁶ Ese párrafo dispone:

«Cuando un Estado extranjero no otorgue al Estado soviético, a sus representantes o a sus bienes la misma inmunidad judicial que, conforme al presente artículo, se otorga a los Estados extranjeros, sus representantes o sus bienes en la URSS, el Consejo de Ministros de la URSS u otro órgano autorizado podrá imponer medidas de retorsión respecto de ese Estado, sus representantes o los bienes de ese Estado.» (*Ibid.*, pág. 53 y 54.)

¹³⁷ Véase, por ejemplo, el asunto *Blanchet c. République d'Haïti*, mencionado *supra*, párr. 78.

¹³⁸ Véase, por ejemplo, el asunto *Société générale pour favoriser l'industrie nationale c. Syndicat d'amortissement, Gouvernement des Pays-Bas et Gouvernement belge*, mencionado *supra*, párr. 80.

adoptado desde entonces leyes nacionales para aplicar las disposiciones de la Convención¹⁴⁴. El Reino Unido figura entre los últimos países que han promulgado leyes sobre esta materia¹⁴⁵.

109. Varios países, a raíz de la ratificación o aceptación de diversas convenciones internacionales, como las relativas al derecho del mar o a las relaciones diplomáticas o consulares, o de su adhesión a las mismas, han adoptado otras leyes que, como se verá, han permitido a los Estados cumplir las obligaciones que les incumben conforme a las convenciones que han firmado y ratificado o que han aceptado de otro modo¹⁴⁶.

D.—Convenciones internacionales

110. Como se indicaba en el informe preliminar sobre este tema¹⁴⁷, las convenciones internacionales desempeñan un papel decisivo en las últimas fases de la evolución jurídica internacional en materia de inmunidades jurisdiccionales a los Estados, así como en otras esferas del derecho internacional. Sin entrar a analizar el contenido sustantivo de cada convención que pueda guardar una relación más o menos directa con el principio de la inmunidad de los Estados, bastará con mencionar la celebración y la orientación general de esas convenciones y, en los casos en que contengan disposiciones concretas que sean pertinentes, con citarlas *in extenso*, sin más comentarios.

1. CONVENCIONES SOBRE LA INMUNIDAD DE LOS ESTADOS

111. Dado que en la actualidad no existen convenciones generales de carácter universal que conciernan directamente a las inmunidades de los Estados y que la finalidad del presente estudio es contribuir a la adopción de un instrumento internacional de esta índole, quizás esté justificado dedicar una atención particular a las convenciones de un alcance más restringido en lo que respecta a su aplicación geográfica y al número de partes en ellas. A este respecto, la Convención europea sobre inmunidad de los Estados, de 1972, guarda relación directa con el aspecto aquí considerado. El último artículo del capítulo I, «Inmunidad de jurisdicción», enuncia la siguiente disposición:

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo, la ley sueca de aplicación de la Convención internacional de 1926 (v. *supra*, nota 143) tal como se aplicó en el asunto del «Rigmor» (1942) [*The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 37, N.º 1, enero de 1943, pág. 141, y *Annual Digest...*, 1941-1942 (*op. cit.*), asunto N.º 63, pág. 240]. Cf. los asuntos noruegos; por ejemplo, el del «Frederikstad» (*Norsk Retstidende*, 1949, Oslo, 114.º año, pág. 881, e *International Law Reports*, 1950, Londres, 1956, asunto N.º 42, pág. 167).

¹⁴⁵ Reino Unido, *International Convention for the Unification of certain Rules concerning the Immunity of State-owned Ships* (Brussels, 10 April 1926, with Supplementary Protocol, Brussels, 24 May 1934), Cmnd. 7800, Londres, H.M. Stationery Office, 1980. La Convención entró en vigor el 3 de enero de 1980.

¹⁴⁶ Véase a continuación, secc. D.

¹⁴⁷ *Anuario...* 1979, vol. II (primera parte), págs. 242 y 243, documento A/CN.4/323, párrs. 39 a 43.

Artículo 15

Todo Estado contratante tendrá derecho a inmunidad de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado contratante si el procedimiento no está comprendido en los artículos 1 a 14; el tribunal declinará su competencia en tales procedimientos, aun en caso de incomparecencia del Estado¹⁴⁸.

2. CONVENCIONES INTERNACIONALES PERTINENTES CON RESPECTO A CIERTOS ASPECTOS DE LA INMUNIDAD DE LOS ESTADOS

112. La práctica convencional seguida actualmente por los Estados pone de manifiesto la aplicación de disposiciones de varias convenciones de carácter universal relativas a ciertos aspectos especiales de la inmunidad de los Estados. Se han señalado los siguientes instrumentos:

a) Las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar, de 1958, en particular la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua¹⁴⁹ y la Convención sobre la alta mar¹⁵⁰, que contienen disposiciones que confirman el principio de la inmunidad de los Estados con respecto a los buques de guerra y a los buques pertenecientes al Estado y destinados a un servicio oficial y no comercial en determinadas circunstancias;

b) La Convención de Viena de 1961¹⁵¹, que respalda el principio de la inmunidad de los Estados respecto de los bienes de Estado utilizados en relación con las misiones diplomáticas;

c) La Convención de Viena de 1963¹⁵², que también contiene disposiciones equivalentes que abarcan en parte las inmunidades de los bienes de Estado utilizados en relación con las misiones consulares;

d) La Convención sobre las misiones especiales (1969)¹⁵³, que también trata en parte algunos aspectos de la inmunidad de los Estados respecto de los bienes utilizados en relación con las misiones especiales;

e) La Convención de Viena de 1975¹⁵⁴, que contiene disposiciones por las que se reconoce la inmunidad de los bienes de Estado utilizados en relación con los locales, oficinas o misiones de los representantes de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales cuya sede se encuentra en el territorio de un país huésped.

3. CONVENCIONES REGIONALES

113. Además de los acuerdos bilaterales que han desempeñado una función importante en el desarrollo de

¹⁴⁸ Véase Consejo de Europa, *Rapports explicatifs...* (*op. cit.*), págs. 55 (artículo) y 22 (comentario). Véase también *supra*, notas 122 y 128.

¹⁴⁹ Véase *supra*, nota 57 (art. 22).

¹⁵⁰ Véase *supra*, nota 57.

¹⁵¹ Véase *supra*, nota 21 (art. 22, sobre la inviolabilidad de los locales; art. 24, sobre los archivos y documentos; art. 27, sobre las comunicaciones).

¹⁵² Véase *supra*, nota 48.

¹⁵³ Véase *supra*, nota 49.

¹⁵⁴ Véase *supra*, nota 50 (arts. 54, 56 y 58).

la práctica convencional de algunos Estados en ciertos sectores especializados, están actualmente en vigor, sobre todo en Europa, la Convención internacional para la unificación de ciertas normas relativas a las inmunities de los buques pertenecientes a Estados, de 1926, y su Protocolo Adicional, de 1934¹⁵⁵. La Convención es importante como testimonio vivo del reconocimiento convencional del principio de la inmunidad de los Estados respecto de los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y destinados exclusivamente a un servicio oficial y no comercial¹⁵⁶.

E.—Decisiones judiciales internacionales

114. Mientras que en el ámbito jurídico interno abundan las decisiones que denotan una aceptación general del principio de la inmunidad del Estado en la práctica de los Estados, en el ámbito internacional el silencio de los órganos jurisdiccionales, tanto en el caso del arbitraje como en el del arreglo judicial, parece ser total. Esta extraña falta de declaración judicial internacional no es prueba de que el principio no esté sujeto al derecho internacional, como tampoco puede deducirse tal conclusión del hecho de que las inmunities diplomáticas y consulares incorporadas en las Convenciones de Viena de 1961 y de 1963¹⁵⁷ no hayan recibido hasta este año, en el asunto entre los Estados Unidos de América y el Irán¹⁵⁸, confirmación judicial internacional.

F.—Opiniones de los tratadistas

115. Los publicistas del siglo XIX generalmente apoyaron en sus escritos, casi sin reservas ni salvedades de ningún tipo, el principio de la inmunidad de los Estados. Entre los primeros autores que expusieron una doctrina de la inmunidad de los Estados se puede citar a Gabba¹⁵⁹, Lawrence¹⁶⁰, Bluntschli¹⁶¹, Chrétien¹⁶² y

los tratadistas mencionados por De Paepe¹⁶³. Entre los publicistas posteriores que presentan una teoría igualmente estricta de la inmunidad de los Estados figuran Nys¹⁶⁴, De Louter¹⁶⁵, Kohler¹⁶⁶, Westlake¹⁶⁷, Cobbett¹⁶⁸, Van Praag¹⁶⁹, Anzilotti¹⁷⁰, Provinciali¹⁷¹, Fitzmaurice¹⁷² y Beckett¹⁷³.

116. Con todo, otra teoría de la inmunidad de los Estados obtuvo ya desde el principio cierta aceptación en los escritos de los publicistas de la primera época, como Heffter¹⁷⁴, Gianzana¹⁷⁵, Rolin¹⁷⁶, Laurent¹⁷⁷, Da-

¹⁶¹ J. G. Bluntschli, *Le droit international codifié*, París, Alcan, 1895, art. 139, pág. 124.

¹⁶² A. Chrétien, *Principes de droit international public*, París, Chevalier-Marescq, 1893, pág. 247.

¹⁶³ P. de Paepe, «De la compétence civile à l'égard des Etats étrangers et de leurs agents politiques, diplomatiques ou consulaires», *Journal du droit international privé* (Clunet), París, t. XXII, N.º I-II, 1895, pág. 31.

¹⁶⁴ E. Nys, *Le droit international*, Bruselas, Weissenbruch, 1912, t. I, vol. II, págs. 340 y ss.

¹⁶⁵ J. de Louter, *Het Stellig Volkenrecht*, La Haya, Nijhoff, 1910, primera parte, págs. 246 y 247.

¹⁶⁶ J. Kohler, «Klage und Vollstreckung gegen einen fremden Staat», *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, 1910, t. IV, págs. 309 y ss.; véase también P. Laband, «Rechtsgutachten im Hellfeldfall» (*ibid.*, págs. 334 y ss.).

¹⁶⁷ J. Westlake, *A Treatise on Private International Law*, 6.ª ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1922, seccs. 190 a 192, págs. 256 y ss.

¹⁶⁸ P. Cobbett, *Cases on International Law*, 6.ª ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1947, vol. I, págs. 102 a 104.

¹⁶⁹ L. van Praag, *Jurisdiction et droit international public*, La Haya, Belinfante, 1915, y «La question de l'immunité de juridiction des Etats étrangers et celle de la possibilité de l'exécution des jugements qui les condamnent», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, vol. XV, N.º 4, 1934, pág. 652, e *ibid.*, vol. XVI, N.º 1, 1935, págs. 100 y ss. (en especial págs. 116 y ss.).

¹⁷⁰ D. Anzilotti, «L'esonzione degli stranieri della giurisdizione», *Rivista di diritto internazionale*, Roma, vol. V, 1910, págs. 477 y ss.

¹⁷¹ R. Provinciali, *L'immunità giurisdizionale degli stati stranieri*, Padua, Milán, 1933, págs. 81 y ss.

¹⁷² G. Fitzmaurice, «State immunity from proceedings in foreign courts», *The British Year Book of International Law*, 1933, Londres, vol. 14, págs. 101 y ss.

¹⁷³ Véase, en el *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1952-I, Basilea, vol. 44, pág. 54, la observación de Beckett:

«El grado de inmunidad de los Estados otorgado por los tribunales ingleses es en la actualidad algo más amplio de lo que exige el principio de derecho internacional, y quizá más amplio de lo que sería conveniente.»

Para un análisis de la doctrina antes de 1928, véase C. Fairman, «Some disputed applications of the principle of State immunity», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 22, N.º 3, julio de 1928, págs. 566 y ss.

¹⁷⁴ A. W. Heffter, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen*, 7.ª ed., Berlín, Schroeder, 1881, pág. 118; traducción francesa de J. Bergson: *Le droit international de l'Europe*, 4.ª ed., Berlín, Müller, 1883.

¹⁷⁵ S. Gianzana, *Lo straniero nel diritto civile italiano*, Turín, Unione tipografico-editrice torinese, 1884, t. I, pág. 81.

¹⁷⁶ A. Rolin, *Principes de droit international privé*, París, Chevalier-Marescq, 1897, t. I, págs. 212 y 213.

¹⁷⁷ F. Laurent, *Le droit civil international*, Bruselas, Bruylant-Christophe, 1881, t. III, pág. 44.

¹⁵⁵ Véase *supra*, nota 143. Véase también J. W. Garner, «Legal status of Government ships employed in commerce», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 20, N.º 4, octubre de 1926, pág. 759.

¹⁵⁶ Véase el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención:

«Las disposiciones de los dos artículos precedentes no serán aplicables a los buques de guerra, yates de Estado, buques de vigilancia, buques hospitales, buques auxiliares, buques de aprovisionamiento y otras embarcaciones pertenecientes a un Estado o explotados por él y destinados exclusivamente, en el momento del nacimiento del crédito, a un servicio oficial y no comercial, y esos buques no estarán sujetos a embargo, aseguramiento o detención por ningún medio legal ni ningún procedimiento judicial *in rem*.» (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXXVI, pág. 206.)

¹⁵⁷ Véase *supra*, notas 21 y 48.

¹⁵⁸ Véase *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, Arrêt: C.I.J. Recueil 1980*, pág. 3.

¹⁵⁹ C.-F. Gabba, «De la compétence des tribunaux à l'égard des souverains et des Etats étrangers», *Journal du droit international privé* (Clunet), París, t. XV, N.º III-IV, 1888, pág. 180; e *ibid.*, t. XVII, N.º I-II, 1890, pág. 27.

¹⁶⁰ W. B. Lawrence, *Commentaire sur les éléments du droit international et sur l'histoire des progrès du droit des gens*, de Henry Wheaton, Leipzig, Brockhaus, 1873, t. 3, pág. 420.

lloz¹⁷⁸, Spée¹⁷⁹, Von Bar¹⁸⁰, Fauchille¹⁸¹, Pradier-Fodéré¹⁸², Weiss¹⁸³, De Lapradelle¹⁸⁴, Audinet¹⁸⁵ y Fiore¹⁸⁶. Esta concepción de la inmunidad de los Estados halló expresión en la resolución del Institut de Droit International en 1891¹⁸⁷.

117. La doctrina contemporánea se inclina a favor de un principio menos incondicional de la inmunidad de los Estados¹⁸⁸. Algunos publicistas han llegado al extremo de negar el sólido fundamento de la inmunidad de los Estados en el derecho internacional, aunque consideran que emana de la noción de «dignidad», que no puede mantenerse como base racional de la inmunidad¹⁸⁹.

118. Una opinión de la que puede afirmarse que constituye una exposición exacta y lúcida del principio de la inmunidad de los Estados es probablemente la expresada por el juez Hackworth en los siguientes términos:

El principio de que, por regla general, cada Estado soberano ejerce su supremacía en el ámbito de su propio territorio y de que su jurisdicción se extiende a todas las personas y cosas que se encuentran en ese territorio está sujeto, en determinadas circunstancias, a ciertas excepciones en favor especialmente de soberanos extranjeros amigos, de sus representantes diplomá-

¹⁷⁸ De Paeppe, *loc. cit.*

¹⁷⁹ G. Spée, «De la compétence des tribunaux nationaux à l'égard des gouvernements et des souverains étrangers», *Journal du droit international privé* (Clunet), París, t. III, N.º IX-X (septiembre-octubre de 1876), págs. 329 y ss.

¹⁸⁰ L. von Bar, «De la compétence des tribunaux allemands pour connaître des actions intentées contre les gouvernements et les souverains étrangers» [*ibid.*, t. XII, N.º XI-XII (noviembre-diciembre de 1885), pág. 645]; *Das internationale Privat- und Strafrecht*, Hannóver, Hahn, 1862, vol. II, págs. 412 y 502; *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Hannóver, Hahn, 1889, vol. II, págs. 660 y ss.

¹⁸¹ H. Bonfils, *Manuel de droit international public*, 7.ª ed., rev. por P. Fauchille, París, Rousseau, 1914, pág. 169, N.º 270.

¹⁸² P. Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public*, París, Durand et Pedone-Lauriel, 1887, t. III, asunto N.º 1589, pág. 514.

¹⁸³ A. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, París, Sirey, 1913, t. V, págs. 94 y ss.

¹⁸⁴ A. de Lapradelle, «La saisie des fonds russes à Berlin», *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, París, t. 6, 1910, págs. 75 y ss. y 779 y ss.

¹⁸⁵ E. Audinet, «L'incompétence des tribunaux français à l'égard des Etats étrangers et la succession du Duc de Brunswick», *Revue générale de droit international public*, París, t. II, 1895, pág. 385.

¹⁸⁶ P. Fiore, *Nouveau droit international public*, París, Durand et Pedone-Lauriel, t. 1, asunto N.º 514, págs. 449 y ss.

¹⁸⁷ *Annuaire de l'Institut de droit international, 1891-1892*, Bruselas, vol. 11, 1892, págs. 436 y ss.

¹⁸⁸ Véase, por ejemplo, P. B. Carter, «Immunity of foreign sovereigns from jurisdiction: two recent decisions», *International Law Quarterly*, Londres, vol. 3, N.º 1, enero de 1950, págs. 78 y ss., e *ibid.*, N.º 3, julio de 1950, págs. 410 y ss.; véase en la nota 173 *supra* la observación de Beckett. Véase asimismo W. H. Reeves, «Good fences and good neighbors: Restraints on immunity of sovereigns», *American Bar Association Journal*, Chicago (Ill.), vol. 44, N.º 6, junio de 1958, págs. 521 a 524 y 591 a 593.

¹⁸⁹ Véase, por ejemplo, H. Lauterpacht, «The problem of jurisdictional immunities of foreign States», *The British Year Book of International Law* 1951, Londres, vol. 28, 1952, págs. 220 y ss. (en especial págs. 226 a 236).

ticos acreditados [...] y de sus buques públicos y bienes públicos en posesión del Estado y destinados a su servicio. Estas exenciones de la jurisdicción territorial se basan teóricamente en el *consentimiento* *, expreso o tácito, del Estado del territorio, en el principio de la *igualdad de los Estados* * ante el derecho internacional y en la necesidad de someterse a la jurisdicción territorial en estos aspectos como elemento indispensable del mantenimiento de relaciones de amistad entre los miembros de la familia de las naciones. Si bien es cierto que a veces se ha dicho que están basadas en la cortesía internacional o *comitas gentium*, y bien que indudablemente se derivan de ella, ahora puede afirmarse que se basan en la costumbre y los usos generalmente aceptados, es decir, en el derecho internacional¹⁹⁰.

II.—Bases racionales de la inmunidad de los Estados

119. El precedente análisis de la evolución histórica y jurídica del principio de la inmunidad de los Estados parece aportar pruebas suficientes del sólido fundamento del principio como norma general de derecho internacional. Las bases racionales de la inmunidad de los Estados pueden exponerse de muchas maneras diferentes, algunas de las cuales son más convincentes que otras.

A.—Los principios de la soberanía, la independencia, la igualdad y la dignidad de los Estados

120. Los argumentos más convincentes en apoyo del principio de la inmunidad de los Estados se encuentran en el derecho internacional según se desprende de los usos y la práctica de los Estados, expresados en términos de soberanía, independencia, igualdad y dignidad de los Estados. Todas estas nociones parecen fusionarse y constituir conjuntamente una base jurídica internacional firme de la inmunidad soberana. La inmunidad de los Estados se deriva de la soberanía. Entre dos sujetos iguales, ninguno de ellos puede ejercer una voluntad o potestad soberana sobre el otro: *par in parem imperium non habet*¹⁹¹.

B.—Explicación histórica: analogía con los soberanos nacionales

121. Otra explicación racional se basa en la evolución histórica de la analogía con las inmunidades del soberano de la nación¹⁹². Esto es peculiar de los países de

* Subrayado por el Relator Especial.

¹⁹⁰ Hackworth, *op. cit.*, vol. II, cap. VII, pág. 393, párr. 169. Cf. lo declarado por el juez Marshall en el asunto *The schooner «Exchange» c. McFaddon and others* (v. *supra*, párr. 75).

¹⁹¹ Véanse *supra* (párr. 75) los términos empleados por el juez Marshall en el asunto *The schooner «Exchange» c. McFaddon and others*; cf. Hackworth (*supra*, párr. 118). Véase también el asunto del «Parlement belge» y el análisis de Brett (*supra*, párr. 69), así como el asunto *Gouvernement espagnol c. Ca-saux* (*supra*, nota 81).

¹⁹² Véase *supra* (párr. 68) la declaración del juez Campbell en el asunto *De Haber c. Queen of Portugal*:

«Presentar en un tribunal nacional una demanda contra un soberano extranjero en su condición de tal es contrario al derecho de las naciones y constituye un insulto por el que podrá sentirse agraviado.»

common law y a veces se expresa en la afirmación de que los Estados de una unión federal, que conservan atributos de soberanía, gozan de inmunidad respecto de toda acción judicial. Una entidad que es la fuente del derecho no puede ser demandada ante sus propios tribunales¹⁹³. Esto también está destinado a asegurar unas relaciones armónicas entre la unión federal y sus Estados miembros.

C.—Pertinencia de las inmunidades diplomáticas

122. Si se conceden inmunidades a los embajadores y agentes diplomáticos conforme al derecho internacional en su calidad de representantes de Estados extranjeros o de soberanos extranjeros, con mayor motivo los Estados o los soberanos a los que representaban deben tener derecho a un trato favorable no inferior. Las inmunidades pertenecen a una clase de trato favorable. Puede decirse que las inmunidades diplomáticas constituyen una razón más en favor de las inmunidades de los Estados. Es cierto que, en la práctica de los Estados, las inmunidades de los embajadores adquirieron raigambre antes que las de los Estados y que las inmunidades diplomáticas tienen un fundamento funcional; con todo, ambos conceptos no dejan de estar relacionados. La inmunidad diplomática no se concede en beneficio del individuo, sino en beneficio del Estado a cuyo servicio aquél se encuentra. No hay inmunidad si el diplomático deja de representar a un Estado soberano¹⁹⁴.

D.—Reciprocidad, *comitas gentium*, cortesía internacional o situación política enojosa en las relaciones internacionales

123. A veces se aduce la oportunidad política o la consideración por unas buenas relaciones internacionales como razón subsidiaria o complementaria en favor del reconocimiento de la inmunidad del Estado. La reciprocidad de trato, la *comitas gentium* y la cortesía internacional son nociones íntimamente relacionadas entre sí que contribuyen hasta cierto punto a afianzar aún más la base de la inmunidad de los Estados. De ese modo, en el asunto *The schooner Exchange c. McFaddon and others*, el juez Marshall invocó la idea de «beneficio mutuo derivado del fomento de las relaciones y el intercambio de los buenos oficios que la

humanidad dicta»¹⁹⁵, mientras que el juez Brett, en el asunto del «*Parlement belge*», se refirió a la inmunidad del Estado como una «consecuencia de la independencia absoluta de toda autoridad soberana y de la cortesía internacional que induce a cada Estado soberano a respetar la independencia y dignidad de cada uno de los demás Estados soberanos»¹⁹⁶.

124. La noción de *comitas gentium* lleva estrechamente aparejada la regla subordinada según la cual, en la dirección de las relaciones internacionales, los tribunales de justicia deben abstenerse de fallar o ejercer su jurisdicción de modo que pueda colocar a los órganos políticos del Estado en una situación enojosa, especialmente en sectores que es preferible reservar para las negociaciones políticas¹⁹⁷. Evitar una situación política enojosa en las relaciones internacionales o la perturbación de la paz internacional proporciona claramente otro motivo a los tribunales para no ejercer la jurisdicción en determinadas circunstancias, especialmente en los casos en que ha habido una sugerencia o una indicación de otro departamento de la Administración del Estado¹⁹⁸.

E.—Otras consideraciones

125. Las necesidades funcionales han proporcionado un sólido fundamento a las inmunidades de los embajadores y de la persona de los soberanos. Llevan implícita su propia limitación en el sentido de que el criterio funcional interviene para limitar el alcance de las inmunidades soberanas o diplomáticas en su carácter representativo y no para servir de justificación racional de la inmunidad de los Estados. Las necesidades funcionales no proporcionan de por sí ninguna base jurídica a la inmunidad de los Estados.

126. A veces se han aducido las dificultades o la imposibilidad de ejecución de los fallos dictados contra Estados extranjeros como un argumento para que el Estado territorial se abstenga de ejercer su jurisdic-

¹⁹³ Véase *supra*, párr. 75.

¹⁹⁶ Reino Unido, *The Law Reports, Probate Division (op. cit.)*, 1880, vol. V, pág. 217. En el asunto *De Decker c. République fédérale des Etats-Unis d'Amérique* el Tribunal de Apelación de Leopoldville se refirió a la inmunidad de que gozan los Estados extranjeros de conformidad con la tradición internacional, «fundada en una noción de cortesía hacia la soberanía extranjera, que es indispensable para un buen entendimiento entre los países, y unánimemente aceptada» [*Pasicrisie belge (op. cit.)*, 144.º año, N.º 2, febrero de 1957, segunda parte, pág. 56]. Véase también *International Law Reports 1956*, Londres, 1960, pág. 209.

¹⁹⁷ Véanse, por ejemplo, el asunto *República de México et al. c. Hoffman (supra)*, nota 116) y las declaraciones de los magistrados Frankfurter, Black y Stone [*Annual Digest...*, 1943-1945 (*op. cit.*), asunto N.º 39, pág. 143]. Véanse también los asuntos *United States c. Lee* (Estados Unidos de América, *United States Reports*, vol. 106, Nueva York, Banks Law Publishing, 1911, pág. 196) y *Ex parte Republic of Peru (supra)*, nota 110).

¹⁹⁸ Véase, por ejemplo, el asunto *Baima y Bessolino c. el Gobierno de Paraguay (supra)*, párr. 88) y el del «Cabo Quilates» (*ibid.*), en el que el Tribunal declaró:

«Verificar el examen de los actos del Estado soberano por los tribunales de otro Estado [...] llegaría sin duda a poner en peligro las amistosas relaciones de los gobiernos y perturbaría la paz de las naciones.»

¹⁹³ Véanse, por ejemplo, los asuntos *Principality of Monaco c. Mississippi (supra)*, nota 39) y *Kawanakoa c. Polyblank (supra)*, nota 41).

¹⁹⁴ Véase, por ejemplo, el asunto *Dessus c. Ricoy* (1907), en el que el tribunal declaró:

«[...] dado que la inmunidad de los agentes diplomáticos no es personal, sino que constituye un atributo y una garantía del Estado al que representan [...], la renuncia del agente es nula, sobre todo cuando no presenta en apoyo de esa renuncia ninguna autorización dimanante de su gobierno» [*Journal du droit international privé* (Clunet), París, 34.º año, 1907, págs. 1086 y 1087].

Véase también el asunto *Laperdrix et Penquer c. Kouzouboff et Belin* [*Journal du droit international* (Clunet), París, 53.º año, enero-febrero de 1926, págs. 64 y 65; *Annual Digest... 1925-1926*, Londres, 1929, asunto N.º 241, pág. 319].

ción¹⁹⁹. Parece más acertado el criterio de que la validez de un fallo no depende de la posibilidad o probabilidad de su ejecución.

TEXTO DEL ARTÍCULO 6

127. Sin referirse a la inmunidad respecto de los distintos tipos y clases de bienes de Estado ni definir el

¹⁹⁹ Véase, por ejemplo, el asunto Tilkens (1903), en el que el Tribunal observó que una competencia que se tradujera en fallos sin fuerza ejecutiva, en un mandamiento sin sanción, en requerimientos sin fuerza coercitiva no estaría en consonancia con la dignidad del Poder Judicial [*Pasicrisie belge (op. cit.)*, 1903, segunda parte, pág. 180].

modo en que deba o pueda suscitarse la cuestión de la inmunidad de los Estados, el principio de la inmunidad del Estado, en la forma en que se ha analizado con referencia a su evolución histórica y jurídica, podría enunciarse de la manera siguiente:

Artículo 6.—Principio de la inmunidad del Estado

1. Todo Estado extranjero gozará de inmunidad de la jurisdicción del Estado territorial conforme a lo dispuesto en los presentes artículos.

2. Las autoridades judiciales y administrativas del Estado territorial harán efectiva la inmunidad del Estado reconocida en los presentes artículos.

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

[Tema 6 del Programa]

DOCUMENTO A/CN.4/335

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

[Original: inglés]
[1.º de julio de 1980]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Abreviaturas</i>	243
<i>Nota</i>	243
<i>Sección</i>	<i>Párrafos</i>
I. Introducción	1-6 244
II. Antecedentes históricos del examen del tema	7-16 244
III. Fuentes del derecho internacional en la materia	17-34 247
IV. Forma del trabajo	35-38 251
V. Alcance y contenido de la labor	39-54 252
VI. Estructura del trabajo	55-60 255
VII. Conclusión	61-62 257

ABREVIATURAS

CDI	Comisión de Derecho Internacional
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
OUA	Organización de la Unidad Africana

NOTA

El texto de los siguientes instrumentos, que se citan en el presente documento, figura en las fuentes que se dan a continuación:

Convención sobre las misiones especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Resolución 2530 (XXIV) de la Asamblea General, anexo.
Convención de Viena sobre relaciones consulares (Viena, 24 de abril de 1963) Denominada en adelante «Convención de Viena de 1963»	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 596, pág. 392.
Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961) Denominada en adelante «Convención de Viena de 1961»	<i>Ibid.</i> , vol. 500, pág. 162.
Convención de Viena sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales de carácter universal (Viena, 14 de marzo de 1975) Denominada en adelante «Convención de Viena de 1975»	<i>Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales</i> , vol. II, <i>Documentos de la Conferencia</i> (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.75.V.12), pág. 205.

I.—Introducción

1. El presente informe preliminar se presenta a la CDI en su 32.º período de sesiones en cumplimiento de la recomendación hecha por la Asamblea General en el apartado f del párrafo 4 de su resolución 34/141, de 17 de diciembre de 1979, aprobada por consenso por recomendación de la Sexta Comisión. En ese apartado, la Asamblea General recomendó que la Comisión de Derecho Internacional

Continúe su labor sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, teniendo en cuenta los comentarios presentados por escrito por los gobiernos y las observaciones expresadas sobre el tema en los debates celebrados en la Asamblea General, con miras a la posible elaboración de un instrumento jurídico adecuado.

2. El Relator Especial ha estimado necesario incluir al comienzo de este informe preliminar una reseña de la historia del examen del tema por la CDI, así como de las medidas pertinentes tomadas por la Asamblea General a partir de su vigésimo noveno período de sesiones, celebrado en 1974. Las decisiones y recomendaciones adoptadas desde entonces por la Asamblea General, junto con las decisiones de la Comisión que siguieron a los resultados de la labor realizada por tres sucesivos Grupos de Trabajo establecidos en relación con este tema, sobre la base de las observaciones presentadas por escrito o formuladas oralmente en la Asamblea General por los gobiernos de los Estados Miembros, han establecido los cimientos sobre los cuales el Relator Especial y la Comisión deben tratar de edificar con miras al desarrollo progresivo y la codificación del derecho relativo al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático.

3. Una vez expuestas las diversas etapas del trabajo cumplido hasta ahora sobre el tema, en este informe preliminar se exponen, en forma resumida, algunos de los aspectos sobresalientes de la labor que queda por realizar en la materia. Se destaca, en particular, el método y la forma del trabajo, así como el alcance, contenido y estructura del proyecto de artículos que la CDI debe preparar. El propósito de ello es facilitar el debate sobre las importantes cuestiones en que el Relator Especial desea recibir orientaciones de la Comisión antes de pasar a la presentación de proyectos de artículo, a fin de contribuir más eficazmente al cumplimiento oportuno del mandato de la CDI en relación con el desarrollo progresivo y la codificación de las normas sobre este aspecto concreto de las relaciones diplomáticas.

4. Como el presente informe es de carácter preliminar, el Relator Especial no ha incluido en él un examen detallado de las fuentes pertinentes que en esta materia ofrecen la práctica de los Estados y la doctrina jurídica. Esas fuentes serán examinadas más adelante, cuando proceda, en los comentarios a los proyectos de artículo que el Relator Especial se propone presentar a la Comisión en su próximo informe sobre el tema. No obstante, el Relator Especial ha estimado que quizá sea

oportuno indicar en este informe cuáles son las fuentes disponibles sobre el tema que se examina que podría utilizar en su futura labor.

5. Un examen general de las fuentes permite señalar ya que, como se desprende de la labor de los Grupos de Trabajo y del estudio realizado hasta ahora por el Relator Especial, la mayoría de las cuestiones no están incluidas en las convenciones en vigor ni han sido objeto de reglamentaciones legales específicas. Esto no significa en modo alguno que el tema carezca de la madurez necesaria para su codificación y desarrollo progresivo. Las lagunas que existen en las normas de derecho internacional respecto del estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática bastan para justificar la necesidad de formular ya reglas específicas sobre el tema. Al mismo tiempo, la circunstancia de que el derecho internacional actual no se haya desarrollado suficientemente todavía respecto de esas cuestiones en la práctica de los Estados exige prudencia y flexibilidad en la labor de desarrollo progresivo y codificación en esta esfera.

6. Teniendo presente lo indicado anteriormente, hay que subrayar que los principios generales de derecho internacional en que ha de basarse el futuro proyecto de artículos están bien sentados. Son, en particular, los de libertad de comunicación para todos los fines oficiales, no discriminación y respeto a las leyes y reglamentos del Estado receptor. Sobre la base de esos principios podría ser útil determinar, en esta etapa de la labor, algunos de los principales problemas sustanciales antes de pasar a la preparación de proyectos de artículo. Con ese fin, conviene hacer notar el grado de distinción entre las convenciones existentes y el alcance de la analogía con las normas vigentes en la esfera del derecho diplomático, para determinar con claridad cuáles son las nuevas reglas que pueden recogerse en un instrumento jurídico internacional «que constituiría un desarrollo y concreción de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961», como pidió la Asamblea General en su resolución 31/76, de 13 de diciembre de 1976.

II.—Antecedentes históricos del examen del tema

7. La CDI comenzó su examen del tema relativo al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático en su 29.º período de sesiones, celebrado en 1977, de conformidad con la resolución 31/76 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1976. La Asamblea, habiendo examinado en su trigésimo primer período de sesiones (1976) el tema titulado «Cumplimiento por los Estados de las disposiciones de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961», aprobó, por recomendación de su Sexta Comisión¹, la resolución 31/76 sobre los medios de velar por el cumplimiento de la Convención de Viena de 1961. En el preámbulo de dicha resolución se reconoce «la conveniencia de

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos, tema 112 del programa, documento A/31/403, párr. 4.*

estudiar la cuestión del estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático», y en los párrafos 3 a 6 se dispone lo siguiente:

3. *Invita* a los Estados Miembros a presentar o complementar sus comentarios y observaciones sobre las formas y medios de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 y sobre la conveniencia de elaborar disposiciones relativas al estatuto del correo diplomático, de conformidad con el párrafo 4 de la resolución 3501 (XXX) de la Asamblea General, prestando asimismo la debida atención a la cuestión del estatuto de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático;

4. *Pide* a la Comisión de Derecho Internacional que, en el momento oportuno y a la luz de la información que figura en el informe del Secretario General sobre el cumplimiento por los Estados de las disposiciones de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 y demás información que sobre este tema se reciba de los Estados Miembros por conducto del Secretario General, estudie propuestas acerca de la elaboración de un protocolo relativo al estatuto del correo diplomático y la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, cosa que constituiría un desarrollo y concreción de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961;

5. *Pide* al Secretario General que presente a la Asamblea General en su trigésimo tercer período de sesiones un informe analítico sobre las formas y medios de velar por el cumplimiento de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, basándose en los comentarios y observaciones que sobre este tema se reciban de los Estados Miembros, habida cuenta de los resultados del estudio que haga la Comisión de Derecho Internacional de las propuestas acerca de la elaboración del protocolo antes mencionado, si se dispone de esos resultados;

6. *Decide* incluir en el programa provisional de su trigésimo tercer período de sesiones el tema titulado «Cumplimiento por los Estados de las disposiciones de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961: informe del Secretario General».

8. El examen por la Asamblea General de la cuestión del cumplimiento por los Estados de las disposiciones de la Convención de Viena de 1961 tuvo su origen en una carta, de 11 de noviembre de 1974, dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de la URSS, en el cual el Gobierno soviético solicitaba la inclusión en el programa del vigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea de un tema titulado «Cumplimiento por los Estados de las disposiciones de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 y medidas para aumentar el número de las partes en ella». El tema fue incluido en el programa de ese período de sesiones de la Asamblea General y asignado a la Sexta Comisión, pero su examen se aplazó hasta el trigésimo período de sesiones de la Asamblea General por falta de tiempo².

9. En 1975, la Asamblea General incluyó el tema en el programa de su trigésimo período de sesiones y lo asignó nuevamente a la Sexta Comisión. Esta examinó el tema y adoptó un proyecto de resolución que la

Asamblea aprobó el 15 de diciembre de 1975 como resolución 3501 (XXX). En el párrafo 4 de esa resolución, la Asamblea General

Invita a los Estados Miembros a presentar al Secretario General sus comentarios y observaciones sobre las formas y medios de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Convención de Viena sobre las relaciones diplomáticas de 1961 y sobre la conveniencia de elaborar disposiciones relativas al estatuto del correo diplomático.

Además, en el párrafo 5 de la misma resolución se pidió al Secretario General que presentara a la Asamblea General, en su trigésimo primer período de sesiones, un informe sobre los comentarios y observaciones de los Estados Miembros³.

10. En cumplimiento de la petición formulada por la Asamblea General en el párrafo 4 de su resolución 31/76⁴, la CDI incluyó en el programa de su 29.º período de sesiones, celebrado en 1977, el tema titulado «Propuestas de elaboración de un protocolo relativo al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático» y estableció un Grupo de Trabajo presidido por el Sr. Abdullah El-Erian para determinar el modo más adecuado de abordar el tema. El Grupo de Trabajo llegó a una serie de conclusiones que la Comisión aprobó ulteriormente⁵. En esas conclusiones, el Grupo de Trabajo recomendó a la Comisión, entre otras cosas, que emprendiese el estudio del tema en su período de sesiones de 1978 para que el Secretario General pudiera tener en cuenta los resultados de dicho estudio en el informe que debía presentar a la Asamblea General en su trigésimo tercer período de sesiones, y que dicho estudio se realizara sin reducir el tiempo asignado al examen de los temas a los que se había dado prioridad.

11. En su 30.º período de sesiones (1978), la CDI estableció de nuevo un Grupo de Trabajo sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, integrado por los mismos miembros que en el 29.º período de sesiones y presidido también por el Sr. El-Erian. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí tres documentos de trabajo⁶ que, junto con los demás documentos pertinentes, le sirvieron de base para estudiar las propuestas sobre la elaboración de un protocolo relativo al correo diplomático y la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático. El Grupo de Trabajo partió de la posición básica de que en los últimos años habían evolucionado considerablemente diversos aspectos de la cuestión, como se reflejaba en las tres convenciones multilaterales aprobadas con posterioridad a la Convención de Viena de 1961 —a saber: la Convención

³ Informe distribuido con la signatura A/31/145 y Add.1.

⁴ Véase *supra*, párr. 7.

⁵ Véase *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 126, documento A/32/10, párrs. 83 y 84.

⁶ El primero contenía, en un anexo, las observaciones recibidas de los Estados Miembros desde 1977 sobre la elaboración de un protocolo relativo al estatuto del correo diplomático y la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático. Para una descripción del contenido de los documentos del trabajo, véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 135 y 136, documento A/33/10, párr. 141.

² *Ibid.*, vigésimo noveno período de sesiones, *Anexos*, tema 112 del programa, documento A/9951.

de Viena de 1963, la Convención sobre las misiones especiales y la Convención de Viena de 1975— y, por consiguiente, las disposiciones pertinentes que pudieran figurar en esas «convenciones existentes» deberían servir de base para cualquier nuevo estudio de la cuestión. El Grupo de Trabajo estableció una primera lista en la que identificó provisionalmente diversas cuestiones que examinó una por una para determinar si estaban reguladas adecuadamente por alguna de las cuatro convenciones y qué otros documentos era oportuno considerar comprendidos en cada una de esas cuestiones. El Grupo de Trabajo presentó a la Comisión un informe en el que incluyó la lista provisional de cuestiones⁷. La Comisión aprobó el resultado del estudio realizado por el Grupo de Trabajo y lo presentó a la Asamblea General en su trigésimo tercer período de sesiones, celebrado en 1978⁸. La Comisión señaló al Secretario General los párrafos pertinentes de su informe a fin de que pudiera tenerlos en cuenta en el informe analítico cuya preparación le había pedido la Asamblea General en el párrafo 5 de su resolución 31/76⁹.

12. La Asamblea General, en su trigésimo tercer período de sesiones, examinó los resultados de la labor de la Comisión en relación con dos temas diferentes, a saber: «Cumplimiento por los Estados de las disposiciones de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961: informe del Secretario General»¹⁰ (tema 116) e «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 30.º período de sesiones» (tema 114), que fueron asignados ambos a la Sexta Comisión. Por recomendación de esa Comisión, la Asamblea aprobó las resoluciones 33/139 y 33/140, de 19 de diciembre de 1978, referentes a los temas 114 y 116, respectivamente. En el párrafo 5 de la sección I de la resolución 33/139, la Asamblea recomendó que la CDI continuara el estudio, con inclusión de las cuestiones que ya había identificado, relativo al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, a la luz de las observaciones formuladas durante el debate sobre este tema en la Sexta Comisión en el trigésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General y de los comentarios que presentarían los Estados Miembros, con miras a la posible elaboración de un instrumento jurídico adecuado. Invitación también a todos los Estados a que presentasen por escrito sus comentarios sobre el estudio preliminar realizado por la Comisión acerca del tema para su inclusión en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 31.º período de sesiones. En el párrafo 3 de su resolución 33/140, la Asamblea tomó nota de la invitación hecha en el párrafo 5 de la sección I de la resolución 33/139 y señaló que, al responder a tal petición, los Estados podrían incluir también comentarios y observaciones sobre el cumplimiento de las disposiciones de la Convención de Viena sobre relaciones diplomá-

ticas para su presentación a la Asamblea en un futuro período de sesiones.

13. La Asamblea General, en uno de los párrafos del preámbulo de la resolución 33/140,

[Toma] nota con satisfacción del estudio realizado por la Comisión de Derecho Internacional de las propuestas acerca de la elaboración de un protocolo relativo al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, que constituiría un nuevo elemento del derecho diplomático internacional,

y, en el párrafo 5,

Decide que la Asamblea General examine nuevamente esa cuestión, y expresa su opinión de que, a menos que los Estados Miembros indiquen la conveniencia de una más pronta consideración, sería apropiado hacerlo cuando la Comisión de Derecho Internacional presente a la Asamblea los resultados de su labor sobre la posible elaboración de un instrumento jurídico apropiado relativo al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático.

14. En su 31.º período de sesiones, celebrado en 1979, la CDI estableció nuevamente un Grupo de Trabajo sobre el tema, presidido por el actual Relator Especial. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí las observaciones formuladas por los Estados conforme al párrafo 5 de la sección I de la resolución 33/139 y al párrafo 3 de la resolución 33/140 de la Asamblea General¹¹ y un documento de trabajo preparado por la Secretaría que contenía un resumen analítico de las opiniones generales de los gobiernos acerca de la elaboración de un protocolo sobre este tema, así como observaciones y comentarios de los gobiernos, y las observaciones de la propia Comisión, sobre determinadas cuestiones relativas a «posibles elementos de un protocolo»¹².

Sobre la base de esos documentos y demás elementos pertinentes, el Grupo de Trabajo estudió los problemas concernientes al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático y presentó un informe a la Comisión sobre los resultados de su labor. En ese informe figuraban, entre otras cosas, resúmenes de las observaciones y propuestas que sobre determinadas cuestiones habían formulado los gobiernos desde 1976, agrupados, junto con las observaciones de la propia Comisión, en relación con cada una de las cuestiones que la Comisión había identificado provisionalmente en 1978. Se recogían también algunas otras cuestiones que el Grupo de Trabajo había examinado en el período de sesiones de 1979 de la Comisión y cuyo estudio había estimado necesario¹³. Los resultados del estudio del Grupo de Trabajo sobre el tema se incluyeron en el informe de la Comisión a la Asamblea General en su trigésimo cuarto período de se-

⁷ Véase *infra*, párr. 47.

⁸ Véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 135 y ss., documento A/33/10, párrs. 136 a 144.

⁹ Véase *supra*, párr. 7.

¹⁰ A/33/224.

¹¹ A/CN.4/321 y Add.1 a 4. Las observaciones recibidas posteriormente se reprodujeron en los documentos A/CN.4/321 y Add.6 y 7. El documento A/CN.4/321 y Add.1 a 7 figura en *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 219.

¹² *Ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 204, documento A/34/10, nota 789; y págs. 205 y ss., documento A/34/10, cap. VI, seccs. B y C.

¹³ Véase *infra*, párr. 47.

siones¹⁴. La Comisión señaló que un breve examen de esos resultados demostraba que hay muchas cuestiones sobre las que no se encuentra disposición alguna de las cuatro convenciones existentes y otras varias cuestiones que, si bien son objeto de algunas disposiciones en las convenciones existentes, deberían estudiarse más a fondo en vista del carácter general de esas disposiciones. Habida cuenta de tales consideraciones, la Comisión llegó a las siguientes conclusiones respecto de la labor que se debía realizar en lo futuro sobre el tema:

1) La Secretaría debería seguir preparando un informe general complementario, siguiendo el modelo del último documento de trabajo [¹⁵], en que se analicen las observaciones escritas que se reciban, así como las opiniones que expongan los gobiernos en el trigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General.

2) La Comisión debería nombrar un relator especial sobre la cuestión del estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, al que se confiaría la preparación de una serie de proyectos de artículos para un instrumento jurídico adecuado¹⁶.

15. En su 1580.^a sesión, celebrada el 31 de julio de 1979, la CDI designó al actual Relator Especial para el tema y le encomendó la preparación de un proyecto de artículos para un instrumento jurídico adecuado¹⁷.

16. En el trigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, celebrado en 1979, los representantes formularon observaciones acerca de la labor realizada por la Comisión de Derecho Internacional sobre este tema durante el examen de su informe por la Sexta Comisión¹⁸. Los puntos de vista expresados por los gobiernos se han analizado de manera sistemática en el «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates realizados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante el trigésimo cuarto período de sesiones»¹⁹ y se han incluido, en la forma apropiada, en el documento de trabajo²⁰ preparado también por la Secretaría en cumplimiento de la decisión de la Comisión citada *supra*²¹. Por recomendación de la Sexta Comisión, la Asamblea General aprobó la resolución 34/141, de 17 de diciembre de 1979, cuyo párrafo 4, apartado f, se ha citado *supra*²².

III.—Fuentes del derecho internacional en la materia

17. El proceso de codificación de las normas de derecho internacional existentes sobre el estatuto del correo

diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático y la búsqueda de las normas en evolución más específicas sobre la materia deben basarse en una evaluación de la práctica pertinente de los Estados, tal como se desprende de las disposiciones de los tratados, sean multilaterales o bilaterales, las leyes y los reglamentos nacionales, la correspondencia diplomática, las comunicaciones o declaraciones oficiales y las decisiones judiciales nacionales. También hay que tener en cuenta la doctrina jurídica existente en esta materia, en particular los escritos de los publicistas y los proyectos privados de codificación.

18. Aunque el examen detallado de los documentos pertinentes se hará en los comentarios a los proyectos de artículo que el Relator Especial se propone presentar en el futuro, parece aconsejable, por el momento, precisar las diferentes fuentes y su posible utilización en la labor ulterior que se ha de realizar. Esa descripción de las fuentes puede ofrecer también la oportunidad de exponer sugerencias complementarias que amplíen el ámbito de la investigación emprendida.

19. Un estudio general inicial de las fuentes pertinentes indica que la especificación de los principios básicos de derecho internacional en que se inspira la labor de desarrollo progresivo y de codificación del estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático reviste sobre todo un carácter convencional. El principio fundamental de la libertad de comunicación para todos los fines oficiales, de importancia capital en esa labor, ha sido explícitamente reconocido en las cuatro convenciones de codificación relativas a esta materia²³, aunque otras formas de práctica de los Estados, así como la literatura jurídica, han contribuido también a su cristalización. Sin embargo, escasean las fuentes de derecho internacional, en particular la práctica judicial internacional, cuando se trata de mayor desarrollo y especificación de las disposiciones básicas contenidas en las convenciones existentes por lo que respecta al estatuto del correo diplomático y la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático. Esto puede explicarse por la delicada índole de las cuestiones de que se trata, por el carácter peculiar que les da su aspecto confidencial, así como por otras consideraciones de orden práctico.

20. Sea como fuere, en la labor de la CDI sobre esta materia debe tenerse en cuenta, ante todo y sobre todo, la práctica de los Estados tal como se refleja en las disposiciones de los tratados. Estas se encuentran, en particular, en: a) convenciones de codificación concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas; b) tratados multilaterales distintos de las convenciones de codificación de las Naciones Unidas; c) tratados bilaterales concertados entre Estados sobre relaciones diplomáticas y consulares, y d) tratados bilaterales concertados entre un Estado y una organización internacional.

21. Las convenciones de codificación concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas que tratan de esta cuestión son las tres convenciones aprobadas en Viena en 1961, 1963 y 1975 y la Convención sobre las mi-

¹⁴ *Anuario...* 1979, vol. II (segunda parte), págs. 205 y ss., documento A/34/10, cap. VI, seccs. B a D.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 204, documento A/34/10, nota 789.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 221, documento A/34/10, párr. 164.

¹⁷ *Ibid.*, págs. 221, 228 y 229, párrs. 165, 197 y 204.

¹⁸ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, sesiones 38.^a a 52.^a, 59.^a y 60.^a; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección.

¹⁹ Véase A/CN.4/L.311, cap. II, secc. F.

²⁰ A/CN.4/WP.5.

²¹ Véase párr. 14.

²² Véase párr. 1.

²³ Véase *supra*, párr. 11.

siones especiales²⁴. Concretamente, las disposiciones en que se recoge el principio de la libertad de comunicación para todos los fines oficiales en esas Convenciones son las siguientes: artículo 27 de la Convención de Viena de 1961; artículo 35 de la Convención de Viena de 1963; artículo 28 de la Convención sobre las misiones especiales; y artículos 27 y 57 de la Convención de Viena de 1975. Hay que hacer referencia también al artículo 72 de la última Convención que hace extensiva a las delegaciones de observadores la aplicación del artículo 57 de la Convención. Además, las cuatro convenciones contienen disposiciones relativas al tránsito por el territorio de un tercer Estado: artículo 40 de la Convención de Viena de 1961; artículo 54 de la Convención de Viena de 1963; artículo 42 de la Convención sobre las misiones especiales, y artículo 81 de la Convención de Viena de 1975. Como el texto de esos artículos ya se ha reproducido en varios documentos de la Comisión relativos a esta materia, el Relator Especial no estima necesario hacerlo de nuevo en este informe preliminar.

22. Conviene mencionar asimismo a este respecto el artículo 58 de la Convención de Viena de 1963, en el que figuran disposiciones generales relativas a las facilidades, los privilegios y las inmunidades de los funcionarios consulares honorarios y de las oficinas consulares dirigidas por los mismos, que hace extensiva a dichos funcionarios y oficinas la aplicación del artículo 35 y del párrafo 3 del artículo 54 de la Convención. Además, el párrafo 4 del artículo 58 dispone específicamente que:

El intercambio de valijas consulares entre dos oficinas consulares situadas en diferentes Estados y dirigidas por funcionarios consulares honorarios no se admitirá sino en el consentimiento de los dos Estados receptores.

23. Por lo que se refiere a los tratados multilaterales distintos de las convenciones de codificación de las Naciones Unidas, cabe mencionar en particular la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas²⁵ y la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados²⁶, aprobadas por la Asamblea General en 1946 y 1947, respectivamente. El artículo III de la Convención de 1946 y el artículo IV de la Convención de 1947 prevén facilidades respecto de las comunicaciones; el artículo IV de la Convención de 1946 (secc. 11) y el artículo V de la Convención de 1947 (secc. 13) reconocen a los representantes de los Estados Miembros «el derecho de usar claves y recibir documentos y correspondencia por estafeta y valija sellada».

24. Debe hacerse referencia también a la Convención sobre funcionarios diplomáticos aprobada en La Habana en la Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en 1928²⁷, cuyos artículos 14 y 15 disponen lo siguiente:

²⁴ *Idem.*

²⁵ Resolución 22 A (I) de la Asamblea General, anexo.

²⁶ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 33, pág. 329.

²⁷ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLV, pág. 268.

Artículo 14

Los funcionarios diplomáticos serán inviolables en su persona, residencia particular u oficial y bienes. Esta inviolabilidad se extiende:

[...]

d) a los papeles, archivos y correspondencia de la misión.

Artículo 15

Los Estados deberán otorgar a los funcionarios diplomáticos toda clase de facilidades para el ejercicio de sus funciones, y especialmente para que puedan comunicarse libremente con sus gobiernos.

25. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva, se pueden indicar otros tratados multilaterales en los que se reconoce de modo análogo el principio de la libertad de comunicación; por ejemplo, el Acuerdo general sobre privilegios e inmunidades del Consejo de Europa, firmado en París el 2 de septiembre de 1949²⁸, el Acuerdo sobre el estatuto de los representantes nacionales y del personal internacional de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, firmado en Ottawa el 20 de septiembre de 1951²⁹, la Convención sobre la capacidad jurídica, los privilegios e inmunidades del Consejo de Asistencia Económica Mutua, firmado en Sofía el 14 de diciembre de 1959³⁰, la Convención general sobre los privilegios e inmunidades de la OUA, aprobada en Accra el 25 de octubre de 1965³¹, y otros instrumentos internacionales análogos. En los tratados mencionados más arriba se reproduce, *mutatis mutandis*, la disposición de las Convenciones sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas y de los organismos especializados citada *supra*³².

26. En lo concerniente a los tratados bilaterales concertados entre Estados sobre *relaciones diplomáticas*, la práctica de los Estados se pone de manifiesto sobre todo mediante los canjes de notas que constituyen acuerdos, principalmente de índole administrativa; por ejemplo, «para el intercambio de correspondencia oficial por correo aéreo» (Brasil y Venezuela, 1946)³³, «la transmisión por correo de correspondencia diplomática» (Noruega y el Reino Unido, 1946 y 1947)³⁴, «el intercambio de correspondencia diplomática por correo aéreo en valijas diplomáticas especiales» (Ecuador y Brasil, 1946 y 1947)³⁵, «el intercambio de correspondencia oficial en valijas diplomáticas» (Brasil y Argentina, 1961)³⁶, «el intercambio por correo, sin pago previo de franquicia, de valijas diplomáticas que contengan co-

²⁸ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 250, pág. 13.

²⁹ *Ibid.*, vol. 200, pág. 3.

³⁰ *Ibid.*, vol. 368, pág. 237.

³¹ L. B. Sohn, ed., *Basic Documents of African Regional Organizations*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana Publications, 1971, vol. I, pág. 117.

³² Véase *supra*, párr. 23.

³³ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 65, págs. 110 y 111.

³⁴ *Ibid.*, vol. 11, págs. 192 a 194.

³⁵ *Ibid.*, vol. 72, págs. 28 y 29.

³⁶ *Ibid.*, vol. 657, págs. 122 y 123.

responsabilidad no confidencial» (Reino Unido y Países Bajos, 1951³⁷; Reino Unido y República Dominicana, 1956³⁸), etc. Se observará que la mayoría de los acuerdos citados se concertaron antes de que se aprobara la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas.

27. Los tratados bilaterales concertados entre Estados sobre *relaciones consulares* constituyen el mejor testimonio de la práctica de los Estados respecto de los correos y las valijas consulares. El estatuto de esos correos y valijas, en particular en lo tocante a su inviolabilidad y protección, está reconocido sobre todo en convenciones consulares, que normalmente incluyen una afirmación del principio básico de la libertad de comunicación. Ejemplos de convenciones de esta clase anteriores a la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares son las concertadas entre los Estados Unidos de América y Costa Rica (1948)³⁹; los Estados Unidos de América e Irlanda (1950)⁴⁰; el Reino Unido y Francia (1951)⁴¹; Suecia y Francia (1955)⁴²; el Tratado entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y la República Democrática Alemana (1957)⁴³, etc. Abundan los ejemplos de convenciones consulares concertadas después de haberse aprobado la Convención de 1963. En su mayoría toman como disposiciones modelo los artículos de dicha Convención relativos a la libertad de comunicación.

28. Los tratados bilaterales concertados entre Estados y organizaciones internacionales de interés para el estudio del presente tema son básicamente acuerdos de sede. Constituyen ejemplos los concertados por Suiza con el Secretario General de las Naciones Unidas (1946)⁴⁴, la OIT (1946)⁴⁵ y la OMS (1948 y 1949)⁴⁶ y entre el Canadá y la OACI (1951)⁴⁷. Todos estos tratados reconocen a las organizaciones interesadas el derecho a utilizar correos y valijas que tendrán las mismas inmunidades y privilegios que los correos y valijas diplomáticos.

29. La práctica de los Estados que puede guardar relación con la codificación y el desarrollo progresivo de las normas de derecho internacional relativas al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático se encuentra asimismo en las leyes y los reglamentos nacionales. Algunos de esos textos, principalmente de carácter administrativo, se han compilado en un volumen de la Serie legislativa de las Naciones Unidas⁴⁸. Una compi-

lación análoga de la legislación de los países del hemisferio occidental es publicada por la Unión Panamericana⁴⁹.

30. Testimonios de la práctica de los Estados que ofrecen interés para el estudio de esta materia se encuentran asimismo en la correspondencia diplomática y en las comunicaciones o declaraciones oficiales. A estas fuentes se hará referencia según proceda en el contexto de los distintos proyectos de artículo que ha de presentar el Relator Especial. Sin embargo, cabe mencionar por el momento las reservas hechas por algunos Estados (Bahrein, la Jamahiriya Árabe Libia y Kuwait) a los párrafos 3 y 4 del artículo 27 de la Convención de Viena de 1961, acerca de la apertura de la valija diplomática y las objeciones a esas reservas formuladas por la República Federal de Alemania, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Checoslovaquia, Estados Unidos de América, Francia, Haití, Hungría, Mongolia, Polonia, Reino Unido, la RSS de Ucrania y la URSS⁵⁰.

31. Los escritos de los publicistas representan otra fuente y proporcionan valiosos datos y análisis doctrinales de interés para el desarrollo progresivo y la codificación de esta materia. La mayoría de los autores se han ocupado en general del principio de la libre comunicación de las misiones diplomáticas. Sin intentar presentar una bibliografía completa, se ofrece una lista indicativa de autores: Fauchille⁵¹, De Erice y O'Shea⁵²,

tina: Decreto N.º 3437, de 22 de noviembre de 1955); pág. 20 (Austria: Ley Federal de 15 de junio de 1955); págs. 29 y 30 y 45 y 46 (Bélgica: Memorándum sobre el régimen fiscal, aduanero, etc., aplicable a los miembros del cuerpo diplomático acreditados en Bélgica, e Instrucción del Ministerio de Hacienda relativa a las inmunidades diplomáticas, 1955); pág. 67 (Colombia: Decreto N.º 615, de 6 de abril de 1935); págs. 118 y 119 (Finlandia: Ley de aduanas N.º 271, de 8 de septiembre de 1939); pág. 237 (Filipinas: Reglamento del Servicio Diplomático y Consular); pág. 302 (Suecia: circular del Director General de Aduanas de 24 de mayo de 1918); pág. 307 y págs. 323 y 324 (Suiza: Reglas aplicadas por el Departamento Político Federal en materia de inmunidades y privilegios diplomáticos y consulares, y Reglamento sobre el trato en aduanas de los envíos destinados a las misiones diplomáticas en Berna y a su personal, así como a las representaciones consulares en Suiza y a su personal, de 24 de agosto de 1955); pág. 338 y págs. 345 a 347 (URSS: Decreto de 14 de enero de 1927 y Reglamento de 26 de abril de 1954).

⁴⁹ *Documentos y notas sobre privilegios e inmunidades con referencia especial a la Organización de los Estados Americanos*, Washington (D. C.), Unión Panamericana, 1968. Véanse, por ejemplo, págs. 231, 234 y 235 (Argentina: Decreto N.º 4891, de 21 de junio de 1961, modificado por el Decreto N.º 3408, de 12 de abril de 1966); págs. 264, 270 y 271 (Colombia: Decreto N.º 3135, de 20 de diciembre de 1956); pág. 292 (Ecuador: Decreto Supremo N.º 1422, de 31 de diciembre de 1963); págs. 385 y 386 (Estados Unidos de América: Code of Federal Regulations, título 19); pág. 338 (Paraguay: Decreto-Ley N.º 160, de 26 de febrero de 1958).

⁵⁰ *Traité multilatéraux pour lesquels le Secrétaire général exerce les fonctions de depositaire — Etat, au 31 décembre 1978, des signatures, ratifications, adhésions, etc.* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: E/F.79.V.7), págs. 55 a 63.

⁵¹ P. Fauchille, *Traité de droit international public* (8.ª ed. del Manuel de droit international public de H. Bonfils), Paris, Rousseau, 1926, t. I, tercera parte, pág. 66.

⁵² J. S. de Erice y O'Shea, *Normas de diplomacia y de derecho diplomático*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1945, t. I, págs. 532 y 533.

³⁷ *Ibid.*, vol. 123, págs. 179 y ss.

³⁸ *Ibid.*, vol. 252, págs. 123 y ss.

³⁹ *Ibid.*, vol. 70, pág. 29.

⁴⁰ *Ibid.*, vol. 222, pág. 107.

⁴¹ *Ibid.*, vol. 350, pág. 145.

⁴² *Ibid.*, vol. 427, pág. 133.

⁴³ *Ibid.*, vol. 285, pág. 135.

⁴⁴ *Ibid.*, vol. 1, pág. 163.

⁴⁵ *Ibid.*, vol. 15, pág. 382.

⁴⁶ *Ibid.*, vol. 26, pág. 332.

⁴⁷ *Ibid.*, vol. 96, pág. 155.

⁴⁸ *Lois et règlements concernant les privilèges et immunités diplomatiques et consulaires* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 58.V.3). Véase, por ejemplo, pág. 7 (Argen-

Oppenheim⁵³, Lion Depetre⁵⁴, Lyons⁵⁵, Colliard⁵⁶, Valencia Rodríguez⁵⁷, Maresca⁵⁸, Hardy⁵⁹, Denza⁶⁰, Levine⁶¹, Blishchenko⁶², Durdenevskii⁶³, Romanov⁶⁴, Kovalev⁶⁵, Makowski⁶⁶, Ilin⁶⁷, Libera⁶⁸, Hofmann⁶⁹, Azud⁷⁰, Ustor⁷¹, Zorin⁷², Myslil⁷³ y Graefrath⁷⁴. Más específicamente, sobre el correo diplomático y su estatuto, puede hacerse referencia a De Martens⁷⁵, Hall⁷⁶, Calvo⁷⁷,

⁵³ L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8.ª ed., rev. por H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, pág. 788.

⁵⁴ J. Lion Depetre, *Derecho diplomático*, 2.ª ed. rev. y aum., México, D. F., Porrúa, 1974, págs. 289 y 290.

⁵⁵ A. B. Lyons, «Personal immunities of diplomatic agents», *The British Year Book of International Law*, 1954, Londres, vol. 31, págs. 336, 337 y 340.

⁵⁶ C.-A. Colliard, «La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques», *Annuaire français de droit international*, 1961, París, vol. VII, pág. 22.

⁵⁷ L. Valencia Rodríguez, «Curso de derecho y prácticas diplomáticas», *Anuario ecuatoriano de derecho internacional*, 1964-1965, Quito, vol. 1, pág. 69.

⁵⁸ A. Maresca, *La missione diplomatica*, 2.ª ed. aum., Milán, Giuffrè, 1967, págs. 218 a 220.

⁵⁹ M. Hardy, *Modern Diplomatic Law*, Manchester, Manchester University Press, 1968, págs. 36, 37 y 40.

⁶⁰ E. Denza, *Diplomatic Law — Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana Publications, 1976, págs. 124 y 125.

⁶¹ D. B. Levine, *Diplomatsia, ee sushchnost, metody i formy*, Moscú, Izdatel sotsialno-ekonomicheskoi literatury, 1962.

⁶² I. P. Blishchenko, *Diplomaticheskoe pravo*, Moscú, Vyshaia shkola, 1972.

⁶³ I. P. Blishchenko y V. N. Durdenevskii, *Diplomaticheskoe i konsulskoe pravo*, Moscú, Instituta mezhdunarodnyj otnoshenii, 1962.

⁶⁴ V. A. Romanov, «Venskaia konventia o diplomaticheskij snoshenij i osnovnye voprosy kodifikatsii mezhdunarodnogo prava v oblasti diplomaticheskij privilegii i immunitetov», *Sovetskii ezhegodnik mezhdunarodnogo prava* 1961, Moscú, pág. 65.

⁶⁵ A. Kovalev, *Azbuka diplomatsii*, Moscú, Mezhdunarodnye otnoshenija, 1968.

⁶⁶ J. Makowski, *Prawo dyplomaticzne i organizacja sluzby zagranicznej*, Varsovia, Panstwowe wydawnictwa naukowe, 1969.

⁶⁷ Y. D. Ilin, *Osnovnye tendentsii v razvitii konsul'skogo prava*, Moscú, Yuridicheskaya literatura, 1969.

⁶⁸ K. Libera, *Zasady miedzynarodowego prava konsularnego*, Varsovia, Panstwowe wydawnictwo naukowe, 1960.

⁶⁹ K. Hofmann, «Die rechtliche Regelung der konsularischen Beziehungen der DDR», en: Institut für Internationale Beziehungen an der Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR, *Völkerrecht — Lehrbuch*, Berlín, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1973, primera parte, pág. 442.

⁷⁰ J. Azud, *Diplomatické imunity a výsady*, Bratislava, Vydavateľstvo Slovenskej Akadémie Vied, 1959.

⁷¹ E. Ustor, *A diplomáciai kapcsolatok joga*, Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvtáradó, 1965.

⁷² V. A. Zorin, *Osnovy diplomaticheskoi sluzhby*, Moscú, Mezhdunarodnye otnoshenija, 1964.

⁷³ S. Myslil, *Diplomatické styky a imunity*, Praga, Československá Akademie Ved, 1964.

⁷⁴ B. Graefrath, «Zur Neugestaltung des Konsularrechts», *Staat und Recht*, Berlín, 7.º año, N.º 1 (enero de 1958), pág. 12.

⁷⁵ Ch. de Martens, *Le guide diplomatique — Précis des droits et des fonctions*, 5.ª ed., Leipzig, Brockhaus, 1866, t. 1, pág. 80.

⁷⁶ W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 4.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1895, pág. 330.

⁷⁷ Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 6.ª ed. rev. y completada, París, Guillaumin, 1888, t. III, págs. 329 y ss.

Hurst⁷⁸, Genet⁷⁹, Oppenheim⁸⁰, Lyons⁸¹, Satow⁸², Cahier⁸³, Valencia Rodríguez⁸⁴, Sen⁸⁵, Hardy⁸⁶ y Denza⁸⁷; y, sobre la valija diplomática y su estatuto, a Bluntschli⁸⁸, De Garden⁸⁹, Perrenoud⁹⁰, Satow⁹¹, Reynaud⁹², Kerley⁹³, Valencia Rodríguez⁹⁴, Colliard⁹⁵, Cahier⁹⁶, Sen⁹⁷, Denza⁹⁸ y Salmon⁹⁹. Con respecto al principio de la libre comunicación en el contexto de las misiones especiales y del estatuto del correo y de la valija de la misión especial, puede hacerse referencia a la obra de Maresca¹⁰⁰ y de Blishchenko¹⁰¹.

32. Por lo que respecta al principio de la libertad de comunicación en las relaciones consulares y al estatuto del correo y de la valija consulares, cabe hacer referencia a Hyde¹⁰², Sen¹⁰³, Torres Bernárdez¹⁰⁴, Lee¹⁰⁵,

⁷⁸ C. Hurst, «Les immunités diplomatiques», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1926-II, París, Hachette, 1927, t. 12, págs. 153 y 154.

⁷⁹ R. Genet, *Traité de diplomatie et de droit diplomatique*, París, Pedone, 1931, t. I, págs. 509, 512 y 513.

⁸⁰ Oppenheim, *op. cit.*, págs. 810 y 813.

⁸¹ Lyons, *loc. cit.*, págs. 334 y 335.

⁸² E. Satow, *A Guide to Diplomatic Practice*, 4.ª ed., rev. por Sir Neville Bland, Londres, Longmans, 1957, pág. 180.

⁸³ Ph. Cahier, *Le droit diplomatique contemporains*, Ginebra, Droz, 1962, págs. 225 y 226.

⁸⁴ Valencia Rodríguez, *loc. cit.*, pág. 69.

⁸⁵ B. Sen, *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*, La Haya, Nijhoff, 1965, págs. 104, 180 y 181.

⁸⁶ Hardy, *op. cit.*, págs. 39 y 40.

⁸⁷ Denza, *op. cit.*, págs. 119, 129 y 130.

⁸⁸ J. C. Bluntschli, *Le droit international codifié*, 4.ª ed., rev. y aum. (trad. del alemán por C. Lardy), París, Guillaumin, 1886, pág. 146.

⁸⁹ G. de Garden, *Traité complet de diplomatie, ou théorie générale des relations extérieures des puissances de l'Europe*, París, de Treuttel et Würtz, 1833, t. II, pág. 22.

⁹⁰ G. Perrenoud, *Régime des privilèges et immunités des missions diplomatiques étrangères et des organisations internationales en Suisse*, Lausana, Librairie de l'Université F. Rouge, 1949, pág. 46 [tesis].

⁹¹ Satow, *op. cit.*, pág. 176.

⁹² H. J. Reynaud, «Les relations et immunités diplomatiques», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, Ginebra, vol. 36, N.º 4 (oct.-dic. 1958), págs. 426 y 427.

⁹³ E. Kerley, «Some aspects of the Vienna Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 56, N.º 1 (enero de 1962), págs. 116 a 118.

⁹⁴ Valencia Rodríguez, *loc. cit.*, pág. 69.

⁹⁵ Colliard, *loc. cit.*, págs. 24 y 25.

⁹⁶ Cahier, *op. cit.*, págs. 213 y 214.

⁹⁷ Sen, *op. cit.*, pág. 257.

⁹⁸ Denza, *op. cit.*, págs. 119, 125 a 127 y 129.

⁹⁹ J. J. A. Salmon, *Fonctions diplomatiques, consulaires et internationales*, 3.ª ed., Bruselas, Presses universitaires de Bruxelles, vol. I, 1976-77, pág. 138.

¹⁰⁰ A. Maresca, *Le missioni speciali*, Milán, Giuffrè, 1975, págs. 351 a 353 y 355 a 361.

¹⁰¹ Blishchenko, *op. cit.*, págs. 59 a 137.

¹⁰² C. C. Hyde, *International Law chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2.ª ed. rev., Boston, Little, Brown, 1947 [reimpr. 1951], vol. 2, págs. 1330 y 1331.

¹⁰³ Sen, *op. cit.*, pág. 256.

¹⁰⁴ S. Torres Bernárdez, «La Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires», *Annuaire français de droit international*, 1963, París, pág. 98.

¹⁰⁵ L. T. Lee, *Vienna Convention on Consular Relations*, Leyden, Sijthoff, 1966, págs. 99 a 102.

Ilin¹⁰⁶, Libera¹⁰⁷, Hofmann¹⁰⁸, Graefrath¹⁰⁹ y Fedorov¹¹⁰. Varios autores se han ocupado también de las obligaciones de terceros Estados por lo que respecta a los correos y valijas. Entre ellos se puede mencionar a Wheaton¹¹¹, Hurst¹¹², Lyons¹¹³, Oppenheim¹¹⁴, Cahier¹¹⁵, Sen¹¹⁶, Lee¹¹⁷, Hardy¹¹⁸ y Denza¹¹⁹. Por último, entre las obras sobre los efectos de la guerra y otras situaciones de emergencia figuran las de De Vattel¹²⁰, Wheaton¹²¹, Calvo¹²², De Erice y O'Shea¹²³, Lion Depetre¹²⁴, Lyons¹²⁵, Lee¹²⁶, Valencia Rodríguez¹²⁷, Sen¹²⁸ y Denza¹²⁹.

33. Para completar esta breve reseña de las fuentes se puede hacer mención de los proyectos privados de codificación, preparados por juristas o por entidades o instituciones especializadas. Entre los preparados por juristas figuran el proyecto de código de Bluntschli, de 1868 (arts. 197, 198 y 199); el proyecto de código de Field, de 1876 (secc. IV); el proyecto de código de Fiore, de 1890 (arts. 366, 453, 456, 463 y 464); el proyecto de código de Pessoa, de 1911 (arts. 125 y 126); el proyecto de código de Phillimore, de 1926 (art. 20), y el proyecto de Código de Strupp, de 1926 (arts. X y XIII)¹³⁰. En cuanto a los proyectos de codificación preparados por entidades o instituciones especializadas, cabe mencionar la resolución de 1895 del Instituto de Derecho Internacional (arts. 2 y 4); el proyecto N.º 22 «Diplomatic Agents», preparado en 1925 por el American Institute of International Law (arts. 20 y 21);

el proyecto de código aprobado en 1926 por la filial japonesa de la International Law Association y la Kokusaiho Gakkvai (secc. VI, art. 1, párr. 5); el proyecto N.º VII, de 1927, titulado «Diplomatic Agents», de la International Commission of American Jurists (arts. 19 y 20); la resolución de 1929 del Instituto de Derecho Internacional (art. 8) y el proyecto de 1932 de la Harvard Law School sobre Privilegios e Inmunidades Diplomáticos (art. 14)¹³¹.

34. Para concluir esta sección del presente informe preliminar nos referiremos también a los trabajos preparatorios de las disposiciones pertinentes de las cuatro Convenciones de codificación celebradas bajo los auspicios de las Naciones Unidas, que contienen un material muy valioso sobre el tema en estudio. Los documentos y las actas del Comité de Relaciones con el País Huésped, de las Naciones Unidas, pueden proporcionar asimismo una información útil sobre algunos casos relacionados con el estatuto de la valija diplomática.

IV.—Forma del trabajo

35. Como en el caso de muchos de los temas de derecho internacional tratados por la CDI (por ejemplo, el derecho del mar¹³², las relaciones consulares¹³³, el derecho de los tratados¹³⁴, las misiones especiales¹³⁵, la representación de los Estados en sus relaciones con las internacionales¹³⁶, la sucesión de Estados en materia de tratados¹³⁷ y la cláusula de la nación más favorecida¹³⁸), en la labor de la Comisión sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, no es necesario mantener estrictamente la distinción recogida en el artículo 15 del Estatuto de la Comisión entre el método aplicable al «desarrollo progresivo» y el método aplicable a la «codificación». Así lo reconoció expresamente la Comisión en su 31.º período de sesiones cuando confió al Relator Especial la tarea de preparar una serie de proyectos de artículo para un instrumento jurídico adecuado¹³⁹. La preparación de proyectos de artículo que encierren y combinen elementos de *lex lata* y *lex ferenda*, de modo que puedan servir de base para elaborar y aprobar un instrumento internacional, refleja el procedimiento consolidado que se ha ido desarrollando en la práctica de la Comisión, fundado en

¹⁰⁶ Ilin, *op. cit.*

¹⁰⁷ Libera, *op. cit.*

¹⁰⁸ Hofmann, *loc. cit.*

¹⁰⁹ Graefrath, *loc. cit.*

¹¹⁰ L. Fedorov, *Diplomat i konsul*, Moscú, Mezhdunarodnie otnosheniya, 1965.

¹¹¹ H. W. Wheaton, *Elements of International Law*, 2.ª ed. rev. y anotada por W. B. Lawrence, Boston, Little, Brown, 1863, pág. 417.

¹¹² Hurst, *loc. cit.*, págs. 154 y 227.

¹¹³ Lyons, *loc. cit.*, pág. 334.

¹¹⁴ Oppenheim, *op. cit.*, pág. 813.

¹¹⁵ Cahier, *op. cit.*, pág. 324.

¹¹⁶ Sen, *op. cit.*, págs. 180 y 181.

¹¹⁷ Lee, *op. cit.*, págs. 101 y 102.

¹¹⁸ Hardy, *op. cit.*, pág. 88.

¹¹⁹ Denza, *op. cit.*, págs. 256 a 258 y 260.

¹²⁰ E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, Londres, 1758, libro IV, cap. VII, párr. 86: *The Classics of International Law*, Washington (D. C.), Carnegie Institution of Washington, 1916, vol. II, pág. 320.

¹²¹ Wheaton, *op. cit.*, págs. 417 y 418.

¹²² Calvo, *op. cit.*, pág. 329.

¹²³ De Erice y O'Shea, *op. cit.*, pág. 533.

¹²⁴ Lion Depetre, *op. cit.*, pág. 289.

¹²⁵ Lyons, *loc. cit.*, págs. 335 y 340.

¹²⁶ L. T. Lee, *Consular Law and Practice*, Londres, Stevens, 1961, págs. 272 a 274.

¹²⁷ Valencia Rodríguez, *loc. cit.*, págs. 69 y 70.

¹²⁸ Sen, *op. cit.*, págs. 105 y 106.

¹²⁹ Denza, *op. cit.*, págs. 119 y 120.

¹³⁰ Textos reproducidos en: Harvard Law School, Research in International Law, *Drafts of Conventions prepared for the Codification of International Law*, Cambridge (Mass.), 1932, primera y segunda partes, «Diplomatic Privileges and Immunities» y «Legal Position and Functions of Consuls».

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Anuario...* 1956, vol. II, pág. 251, documento A/3159, párrs. 25 a 27.

¹³³ *Anuario...* 1961, vol. II, págs. 101 y 102, documento A/4843, párrs. 29 a 32.

¹³⁴ *Anuario...* 1966, vol. II, pág. 195, documento A/6309/Rev.1, segunda parte, párr. 35.

¹³⁵ *Anuario...* 1967, vol. II, pág. 360, documento A/6709/Rev.1, párr. 23.

¹³⁶ *Anuario...* 1971, vol. II (primera parte), págs. 305 y 306, documento A/8410/Rev.1, párr. 50.

¹³⁷ *Anuario...* 1974, vol. II (primera parte), pág. 174, documento A/9610/Rev.1, párr. 83.

¹³⁸ *Anuario...* 1978, vol. II (segunda parte), pág. 16, documento A/33/10, párr. 72.

¹³⁹ Véase *supra*, párr. 15.

las disposiciones del Estatuto, y que ha demostrado ser el método y la forma más adecuados y eficaces para precisar y recoger las normas de derecho internacional relativas a una materia determinada. El hecho de que, como enfoque metodológico, haya de darse forma a la labor en una serie de proyectos de artículo no prejuzgará las recomendaciones que la Comisión pueda hacer en conformidad con el párrafo 1 del artículo 23 del Estatuto acerca de las medidas ulteriores una vez completada la labor.

36. Este enfoque, adoptado por la CDI en su 33.º período de sesiones, ha sido confirmado por la recomendación de la Asamblea General en el apartado *f* del párrafo 4 de la resolución 34/141¹⁴⁰, que se refiere específicamente a la «elaboración de un instrumento jurídico adecuado». Esto se ajusta también desde luego a las opiniones expuestas al respecto por representantes de Estados Miembros en la Sexta Comisión, en el trigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General. En este sentido, cabe señalar que, en su resolución 3501 (XXX), la Asamblea General expresó en términos más generales «la conveniencia de elaborar disposiciones relativas al estatuto del correo diplomático», mientras que en sus resoluciones subsiguientes sobre el mismo tema hizo referencia de un modo más específico a la elaboración de «un protocolo» (resolución 31/76) o de «un instrumento jurídico adecuado» (resoluciones 33/139 y 33/140).

37. Como se indica en el «Resumen por temas» mencionado *supra*¹⁴¹,

Muchos representantes compartieron la conclusión de la Comisión, enunciada en los párrafos 163 y 164 de su informe, de que era conveniente seguir elaborando disposiciones concretas y señalaron que la CDI debía iniciar la preparación de una serie de proyectos de artículos para un instrumento jurídico internacional adecuado, que, según esperaban, se presentaría pronto a la Sexta Comisión para su examen. Se señaló en este contexto que la práctica estatal y la doctrina jurídica uniforme constituían las condiciones adecuadas para la rápida elaboración de un proyecto de acuerdo¹⁴².

Además,

Algunos representantes indicaron que tenían un criterio abierto respecto de la naturaleza y la forma del instrumento futuro y adoptarían una posición definitiva acerca de si debía tratarse de una convención o de un protocolo a la luz de la marcha de los trabajos sobre el tema. Asimismo, varios representantes hicieron reserva de su posición acerca de la forma del instrumento hasta que los trabajos sobre el tema hubieran llegado a una etapa más avanzada o la Comisión los hubiera completado¹⁴³.

¹⁴⁰ Véase *supra*, párr. 1.

¹⁴¹ Párr. 16.

¹⁴² A/CN.4/L.311, párr. 237. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 38.ª sesión, párr. 49; 42.ª sesión, párr. 12; 43.ª sesión, párrs. 7 y 34; 44.ª sesión, párr. 24; 46.ª sesión, párr. 63; 47.ª sesión, párrs. 49 y 57; 48.ª sesión, párr. 18; 50.ª sesión, párr. 40; 51.ª sesión, párr. 15; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección.

¹⁴³ A/CN.4/L.311, párr. 239. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 40.ª sesión, párr. 27; 44.ª sesión, párr. 48; 48.ª sesión, párr. 18; 51.ª sesión, párr. 28; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección.

El Relator Especial señala asimismo que en la Sexta Comisión un representante expresó la opinión de que no se necesitaba ningún protocolo adicional y que la Comisión cumpliría su cometido presentando un informe que siguiera las líneas generales de la sección C del capítulo VI del informe de la Comisión antes de que concluyera el mandato actual de sus miembros¹⁴⁴.

38. Sin embargo, predominó el criterio de que hoy es necesario disponer de normas de derecho internacional más perfeccionadas para aumentar la protección del correo diplomático y la valija diplomática mediante el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional en esta materia tras las convenciones multilaterales aprobadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas en los dos últimos decenios.

V.—Alcance y contenido de la labor

39. A fin de determinar el alcance preciso de la labor de desarrollo progresivo y la codificación de las normas de derecho internacional relativas al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, parecería necesario al principio centrar la atención en el hecho de que en las tres convenciones multilaterales aprobadas después de la Convención de Viena de 1961¹⁴⁵ se prevén medios de comunicación análogos en las relaciones entre Estados. Estos medios oficiales de comunicación son el correo consular y la valija consular (art. 35, párrs. 1 y 5, de la Convención de Viena de 1963), el correo de la misión especial y la valija de la misión especial (art. 28, párrs. 1 y 6, de la Convención sobre las misiones especiales) y el correo de la misión, el correo de la delegación, la valija de la misión y la valija de la delegación (art. 27, párrs. 1 y 5, y art. 57, párrs. 1 y 6, de la Convención de Viena de 1975).

40. Se recordará a este respecto que, en su 30.º período de sesiones (1978), la CDI aprobó el resultado del estudio realizado por el Grupo de Trabajo que se estableció en ese período de sesiones para considerar la cuestión y los posibles elementos de un «protocolo relativo al estatuto del correo diplomático y la valija diplomática». El Grupo de Trabajo había partido de la posición básica de que las tres convenciones multilaterales concertadas después de la Convención de Viena de 1961 reflejaban la evolución considerable que se había registrado en los últimos años en varios aspectos de la cuestión y que, por tanto, las disposiciones de dichas convenciones que pudieran ser pertinentes debían constituir el fundamento de todo estudio ulterior de la cuestión¹⁴⁶.

41. La mencionada decisión de la Comisión puede interpretarse en el sentido de que la evolución reciente,

¹⁴⁴ A/CN.4/L.311, párr. 238. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, 46.ª sesión, párr. 22; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección.

¹⁴⁵ Véase *supra*, párr. 11.

¹⁴⁶ Véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 136, documento A/33/10, párr. 142.

tal como se refleja en las Convenciones de 1963, 1969 y 1975, debe constituir la base del desarrollo ulterior del derecho relativo al estatuto del correo *diplomático* y de la valija *diplomática* no acompañada por un correo diplomático. Así pues, esa decisión no resuelve necesariamente la cuestión de si el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada puede o no asimilarse —y, en caso afirmativo, hasta qué punto— al de los demás medios de comunicación oficiales mencionados *supra*¹⁴⁷ o viceversa¹⁴⁸.

42. El correo y la valija, sea cual fuere su denominación particular, son medios oficiales de comunicación utilizados por un Estado para mantener el contacto, según los casos, con sus misiones o entre ellas, ya sean diplomáticas, permanentes, permanentes de observación o especiales, así como sus oficinas consulares y sus delegaciones. Además, las disposiciones correspondientes de las Convenciones de 1963, 1969 y 1975 siguen el modelo del artículo 27 de la Convención de Viena de 1961. Sin embargo, el uso de términos diferentes en cada una de esas cuatro convenciones demuestra la singularidad de los diversos *medios de comunicación oficiales* previstos en ellas.

43. La CDI tuvo ocasión de expresar su opinión sobre este punto en el comentario a la disposición pertinente de su proyecto de artículos sobre las misiones especiales, aprobado en 1967, en el que se decía:

En cuanto a la terminología, la Comisión podía optar entre dos series de expresiones para designar la valija y el correo de la misión especial. Podía denominarlos «la valija diplomática de la misión especial» y «el correo diplomático de la misión especial», o simplemente «la valija de la misión especial» y «el correo de la misión especial». La Comisión se decidió por esta segunda solución para evitar la posibilidad de confusión con la valija y el correo de la misión diplomática permanente¹⁴⁹.

44. La CDI se refirió también a este punto en los comentarios a dos artículos de su proyecto sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, aprobado en 1971. En el primero se decía:

Basándose en el artículo 28 de la Convención sobre las misiones especiales, el artículo utiliza las expresiones «la valija de la misión» y «el correo de la misión». No se han utilizado las expresiones «valija diplomática» y «correo diplomático» para evitar toda posibilidad de confusión con la valija y el correo de la misión diplomática¹⁵⁰.

En el segundo, la Comisión explicó que:

[...] en lo que respecta a la terminología, se utiliza en el artículo la expresión «valija de la delegación» y «correo de la delegación» por razones análogas a las enunciadas en el párrafo 6 del comentario al artículo 27¹⁵¹.

¹⁴⁷ Párr. 39.

¹⁴⁸ Véase A/33/224, anexo, pág. 20; *Anuario...* 1979, vol. II (primera parte), pág. 224, documento A/CN.4/321 y Add.1 a 7, Chile, secc. 1; e *ibid.*, pág. 230, RSS de Bielorussia, secc. 6.

¹⁴⁹ *Anuario...* 1967, vol. II, pág. 375, documento A/6709/Rev.1, cap. II, secc. D, art. 28, párr. 3 del comentario.

¹⁵⁰ *Anuario...* 1971, vol. II (primera parte), pág. 326, documento A/8410/Rev.1, cap. II, secc. D, art. 27, párr. 6 del comentario.

¹⁵¹ *Ibid.*, pág. 344, art. 58, párr. 2 del comentario.

45. También en lo concerniente a este aspecto del alcance del trabajo se observa que las organizaciones internacionales utilizan los medios de comunicación que son los correos y valijas. La Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946¹⁵², dice así:

Artículo III

FACILIDADES DE COMUNICACIONES

[...]

Sección 10. Las Naciones Unidas gozarán del derecho de usar claves y de despachar y recibir su correspondencia, ya sea por estafeta o valija, las cuales gozarán de las mismas inmunidades y privilegios que los concedidos a estafetas y valijas diplomáticas.

De un modo análogo, la Convención sobre los privilegios e inmunidades de los organismos especializados¹⁵³ dispone:

Artículo IV

FACILIDADES EN MATERIA DE COMUNICACIONES

[...]

Sección 12

[...]

Los organismos especializados tendrán derecho a hacer uso de claves y a despachar y recibir su correspondencia, ya sea por correos o en valijas selladas, que gozarán de las mismas inmunidades y prerrogativas que las concedidas a los correos y valijas diplomáticos.

46. En conformidad con las disposiciones precedentes, el correo y las valijas de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados gozan del mismo estatuto que los correos y las valijas diplomáticos. En tales condiciones, no parece necesario ocuparse específicamente del estatuto de dichos correos y valijas en relación con este tema. Sean cuales fueren los resultados de la labor de desarrollo progresivo y codificación sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada, serán igualmente aplicables a los correos y valijas de esas organizaciones internacionales.

47. Como ya se ha indicado¹⁵⁴, la CDI aprobó, en su 30.º período de sesiones (1978), una lista provisional de cuestiones relativas al estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, preparada por su Grupo de Trabajo sobre la base de los comentarios y las propuestas presentados por los gobiernos. En su 31.º período de sesiones (1979), la Comisión agregó a la lista mencionada algunas cuestiones que el Grupo de Trabajo había examinado y considerado necesario que se estudiaran¹⁵⁵. Las cuestiones así precisadas por la Comisión dan la mejor indicación del posible contenido de la labor que se ha de efectuar y fueron aprobadas

¹⁵² Para la referencia, véase *supra*, nota 25.

¹⁵³ *Idem*, nota 26.

¹⁵⁴ Véase *supra*, párr. 11.

¹⁵⁵ Véase *supra*, párr. 14.

por la Comisión como posibles elementos de un protocolo, en el orden siguiente:

1. Definición de «correo diplomático»
 2. Función del correo diplomático
 3. Nombramiento múltiple del correo diplomático
 4. Privilegios e inmunidades del correo diplomático (principios generales):
 - a) Inviolabilidad personal:
 - i) Inmunidad de arresto o detención;
 - ii) Exención de registro o control personal;
 - iii) Exención de la inspección del equipaje personal;
 - b) Inviolabilidad de residencia;
 - c) Inviolabilidad de los medios de transporte;
 - d) Inmunidad de jurisdicción;
 - e) Renuncia de inmunidades
 5. Facilidades concedidas al correo diplomático
 6. Duración de los privilegios e inmunidades del correo diplomático
 7. Nacionalidad del correo diplomático
 8. Cesación de las funciones del correo diplomático
 9. Consecuencias de la ruptura o suspensión de relaciones diplomáticas, del retiro de misiones diplomáticas o de un conflicto armado
 10. Concesión de visados al correo diplomático
 11. Personas declaradas no aceptables
 12. Estatuto del correo diplomático *ad hoc*
 13. Definición de la «valija diplomática»
 14. Estatuto de la valija diplomática acompañada por un correo diplomático
 15. Estatuto de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático:
 - a) Disposiciones generales;
 - b) La valija diplomática confiada al comandante de una aeronave comercial o buque
 16. Respecto de las leyes y reglamentos del Estado receptor
 17. Obligaciones del Estado receptor:
 - a) Disposiciones generales
 - b) Obligaciones del Estado receptor en caso de fallecimiento o accidente del correo diplomático que le impida ejercer sus funciones
 18. Obligaciones del Estado de tránsito:
 - a) Disposiciones generales;
 - b) Obligaciones del Estado de tránsito en caso de fallecimiento o accidente del correo diplomático que le impida ejercer sus funciones
 19. Obligaciones de terceros Estados en caso de fuerza mayor
 20. Puntos adicionales que se han de estudiar:
 - 1) Facilidades concedidas al correo diplomático con respecto a su entrada en el territorio del Estado receptor y a su salida de él;
 - 2) Facilidades concedidas al correo diplomático para su desplazamiento por el territorio del Estado receptor y del Estado de tránsito en el cumplimiento de sus funciones;
 - 3) Facilidades concedidas al correo diplomático para comunicarse con el Estado que envía y su misión diplomática en el territorio del Estado receptor a todos los efectos oficiales;
 - 4) Exención de todos los derechos e impuestos nacionales, regionales o municipales;
 - 5) Exención de servicios personales y servicios públicos de toda clase;
 - 6) Obligación del correo diplomático de no realizar ninguna actividad profesional o comercial en el territorio del Estado receptor o del Estado de tránsito;
 - 7) Suspensión de las funciones del correo diplomático por las autoridades competentes del Estado que envía;
 - 8) Aplicación del principio de no discriminación con respecto al correo diplomático, la valija acompañada y la valija no acompañada¹⁵⁶.
48. A la luz de la precedente lista de cuestiones precisadas por la CDI, surgen algunos puntos preliminares que sería conveniente que la Comisión examinara para dar una mayor orientación al Relator Especial en la preparación del proyecto de artículos. A título de ejemplo, puede hacerse referencia, en primer lugar, a la cuestión de las definiciones, que está íntimamente vinculada a la medida en que el futuro proyecto de artículos debe tratar de todos los medios oficiales de comunicación que sean correos y valijas previstos en las cuatro convenciones multilaterales existentes. Cabe señalar a este respecto que, tanto por lo que hace al correo como a la valija, las convenciones existentes no contienen definiciones de los diversos términos empleados en cuanto tales, sino que se limitan a una descripción de sus características formales. En las cuatro convenciones el correo es una persona que «deberá llevar consigo un documento oficial en el que conste su condición de tal y el número de bultos que constituyan la valija». De igual modo, por lo que respecta a la valija, las cuatro convenciones disponen básicamente que los bultos que constituyan la valija deberán ir provistos de signos exteriores visibles indicadores de su carácter y sólo podrán contener documentos u objetos de uso oficial.
49. En relación con *el correo*, la lista provisional de cuestiones indica la clase de disposiciones que pueden incluirse en el proyecto por lo que respecta a la determinación de su *estatuto* como tal. Aun cuando no se encuentran disposiciones concretas sobre este particular en las convenciones existentes, pueden elaborarse normas sobre las funciones del correo y la cesación de esas funciones, su nacionalidad y la posibilidad del nombramiento múltiple, en consonancia con las establecidas en las convenciones vigentes para los agentes de los gobiernos de que se trata en las mismas.
50. De manera análoga, la lista provisional de problemas implica una determinación previa del grado en que deben concederse al correo facilidades e inmunidades superiores a las establecidas en las convenciones existentes. Debe observarse en relación con esto que las convenciones correspondientes reconocen todas ellas la inviolabilidad personal y la inmunidad de arresto o detención de cada uno de los correos de que se trata. En cuanto a las otras normas que pueden elaborarse, hay que tener en cuenta las observaciones hechas por la CDI en su período de sesiones de 1978, en el sentido de que

¹⁵⁶ *Anuario...* 1979, vol. II (segunda parte), págs. 206 y ss., documento A/34/10, cap. VI, seccs. C y D.

algunos miembros señalaron que era importante atribuirle un estatuto diplomático lo más completo posible, mientras que otros estimaron que sus privilegios e inmunidades deberían limitarse estrictamente a las exigencias de sus funciones¹⁵⁷.

51. Otro problema planteado en la lista provisional de cuestiones se refiere al *estatuto del correo ad hoc*. Cada una de las cuatro convenciones existentes prevé la designación de tales correos, concediéndoles la inviolabilidad personal y la inmunidad de arresto y detención reconocidas a los agentes regulares a que se refieren. También limitan, en cada caso de correo *ad hoc*, la aplicabilidad de dichas inmunidades, que cesará en el momento en que el correo haya entregado al destinatario la valija a su cargo. Esta limitación hace necesario determinar hasta qué punto se aplicarían las reglas que ulteriormente se elaboren sobre los privilegios e inmunidades de los correos regulares a los correos *ad hoc* y, de no ser plenamente aplicables, qué disposiciones específicas adicionales deben elaborarse respecto de su estatuto en el intervalo que transcurra entre el momento en que entregan la valija y aquel en que se les confía otra.

52. Por lo que respecta al *estatuto de la valija*, en cada una de las cuatro convenciones existentes se afirma la inviolabilidad de la valija, que no podrá ser abierta ni retenida. Sin embargo, en el caso de la valija consular,

[...] si las autoridades competentes del Estado receptor tuviesen razones fundadas para creer que la valija contiene algo que no sea la correspondencia, los documentos o los objetos [que puedan transportarse en ella en conformidad con el párrafo 4 del artículo 35 de la Convención], podrán pedir que la valija sea abierta en su presencia por un representante autorizado del Estado que envía. Si las autoridades del Estado que envía rechazasen la petición, la valija será devuelta a su lugar de origen. (Convención de Viena de 1963, art. 35, párr. 3.)

En el desarrollo de las normas de derecho internacional relativas al estatuto de la valija, cualquiera que sea su denominación, surge la cuestión de determinar en qué medida debe tenerse en cuenta la disposición precedente¹⁵⁸.

53. De la lista provisional de cuestiones aprobadas por la Comisión se desprende que el futuro proyecto de artículos debe contener también disposiciones relativas a las obligaciones de los Estados de tránsito y de otros *terceros Estados*. En virtud de las cuatro convenciones existentes, el *Estado de tránsito* concederá a la correspondencia oficial y a las demás comunicaciones oficiales en tránsito, incluso a los despachos en clave o en cifra, la misma libertad y protección que le conceda el Estado receptor. Además, en todas y cada una de esas convenciones se establece que, en los casos previstos en las mismas, los terceros Estados concederán a los correos, a los cuales, de ser necesario, se les extenderá un visado, y a las valijas en tránsito la misma inviolabilidad y protección que el Estado receptor está obligado a concederles de conformidad con dichas con-

venciones. Por último, con arreglo a las cuatro convenciones existentes, las obligaciones de terceros Estados en relación con esa inviolabilidad y protección se aplicarán a los correos y valijas correspondientes cuando su presencia en el territorio del tercer Estado se deba a un caso de fuerza mayor. El desarrollo de las reglas relativas a las obligaciones del Estado receptor puede también tener una repercusión, cuya extensión precisa aún se ha de determinar, en las obligaciones de terceros Estados en las circunstancias ya previstas en los instrumentos convencionales aplicables.

54. Por último, se plantea la cuestión de determinar si se debe o no recoger, en el contexto del futuro instrumento jurídico sobre el estatuto del correo y de la valija, algunos de los *principios generales* subyacentes en las cuatro convenciones existentes. A nuestro juicio, sería oportuno formular en él, además del principio fundamental de la libertad de comunicación, común a todas, que constituye el fundamento jurídico del estatuto del correo oficial, otros principios básicos tales como la no discriminación y la observancia de las leyes y los reglamentos del Estado receptor. Las disposiciones correspondientes, que deben hacerse generalmente aplicables a la totalidad del proyecto, pueden figurar al principio o al final del proyecto o inclusive en las partes sustantivas en que se trate, respectivamente, del estatuto del correo y del estatuto de la valija.

VI.—Estructura del trabajo

55. El título del presente tema, tal como lo utilizan sistemáticamente la Asamblea General y la CDI, sugiere ya la división del trabajo por lo menos en dos partes principales que versan, respectivamente, sobre el estatuto del correo diplomático y sobre el de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático. Aunque en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1961 no figura ninguna definición de los términos «correo diplomático» y «valija diplomática no acompañada por un correo diplomático» como tales, su empleo en el título del presente tema refleja el significado comúnmente atribuido a los mismos: la valija diplomática, que se ha caracterizado como «una valija (un saco o un envoltorio) que contiene documentos diplomáticos u objetos destinados a fines oficiales»¹⁵⁹, puede ir acompañada o no, siendo el correo diplomático, tal como se caracteriza en un informe presentado a la Comisión por A. E. F. Sandström, «una persona que transporta una valija diplomática y que está prevista, a tal efecto, de un documento (carta del correo) que acredita su calidad de tal»¹⁶⁰.

¹⁵⁹ *Anuario...* 1957, vol. II, pág. 148, documento A/3623, cap. II, secc. II, proyecto de artículos relativos a las relaciones e inmunidades diplomáticas, art. 21, párr. 2 del comentario.

¹⁶⁰ *Anuario...* 1958, vol. II, pág. 18, documento A/CN.4/116/Add.1 y 2, art. 21, párr. 3. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 65.ª sesión, párr. 41; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección; *ibid.*, *trigésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión, párr. 12; e *ibid.*, *Fascículo del período de sesiones*, corrección; *Anuario...* 1979, vol. II (primera parte), pág. 224, documento A/CN.4/321 y Add.1 a 7, Chile, secc. 1; y A/33/224, anexo, págs. 17 y 20.

¹⁵⁷ *Anuario...* 1978, vol. II (segunda parte), pág. 137, documento A/33/10, párr. 144, secc. 4.

¹⁵⁸ Véase *supra*, párr. 30.

56. Refiriéndose específicamente sólo al «estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático», puede parecer que este título excluye el estatuto de la valija diplomática acompañada por dicho correo; sin embargo, lo cierto es que, como se explica en el párrafo precedente, el concepto de correo diplomático entraña la existencia de una valija diplomática acompañada. Pero ello no significa que la cuestión de la regulación jurídica internacional del estatuto del correo diplomático como tal, es decir, la persona así identificada que transporta la valija diplomática, no pueda ni deba diferenciarse de la cuestión de la regulación jurídica internacional del estatuto de la propia valija diplomática. Esta diferenciación ya se ha hecho en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1961: mientras que el párrafo 5 de ese artículo establece la inviolabilidad personal y la inmunidad de arresto o detención del correo diplomático, el párrafo 3 del mismo artículo establece la inviolabilidad de la propia valija diplomática, sin distinguir según que vaya acompañada o no¹⁶¹.

57. A la luz de lo que precede, y teniendo en cuenta la lista provisional de cuestiones aprobada por la Comisión, el Relator Especial llega a la conclusión que la labor de desarrollo progresivo y de codificación de la materia que la CDI ha de emprender debe referirse, en dos partes principales, respectivamente, al estatuto del correo oficial y al de la valija diplomática acompañada o no por un correo oficial. Aunque el Relator Especial se ocupará en el momento oportuno, cuando la labor esté más adelantada, de la cuestión de los términos empleados a los efectos del proyecto de artículos que se ha de preparar, utiliza «correo oficial» y «valija oficial» como instrumentos de trabajo adecuados en la actual fase inicial de la labor. Con ello no se pretende prejuzgar la posición que la Comisión pueda adoptar con respecto al alcance del trabajo, en particular si debe extenderse también a los correos y valijas que no sean diplomáticos, como se prevé en la Convención de Viena de 1963, la Convención sobre las misiones especiales y la Convención de Viena de 1975.

58. En cada una de las dos posibles partes principales a que se hace referencia en el párrafo precedente se incluirían, siguiendo el orden de las convenciones multilaterales pertinentes, tantos proyectos de artículo como fueran necesarios habida cuenta de la posición de la Comisión acerca de la amplitud de las facilidades, privilegios e inmunidades y de la protección que ha de concederse a los correos oficiales como personas independientes de la valija, y a las valijas oficiales, respectivamente.

59. Una tercera parte, distinta de la relativa al correo oficial, comprendería disposiciones referentes al

correo oficial *ad hoc*, y una cuarta parte se dedicaría a determinar las obligaciones del correo oficial para con el Estado receptor y las de los Estados receptores, de los Estados de tránsito y de los terceros Estados respecto del correo oficial y la valija oficial. En esta parte podrían incluirse diversas disposiciones adicionales relativas, por ejemplo, a las relaciones del proyecto de artículos con las convenciones existentes y a los principios generales que son fundamentales para el desarrollo progresivo y la codificación de la materia, tales como la no discriminación y la observancia de las leyes y los reglamentos del Estado receptor. Por último, al comienzo del proyecto figuraría una parte integrada por disposiciones generales, como ámbito de aplicación del proyecto de artículos, términos empleados y reafirmación del principio de la libertad de comunicación para todos los fines oficiales como fundamento jurídico del estatuto del correo oficial y de la valija oficial.

60. Como método de trabajo destinado a facilitar las observaciones de los miembros de la Comisión e invitarles a hacer sugerencias, la estructura del proyecto podría ser, pues, la siguiente:

I.—DISPOSICIONES GENERALES

1. Ambito de aplicación del proyecto de artículos
2. Términos empleados
3. Libertad de comunicación para todos los fines oficiales con referencia especial al correo oficial y a la valija oficial

II.—ESTATUTO DEL CORREO OFICIAL

1. Nombramiento del correo oficial
2. Credenciales y otros documentos pertinentes de que debe estar provisto el correo especial, con indicación de su estatuto y del de la valija oficial
3. Nombramiento múltiple del correo oficial
4. Nacionalidad del correo oficial
5. Funciones del correo oficial
6. Suspensión de las funciones
7. Personas declaradas no aceptables
8. Cesación de las funciones
9. Consecuencias de la ruptura o suspensión de relaciones diplomáticas, del retiro de misiones diplomáticas o de un conflicto armado
10. Facilidades concedidas al correo oficial (disposiciones generales)
11. Facilidades concedidas al correo oficial con respecto a su entrada (concesión de visados) en el territorio del Estado receptor y a su salida de él
12. Facilidades concedidas al correo oficial para su desplazamiento por el territorio del Estado receptor y del Estado de tránsito en el desempeño de sus funciones
13. Facilidades concedidas al correo oficial para comunicarse con el Estado que envía y su misión diplomática, consular u otra misión oficial en el territorio del Estado receptor a todos los efectos oficiales
14. Facilidades concedidas al correo oficial para obtener un alojamiento adecuado (residencia)

¹⁶¹ Véase al respecto el documento A/33/224, anexo, pág. 9, e *ibid.*, pág. 18; *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 18.ª sesión, párr. 11, y 41.ª sesión, párr. 58; e ibid., Fascículo del período de sesiones, corrección; y Anuario... 1979, vol. II (primera parte), págs. 223 y 224, documento A/CN.4/321 y Add.1 a 7, Checoslovaquia; e ibid., pág. 228, Reino Unido.*

15. Privilegios e inmunidades del correo oficial (disposiciones generales)
16. Inviolabilidad personal
17. Inviolabilidad del alojamiento privado (residencia)
18. Inviolabilidad de los medios de transporte utilizados en el cumplimiento de las funciones oficiales
19. Inmunidad de jurisdicción
20. Exención de registro o control personal
21. Exención de la inspección del equipaje personal
22. Exención de todos los derechos e impuestos nacionales, regionales y municipales
23. Exención de derechos e inspección de aduanas
24. Exención de servicios personales y servicios públicos de toda clase
25. Exención respecto de la legislación de seguridad social
26. Renuncia de inmunidades
27. Duración de los privilegios e inmunidades del correo oficial
28. Obligación del correo oficial de no realizar ninguna actividad profesional o comercial en el territorio del Estado receptor o del Estado de tránsito

III.—ESTATUTO DEL CORREO OFICIAL *ad hoc*

1. Nombramiento del correo oficial *ad hoc*
2. Credenciales y otros documentos pertinentes de que debe estar provisto el correo oficial *ad hoc*, con indicación de su estatuto y del de la valija oficial
3. Nombramiento múltiple del correo oficial *ad hoc*
4. Nacionalidad del correo oficial *ad hoc*
5. Funciones del correo oficial *ad hoc*
6. Cesación de las funciones del correo oficial *ad hoc*
7. Facilidades, privilegios e inmunidades del correo oficial *ad hoc*
8. Duración de los privilegios e inmunidades del correo oficial *ad hoc*
9. Disposiciones generales respecto del estatuto del correo oficial *ad hoc*

IV.—ESTATUTO DE LA VALIJA OFICIAL

1. Signos exteriores visibles y contenido de la valija diplomática
2. Estatuto de la valija oficial acompañada por un correo oficial
3. Estatuto de la valija oficial no acompañada por un correo oficial
4. Facilidades concedidas para la entrega expedita de la valija oficial.
5. Inviolabilidad de la valija oficial
6. Exención de la inspección o el control de aduanas y de otra índole
7. Exención de derechos de aduanas, impuestos y gravámenes conexos diferentes de los derechos de almacenaje, acarreo y servicios análogos
8. Valija oficial confiada al comandante de una aeronave comercial o buque

V.—DISPOSICIONES VARIAS

1. Obligaciones del Estado receptor
2. Obligaciones del Estado receptor en caso de fallecimiento o accidente del correo diplomático que le impida ejercer sus funciones
3. Obligaciones del Estado de tránsito
4. Obligaciones del Estado de tránsito en caso de fallecimiento o accidente del correo diplomático que le impida ejercer sus funciones
5. Obligaciones del tercer Estado en caso de *fuera mayor*
6. Observancia de las leyes y reglamentos del Estado receptor
7. No discriminación
8. Relaciones con las convenciones existentes.

VII.—Conclusión

61. Las sugerencias expuestas en este informe preliminar, sobre todo las relativas al alcance y la estructura del trabajo, deben considerarse como una indicación de la posible presentación de la serie de proyectos de artículo referentes al estatuto de todos los tipos de medios adecuados de comunicación con fines oficiales mediante correos oficiales y valijas oficiales. Hay que señalar también que la formulación de las cuestiones enumeradas más arriba no debe interpretarse en el sentido de que sugiera necesariamente los títulos y el orden de colocación de los respectivos proyectos de artículo. La estructura provisional se ha ajustado fundamentalmente a la lista de cuestiones aprobadas por la CDI como posibles elementos de un protocolo o instrumento jurídico adecuado. Además, teniendo en cuenta las características específicas del estatuto del correo oficial y de la valija oficial, el Relator Especial se ha esforzado por recoger en sus sugerencias, en la medida de lo posible, las disposiciones pertinentes de las cuatro convenciones multilaterales elaboradas bajo los auspicios de las Naciones Unidas, a saber: la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (1961), la Convención de Viena sobre relaciones consulares (1963), la Convención sobre las misiones especiales (1969) y la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (1975). En consecuencia, es evidente que, en el curso del ulterior estudio más detenido de la materia que se examina y en el proceso de la elaboración de proyectos de artículo, se habrán de introducir modificaciones, tanto en la estructura como en la formulación precisa de los títulos de los distintos proyectos de artículo.

62. Sin embargo, sería muy de desear en esta fase que la Comisión, como orientación para la futura labor del Relator Especial, expresara sus observaciones y recomendaciones sobre el alcance y contenido del trabajo, en particular respecto del concepto propuesto de *correo oficial* y de *valija oficial*, que abarcaría así todos los tipos de medios de comunicación con fines oficiales mediante el correo oficial y la valija oficial, como se prevé en las disposiciones pertinentes de las cuatro convenciones multilaterales antes mencionadas. Es de espe-

rar que ese enfoque completo refleje mejor la importante evolución registrada desde la Convención de Viena de 1961. El derecho diplomático en todas sus facetas ha adquirido nuevas formas y nuevas dimensiones con la dinámica en crecimiento constante de las relaciones internacionales, en las que los Estados y las organizaciones internacionales mantienen contactos muy activos por diversos medios, entre ellos los correos oficiales y las valijas oficiales. Dada esta evolución, la regulación internacional de las comunicaciones entre varios sujetos de derecho internacional y en diferentes ocasiones por conducto de correos oficiales y de valijas oficiales ha tropezado fundamentalmente con la misma clase

de problemas y ha de responder a las mismas exigencias y necesidades prácticas, ya sea el correo diplomático, consular o enviado a una misión especial o permanente de un Estado o de una organización internacional. El creciente número de violaciones del derecho diplomático, algunas de las cuales han suscitado inquietud en la opinión pública, justifica también esa regulación completa y coherente del estatuto de todos los tipos de correos oficiales y de valijas oficiales. De este modo, todos los medios de comunicación con fines oficiales mediante correos oficiales y valijas oficiales gozarían del mismo grado de protección jurídica internacional.

**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL
POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS
POR EL DERECHO INTERNACIONAL**

[Tema 7 del Programa]

DOCUMENTO A/CN.4/334 Y ADD.1 Y 2 *

**Informe preliminar sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias
perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional,
por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial**

[Original: inglés]
[24 y 27 de junio y 4 de julio de 1980]

INDICE

	<i>Página</i>
<i>Abreviaturas</i>	259
<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>
I. CONSIDERACIONES GENERALES	1-18 260
A. Introducción	1-9 260
B. Términos empleados (o no empleados)	10-18 262
II. COMPARACIONES CON LA RESPONSABILIDAD POR HECHOS ILÍCITOS	19-31 265
A. Normas primarias y secundarias	19-25 265
B. Prevención de la ilicitud	26-31 266
III. LIMITACIONES DE LA SOBERANÍA	32-50 269
A. <i>Sic utere tuo...</i> : el criterio del «daño»	32-38 269
B. Intereses legítimos y factores múltiples	39-50 271
IV. NATURALEZA Y ALCANCE DEL TEMA	51-65 275
A. Naturaleza del tema	51-61 275
B. Alcance del tema	62-65 278

ABREVIATURAS

CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEPE	Comisión Económica para Europa
CIJ	Corte Internacional de Justicia
<i>C.I.J. Recueil</i>	<i>CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
<i>C.P.J.I., serie A</i>	<i>CPJI, Recueil des arrêts</i>
ILA	International Law Association
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

* En el que se incorpora el documento A/CN.4/334/Add.1/Corr.1.

CAPÍTULO PRIMERO

Consideraciones generales

A.—Introducción

1. En el presente informe preliminar, como es habitual en estos casos, no se intenta analizar o evaluar la doctrina y la práctica de los Estados en sectores que quizás requieran un estudio detenido, sino que se trata más bien de determinar esos sectores y sus posibles relaciones mutuas, de delinear a grandes rasgos, de una manera provisional, el perfil del tema y de asignarle en principio un lugar en el plan general de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional. Asimismo, las escasas alusiones a opiniones autorizadas no implican de por sí juicio alguno acerca de dónde reside la autoridad en esta materia, sino que sólo tienen como finalidad poner de relieve las tesis analizadas en el texto o servirles de contrapunto. Un informe preliminar es el instrumento que permite al Relator Especial compartir con sus colegas las preconiciones, aún imperfectas, que se ha formado acerca de su tarea, a fin de que las observaciones que éstos hagan aporten una primera contribución a lo que siempre tendría que ser una empresa colectiva.

2. El Relator Especial no desea matizar ni complementar la breve descripción del tema que figura en el informe del Grupo de Trabajo constituido por la CDI en su 30.º período de sesiones y que se reproduce en lo esencial en un anexo del informe de la Comisión relativo a ese período de sesiones¹. En realidad, los lectores que no consigan fácilmente abrirse camino entre la espesura del presente informe quizá deseen aguzar su sentido de la orientación remitiéndose de vez en cuando a las características del tema definidas por el Grupo de Trabajo. En el presente informe, tras la introducción más breve posible, se tiene el propósito de pasar directamente a considerar las múltiples dificultades que complican la materia escogida para su codificación y desarrollo progresivo y de las que cabe pensar que ponen en tela de juicio la oportunidad o viabilidad de llevarla a cabo.

3. Ante todo, sin embargo, conviene recordar que la inclusión de este tema en el programa activo de la Comisión obedece a la conjunción de dos circunstancias. En primer lugar, el Relator Especial para la responsabilidad de los Estados (primera parte), Sr. Ago, al delimitar el tema que se le había encomendado, subrayó que éste versaría sólo sobre las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos sin prejuzgar en modo alguno la evolución o el contenido de un régimen distinto, relativo a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional². La Comisión adoptó ese punto de vista³. En segundo lugar, la Asamblea General de

las Naciones Unidas, a petición de su Sexta Comisión, tomó debida nota de la distinción y ha instado reiteradamente a la Comisión a que inicie el examen de este tema tan pronto como se lo permita su actual programa de trabajo⁴. En cierto sentido, pues, la Asamblea General ha fallado provisionalmente que el tema es viable y merece que se le dé prioridad.

4. El título actual se deriva de la contraposición genérica entre obligaciones que emanan, respectivamente, de hechos ilícitos y de actos que el derecho internacional no prohíbe, pero el contexto específico en que se estudia la materia ha sido siempre el de riesgo ambiental, causado por la actividad humana y acrecentado por las necesidades y posibilidades modernas en los ámbitos industrial y tecnológico. En 1973, cuando la Comisión por primera vez examinó incidentalmente esta derivación lógica del tema originario de la responsabilidad de los Estados, sólo hacía un año que se había celebrado la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano; el PNUMA estaba en plena estructuración; se habían establecido regímenes convencionales de carácter universal, relativos a actos no prohibidos por el derecho internacional, en relación con los objetos espaciales y la utilización de la energía atómica con fines pacíficos; en diversos órganos internacionales, en particular en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, se examinaban cuestiones de conservación en zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional; y existía un nivel de actividad igualmente elevado en relación con diversos problemas regionales, subregionales y transfronterizos.

5. Esta profusión de actividades y el sentimiento de urgencia que las originan aumentan sin cesar. Una manifestación reciente y especialmente notable fue la Reunión de alto nivel celebrada en el marco de la Comisión Económica para Europa en noviembre de 1979, y en la que participaron el Canadá, los Estados Unidos de América y la Unión Soviética, así como los Estados de Europa occidental y Europa oriental, sobre la protección del medio ambiente⁵. Ahora bien, gran parte de esta actividad se caracteriza por el hecho de que las cuestiones de responsabilidad constituyen casi una materia prohibida. La Convención de la CEPE sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, que es muy importante, señala en su única nota de pie de página que «La presente Convención no contiene ninguna norma sobre la responsabilidad de los Estados por daños causados»⁶.

El Proyecto de principios de conducta en el campo del medio ambiente para la orientación de los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los

¹ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 14 a 149, documento A/33/10, cap. VIII, secc. C, anexo.

² *Anuario... 1973*, vol. I, pág. 14, 1204.ª sesión, párrs. 1 a 5.

³ *Ibid.*, vol. II, págs. 171 y 172, documento A/9010/Rev.1, párrs. 37 a 39.

⁴ Véase una explicación más detallada en *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 146 y 147, documento A/33/10, párrs. 173 a 175.

⁵ Véase ECE/HLM.1/2 y Add.1.

⁶ ECE/HLM.1/2, anexo I, pág. 5.

recursos naturales compartidos por dos o más Estados⁷, aprobado en 1978 por el Grupo Intergubernamental de Expertos del PNUMA sobre recursos naturales compartidos por dos o más Estados, comienza con una advertencia análoga⁸. Aun así, la Asamblea General de las Naciones Unidas, al tomar nota del Proyecto de principios, optó por subrayar su utilidad práctica potencial, reservándose, sin embargo, toda opinión en cuanto a sus consecuencias jurídicas⁹.

6. Estos hechos pueden dar, quizás, a la CDI una indicación general acerca del camino que debería tratar de seguir y de las ineludibles dificultades con que puede tropezar durante su marcha¹⁰. En situaciones de

⁷ UNEP/GC.6/17.

⁸ La nota explicativa que sirve de prefacio al proyecto de principios dice, entre otras cosas, lo siguiente:

«Se ha tratado de evitar el empleo de un lenguaje que pudiera causar la impresión de que se intentaba hacer referencia, como puede darse el caso, a una obligación jurídica concreta reconocida por el derecho internacional o a la ausencia de tal obligación.

«El lenguaje utilizado en todo el conjunto de principios no trata de prejuzgar la cuestión de si la conducta contemplada en él es una conducta ya prescrita por las normas existentes del derecho internacional general. Ni tampoco la formulación intenta expresar opinión alguna acerca de si esos principios —en la medida en que no reflejan normas ya vigentes de derecho internacional general— se deberían incorporar al cuerpo del derecho internacional general, ni en qué medida o de qué modo.»

⁹ Resolución 34/186 de la Asamblea General de 18 de diciembre de 1979. Los párrafos 2 y 3 de esta resolución dicen así:

[«La Asamblea General»]

»2. Toma nota del proyecto de principios en su carácter de directrices y recomendaciones en materia de conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, sin perjuicio del carácter obligatorio de las normas ya reconocidas como tales en el derecho internacional;

»3. 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, y en tal forma que beneficie y no perjudique el desarrollo y los intereses de todos los países, en particular de los países en desarrollo.»

¹⁰ Una dificultad de este género es la que parece desprenderse de las siguientes observaciones del magistrado Jiménez de Aréchaga:

«La Comisión de Derecho Internacional decidió, con acierto, no codificar simultáneamente el tema de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos y las normas relativas a la responsabilidad por los riesgos resultantes de actividades lícitas, por la razón de que “un examen conjunto de ambas cuestiones no podría sino hacer más difícil la comprensión de una y otra”.

»Varios miembros instaron a la Comisión a iniciar lo antes posible la codificación de la responsabilidad de los Estados por el riesgo creado por un comportamiento lícito pero peligroso.

»La dificultad de una codificación de esta índole estriba en que este tipo de responsabilidad sólo dimana del derecho convencional, no encuentra ninguna base en el derecho consuetudinario o los principios generales y, dado que versa sobre excepciones y no sobre normas generales, no puede hacerse extensiva a esferas no comprendidas en instrumentos concretos.» (E. Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», *Recueil des cours de l'Académie*

de gran novedad y complejidad resulta siempre difícil a los juristas y otras personas encargadas de elaborar normas de actuación lograr un entendimiento perfecto. En la esfera del medio ambiente, que acapara actualmente una gran parte, cada vez mayor, de la atención de los juristas internacionales, así como de los economistas y de otros especialistas en ciencias sociales y políticas, es indispensable un planteamiento interdisciplinario, como demuestra la larga y productiva labor de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Los juristas especializados en cuestiones ambientales, tanto los que participan en la labor de negociación como los que realizan una tarea de elaboración teórica, han mostrado una notable determinación de «no quedarse atrás», reorientando muchas veces su capacidad analítica del estudio de un conjunto reducido y abstruso de práctica estatal documentada a un examen, a la luz de los principios jurídicos, de las necesidades y aspiraciones de la comunidad mundial contemporánea¹¹.

7. La concordancia de elementos jurídicos y otros elementos normativos es menos difícil de conseguir cuando, como en el caso de la Convención de la CEPE sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, el objetivo principal de la negociación es lograr un compromiso sobre una línea de conducta común; es más difícil conseguirla cuando, como en el caso del Proyecto de principios del PNUMA, la finalidad primordial es regular de antemano los intereses antagónicos que puedan crearse entre las partes. En tales casos, aun cuando no exista ningún factor polarizador del tipo de aguas arriba-aguas abajo, la voluntad de los gobiernos de llegar a un acuerdo puede quedar debilitada de dos maneras principales. En primer lugar, puede estimarse que, si bien son necesarias directrices para impedir los choques que se producen forzosamente cuando Estados soberanos actúan haciendo caso omiso de los intereses recíprocos, puede resultar aún más doloroso estar obligado por normas que no pueden tener en cuenta la particularidad y variedad de los casos que surjan. En segundo lugar, la participación en proyectos que parecen estar dirigidos más bien a hacer frente

mie de droit international de La Haye, 1978-I, Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1979, t. 159, pág. 273.)

No obstante, el magistrado Jiménez de Aréchaga basa este juicio en una concepción del tema más estrecha que la que se desprende de su título o de la definición de sus características que dio el Grupo de Trabajo.

¹¹ Esta tendencia ha sido expuesta de manera autorizada por M. S. McDougal:

«La teoría (“doctrina” o “filosofía”) del derecho que adquiere cada vez mayor predominio en la actualidad está orientada explícitamente en un sentido sociológico o político. Con arreglo a esa concepción, el derecho no es un conjunto fijo de normas o acuerdos preexistentes que paraliza toda actividad constructiva acerca de los problemas ambientales o de otra índole, sino más bien un proceso dinámico y continuo de decisión autorizada por el cual los miembros de una comunidad aclaran y satisfacen sus intereses comunes.» («Legal bases for securing the integrity of the earth-space environment», en *Environment and Society in Transition*, textos compilados por P. Albertson y M. Barnett, *Annals of the New York Academy of Sciences*, vol. 184, 7 de junio de 1971, pág. 377.)

a las consecuencias de un desastre ecológico que a impedirlo puede tropezar con una barrera psicológica muy difícil de salvar.

8. Por lo que respecta a la primera de esas causas de desaliento, hay que lograr cierto equilibrio. Es natural que los gobiernos tanteen el camino para llegar a las soluciones que mejor concilien sus intereses tanto individuales como colectivos. Incluso unas directrices oficiales, a menos que se haga totalmente caso omiso de ellas, deben proporcionar indicios de una práctica concordante de los Estados, y en esa medida no pueden, a pesar de todos los mentís, carecer de significación jurídica. En algún momento, pues, y las declaraciones hechas en foros como la reciente Reunión de alto nivel de la CEPE no dejan lugar a duda de que los gobiernos ya consideran muy seriamente los riesgos ambientales creados por el hombre, los elementos tácitos y explícitos de la práctica de los Estados deben encarnarse en nuevas normas jurídicas que conjuguen la consideración por las necesidades actuales y el respeto por el principio jurídico preexistente. La búsqueda de proyectos de artículos que satisfagan esos criterios y contribuyan a ese proceso debe constituir el fin esencial del estudio de este tema que lleve a cabo la Comisión.

9. Queda en pie la cuestión de si los juristas que se ocupan del problema de la responsabilidad han de apartarse de la corriente general de la actividad internacional para decidir las responsabilidades a que dan lugar las deficiencias humanas. A nuestro juicio, nada más perjudicial que esta concepción equivocada de la orientación que debe darse a este tema. La cuestión de la responsabilidad por actos no prohibidos adquiere importancia precisamente porque es necesaria una tentativa original e imaginativa para conciliar la mayor libertad posible de acción con el respeto de los derechos de los demás y con el justificado temor de que la humanidad pueda perecer como consecuencia de la utilización indisciplinada del poder industrial y tecnológico. Por consiguiente, la finalidad primordial del proyecto de artículos debe ser fomentar la elaboración de regímenes para regular, sin recurrir a la prohibición, la realización de cualquier actividad concreta que se advierta que entraña peligros reales o potenciales de carácter esencial y que tenga efectos transnacionales. Es una consideración secundaria, aunque también importante, el que el proyecto de artículos ayude a determinar los efectos de la responsabilidad en los casos en que no existe un régimen especial aplicable y se han producido consecuencias perjudiciales.

B.—Términos empleados (o no empleados)

10. Aunque la cuestión de las definiciones no puede resolverse antes de haber concluido la redacción de un grupo de artículos, es preciso formular algunas observaciones sobre los términos empleados en el presente informe. La elección del término *liability* en la versión inglesa del título de este tema fue el resultado de un cambio de impresiones que tuvo lugar en el 25.º período de sesiones de la Comisión, en junio de 1973. El Sr. Kearney manifestó que, a su juicio,

el término *responsibility* sólo debe emplearse en relación con hechos internacionalmente ilícitos y que, cuando se trate de las consecuencias perjudiciales que puede tener la realización de determinadas actividades lícitas, hay que utilizar el término *liability*, que es más exacto en este caso¹².

La Comisión aprobó esta propuesta sin debate¹³. El Relator Especial para la responsabilidad de los Estados (primera parte), Sr. Ago, observó que

la modificación es pertinente en lo que respecta al texto inglés. El término «*liability*» entraña la necesidad de reparar y, por lo tanto, en este caso es el término exacto. Para designar esos dos conceptos, la lengua francesa sólo dispone al parecer del término «*responsabilité*»¹⁴.

11. En realidad, la distinción señalada por el Sr. Kearney estaba firmemente arraigada, por lo menos a mediados del decenio de 1960, en la práctica de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, de las Naciones Unidas, y no se propone que se modifique¹⁵. Sin embargo, si se emplean dos expresiones en inglés mientras que en francés y en otros idiomas de trabajo no se utiliza más que una sola, la Comisión debe cerciorarse de que la variante inglesa es meramente idiomática [como la utilización de los dos términos ingleses *President* y *Chairman*, a los que corresponde en francés el término único *Président* («Presidente»)] y que no entraña ninguna diferencia de fondo. Parece que así ocurre en este caso. En la CDI¹⁶ y en otros lugares, los términos ingleses *responsibility* y *liability* se han utilizado indistintamente en relación con el régimen de las obligaciones dimanantes de las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. El término *responsibility*, al igual que el término *liability*, entraña «la necesidad de reparar», y, en las obras de derecho internacional en lengua inglesa, el término *liability* se utiliza corrientemente para referirse genéricamente a las consecuencias de toda obligación jurídica.

12. En el presente informe, por lo tanto, el término *liability* se utilizará, en toda la medida de lo posible, sin ningún matiz diferencial y en un sentido muy próximo al de su significado ordinario, es decir, un deber de prestación, una obligación (en contraposición a un derecho). No designa únicamente las consecuencias de una obligación, sino la obligación misma, que —como

¹² *Anuario...* 1973, vol. I, pág. 222, 1243.ª sesión, párr. 37.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, párr. 38.

¹⁵ Véase, por ejemplo, el tercer párrafo del preámbulo de la resolución 2777 (XXVI) de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1971:

«Recordando sus resoluciones 1963 (XVIII) de 13 de diciembre de 1963, 2130 (XX) de 21 de diciembre de 1965, 2222 (XXI) de 19 de diciembre de 1966, 2345 (XXII) de 19 de diciembre de 1967, 2453 B (XXIII) de 20 de diciembre de 1968, 2601 B (XXIV) de 16 de diciembre de 1969 y 2733 B (XXV) de 16 de diciembre de 1970, relativas a la preparación de un acuerdo sobre la responsabilidad por daños causados por el lanzamiento de objetos al espacio ultraterrestre.»

¹⁶ Véase, por ejemplo, *Yearbook of the International Law Commission*, 1973, vol. II, pág. 169, documento A/9010/Rev.1, párrs. 38 y 39.

el concepto de *responsibility*— incluye las consecuencias que de ella se derivan¹⁷. Tal vez sea un inconveniente que el término *liability* se haya considerado a veces como equivalente en derecho interno del término *responsibility* en derecho internacional¹⁸. Esta es, sin duda, una de las razones por las que el título del tema comprende la expresión *international liability* (responsabilidad internacional); pero en el cuerpo del presente informe se omitirá el adjetivo «internacional» salvo que su inclusión esté justificada por alguna razón especial.

¹⁷ En el «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2» de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 y Corr.1 y 2), tres artículos (139, 235 y 263) en cuyos títulos en inglés figuran los términos *responsibility* y *liability*; ambos términos figuran también en el texto de esos artículos. Esta terminología parece estar basada en el texto de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General; véase, por ejemplo, el párrafo 14 de la resolución 2749 (XXV) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1970:

«Todo Estado será responsable [*shall have the responsibility*] de garantizar que las actividades en la zona [...] se desarrollen de conformidad con el régimen internacional que se establezca. [...] Los daños causados por esas actividades entrañarán responsabilidad [*liability*].»

Este empleo de los términos parece basado también en el enunciado del principio 22 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano [*Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I] y en la relación entre ese principio y el principio 21:

«Principio 21

»De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios de derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación [*responsibility*] de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

»Principio 22

»Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad [*liability*] y a la indemnización de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción.»

En la versión francesa de los artículos 139, 235 y 263 del «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2», el término *responsabilité* corresponde:

a) al término *responsibility*: por ejemplo, en el título de los artículos 235 y 263 y en el párrafo 1 del artículo 139;

b) al término *liability*: por ejemplo, en el título del artículo 139 y en el párrafo 3 del artículo 235, mientras que en el párrafo 1 del artículo 235 el término francés *responsables* corresponde al término inglés *liable*. (Cf. los párrafos 2 y 3 del artículo 263, en los que el término francés *responsables* corresponde a los términos ingleses *responsible and liable*. Véase también, por ejemplo, el artículo 232, en el que existe una correspondencia terminológica más o menos análoga tanto en el título como en el texto.)

En relación con las variaciones ya señaladas, se advierten otras, que están destinadas a compensar las primeras y tienen por objeto lograr un equilibrio exacto entre los originales inglés y francés, por ejemplo:

a) *Responsibility and liability = Responsabilités et obligations qui en découlent; liability = obligation de réparer.*

b) *Responsibility and liability = obligation de veiller au respect de la convention et responsabilité en cas de dommages; States are responsible... = il incombe aux Etats de veiller...; international law relating to responsibility and liability = droit international relatif aux obligations et à la responsabilité concernant l'évaluation et l'indemnisation des dommages.*

Existen aún otras variantes: véanse, por ejemplo, las versiones inglesa y francesa del título y del texto del artículo 22 del anexo III.

En general, los elementos de juicio que ofrecen los textos parecen acordes con la premisa en que se ha basado la CDI, es decir, que los términos ingleses *responsibility* y *liability* son

niente que el término *liability* se haya considerado a veces como equivalente en derecho interno del término *responsibility* en derecho internacional¹⁸. Esta es, sin duda, una de las razones por las que el título del tema comprende la expresión *international liability* (responsabilidad internacional); pero en el cuerpo del presente informe se omitirá el adjetivo «internacional» salvo que su inclusión esté justificada por alguna razón especial.

13. El título se refiere a la responsabilidad internacional «por las consecuencias perjudiciales». Esta fórmula es, por supuesto, la que distingue en cuanto al fondo las obligaciones de que se trata en este tema de las que derivan de hechos ilícitos. También en este caso, el origen de esa fórmula se remonta al debate de 1973 de la Comisión: denota el hecho de que, mientras que todo hecho ilícito entraña una obligación de reparar, un acto no prohibido sólo implica tal obligación si causa un perjuicio. Existe aún otra distinción, que se examinará mejor en otro lugar del presente informe, a saber: que un acto no prohibido da lugar a una obligación sólo cuando así lo dispone una norma primaria de derecho internacional¹⁹.

14. Por razones imperiosas, la Comisión, en su período de sesiones de 1973, renunció a la expresión concisa «actos lícitos» en favor de la perífrasis, poco elegante pero más precisa, de «actos no prohibidos por el derecho internacional». En aquella ocasión, varios oradores hicieron observar, de una manera general, que la línea divisoria entre lo lícito y lo ilícito muchas veces no era fácil de trazar. El progreso tecnológico ha dado lugar a actividades que lindan con la ilicitud y que se encuentran tal vez en vías de convertirse en ilícitas, pero que por lo menos conllevan la obligación de reparar cualquier pérdida o daño que ocasionen²⁰. Por las razones entonces aducidas, se emplea en todo el presente informe la expresión «actos no prohibidos»; y, como no puede incumbir al Estado perjudicado la carga de la prueba de la licitud de las actividades de que se

meras facetas de un mismo concepto, que se expresa en francés por el término *responsabilité*.

La terminología empleada en el párrafo 14 de la resolución 2749 (XXV) de la Asamblea General y en otros textos análogos, incluida la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, no tenía por objeto escindir el átomo *responsabilité* en sus diferentes elementos. Su adopción estuvo dictada por las mismas consideraciones que sirvieron de guía a la CDI en 1973 y que fueron aceptadas por la Asamblea General con ocasión del examen del informe de la Comisión: es decir, que el desarrollo progresivo del derecho internacional de la responsabilidad (*responsibility* o *liability*) de los Estados requiere que las obligaciones derivadas de hechos ilícitos y las que pueden derivar de actos lícitos se examinen por separado.

Véase también T. Treves, «Les tendances récentes du droit conventionnel de la responsabilité et le nouveau droit de la mer», *Annuaire français de droit international*, 1975, París, vol. XXI, 1976, pág. 767.

¹⁸ Véase Treves, *op. cit.*, pág. 776.

¹⁹ Véase *Anuario... 1973*, vol. I, pág. 13, 1203.ª sesión, párr. 41 (Sr. Ushakov); y pág. 14, 1204.ª sesión, párr. 4 (Sr. Ago).

²⁰ *Ibid.* Véase, por ejemplo, pág. 7, 1202.ª sesión, párr. 23 (Sr. Kearney); pág. 8, párr. 32 (Sr. Hambro); págs. 10 y 11, 1203.ª sesión, párrs. 16 a 18 (Sr. Castañeda); pág. 14, 1204.ª sesión, párr. 3 (Sr. Ago).

queja, esta expresión debe entenderse implícitamente en el sentido más amplio de «actos prohibidos o no prohibidos».

15. Queda aún por mencionar la contraposición de las expresiones «responsabilidad por culpa» y «responsabilidad sin culpa» (o «responsabilidad por culpa» y «responsabilidad por riesgo»), que a menudo se utilizan por comodidad para designar, respectivamente, el régimen de la responsabilidad por hechos ilícitos y el de la responsabilidad dimanante de actos no prohibidos por el derecho internacional²¹. Los conceptos antinómicos de «culpa» y «falta de culpa» pueden considerarse como meras etiquetas, inadecuadas, por otra parte, para los fines de la Comisión, porque ese vasto y difícil concepto de «culpa» ha quedado hasta cierto punto sublimado en el derecho internacional moderno: no aparece por ningún lado en el proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados (primera parte)²², cuya primera lectura se acerca ya a su terminación. Desde otro punto de vista, para algunos tratadistas la antinomia entre responsabilidad «por culpa» y responsabilidad «sin culpa» constituye la esencia del problema que nos ocupa y puede llevar a una especie de reducción al absurdo: si la práctica de los Estados en esta esfera se remite finalmente al criterio de la diligencia debida (*care o due diligence*), por muy «objetivo» que esté ese criterio, ¿qué necesidad hay, en general, de un régimen auxiliar de responsabilidad que no esté basado en la obligación de diligencia o dónde tiene cabida ese régimen?

16. En el presente informe no se utilizan las expresiones «responsabilidad por culpa» y «responsabilidad sin culpa», ya que, aparte de cualquier otra objeción que pueda hacerseles, suscitan en el lector corriente, aún no familiarizado con el tema, un sentimiento de perplejidad y de desconfianza hacia los expertos. ¿Se pretende afirmar realmente —se preguntará— que los Estados soberanos, de suyo tan poco inclinados a someterse al yugo de la responsabilidad derivada de la ilicitud, deben acatar una norma de conducta aún más rigurosa al realizar actos que en principio no están prohibidos? En el presente informe, el régimen de la responsabilidad dimanante de actos no prohibidos por el derecho internacional se considera en gran parte —aunque quizá no totalmente— como el resultado de la obligación de debida diligencia, norma primaria de aplicación general que admiten y justifican con igual facilidad los defensores de las teorías subjetiva y objetiva de la responsabilidad²³. Pero llega un momento en que es preciso admitir la influencia de un principio modificado, que guarda una relación más estrecha con esta era de la interde-

pendencia; pues la obligación de diligencia deberá adquirir una dimensión nueva para poder explicar de manera convincente fenómenos como la limitación de la responsabilidad o las consideraciones enunciadas en el principio 23 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano²⁴.

17. En las publicaciones sobre este tema, el término «riesgo» se utiliza en dos sentidos por lo menos, que no siempre se distinguen claramente. Cada uno de esos sentidos corresponde a un uso corriente en inglés: el término *risk* puede designar un peligro latente, y a veces incluso denotar un peligro de excepcional gravedad —connotación que se expresa más exactamente con el término *ultra-hazard*—, o indicar simplemente en quién recae la carga de la responsabilidad, como en el aviso habitualmente colocado a la entrada de un camino particular para señalar a los transeúntes que quienes lo utilicen lo hacen *at their own risk* («de su cuenta y riesgo»). En esta última acepción, el término *risk* resulta totalmente innecesario, ya que existen expresiones más usuales y menos ampulosas para precisar a quién incumbe una obligación de diligencia o una responsabilidad. Con todo, si hemos de excluir el término «riesgo» de nuestro vocabulario científico, debemos empezar por reconocer que la interacción de sus diferentes significados ha estimulado considerablemente el pensamiento jurídico. Si los Estados crean riesgos —o no hacen nada por impedir su creación en el territorio nacional o, por empresas privadas, más allá de los límites territoriales de cualquier Estado—, ¿incumbe en principio a esos Estados soportar el riesgo creado o el derecho internacional deja a los demás Estados sin medios de recurso frente a los actos perjudiciales de un extranjero, al igual que ante los hechos de la naturaleza?

18. La definición de las actividades *ultra-hazardous* (es decir, que entrañan riesgos excepcionales) estará siempre ligada a las brillantes conferencias precursoras de C. Wilfred Jenks²⁵. Aproximadamente en la misma época en que Jenks exhortaba a que se tomaran medidas excepcionales para precaver peligros excepcionales, L. F. E. Goldie abría nuevos caminos en un influyente artículo en el que destacaba que las situaciones humanas y las experiencias jurídicas correspondientes, las posibilidades de adaptación jurídica y el alcance y la gradación de las soluciones posibles se engarzaban sin solución de continuidad²⁶. De estas y otras iniciativas

²⁴ Para la referencia, véase *supra*, nota 17. El principio 23 dice así:

«Principio 23

»Sin perjuicio de los criterios que puedan acordarse por la comunidad internacional y de las normas que deberán ser definidas a nivel nacional, en todos los casos será indispensable considerar los sistemas de valores prevalecientes en cada país y la aplicabilidad de unas normas que si bien son válidas para los países más avanzados pueden ser inadecuadas y de alto costo social para los países en desarrollo.»

²⁵ C. W. Jenks, «Liability for ultra-hazardous activities in international law», *Recueil des cours...*, 1966-I, Leyden, Sijthoff, 1967, t. 117, pág. 105.

²⁶ L. F. E. Goldie, «Liability for damage and progressive development of international law», *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 14, octubre de 1965, págs. 1189 y ss.

²¹ Para un análisis detallado y reciente de estos conceptos, véase P. M. Dupuy, *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, París, Pedone, 1976.

²² Para el texto de todos los artículos aprobados hasta ahora por la Comisión, véase *Anuario...* 1979, vol. II (segunda parte), págs. 108 y ss., documento A/34/10, cap. III, secc. B, subsecc. 1.

²³ Para un breve análisis de la doctrina concerniente a la «teoría de la culpa» y la «teoría objetiva», véase *Anuario...* 1978, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/315, cap. III, y particularmente págs. 202 a 216, párrs. 489 a 511.

se desprenden definiciones que contienen elementos indicativos de un orden de magnitud. Por el término *ultra-hazard* se entiende un peligro que se materializa raramente, pero que, en esas raras ocasiones, reviste proporciones catastróficas; se considera asimismo que abarca peligros insidiosos y que pueden tener efectos acumulativos masivos, como la contaminación atmosférica²⁷. Se ha señalado igualmente que los posibles regí-

²⁷ Jenks, *loc. cit.*, págs. 107 y ss.; Goldie, *loc. cit.*, págs. 1200 y ss.

menes de responsabilidad por actos no prohibidos pueden variar de los que establecen una responsabilidad meramente objetiva (*strict*) a aquellos en que la responsabilidad es absoluta (*absolute*) en el sentido de que no se admite ninguna causa de exoneración de responsabilidad si consta la existencia de la relación de causalidad. La necesidad de tales distinciones y el interés que pueden presentar para los trabajos de la Comisión no son dudosos, pero se han dejado a un lado al redactar el presente informe porque corresponden a un análisis más bien cuantitativo que cualitativo.

CAPÍTULO II

Comparaciones con la responsabilidad por hechos ilícitos

A.—Normas primarias y secundarias

19. Por razones históricas²⁸, este tema ha sido presentado a menudo como si estuviera en oposición, en ciertas esferas, con el régimen tradicional de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. Consciente del deber de permanecer neutral en esta materia, la Comisión, en su informe de 1973 a la Asamblea General, observó:

En vista del fundamento completamente distinto de la llamada responsabilidad por riesgos y de la naturaleza diferente de las normas que la prevén, y habida cuenta de su contenido y de las formas que puede adoptar, un examen conjunto de ambas cuestiones no podría sino hacer más difícil la comprensión de una y otra²⁹.

Desde entonces se ha cuidado siempre de no recargar el presente tema con precedentes tomados del régimen de la responsabilidad por hechos ilícitos. El artículo 1 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados (primera parte)³⁰ fue concebido expresamente de manera que no se prestara «a una interpretación que pueda excluir automáticamente la existencia de otras fuentes posibles de *responsabilidad*»³¹; e incluso se estimó poco probable que las normas de atribución enunciadas en el capítulo II de ese proyecto de artículos fueran aplicables a las obligaciones dimanantes de actos no prohibidos por el derecho internacional³².

20. Sin embargo, este deseo escrupuloso de no prejuzgar la evolución futura de la materia podría crear la impresión equivocada de que un régimen de responsabilidad por actos no prohibidos puede existir con total independencia del régimen de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. Ello supondría hacer caso omiso de las consecuencias de la distinción que la Co-

misión ya ha trazado entre normas «primarias» y normas «secundarias». El informe de 1973 seguía diciendo:

[la Comisión] se ha dedicado normalmente en sus proyectos anteriores a definir normas de derecho internacional que [...] imponen a los Estados determinadas obligaciones y que, en cierto sentido, pueden calificarse de «primarias». Al abordar el tema de la responsabilidad, la Comisión emprende, por el contrario, la definición de otras normas que [...] pueden calificarse de «secundarias» por cuanto su objeto es determinar las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas «primarias»³³.

21. El mejor exponente de esta distinción es el régimen convencional arquetipo establecido por el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1971³⁴. El artículo II del Convenio dispone:

Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo.

Esa disposición crea para los Estados partes una obligación «primaria» de pagar una indemnización por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. En virtud de una norma «secundaria», el hecho de que un Estado parte no pague la indemnización debida constituye una violación de una obligación internacional de ese Estado y da lugar a su responsabilidad internacional. Así pues, como puede verse, el régimen de la responsabilidad por actos no prohibidos no menoscaba la universalidad del régimen de la responsabilidad por hechos ilícitos, ya que ambos regímenes se sitúan en planos diferentes. Las obligaciones dimanantes de actos no prohibidos son el resultado de normas «primarias» determinadas, cuya violación, como la de cualquier otra norma «primaria», hace que entren en juego las normas «secundarias» de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos.

²⁸ Véase *supra*, párrs. 3, 4 y 15.

²⁹ *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 172, documento A/9010/Rev.1, párr. 38.

³⁰ Véase *supra*, nota 22.

³¹ *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 172, documento A/9010/Rev.1, párr. 39.

³² Véase *Anuario... 1974*, vol. I, pág. 31, 1257.^a sesión, párr. 25.

³³ *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 172, documento A/9010/Rev.1, párr. 40.

³⁴ Resolución 2777 (XXVI) de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1971, anexo.

22. La distinción que acaba de hacerse ciertamente no es nueva: es evidente que la Comisión la tuvo presente durante su debate de 1973³⁵. La misma cuestión se planteó —esta vez en relación con las obligaciones relativas al trato de los extranjeros— durante el debate que celebró la Comisión en 1977 acerca del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados (primera parte), con ocasión del examen del artículo 22, relativo al agotamiento de los recursos internos³⁶. Aunque existían diferencias de opinión sobre otros puntos, no hubo desacuerdo acerca de la distinción expuesta del modo más sucinto por el Sr. Ushakov, quien hizo observar que existían «dos categorías de resarcimiento: el resarcimiento como consecuencia de la responsabilidad internacional y el resarcimiento como consecuencia de una norma primaria»³⁷. Surgió de nuevo esta cuestión, aunque más indirectamente, durante el debate celebrado por la Comisión en 1978 sobre el proyecto de artículo 23 (Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado)³⁸. Una característica de este tipo de obligación es la de que puede exigir del Estado que es sujeto de la obligación un comportamiento que satisfaga un criterio más riguroso que el de la debida diligencia, sin que se trate tampoco de un criterio absoluto³⁹.

23. Para situar esta cuestión en una perspectiva más lejana, la Comisión decidió en 1963, con la aprobación de la Asamblea General, no reanudar sus anteriores tentativas de examinar el tema de la responsabilidad de los Estados en el sector particular de la responsabilidad por daños a la persona o los bienes de los extranjeros ni emprender el estudio de este tema en ningún otro sector determinado. En vez de ello, la Comisión estudiaría las normas «secundarias» de la responsabilidad internacional como una materia general e independiente, desligada de todo tratamiento sistemático de las normas «primarias» cuya violación da lugar a responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito⁴⁰. Así pues, la distinción entre normas «primarias» y normas «secundarias» es un instrumento de análisis y los tres proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados —en elaboración o proyectados—

serán polivalentes, de suerte que su aplicación a las diversas esferas del derecho internacional, incluida la que constituye el objeto del presente tema, compensará ampliamente los esfuerzos que hayan costado.

24. En los párrafos precedentes, los términos «primarias» y «secundarias» se han colocado entre comillas para indicar que se trata de abstracciones que sólo tienen la validez que se opta por atribuirles como método para aclarar los problemas. Muchos autores estiman que las consecuencias perjudiciales —es decir, la pérdida o el daño, material o no material— son un tercer elemento constitutivo esencial para determinar la responsabilidad por hechos ilícitos⁴¹. Otros, en cambio, consideran que incluso el factor de la atribución —es decir, la imputabilidad al Estado como persona jurídica— figura erróneamente entre los elementos constitutivos⁴². Ambas concepciones pueden revestir cierta importancia para el análisis de las relaciones entre el régimen de la responsabilidad por actos no prohibidos y el de la responsabilidad por hechos ilícitos.

25. Sin embargo, los términos «primarias» y «secundarias» tienen un sentido irreductible en el que se pueden utilizar sin comillas, y así cabe afirmar que las normas secundarias son simplemente una matriz vacía en la que las normas primarias —normas que establecen la obligación— pueden producir su efecto sustantivo. De este modo, Quadri señala:

Esta es la razón por la cual, desde el punto de vista del método, siempre hemos criticado la tendencia casi general en la doctrina y en la práctica diplomática a considerar la mayor parte de los problemas relativos al trato de los extranjeros como problemas de responsabilidad. Nos referimos sobre todo a las obligaciones internacionales del Estado en lo que concierne a la protección de los extranjeros, de su persona o de sus bienes. En las obras generales de derecho internacional público se trata esa materia en los capítulos dedicados a la responsabilidad, insistiendo de un modo muy especial en la «denegación de justicia» (*denial of justice*), considerada como ejemplo típico de delito internacional. Pero la denegación de justicia no es en realidad más que una de las maneras de violar la obligación de proteger a los extranjeros y, por lo tanto, debería examinarse en el capítulo relativo al trato de los extranjeros⁴³.

Esta observación es igualmente aplicable a la materia objeto de nuestro estudio, la única otra esfera sustantiva del derecho que se persiste en presentar como un aspecto de normas secundarias.

B.—Prevención de la ilicitud

26. El cambio de perspectivas resultante de pasar de las normas secundarias a las normas primarias permite situar el tema en un marco menos artificioso. El régi-

³⁵ Véase, por ejemplo, *Anuario... 1973*, vol. I, pág. 13, 1203.^a sesión, párr. 41 (intervención del Sr. Ushakov); y pág. 14, 1204.^a sesión, párr. 4 (respuesta del Sr. Ago, Relator Especial):

«El Sr. Ushakov ha señalado acertadamente la existencia de un principio general que liga la responsabilidad por un hecho ilícito con toda violación de las normas jurídicas, mientras que un hecho lícito sólo da lugar a responsabilidad si así lo dispone una norma sustantiva o primaria. Si el daño ocasionado por una actividad lícita, es decir, no prohibida, como las actividades en el espacio ultraterrestre, acarrea la obligación de resarcir, no se trata estrictamente de una responsabilidad, sino de una garantía [...]»

³⁶ Véase *Anuario... 1977*, vol. I, págs. 268 a 273 y 278 a 298, sesiones 1463.^a y 1465.^a a 1468.^a

³⁷ *Ibid.*, pág. 295, 1468.^a sesión, párr. 14.

³⁸ Véase *Anuario... 1978*, vol. I, págs. 4 a 20, sesiones 1476.^a a 1478.^a

³⁹ *Ibid.*, vol. II (segunda parte), págs. 81 y 82, documento A/33/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2, art. 23, párrs. 4 y 6 del comentario.

⁴⁰ Véase, en particular, *Anuario... 1969*, vol. II, págs. 240 y ss., documento A/7610/Rev.1, cap. IV.

⁴¹ Véase, por ejemplo, Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (cap. X: *International responsibility*), pág. 267.

⁴² Véase, por ejemplo, R. Quadri, «Cours général de droit international public» (cap. IV: *Responsabilité et garantie*), *Recueil des cours...*, 1964-III, Leyden, Sijthoff, 1966, t. 113, págs. 457 a 459: «Todo estriba en la relación de causalidad. La cuestión de la imputabilidad sigue siendo de la competencia exclusiva del derecho interno [...]» (*Ibid.*, pág. 459.)

⁴³ *Ibid.*, pág. 456.

men de diligencia razonable, aplicado a un Estado que realiza o permite que se realice una actividad que puede tener efectos perjudiciales fuera de sus fronteras, podría —por ejemplo— incluir obligaciones de reunir y proporcionar datos, de tratar de llegar a un acuerdo sobre los métodos de construcción, los procedimientos de explotación o los niveles tolerables de contaminación, y de garantizar la reparación de las consecuencias perjudiciales que sobrevinieran pese a todas las precauciones. Según las circunstancias, el criterio del cuidado razonable o la diligencia debida puede perfectamente exigir normas de comportamiento más rigurosas que las propias como parte de un régimen especial de protección que comprenda garantías de resarcimiento de las posibles víctimas de todo riesgo que no se pueda eliminar por completo. El régimen general de responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos proporcionará criterios para clasificar las diversas obligaciones que constituyen el régimen especial de protección, pero el alcance de cada una de esas obligaciones será determinado por la propia norma primaria⁴⁴. Así, el régimen de seguridad absoluta establecido por el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales⁴⁵ puede considerarse no sólo como el enunciado de las normas convencionales aplicables, sino también como la expresión del grado de diligencia que los autores del Convenio juzgaban razonable en relación con esa actividad particular.

27. Hay que matizar inmediatamente la afirmación anterior señalando que los regímenes convencionales de responsabilidad no contienen casi nunca indicaciones acerca de sus relaciones con el derecho consuetudinario y que, en los casos no regidos por ningún régimen convencional, generalmente se llega a una transacción amistosa y no basada en principios concretos. En eso radica una clave esencial de la naturaleza del presente tema. Para utilizar metafóricamente la terminología del derecho de la plataforma continental, la soberanía de cada Estado tiene su «prolongación natural», que en principio determina los límites de sus derechos y obligaciones respecto de cada uno de los demás Estados y de las zonas de uso común no sujetas a la soberanía de ningún Estado. Sin embargo, en la práctica, la mera invocación de principios no permite determinar fácilmente el trazado de cada línea de demarcación, sino que es menester llegar a una aproximación de común acuerdo, por referencia a principios de equidad, pero también con un espíritu de pragmatismo, tomando en consideración y conciliando las preocupaciones legítimas y satisfaciendo las justas demandas de cada uno de los Estados interesados⁴⁶. Volveremos a examinar esta cuestión en el capítulo siguiente.

28. En la esfera del medio ambiente, como en la mayoría de los casos se trata de peligros nuevos o cuya existencia se ha advertido recientemente, la necesidad de una reglamentación internacional se reconoce de una manera general y continuamente se crean regímenes convencionales de ámbito universal, regional, subregional y transnacional. En algunos sectores —en particular los del espacio ultraterrestre, la utilización de la energía atómica con fines pacíficos y el transporte marítimo de hidrocarburos—, los compromisos que han contraído los Estados (o las responsabilidades que han asumido) comprenden la obligación de indemnizar a las víctimas de los accidentes que no se hayan conseguido impedir o de establecer un sistema de indemnización⁴⁷. En otros sectores, como se ha visto, la falta de normas convencionales sobre la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales ha sido reconocida expresamente en forma de una nota de advertencia o de una afirmación de la necesidad de llenar esa laguna⁴⁸. El hilo conductor de

de Justicia que aclare los principios aplicables a una negociación del segundo tipo, como en los asuntos de la Plataforma continental del Mar del Norte, el enunciado de los criterios que la propia Corte declara aplicables no puede ser tan decisivo como el análisis que hace de la posición adoptada por cada una de las partes. Véase W. Friedmann, «The North Sea continental shelf cases: A Critique», *The American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 64, N.º 2 (abril de 1970), pág. 229.

⁴⁷ Véase, por ejemplo:

- Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (1971) (v. *supra*, nota 34).
- Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (1963) [Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1963 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 65.V.3), pág. 158];
- Convención acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (París, 1960) y Protocolo Adicional (1964) [*Journal du droit international* (Clunet), París, 96.º año, N.º 2, abril-junio de 1969, pág. 482];
- Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares (Bruselas, 1971) [Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.74.V.1), pág. 101];
- Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares y Protocolo Adicional (Bruselas, 1962) [Bélgica, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Comercio Exterior, Service des traités, *Conventions de droit maritime (Conventions de Bruxelles)*, Bruselas, 1968, pág. 85];
- Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos (Bruselas, 1969) [Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1969 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.71.V.4), pág. 187];
- Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (Bruselas, 1971) [Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1972 (*op. cit.*), pág. 104];
- Convención Internacional sobre la responsabilidad civil por daños de contaminación por hidrocarburos resultante de la exploración y explotación de recursos minerales del fondo del mar (Londres, 1976) [Reino Unido, *Final Act of the Intergovernmental Conference on the Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage from Offshore Operations* (Miscellaneous N.º 8 [1977]), Cmnd. 6791, Londres, H. M. Stationery Office, 1977, pág. 7].

⁴⁸ Véase *supra*, párr. 5 y nota 8. Véase también el principio 22 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (*supra*, nota 17) y el artículo

(Continúa en la página siguiente.)

⁴⁴ Véanse, por ejemplo, las observaciones del Sr. Ago, Relator Especial, acerca del artículo 23 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados (primera parte): *Anuario...* 1977, vol. I, pág. 248, 1457.ª sesión, párr. 21; *Anuario...* 1978, vol. I, págs. 10 y 11, 1477.ª sesión, párr. 5.

⁴⁵ Véase *supra*, nota 34.

⁴⁶ Esta generalización parece válida tanto en el caso de una gran consulta multilateral, por ejemplo la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, como en el de una negociación bilateral sobre delimitación de zonas marítimas. Así, incluso cuando se solicita de la Corte Internacional

toda la argumentación es que en principio no se debe permitir que las víctimas inocentes de una actividad que entraña cierto peligro tengan que soportar la pérdida, aun cuando el comportamiento del sujeto activo se presente sin tacha de ilicitud.

29. En la esfera mucho más antigua de la responsabilidad en materia de trato de los extranjeros, el derecho consuetudinario regula desde hace mucho tiempo situaciones que, sin pecar de extravagancia, se pueden analizar de manera análoga. También en esta esfera, los límites de la licitud y el alcance de la responsabilidad cuando no se alega la ilicitud son cuestiones controvertidas. Sørensen ha descrito las dos clases de responsabilidad como sigue:

En primer lugar, el Estado tiene la obligación de no ejercer su competencia de expropiación de modo arbitrario. [...]

En segundo lugar, es preciso que la expropiación no sea discriminatoria [...].

Toda expropiación efectuada en violación de estas condiciones rebasa los límites que el derecho internacional impone a la competencia territorial y constituye así un acto ilícito, que entraña un deber de reparación. [...]

Por el contrario, si no es lícita, la expropiación entraña no obstante la obligación de pagar una indemnización, pero es una indemnización por un acto lícito y como tal menos extensiva⁴⁹.

Para los presentes efectos basta con destacar la idea general en que se basa este razonamiento. El derecho internacional no restringe innecesariamente la libertad de acción de los Estados: si sus fines son legítimos y si los medios empleados para alcanzarlos tienen razonablemente en cuenta los intereses propios de otros Estados y los intereses de la colectividad, las consecuencias perjudiciales a que den lugar incidentalmente sus actividades no entrañan de por sí responsabilidad por hecho ilícito, siempre que se indemnice el perjuicio causado⁵⁰. Otra cuestión, que se examinará también en el próximo capítulo, es la de determinar hasta qué punto la obligación misma de resarcimiento puede estar subordinada a los intereses esenciales del Estado que actúa.

30. La Comisión ha tenido recientemente ocasión de considerar un tercer tipo de situación en que puede

surgir una obligación de reparar un perjuicio causado sin que medie ilicitud, es decir, el caso en el que un Estado actúa en violación de una obligación internacional que le incumbe, y en el que sus actos tienen consecuencias perjudiciales, pero circunstancias excepcionales como la fuerza mayor, el caso fortuito, el peligro extremo o el estado de necesidad excluyen su ilicitud⁵¹. Como señaló el Sr. Ago, Relator Especial para la responsabilidad de los Estados (primera parte), en relación con la cuestión del estado de necesidad:

Por tanto, esa exclusión no se extendería en ningún caso a las consecuencias que el mismo hecho engendrara por otro título y particularmente al nacimiento de una obligación de indemnizar los daños causados por el acto de «necesidad» que se imputara al Estado con otra base que no fuera la de una responsabilidad *ex delicto*⁵².

En realidad, la Comisión ha actuado basándose en ese criterio al señalar, en relación con las cuestiones de la fuerza mayor y el caso fortuito, que la exclusión de la ilicitud se entiende

sin excluir la posibilidad de que intervengan en tales casos reglas diferentes que impongan al Estado eventuales obligaciones de resarcimiento total o parcial no vinculadas a la perpetración de un hecho ilícito⁵³.

Así, incluso en el caso extremo en el que, por hipótesis, el agente no tiene ninguna opción ni ninguna posibilidad de evitar la consecuencia perjudicial, la Comisión ha apoyado el criterio, expuesto por algunos de sus miembros, de que no es justo que toda la carga recaiga sobre «el Estado que [haya] sufrido en sí mismo o en la persona de sus nacionales esos daños»⁵⁴.

31. En resumen, la tendencia que parece manifestarse es la de que los Estados, a medida que cobran conciencia de situaciones particulares en las que sus actividades, o actividades sometidas a su jurisdicción o bajo su control, pueden tener consecuencias perjudiciales en zonas situadas fuera de su territorio, tratan de llegar a un acuerdo con los Estados a los que pueda afectar el problema sobre los procedimientos que han de seguirse y los niveles de protección que se han de conceder. En algunos casos, esas medidas comprenden el establecimiento de un régimen de responsabilidad, mientras que en otros se puntualiza que las disposiciones adoptadas no regulan la cuestión de la responsabilidad. Aun en el primer supuesto, muy rara vez existe una tentativa consciente de determinar una norma jurídica consuetudinaria, sino que los Estados, para cumplir su obligación de diligencia y no exponerse a una acusación de comportamiento ilícito, definen y aplican las normas correspondientes a una situación determinada. Incluso en la situación extrema en que está excluida toda atribución

(Continuación de la nota 48.)

lo 235, párr. 3, del «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2» (*ibid.*):

«A fin de proporcionar una pronta y adecuada indemnización por todos los daños causados por la contaminación del medio marino, los Estados cooperarán en la aplicación del derecho internacional existente y en el ulterior desarrollo del derecho internacional relativo a las obligaciones y responsabilidades relacionadas con la evaluación de los daños y su indemnización y a la solución de las controversias conexas, así como, cuando proceda, en el desarrollo de criterios y procedimientos para el pago de una indemnización adecuada tales como un fondo de seguros o un fondo de indemnización.»

⁴⁹ M. Sørensen, «Principes de droit international public» (cap. IX: Limitations de la compétence territoriales), *Recueil des cours...*, 1960-III, Leyden, Sijthoff, 1961, t. 101, págs. 177 y 178.

⁵⁰ *Ibid.* (cap. X: Limitations de la compétence territoriale [suite]), págs. 197 y 198; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (cap. VII: Subjects of international law — the State and its territory), págs. 194 y 195.

⁵¹ Véase *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 146 y ss., documento A/34/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2, arts. 31 y 32; y *supra*, pág. 54, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7, párr. 81, proyecto de artículo 33.

⁵² *Supra*, pág. 23, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7, párr. 18.

⁵³ *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 159, documento A/34/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2, art. 31, párr. 39 del comentario.

⁵⁴ *Ibid.* Véase también *Anuario... 1979*, vol. I, pág. 196, 1571.ª sesión, párr. 4 (Sr. Riphagen).

bución al Estado de un comportamiento ilícito, existe cierta disposición a reconocer en principio una obligación de equidad de asumir por lo menos una parte de la carga de las consecuencias perjudiciales sufridas por una víctima inocente por medio o a causa de ese Estado. Sin embargo, los regímenes convencionales, inclui-

dos los que regulan la cuestión de la responsabilidad, pueden perseguir, desde luego, objetivos distintos de la prevención o la reparación de consecuencias perjudiciales: su función es lograr que el derecho internacional contribuya a conciliar y armonizar el conjunto de actividades creadoras beneficiosas.

CAPÍTULO III

Limitaciones de la soberanía

A.—*Sic utere tuo...*: el criterio del «daño»

32. Para comprender mejor la irresolución de los Estados a comprometerse a aceptar formulaciones concretas de normas de responsabilidad en esferas del derecho nuevas o en evolución es menester adoptar una perspectiva histórica. Hasta el siglo xx, los campos en que podía surgir un conflicto entre la libertad de acción del Estado dentro de sus fronteras y sus obligaciones para con otros Estados eran relativamente pocos. En la esfera de las inmunidades soberanas, al extenderse la actividad estatal a esferas comerciales empezaron a darse los elementos para un replanteamiento de la política jurídica. En el derecho del mar, el interés por asegurar la libertad de navegación seguía constituyendo aún la preocupación preponderante; y el derecho de paso inocente por el mar territorial no daba lugar todavía a ningún problema efectivo de equilibrio entre los intereses del Estado del pabellón y los del Estado ribereño. Del mismo modo, aunque el derecho relativo al trato de los extranjeros suscitó dificultades en todas las épocas, no ofrecía todavía un aspecto que pudiera considerarse indebidamente restrictivo de la libertad de todo Estado soberano de dirigir sus propios asuntos. Son las presiones del siglo xx las que han llevado al primer plano esas cuestiones.

33. En la esfera del medio ambiente, la utilización de los ríos internacionales para la navegación inició antes de 1900 una evolución basada en concesiones recíprocas; pero la doctrina Harmon, enunciada por primera vez por los Estados Unidos de América en 1895, negaba toda obligación de utilizar los cursos de agua no navegables en forma compatible con los intereses de los demás Estados ribereños. Los Estados Unidos, aunque no abandonaron explícitamente esa doctrina hasta 1960, en el contexto de los acuerdos concertados con el Canadá para la ordenación del río Columbia, ya se habían basado en principios diferentes al convenir con el Canadá las atribuciones del tribunal que ambos países establecieron conjuntamente en 1935 para dirimir el litigio que los oponía en el *Asunto de la fundición de Trail*⁵⁵. Ese tribunal fue autorizado a aplicar tanto los

principios de derecho internacional como los de la doctrina jurídica elaborada por los tribunales de los Estados Unidos en los litigios entre Estados de la Unión. En su laudo, el tribunal declaró que, conforme a los principios del derecho internacional y del derecho de los Estados Unidos:

[...] ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma que el territorio de otro Estado o las personas o bienes que allí se encuentren sufran daños por efecto del humo, cuando ello tenga consecuencias graves y quede demostrado el daño mediante pruebas claras y convincentes⁵⁶.

34. Curiosamente, la cuestión del equilibrio entre la libertad de acción del Estado dentro de su propio territorio y sus obligaciones para con otros Estados surgió en la doctrina de la Corte Permanente de Justicia Internacional en un contexto que no ha suscitado a menudo controversias, es decir, la cuestión del alcance del derecho del Estado de enjuiciar a un extranjero por un delito supuestamente cometido fuera del territorio de ese Estado. En el *Asunto del «Lotus»*⁵⁷, aunque el fallo versaba sobre una cuestión más limitada y aunque la Corte estaba especialmente preocupada por el derecho marítimo y por el carácter del territorio estatal atribuido a los buques, los miembros de la Corte se dividieron en dos grupos casi iguales acerca de la naturaleza de la soberanía del Estado. Para los magistrados que expresaron una opinión disidente era sorprendente que la soberanía de un Estado pudiera interpretarse de manera tan estricta y literal que permitiese a otro Estado inmis-

1958, relativo a los «aspectos jurídicos de la utilización de sistemas de aguas internacionales con referencia al sistema fluvial Columbia-Kootenay con arreglo al derecho internacional consuetudinario y al Tratado de 1909» [Estados Unidos de América, Congress, Senate, «Legal aspects of the use of systems of international waters with reference to Columbia-Kootenay River System under customary international law and the Treaty of 1909», Washington (D. C.) (85th Congress, 2nd session, Senate, Document No. 118)], págs. 66 y ss., donde consta que las pruebas presentadas en nombre del Departamento de Estado al Comité del Senado sobre Relaciones Exteriores en 1945 contradicen la doctrina Harmon. El Sr. Frank Clayton, letrado de la Sección de los Estados Unidos de la Comisión Fronteriza Internacional Estados Unidos-México, declaró en esa ocasión que «la opinión del Fiscal General Harmon jamás ha sido seguida por los Estados Unidos ni por ningún otro país que yo sepa».

⁵⁶ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (op. cit.), pág. 1965.

⁵⁷ «Lotus», Arrêt N.º 9, 1927: C.P.J.I., serie A, N.º 10.

⁵⁵ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1949.V.2), pág. 1911.

En cuanto a la doctrina Harmon, véase, por ejemplo, Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, págs. 188 a 192. Pero véase también el memorando del Departamento de Estado, de 21 de abril de

cuirse en los asuntos del primero aplicando sus leyes y procedimientos penales a la conducta de un extranjero que no tenía el propósito de perjudicar a ese Estado y no podía suponer que estuviera sometido a su legislación⁵⁸.

35. Aun así, la mayoría de la Corte en el asunto del *Lotus* hizo una neta distinción entre la inexistencia de un derecho a ejercer los poderes del Estado fuera de sus fronteras y su libertad de actuar a su arbitrio dentro de ellas, siempre que, al hacerlo, no infringiera una obligación internacional⁵⁹. La Corte no necesitaba llevar hasta sus últimas conclusiones la cuestión de si existía una norma de derecho internacional consuetudinario que impusiera tal obligación en la esfera de la jurisdicción penal; y esa cuestión no ha vuelto a plantearse ante ningún tribunal internacional. No obstante, el principio aducido por la Corte en el asunto del *Lotus* rige el desarrollo del presente tema: las limitaciones de la soberanía de los Estados dependen de la existencia de normas primarias que imponen obligaciones; y éstas no se presumen, sino que deben ser probadas. Del mismo modo, la profunda división que se produjo en la Corte con respecto a la principal cuestión no resuelta refleja la misma preocupación que confiere al presente tema su carácter apremiante: la soberanía de los Estados resulta irrisoria a menos que esté limitada en interés de la soberanía de los demás Estados y en interés de la comunidad internacional.

36. En el *Asunto del canal de Corfú*⁶⁰, la Corte Internacional de Justicia hizo especial hincapié en los dos aspectos del problema. «Entre Estados independientes, el respeto de la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales»⁶¹; ni siquiera una provocación grave puede justificar que el Estado perjudicado recurra a una política de intervención. Al mismo tiempo, la seguridad dentro de las propias fronteras que la observancia del derecho internacional puede ofrecer a los Estados es una garantía de libertad, no de arbitrariedad. La Corte apela a un principio que recuerda al que, en otro contexto, enunció el tribunal que conoció del asunto de la fundición de Trail y menciona «la obligación que incumbe a todo Estado de no permitir conscientemente que su territorio se utilice para realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados»⁶². Conviene advertir, sin embargo, que la Corte considera la violación de una norma indiscutible de derecho internacional, el derecho de paso inocente, y que se refiere a «actos contrarios a los derechos de otros Estados» y no a actos que causen «daño» o «perjuicio» a otros Estados⁶³.

⁵⁸ *Ibid.*, magistrado Loder, págs. 34 y 35; magistrado Weiss, pág. 44; magistrado Lord Finlay, págs. 56 y 57; magistrado Nyholm, pág. 60; magistrado Moore, págs. 92 y 93.

⁵⁹ *Ibid.*, págs. 18 y ss.

⁶⁰ *Detroit de Corfou*, fond, Arrêt: *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4.

⁶¹ *Ibid.*, pág. 35.

⁶² *Ibid.*, pág. 22.

⁶³ La brevedad de las referencias que en este capítulo se hacen a los asuntos de la fundición de Trail, del canal de Corfú y del lago Lanós no debe inducir en error al lector. Las publicaciones sobre esos tres asuntos célebres son abundantes y de mérito. Los especialistas encuentran en ellos una fuente de

37. La cuestión que existía latente en el asunto del *Lotus* sigue en pie: el criterio del «daño» es una variable que no cumple fácilmente la doble finalidad de determinar la existencia de una acción dañosa y medir su magnitud. Además, se plantean ahora problemas nuevos. Una vez probada la existencia de un perjuicio real, se tiene escasa predisposición a negar en principio la obligación de reparar, a menos que el perjuicio sea consecuencia de una actividad que los Estados interesados han convenido, expresa o tácitamente, en tolerar⁶⁴; y, salvo en este último caso, es por ello relativamente poco importante determinar si el perjuicio es el resultado de un acto ilícito o de un acto no prohibido por el derecho internacional. Cuando, en 1954, los Estados Unidos de América hicieron estallar una bomba de hidrógeno en el atolón de Eniwetok, en las Islas Marshall, algunos pescadores japoneses en alta mar resultaron lesionados y una fuente de recursos pesqueros que el Japón acostumbraba explotar quedó contaminada por residuos radiactivos. Los Estados Unidos de América, además de expresar su preocupación y pesar, ofrecieron «*ex gratia* al Gobierno del Japón, sin referencia a la cuestión de responsabilidad jurídica, la suma de dos millones de dólares como reparación de las lesiones o perjuicios sufridos», pero expresaron que entendían que la suma ofrecida se recibiría «como liquidación total de todas las pretensiones»⁶⁵.

38. El problema más delicado se plantea cuando el daño es potencial, es decir, una consecuencia más o menos previsible de determinada manera de obrar. En tal supuesto, el criterio de «ilicitud» o «ilegalidad» quizá no ofrezca más que la opción entre la prohibición de la actividad o su aceptación como manifestación legítima de la soberanía del Estado⁶⁶. En este punto es

estímulo para la evolución de un derecho del medio ambiente nuevo y sin trabas o la prueba reconfortante de que la observancia de los tratados y las normas tradicionales de la responsabilidad de los Estados siguen rigiendo en todo el ámbito del derecho internacional. Estaría fuera de lugar tratar de analizar esas publicaciones en el marco del presente informe preliminar.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, el arbitraje del asunto del lago Lanós:

«Pero no se ha sostenido en ningún momento que las obras previstas presenten un carácter ni entrañen unos riesgos distintos de los de otras obras de la misma índole que actualmente existen por todo el mundo.» [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 63.V.3), pág. 303.]

⁶⁵ Estados Unidos de América, *Department of State Bulletin*, Washington (D. C.), vol. XXXII, N.º 812 (4 de enero de 1955), págs. 90 y 91.

⁶⁶ En el Asunto de los ensayos nucleares, cuando la CIJ atendió la solicitud de indicación de medidas provisionales, uno de los seis miembros de la Corte que expresaron una opinión disidente, el magistrado Ignacio-Pinto, se refirió al parecer a dos posiciones extremas prohibitivas:

«no veo que exista en el estado actual del derecho ningún medio jurídico que autorice a un Estado a acudir a la Corte para pedirle que prohíba a otro Estado que realice en su propio territorio tales actividades [ensayos nucleares en la atmósfera] que entrañan riesgos para sus vecinos.»

Y más adelante:

«En efecto, adoptar la tesis de la demanda de Australia nos llevaría a una nueva concepción en derecho internacional, consistente en prohibir a los Estados el ejercicio dentro del ámbito de su soberanía territorial de toda actividad crea-

donde la doctrina titubea y se aparta de la práctica de los Estados. La simple dicotomía entre lo permitido y lo no permitido por las normas generales de derecho internacional consuetudinario no toma en consideración la diversidad de derechos e intereses que es preciso conciliar en el régimen de cualquier río internacional o de cualquier actividad intrínsecamente beneficiosa, aunque peligrosa, que tenga efectos transnacionales. La teoría jurídica tropieza con la absoluta variabilidad del concepto de «daño» como determinante de la ilegalidad, pero la práctica de los Estados acredita la fuerza de ese concepto como principio rector del desarrollo jurídico. La máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas* representa el reverso de la medalla de la soberanía. Se ha convertido en el origen de la evolución del derecho consuetudinario y de un centenar de negociaciones intergubernamentales en una docena de esferas diferentes. De hecho, la descripción que McDougal y Schlei hicieron del proceso de desarrollo del derecho consuetudinario relativo a los usos de la alta mar no deja de ser aplicable, un cuarto de siglo después, a la actividad de elaboración convencional de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar:

[...] Es un proceso continuo de acción recíproca en el que los órganos decisorios de cada Estado-nación formulan unilateralmente pretensiones del carácter más diverso y contradictorio [...] y en el que otros órganos decisorios, ajenos al Estado-nación peticionario y que comprenden funcionarios nacionales e internacionales, examinan y valoran esas pretensiones o puestas a la luz de los intereses de la comunidad mundial y de las partes contrarias y, finalmente, las aceptan o rechazan⁶⁷.

Para conciliar la doctrina con la práctica, es necesario desarrollar la teoría de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional reconociendo la importancia de sus correspondientes contextos de los intereses legítimos y de múltiples factores.

B.—Intereses legítimos y factores múltiples

39. En los párrafos anteriores y en el capítulo II⁶⁸ se ha hecho hincapié en que, en el mundo moderno, los problemas prácticos relativos a la delimitación de los intereses soberanos rara vez pueden resolverse por la

dora de riesgo.» [Ensayos nucleares (Australia c. Francia), medidas provisionales, ordenanza de 22 de junio de 1973: *C.I.J. Recueil 1973*, págs. 131 y 132.]

Véase, más generalmente, la opinión del magistrado Ignacio Pinto (*ibid.*, pág. 128); y véase, por ejemplo, la opinión disidente del juez Badawi Pasha en el Asunto del canal de Corfú (fondo), *C.I.J. Recueil 1949*, especialmente en las págs. 65 y 66 (1949).

⁶⁷ M. S. McDougal y N. A. Schlei, «The hydrogen bomb tests in perspective: Lawful measures for security», *The Yale Journal*, New Haven (Conn.), vol. 64, N.º 5 (abril de 1955), pág. 656. Véase también, respecto de las sesiones examinadas en esta sección, G. Handl, «An international legal perspective on the conduct of abnormally dangerous activities in frontier areas: The case of nuclear power plant siting», *Ecology Law Quarterly*, Berkeley (Calif.), vol. 7 (1978), N.º 1, especialmente págs. 6 a 15.

⁶⁸ Véase *supra*, párr. 26.

mera aplicación de una regla básica simple. Así, al dictar su fallo en el *Asunto de las pesquerías (Reino Unido c. Noruega)*⁶⁹, la Corte Internacional de Justicia rechazó la idea de que la línea media de bajamar fuera el único criterio para determinar las líneas de base del mar territorial. Esa regla podía resultar satisfactoria en muchos casos; pero no en todos. En el caso de la costa noruega, que presentaba profundas escotaduras, bastaba, para cumplir los requisitos del derecho internacional consuetudinario, que las líneas de base no se apartaran «de una manera apreciable de la dirección general de la costa», teniendo en cuenta «la relación más o menos estrecha existente entre ciertas zonas marítimas y las formaciones terrestres que las separan o rodean» y «ciertos intereses económicos propios de una región, cuya realidad e importancia vienen a ser claramente corroboradas por un largo uso»⁷⁰.

40. En los *Asuntos relativos a la plataforma continental del Mar del Norte*⁷¹, los factores que la Corte Internacional de Justicia señaló finalmente como aptos para orientar a las partes en la búsqueda de una solución acordada no se diferencian de los criterios adoptados por la Corte en el asunto de las pesquerías entre el Reino Unido y Noruega: la configuración geográfica; el dominio del mar por la tierra; la unidad de cualquier recurso natural; la medición de los frentes marítimos según la dirección general de las costas⁷². Cuando ni estos criterios ni otros aceptados de común acuerdo dan resultados ciertos, se vuelven a invocar los principios de edad; o, en este caso, de igualdad en la correspondiente esfera de intereses legítimos⁷³. Lo que se destaca sobre todo, sin embargo, es la obligación de negociar: la propia norma de derecho aplicable impone a las partes la obligación de «entablar negociaciones a fin de lograr un acuerdo y no simplemente [la de] proceder a una negociación formal como una especie de condición previa para la aplicación automática de un determinado método de delimitación a falta de acuerdo»⁷⁴.

41. Tales ampliaciones de la perspectiva jurídica no se llevan a cabo sin suscitar protestas. En el asunto de las pesquerías entre el Reino Unido y Noruega, el magistrado McNair, en su opinión disidente, observó:

A mi juicio, la modificación de los límites de las aguas territoriales para proteger los intereses económicos y otros intereses sociales carece de justificación jurídica; es más, la aprobación de semejante práctica daría lugar a una tendencia peligrosa en cuanto que alentaría a los Estados a adoptar apreciaciones sub-

⁶⁹ *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951: *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 116.

⁷⁰ *Ibid.*, pág. 133.

Estos criterios están codificados en el artículo 4 de la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 516, pág. 205) y en el artículo 7 del «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2» de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 y Corr.1 y 2).

⁷¹ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt: *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 3.

⁷² *Ibid.*, págs. 51 y 52.

⁷³ *Ibid.*, págs. 48 a 52.

⁷⁴ *Ibid.*, pág. 47.

jetivas de sus propios derechos en vez de ajustarse a una norma internacional común⁷⁵.

Del mismo modo, en los asuntos relativos a la plataforma continental del Mar del Norte, el magistrado Kozetsky, también en su opinión disidente, distingue los factores políticos, económicos y otros factores afines, adecuados para servir de guía a las partes en la búsqueda de un acuerdo, de aquellos pertinentes en lo que concierne a la función judicial:

La apreciación de tales consideraciones tiene un carácter político y subjetivo, y no corresponde a la Corte, como órgano judicial, ocuparse de ello, a menos que las partes le sometan un litigio relativo a una o varias cuestiones de índole realmente jurídica⁷⁶.

No obstante las protestas —y el comprensible anhelo de un mundo en que todo fuera más simple y el derecho y la política pudieran separarse más fácilmente—, no cabe duda de que en esos dos asuntos se cruzó una línea divisoria. La aceptación, aunque renuente, de la idea de que una misma norma jurídica puede aplicarse de manera multiforme se manifiesta en un cúmulo de opiniones individuales, tanto concurrentes como disidentes, de notables proporciones y gran mérito jurídico, que acompañan el fallo de la Corte en los asuntos relativos a la plataforma continental del Mar del Norte.

42. La conclusión que cabe extraer se ajusta bastante a la actitud de los Estados en la última parte del siglo xx. Siempre que ello sea posible, los Estados deben, en el ejercicio de su facultad para celebrar tratados, resolver los problemas antes de que se susciten sustituyendo los límites inciertos del derecho de cada uno de obrar a su arbitrio por límites fijados de común acuerdo y fáciles de observar, o por empresas comunes con objetivos y métodos de funcionamiento definidos. Como en el caso de la plataforma continental del Mar del Norte, los acuerdos logrados no pueden obligar a los que no son partes en ellos y tienen un interés jurídico, pero, al igual que en ese caso, la obligación de negociar «a fin de lograr un acuerdo y no simplemente [de] proceder a una negociación formal» constituye en sí misma la expresión de una norma obligatoria de derecho consuetudinario, aun cuando la norma tenga un carácter muy general. Esta norma, en la medida en que atañe a la conservación y utilización del medio físico, halla expresión en la célebre opinión del laudo arbitral dictado en el asunto de la fundición de Trail⁷⁷, citada en el pasaje correspondiente del fallo sobre el asunto del canal de Corfú⁷⁸ y confirmada en el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano⁷⁹. El hecho de que ese principio esté acompañado en el principio 22⁸⁰ de un llamamiento a que se continúe desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización, y en el principio 23 de la men-

ción destacada de una categoría general especialmente importante de intereses legítimos⁸¹, no le resta en absoluto fuerza jurídica.

43. Cabe enforzar los problemas del medio ambiente desde el punto de vista de la delimitación de los intereses propios de los Estados soberanos, de manera que el interés de cada uno alcance su máxima extensión con el mínimo menoscabo, o desde el punto de vista del uso equitativo de un recurso común. La expresión «recursos compartidos» suele reservarse para situaciones limitadas como aquellas en que las fronteras políticas no corresponden a la unidad geomorfológica del terreno⁸². No obstante, los conceptos de interés común y de interés propio son siempre complementarios. Así, por ejemplo, la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar trata de determinar los límites de las zonas marítimas a las que el Estado puede extender su soberanía y sus derechos soberanos, de armonizar los intereses propios de los Estados del pabellón y de los Estados ribereños en relación con cuestiones tales como el derecho de paso inocente por el mar territorial, incluidos los estrechos internacionales, y la jurisdicción más allá de los límites territoriales, de instituir un régimen de gestión y explotación de la zona económica exclusiva que establezca un equilibrio entre los intereses comunes y los intereses propios de los Estados y de desarrollar sus intereses comunes en la zona de los fondos marinos y oceánicos situada fuera de los límites de la jurisdicción nacional⁸³.

44. En estudios recientes de la propia CDI sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se ha subrayado que el suministro mundial de agua es limitado, que una cantidad determinada e invariable de agua está siendo reaprovechada constantemente por la naturaleza, pero que la depuración de la naturaleza no puede hacer frente a los niveles y clases de contaminación que se producen actualmente⁸⁴. La Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias⁸⁵, que es, al parecer, el primer instrumento convencional que se refiere al principio 21 de la Declaración de Es-

⁸¹ Véase *supra*, nota 24.

⁸² Véase, por ejemplo, la resolución 3129 (XXVIII) de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1973, y el valioso informe sobre cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados, presentado al Consejo de Administración del PNUMA por el Director Ejecutivo, en abril de 1975, como consecuencia de dicha resolución (UNEP/GC/44 y Corr.1 y 2 y Add.1). Véanse también los informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre los recursos naturales compartidos por dos o más Estados acerca de la labor realizada en sus reuniones segunda y tercera, celebradas en septiembre de 1976 y en enero de 1977 (UNEP/IG.3/3). Véanse también las notas 7 y 8 del presente informe.

⁸³ Véase «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2» (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 y Corr.1 y 2).

⁸⁴ Véase, en especial, el primer informe del Sr. Schwebel, Relator Especial [*Anuario...* 1979, vol. II (primera parte), pág. 145, documento A/CN.4/320]. Véanse también los datos acerca de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (marzo de 1977) contenidos en el segundo informe del Sr. Schwebel (*supra*, pág. 190, documento A/CN.4/332 y Add.1, párrs. 149 y ss.).

⁸⁵ ECE/HLM.1/2, anexo I.

⁷⁵ C.I.J. Recueil 1951, pág. 169.

⁷⁶ C.I.J. Recueil 1969, pág. 155.

⁷⁷ Véase *supra*, párr. 33.

⁷⁸ Véase *supra*, párr. 36.

⁷⁹ Véase *supra*, nota 17.

⁸⁰ *Ibid.*

tolcolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, pone de relieve poco más o menos el mismo aspecto, al comprometerse las partes contratantes (art. 3)

a elaborar sin demora indebida, mediante intercambios de datos, consultas y actividades de investigación y vigilancia, políticas y estrategias que sirvan para combatir la evacuación de contaminantes de la atmósfera, teniendo en cuenta los esfuerzos ya realizados a nivel nacional e internacional.

El aire, el agua y la luz y el calor filtrados del sol, que son todos ellos elementos indispensables para la supervivencia del hombre, están amenazados de degeneración irreversible como consecuencia de la actividad humana.

45. Ante presiones de este tipo, relacionadas con la protección del medio ambiente, con la búsqueda de la paz o con cualquier otro objetivo que afecte vitalmente a la condición humana⁸⁶, la obligación de proceder con un cuidado razonable o la debida diligencia adquiere mayor intensidad y una nueva dimensión⁸⁷. Al adoptar disposiciones eficaces para proteger el medio ambiente, tiene que mostrarse igual solicitud hacia las diversas circunstancias de los Estados y sus poblaciones. Tal es el objeto del principio 23 y de otras disposiciones de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, pero no faltan los ejemplos prácticos. Por ejemplo, en las propuestas sometidas a la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en relación con los objetivos y las políticas de producción en la zona de los fondos marinos se presta especial atención a

La protección de los Estados en desarrollo frente a efectos adversos en sus economías o sus ingresos de exportación, como resultado de una reducción del precio de un mineral afectado o del volumen de exportación de dicho mineral [...]»⁸⁸.

Asimismo, se prevé un sistema de compensación «para los países en desarrollo cuyos ingresos de exportación o economías sufran efectos desfavorables [...]»⁸⁹.

46. Si se considera la cuestión de otra forma, cabe pensar que la obligación de tener en cuenta todos los intereses que puedan verse afectados deriva directamente de la obligación de diligencia razonable, pero cabe también considerar que deriva de un principio de equidad que complementa e informa el cumplimiento de esa obligación. Se puede considerar que el Estado que realiza o autoriza una actividad que, en la práctica, causa considerables consecuencias perjudiciales más allá de sus fronteras, pese a las precauciones que haya podido

⁸⁶ A este respecto cabe señalar que la Reunión de alto nivel celebrada en el marco de la CEPE sobre la protección del medio ambiente (noviembre de 1979) (ECE/HLM.1/2 y Add.1), en la que se aprobó la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, estaba prefigurada ya en el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (agosto de 1975) (*Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa*, Helsinki, 1975, Lausana, Imprimeries réunies).

⁸⁷ Véase *supra*, párr. 16. Véase también Dupuy, *op. cit.*, especialmente el título II, cap. I, págs. 259 y ss.

⁸⁸ «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2» (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 y Corr.1 y 2), art. 150, apartado g.

⁸⁹ *Ibid.*, art. 151, párr. 4.

adoptar, ha incumplido su obligación de diligencia si no ha establecido, o no ha hecho todo lo que le incumbía para establecer, un sistema de resarcimiento adecuado y aceptado. Ahora bien, aunque estas mismas consecuencias perjudiciales se produzcan en circunstancias que ni siquiera un Estado diligente hubiera podido normalmente prever, cabe que la equidad exija que el Estado que haya realizado o permitido la acción indemnice a la víctima inocente⁹⁰; pero otras consideraciones de equidad pueden prevalecer sobre ésta⁹¹.

47. El principio de equidad a veces se aplica —por así decirlo en condiciones de laboratorio— en circunstancias en que se excluye la ilicitud de la acción⁹²; pero incluso en este caso límite la equidad actúa como función de la norma primaria de obligación, que requiere que la responsabilidad se determine atendiendo al mismo tiempo a las consecuencias perjudiciales sufridas por la víctima inocente y a la calificación del hecho⁹³. Al otro extremo, puede muy bien ocurrir que se haga remisión en primer lugar al derecho interno para la reparación de las consecuencias perjudiciales derivadas de actividades que las comunidades nacionales adyacentes hayan convenido, expresa o tácitamente, en tolerar, aunque en un caso concreto esas consecuencias perjudiciales tengan un carácter transnacional⁹⁴. Además, los Estados tienen siempre la posibilidad de hacer extensiva la aplicación de tales disposiciones, en condiciones de reciprocidad, a categorías de casos que, de otro modo, podrían dar lugar inmediatamente a su responsabilidad internacional. Por ejemplo, la OCDE ha aplicado este criterio en relación con la contaminación transfronteriza⁹⁵.

⁹⁰ *Ibid.*, art. 59:

«En los casos en que la presente Convención no atribuya derechos o jurisdicción al Estado ribereño o a otros Estados en la zona económica exclusiva y surja un conflicto entre los intereses del Estado ribereño y los de cualquier otro Estado o Estados, el conflicto debería ser resuelto sobre una base de equidad y a la luz de todas las circunstancias pertinentes, teniendo en cuenta la importancia respectiva que revistan los intereses de que se trate para las partes, así como para la comunidad internacional en conjunto.»

⁹¹ Cf. Plateau continental de la mer du Nord, arrêt: *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 50:

«En realidad no existen límites jurídicos a las consideraciones que los Estados pueden tener en cuenta para cerciorarse de que aplican procedimientos equitativos, y las más de las veces es la contraposición de todas esas consideraciones lo que produce este resultado y no el hecho de recurrir a una sola con exclusión de todas las demás. Tales problemas de equilibrio entre diversas consideraciones varían naturalmente según las circunstancias del caso.»

⁹² Véase *supra*, párr. 29.

⁹³ Cf. Plateau continental de la mer du Nord, arrêt: *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 48:

«No obstante, cuando se habla del juez que imparte justicia o que dice el derecho, lo que se entiende es que la decisión encuentra su justificación objetiva en consideraciones no fuera de la norma, sino con arreglo a la norma, y en esta esfera es precisamente una norma de derecho la que exige la aplicación de principios de equidad.»

⁹⁴ Véase *supra*, párr. 37 y nota 64.

⁹⁵ Véanse, por ejemplo, las recomendaciones acerca de los «Principes relatifs à la pollution transfrontière» y de «L'égalité d'accès en matière de pollution transfrontière», en *L'OCDE et l'environnement*, París, OCDE, 1979, págs. 117 y 124 respectivamente.

48. No es necesario, a los efectos del presente informe preliminar, examinar con mayor detalle las posibilidades ilimitadas que se ofrecen a los Estados al elaborar regímenes jurídicos para regular sus obligaciones mutuas en relación con intereses comunes o con actividades que tienen, o pueden tener, efectos perjudiciales transfronterizos. Sin embargo, quizá sea útil, para esclarecer los principios generales, referirse a dos tipos de modelo. En primer lugar, en las esferas muy importantes de los usos de la energía nuclear con fines pacíficos y del transporte marítimo de hidrocarburos, las medidas de seguridad y supervisión internacionalmente acordadas se han complementado con regímenes convencionales que regulan la responsabilidad por daños⁹⁶. En ambos casos, la responsabilidad emana del daño causado y se atribuye al explotador de la instalación o del buque: la víctima, ya se trate de un Estado o de un particular, debe recurrir ante el tribunal nacional competente, y se renuncia a toda inmunidad jurisdiccional que, en otro caso, habría podido alejarse; se trata de medidas destinadas a garantizar una reparación efectiva, pero se establece un límite máximo de responsabilidad con respecto a cada siniestro. En el caso de las convenciones relativas a daños nucleares, los Estados contratantes garantizan el pago de la indemnización dentro de los límites de responsabilidad fijados; en el caso de las convenciones sobre derrames de hidrocarburos no se prevé una participación estatal tan directa, pero algunos Estados han creado un fondo internacional de indemnización para enjugar las pérdidas en que puedan incurrir los armadores y las víctimas de los accidentes⁹⁷.

49. En segundo lugar, en las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales⁹⁸, que versan sobre los derechos y obligaciones recíprocos de los Estados que comparten una cuenca hidrográfica internacional, la Asociación de Derecho Internacional proporcionó un modelo precoz e importante de régimen aplicable a los recursos compartidos. Desde el punto de vista del presente informe, reviste especial interés el hecho de que el principio de la utilización equitativa, enunciado como norma en el artículo IV, se vincule a la obligación de reducir al mínimo la contaminación, enunciada en el artículo X, y que esas dos normas generales estén vinculadas a la extensa y no exhaustiva enumeración de factores pertinentes contenida en el artículo V⁹⁹. En el comentario al artículo IV se subraya

⁹⁶ Las convenciones pertinentes se enumeran en la nota 47.

⁹⁷ Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (Bruselas, 1971) (para la referencia, véase *supra*, nota 47).

⁹⁸ Para el texto original y completo de las Normas de Helsinki, con comentarios, véase ILA, *Report of the Fifty-second Conference (Helsinki, 1966)*, Londres, 1967, pág. 484. Para el texto español, véase *Ríos y lagos internacionales (utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4.ª ed., rev., OEA/Ser.I/VI, CIJ-75 rev. 2, Washington (D. C.), Organización de los Estados Americanos, 1971, págs. 628 y ss.

⁹⁹

«Artículo IV

«Todo Estado ribereño de una cuenca tiene derecho, dentro de su territorio, a una participación razonable y equitativa en los usos beneficiosos de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional.

la consideración fundamental de que en un régimen de protección del medio ambiente común debe prestarse igual atención a las peculiaridades y diferentes necesidades de los Estados y pueblos interesados¹⁰⁰.

»Artículo V

»1. La participación razonable y equitativa en el sentido del artículo IV se determinará según todos los factores pertinentes de cada caso particular.

»2. Entre los factores pertinentes que deben considerarse figuran los siguientes:

»a) la geografía de la cuenca, en particular la extensión de la zona de desagüe en el territorio de cada Estado ribereño;

»b) la hidrología de la cuenca, en particular la contribución de agua por cada Estado ribereño;

»c) el clima de la cuenca;

»d) la utilización anterior de las aguas de la cuenca, y en particular su utilización actual;

»e) las necesidades económicas y sociales de cada Estado ribereño;

»f) la población que necesita las aguas de la cuenca en cada Estado ribereño;

»g) los costos comparativos de medios alternativos para satisfacer las necesidades económicas y sociales de cada Estado ribereño;

»h) la disponibilidad de otros recursos;

»i) la prevención del desaprovechamiento innecesario en la utilización de las aguas de la cuenca;

»j) la posibilidad de que la indemnización a uno o más Estados corribereños de la cuenca sea medio de dirimir conflictos entre usuarios, y

»k) el grado en que pueden satisfacerse las necesidades de un Estado ribereño sin causar perjuicio sustancial a un Estado corribereño.

»3. El valor de cada factor se determinará por su importancia comparada con la de otros factores atinentes. Para determinar cuál es la participación razonable y equitativa se considerarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base de una evaluación del conjunto.»

«Artículo X

»1. En congruencia con el principio de utilización equitativa de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional, un Estado deberá:

»a) evitar cualquier forma nueva de contaminación del agua o cualquier aumento del grado de la contaminación existente en una cuenca hidrográfica internacional, que pudiera causar perjuicio notable en el territorio de un Estado corribereño, y

»b) tomar todas las medidas aconsejables para disminuir la contaminación existente en una cuenca hidrográfica internacional hasta un grado en que dicha contaminación no cause daño considerable en el territorio de un Estado corribereño.

»2. La norma establecida en el párrafo 1 de este artículo se aplica a la contaminación de las aguas que se origina

»a) en el territorio de un Estado, o

»b) fuera del territorio del Estado, si es causada por obra de éste.»

¹⁰⁰ ILA, *op. cit.*, pág. 487:

«Todo uso por un Estado de la cuenca debe tener en cuenta las necesidades económicas y sociales de utilización de las aguas por los demás Estados de la cuenca, y viceversa. [...] Para merecer protección, un uso debe ser "beneficioso", es decir, que debe ser económica o socialmente útil, a diferencia, por ejemplo, de una desviación de las aguas efectuada por un Estado con el único objeto de hostigar a otro Estado.

»Un "uso beneficioso" no es necesariamente el más productivo que pueda hacerse de las aguas, no implica tampoco

50. Al término del capítulo, hay que volver al concepto de «interés jurídico». En el *Asunto del lago Lanós*, el Tribunal arbitral señaló:

En realidad, hoy día los Estados tienen plena conciencia de la importancia de los intereses contradictorios, que pone en tela de juicio el aprovechamiento industrial de los ríos internacionales, y de la necesidad de conciliarlos mediante concesiones mutuas. El único medio de llegar a transacciones de interés es la conclusión de acuerdos, partiendo de una base cada vez más amplia. La práctica internacional refleja la convicción de que los Estados deben tratar de concluir tales acuerdos; habría así una obligación de aceptar de buena fe todas las conversaciones que, con una amplia confrontación de intereses unida a la buena voluntad recíproca, deben ponerlos en condiciones óptimas de concluir acuerdos¹⁰¹.

la utilización de los métodos más eficaces conocidos para evitar el despilfarro y garantizar la utilización máxima [...] la presente norma no tiene por objeto fomentar el despilfarro, sino someter a los Estados a una obligación de eficacia que guarde proporción con sus recursos financieros.»

¹⁰¹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (*op. cit.*), pág. 308.

Sin embargo, el derecho internacional no menoscaba la soberanía de los Estados supeditando su libertad fundamental de acción dentro de sus propias fronteras a un veto extranjero¹⁰²; y, salvo en último término, no confía en normas prohibitivas:

Francia puede ejercer sus derechos, pero no puede hacer caso omiso de los intereses españoles.

España puede exigir que se respeten sus derechos y se tengan en cuenta sus intereses.

Por lo que respecta a la forma, el Estado del curso superior tiene, en virtud del procedimiento, un derecho de iniciativa; no está obligado a contar con el Estado del curso inferior en la ejecución de sus proyectos. Si en el curso de las conversaciones el Estado del curso inferior le presenta proyectos, el Estado del curso superior debe examinarlos, pero tiene derecho a preferir la solución adoptada en su proyecto, siempre que en ella se tengan en cuenta de manera razonable los intereses del Estado del curso inferior¹⁰³.

¹⁰² Véase el laudo del Tribunal arbitral en el *Asunto del lago Lanós*, *ibid.*, en especial págs. 306 y 307.

¹⁰³ *Ibid.*, pág. 316.

CAPÍTULO IV

Naturaleza y alcance del tema

A.—Naturaleza del tema

51. Los datos reunidos en los capítulos precedentes posiblemente permiten definir el marco del presente tema, que puede ser contrastado de una manera preliminar con referencia al comportamiento conocido de los Estados y a las necesidades y esperanzas que éstos han expresado. En primer lugar, la base misma del tema está intrínsecamente contenida en su título actual. La responsabilidad sobre la que versa el tema no deriva de la ilicitud y, por consiguiente, sólo puede emanar de normas primarias que establecen obligaciones¹⁰⁴. Cualquier otra conclusión supondría dejar de lado los principios de la responsabilidad de los Estados tal como la Comisión los ha entendido y formulado y el precio que habría que pagar por ese abandono sería astronómico. El temor a tener que pagar ese precio es, en parte, lo que fomenta la resistencia a nuevos conceptos de responsabilidad que hallan expresión en términos como «riesgo» o «falta de culpa»¹⁰⁵.

52. En segundo lugar, el principio del que nace la obligación primaria tiene el mismo carácter fundamental que el principio según el cual las obligaciones dimanantes de tratados deben ser respetadas. Todo ordenamiento jurídico se funda en el postulado de que la libertad de cada sujeto de derecho tiene como límite el respeto, en pie de igualdad, de las libertades de los demás sujetos. En definitiva, el alcance y la intensidad

de las obligaciones de un Estado deben medirse en relación con esta norma, expresada en la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Si se considera que las normas secundarias, que en realidad son totalmente neutrales, desempeñan esta función, puede muy bien darse una fatal disparidad entre el alcance de los derechos del Estado y el de sus obligaciones correlativas¹⁰⁶. A veces se formulan nuevas teorías de la responsabilidad a fin de corregir la disparidad observada. Con el mismo propósito, algunos prestigiosos tratadistas han considerado que las cuestiones de atribución corresponden a la esfera de las normas primarias concretas a las que acompañan y no a la esfera general de las normas secundarias¹⁰⁷.

53. Con arreglo a la clasificación más corriente que ha adoptado la Comisión, la norma primaria sigue siendo la que determina la intensidad de una obligación. Así, por ejemplo, el Sr. Ago, Relator Especial para la responsabilidad de los Estados (primera parte), señaló que:

[...] las obligaciones internacionales de prevención de un acontecimiento pueden tener un origen consuetudinario o convencional y su contenido, así como el grado de prevención requerido, pueden ser muy variables. No se excluye la posibilidad de que algunas de ellas sean absolutas. Es evidente por otra parte que la protección de simples particulares extranjeros requiere un grado de prevención menor que el de las personas que gozan de una protección especial¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Véase *supra*, párrs. 19 a 25.

¹⁰⁵ Véase *supra*, párrs. 15 a 17.

¹⁰⁶ Véase *supra*, párrs. 26 a 28.

¹⁰⁷ Véase *supra*, párr. 24.

¹⁰⁸ *Anuario... 1978*, vol. I, pág. 10, 1477.ª sesión, párr. 5.

Por consiguiente, las normas secundarias deben aplicarse con referencia al contenido de la norma primaria correspondiente a fin de no frustrar el propósito de esa norma primaria.

54. En tercer lugar, los acontecimientos que han dado lugar en el siglo xx a la creación de una organización mundial y a infinitas otras formas de cooperación intergubernamental organizada también han originado innumerables situaciones de conflicto efectivo o potencial entre los Estados, cada uno de los cuales persigue un derecho o interés legítimo¹⁰⁹. La disparidad mencionada en el párrafo precedente adquiere entonces gran importancia práctica. Las presiones sobre lo que podría denominarse la «intimidad» de los Estados han dado origen a reiteradas reafirmaciones legislativas y judiciales de su soberanía inalienable, pero también a advertencias cada vez más frecuentes de que el derecho a vivir en libertad está subordinado al respeto de los derechos y las libertades de los demás. En el fallo dictado en el *Asunto del canal de Corfú* y en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, para mencionar sólo dos ejemplos destacados, tomados respectivamente de fuentes judiciales y legislativas, se hace igual hincapié en ambos aspectos¹¹⁰.

55. En cuarto lugar, a medida que los Estados cobren mayor conciencia de la necesidad de preservar ese precario equilibrio entre libertad y libertinaje, y la proclaman más paladinamente, el grado de diligencia que se deben recíprocamente puede aumentar. Por ejemplo, si bien la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias incluye a pie de página la tímida nota de que no contiene ninguna norma sobre responsabilidad, el tenor de la Convención y de las declaraciones concordantes hechas por los jefes de delegación en la Reunión de alto nivel en que ésta se adoptó son, en sentido general, un compromiso recíproco de observar niveles de vigilancia más altos¹¹¹. A causa de ese proceso evolutivo, como consecuencia o no de instrumentos convencionales, el principio del conocimiento real de una fuente de peligro, enunciado en el *Asunto del canal de Corfú*, puede sustituirse a veces, como criterio de la responsabilidad por ilicitud, por una valoración de si la falta de conocimiento es compatible con el grado de diligencia exigible. Más aún, ese criterio puede quedar purgado de todo elemento subjetivo por la aparición de una norma según la cual un nivel determinado de contaminación u otro perjuicio constituya una presunción, o incluso una prueba concluyente, de ilicitud¹¹².

56. Sin embargo, los Estados, contraponiendo a la necesidad de una normal observancia de criterios más estrictos cierta renuencia a admitir que una desviación accidental de esos criterios entrañe automáticamente la ilicitud, pueden optar por crear una zona intermedia. Así, en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1971, los Estados convinieron en que la caída accidental de

un objeto espacial en el territorio de otro Estado no sería ilícita, sino que daría nacimiento a una obligación de indemnización de las consecuencias perjudiciales ocasionadas¹¹³. Este planteamiento del problema tal vez presente varias ventajas. En primer lugar, tiene en cuenta la obligación —subrayada, por ejemplo, en el laudo arbitral dictado en el *Asunto del lago Lanós*— de que los Estados que realicen una actividad que pueda causar consecuencias perjudiciales de ámbito transnacional tomarán razonablemente en consideración los intereses y deseos de otros Estados que puedan resultar afectados¹¹⁴. En segundo lugar, elimina la tacha de ilicitud de una actividad que, debidamente reglamentada, se considera beneficiosa pese a su capacidad subsidiaria de causar un daño incidental. En tercer lugar, debería contribuir a facilitar una liquidación justa, eficiente y amistosa de toda responsabilidad en que se haya incurrido.

57. El punto de partida para la elaboración de un régimen de esta índole debe ser la igualdad de derechos y obligaciones implícita en el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano¹¹⁵ y en cualquier otro enunciado de la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Tampoco hay en principio ningún motivo para que el nivel de obligación no sea un nivel absoluto, por ser éste el único que guarda proporción con el carácter total de la soberanía del Estado y la exclusividad de su jurisdicción sobre su territorio y sobre sus buques, aeronaves y las actividades de sus nacionales cuando se encuentran fuera de la jurisdicción territorial de cualquier Estado. Además, como se ha visto, un nivel de obligación tan alto no es incompatible con los principios de la responsabilidad de los Estados ni con la tendencia moderna a formular normas primarias detalladas de forma que no dejen ningún margen de apreciación. También es compatible con la conclusión a que ha llegado la Comisión de que las circunstancias que excluyen la ilicitud no impiden necesariamente que la misma acción u omisión dé lugar a responsabilidad¹¹⁶. Las causas que fundamentalmente disuaden de formular las normas vigentes que establecen obligaciones y de aceptar normas nuevas no son doctrinales, sino que dimanen de la complejidad de la materia.

58. Sin embargo, esa misma complejidad es la que constituye el principal incentivo a elaborar regímenes para regular el comportamiento y las responsabilidades con respecto a actos no prohibidos, en vez de multiplicar las prohibiciones¹¹⁷. Por lo general, los intereses de las partes en una negociación de esta índole no estarán polarizados. La mayoría de los Estados expuestos a los peligros de derrames de hidrocarburos en el mar también dependen, como consumidores, productores, cargadores o las tres cosas a la vez, del transporte marítimo de hidrocarburos; por ello, una limitación de responsabilidad con respecto a cada siniestro puede parecer un

¹⁰⁹ Véase *supra*, párrs. 32 y 38.

¹¹⁰ Véase *supra*, párrs. 36 y 42.

¹¹¹ Véase *supra*, párrs. 5 y 7.

¹¹² Véase Dupuy, *op. cit.*, págs. 259 a 274.

¹¹³ Véase *supra*, párr. 21 y nota 34.

¹¹⁴ Véase *supra*, párr. 50 y nota 101.

¹¹⁵ Véase *supra*, nota 17.

¹¹⁶ Véase *supra*, párr. 30.

¹¹⁷ Véase *supra*, párrs. 42 y ss.

precio razonable para tener la certidumbre de indemnización dentro de ese límite y disminuir la carga financiera soportada por las empresas¹¹⁸. La mayoría de los Estados que han tropezado con un problema transnacional de contaminación atmosférica industrial a corta distancia también contribuyen por su parte a la contaminación que sufren junto con sus vecinos y están interesados en ampliar el campo en que se adoptan medidas correctivas uniformes¹¹⁹. En los casos en que hay un plan de acción que se presta a una aplicación uniforme por medio de los tribunales nacionales, la posibilidad de eludir los procedimientos menos estructurados de la negociación intergubernamental con respecto a cada siniestro también debería ser recibida con agrado por los diversos intereses y el régimen resultante puede contribuir hasta cierto punto a realizar el ideal monista de la unidad entre el derecho internacional y el derecho interno¹²⁰.

59. En los casos en que los intereses son desiguales, la obligación de diligencia, regida y completada por el concepto de equidad, debe tener en cuenta la validez de las situaciones humanas existentes y la necesidad de conservación de los recursos. Si las acciones u omisiones de un Estado causan daños en el territorio de otro Estado en circunstancias en que esté excluida la ilicitud, puede muy bien haber una obligación subsidiaria a cargo del primer Estado de compensar la pérdida sufrida por el segundo Estado¹²¹; pero, según las circunstancias de cada caso y los elementos del desastre común, quizá sea más equitativo que la pérdida sea compartida o que recaiga en quien la sufra. Si los adelantos de la ciencia y la técnica revelan las consecuencias nocivas de prácticas industriales consolidadas y ofrecen otras soluciones mejores, puede resultar totalmente equitativo que los Estados que tienen un interés común subvencionen a aquellos de entre ellos en los que recaiga el mayor peso de la carga de reequipamiento. Del mismo modo, puede ser justo que un Estado de aguas abajo contribuya al costo de una obra construida aguas arriba que reduzca el riesgo de crecidas y, cuando existe un interés internacional en preservar un recurso o paraje situado dentro de las fronteras de uno o varios Estados, la equidad puede exigir que se compartan tanto la carga como los beneficios.

60. En resumen, la elaboración de las normas relativas a la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional gira en torno al concepto variable de «daño»¹²². En los casos en que un Estado sufre un perjuicio considerable o estima razonablemente que está expuesto a un

perjuicio considerable, dimanante más allá de sus fronteras de las acciones u omisiones de otros Estados, existe una nueva relación jurídica que obliga a los Estados interesados a tratar de buena fe de llegar a un acuerdo acerca de la realidad del perjuicio o peligro y de las medidas de reparación o supresión adecuadas a la situación de que se trate. El Estado dentro de cuya jurisdicción se causa un perjuicio o peligro no puede negarse justificadamente a prestar su cooperación aduciendo que desconocía o desconoce la causa del peligro o que no tenía o no tiene ningún dominio efectivo sobre ésta. Si tal perjuicio o peligro no deriva de la violación de una obligación internacional determinada, el Estado que sufra ese perjuicio o peligro no puede exigir justificadamente ninguna limitación de la libertad de acción de otro Estado con respecto a cuestiones que surjan dentro de la jurisdicción de ese Estado, salvo el mínimo necesario para lograr la reparación y supresión del perjuicio o peligro, habida cuenta de cualesquiera intereses beneficiosos, aunque antagónicos.

61. Aunque el presente informe preliminar es una previsión y no una demostración de las cuestiones sobre las que versa, entendemos que el cuadro trazado en el párrafo anterior está de una manera general en conformidad con elementos de la práctica actual de los Estados y con manifestaciones solemnes de intención de carácter internacional, desde los objetivos y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y el enunciado del principio de buena vecindad de la Conferencia Afroasiática celebrada en Bandung en 1955¹²³ hasta la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano¹²⁴ y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados¹²⁵. Cabe considerar asimismo que ese cuadro señala la transición de la obligación de cuidado razonable o debida diligencia del contexto relativamente limitado del ajuste de diferencias entre Estados a las exigencias más complejas de intereses comunes interdependientes. No se ha estimado necesario en el presente informe inspirarse en analogías

¹²³ Indonesia, Ministerio de Asuntos Exteriores, *Asian-African Conference*, Bulletin N.º 9, Jakarta, 1955, pág. 2. La Declaración sobre las medidas en favor de la paz y la cooperación mundial contiene el pasaje siguiente:

«Libres de recelos y temores y llenas de confianza y buena voluntad recíprocas, las naciones deben practicar la tolerancia, vivir en paz unas con otras fieles al espíritu de buena vecindad y desarrollar una cooperación amistosa basándose en los principios siguientes [...]» (*ibid.*, pág. 18).

¹²⁴ Véase *supra*, notas 17 y 24.

¹²⁵ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3281 (XXIX). Véase especialmente el artículo 30:

«La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo de conformidad con esa responsabilidad. Las políticas ambientales de todos los Estados deben promover y no afectar adversamente el actual y futuro potencial de desarrollo de los países en desarrollo. Todos los Estados tienen la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Todos los Estados deben cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente.»

¹¹⁸ Cf. Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos (Bruselas, 1969) y Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (Bruselas, 1971) (para las referencias, véase *supra*, nota 47).

¹¹⁹ Véanse las recomendaciones de la OCDE citadas en la nota 95.

¹²⁰ Véanse, por ejemplo, los regímenes mencionados en las dos notas anteriores.

¹²¹ Véase *supra*, párrs. 29 y 47.

¹²² Véase en especial *supra*, párr. 38.

con el derecho interno, ya que éstas suelen ser tan generales que ya han entrado a formar parte del derecho internacional por mediación de la equidad o en calidad de principio general o, por el contrario, son tan específicas que su influencia se dejará sentir al proceder a la elaboración de un régimen determinado. No obstante, hay que reconocer que el tema de la interdependencia aplica necesariamente en el ámbito internacional elementos derivados de la experiencia y el sentido de los valores que han adquirido los Estados en el proceso de gestión de sus propios asuntos.

B.—Alcance del tema

62. El análisis detallado del alcance del tema corresponde más exactamente al segundo informe, a fin de poder tener en cuenta las opiniones de los miembros de la Comisión sobre el presente informe preliminar antes de avanzar más en la planificación del estudio. Hay, sin embargo, algunas cuestiones generales que convendría señalar a la atención de la Comisión, incluso en la etapa actual. En primer lugar, el título del tema es abstracto y de una generalidad ilimitada. El significado de ese título y de los términos que en él se emplean se ha analizado en el capítulo I, en el que se señaló que, en la práctica, este tema se ha estudiado siempre en el contexto específico del riesgo ambiental¹²⁶. A todo lo largo del presente informe se han mencionado ejemplos tomados de la esfera del medio ambiente, pero también se ha intentado demostrar que el principio expresado en el título del tema no se circunscribe a dicha esfera¹²⁷. A juicio del Relator Especial, no se pide a la Comisión que se adhiera a nuevos principios o que convierta las excepciones convencionales en reglas generales, sino que desarrolle principios vigentes, de antigua raigambre y gran generalidad, para atender una necesidad sin precedentes. En esta tarea ya tiene la ventaja de poder recurrir a una abundante práctica de los Estados.

¹²⁶ Véase *supra*, párrs. 3 y 4.

¹²⁷ En 1960, en su curso general, Sørensen examinó con detenimiento las limitaciones de la soberanía de los Estados (*loc. cit.*, pág. 5). Esbozó, por ejemplo, los elementos de la responsabilidad en materia de trato de los extranjeros a que se hace referencia en el párrafo 29 del presente informe. Aceptó, con más facilidad que algunos tratadistas prestigiosos, que «Pese a esas incertidumbres y dificultades, parece fundado concluir que el ejercicio de la competencia territorial del Estado está subordinado a un principio de buena vecindad internacional» (*ibid.*, pág. 198), pero llegó a la conclusión de que ese principio llevaba consigo su propia limitación:

«El perjuicio económico causado al Estado vecino por un cambio de política comercial de un Estado, por el aprovechamiento de sus recursos, por la mejora de sus vías de comunicación, etc., forma parte de las vicisitudes de la vida contra las que el derecho internacional no protege en absoluto, a menos que existan entre las partes compromisos contractuales que prevean tales contingencias.» (*Ibid.*, pág. 195.)

Habida cuenta de la evolución ocurrida desde 1960, y especialmente quizás de la adopción por la Asamblea General de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, sería preciso reconsiderar ahora esta última opinión.

63. En segundo lugar, al tratar de determinar los principios rectores se ha destacado, especialmente en el capítulo II del presente informe, la relación entre la responsabilidad por hechos ilícitos y la responsabilidad respecto de actos prohibidos por el derecho internacional. Toda obligación es susceptible de ser violada y, por consiguiente, todas las obligaciones, incluidas las que dan lugar a responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos, se pueden reducir finalmente al régimen de la responsabilidad por ilicitud. Un régimen de responsabilidad por actos no prohibidos no tiene como finalidad trazar la línea divisoria entre licitud e ilicitud, sino que sólo determina las condiciones en que la costumbre o los tratados permiten evitar la ilicitud. No se trata, sin embargo, de que los regímenes de responsabilidad por actos no prohibidos invadan campos en los que de otra manera los Estados no estarían sujetos a ninguna obligación. La mayoría de las veces amplían la esfera de libertad relativa conciliando y armonizando intereses y actividades antagónicas sin recurrir a la prohibición.

64. Indirectamente, pues, los regímenes de responsabilidad por actos no prohibidos pueden desempeñar una importante función al determinar, si llega el caso, una línea divisoria no trazada entre licitud e ilicitud. Algunas referencias iniciales a estas repercusiones más amplias forman parte del proceso de verificación de la validez del presente tema y su relación con otros temas. Hecho esto parece que no será necesario en futuros informes comparar constantemente el régimen de la responsabilidad por hechos ilícitos con el de la responsabilidad por actos no prohibidos. Es conforme a la lógica interna de este tema que, como se indica en el capítulo III del presente informe, los Estados tengan el deber de descubrir el contenido concreto del criterio del «daño», cuando llegue el caso, y de obrar en consecuencia.

65. Si la Comisión y la Asamblea General aceptan la idea de que este tema versa fundamentalmente sobre la elaboración de normas primarias que establecen obligaciones y que debe centrarse principalmente en las cuestiones relacionadas con el medio ambiente, también se podría acordar expresamente limitarlo, en los términos recomendados por el Grupo de Trabajo creado por la Comisión en su 30.º período de sesiones en 1978:

[El tema] trata de la forma en que los Estados utilizan o disponen la utilización de su medio físico, ya sea dentro de su propio territorio o en zonas no sujetas a la soberanía de ningún Estado. [El tema] trata además de las consecuencias nocivas que esa utilización u ordenación pueden acarrear dentro del territorio de otros Estados o en relación con los ciudadanos o los bienes de otros Estados en zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional. [...] ¹²⁸

En tal caso, quizá se decidiera después modificar el título del tema, de modo menos ambicioso y más concreto, para reflejar el ámbito de su verdadero objeto.

¹²⁸ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 148, documento A/33/10, cap. VIII, secc. C, anexo, párr. 13.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 32.º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura del documento</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/318/Add.5 a 7	Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago —El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional (<i>conclusión</i>)	Reproducido en el presente volumen (pág. 15).
A/CN.4/318/Add.8	Responsabilidad de los Estados —El origen de la responsabilidad internacional: principales obras citadas en los informes del Sr. Ago —Documento preparado por la Secretaría	<i>Idem</i> (pág. 75).
A/CN.4/326	Programa provisional	Mimeografiado. Para el programa aprobado, véase A/35/10, párr. 8 [vol. II (segunda parte), pág. 6].
A/CN.4/327	Noveno informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, por el Sr. Paul Reuter, Relator Especial —Proyecto de artículos, con comentarios (<i>conclusión</i>)	Reproducido en el presente volumen (pág. 137).
A/CN.4/328 y Add.1 a 4	Comentarios y observaciones de los gobiernos sobre los capítulos I, II y III de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos	<i>Idem</i> (pág. 92).
A/CN.4/329 y Add.1	El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación —Respuestas de los gobiernos al cuestionario de la Comisión	<i>Idem</i> (pág. 159).
A/CN.4/330 [y Corr.1 y 3]	Informe preliminar sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del proyecto de artículos), por el Sr. Willem Riphagen, Relator Especial	<i>Idem</i> (pág. 113).
A/CN.4/331 y Add.1	Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial	<i>Idem</i> (pág. 209).
A/CN.4/332 y Add.1	Segundo informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, por el Sr. Stephen M. Schwebel, Relator Especial	<i>Idem</i> (pág. 166).
A/CN.4/333	Duodécimo informe sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, por el Sr. Mohammed Bedjaoui, Relator Especial —Proyectos de artículos, con comentarios, sobre la sucesión en relación con los archivos de Estado (<i>continuación</i>)	<i>Idem</i> (pág. 1).
A/CN.4/334 y Add.1 [y Add.1/Corr.1] y 2	Informe preliminar sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial	<i>Idem</i> (pág. 259).
A/CN.4/335	Informe preliminar sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, por el Sr. Alexander Yankov, Relator Especial	<i>Idem</i> (pág. 243).
A/CN.4/L.311	Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates realizados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el trigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General	Mimeografiado.

<i>Signatura del documento</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/L.312	Proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales —Textos adoptados por el Comité de Redacción: artículos 61 a 80 y anexo, y títulos de las partes y secciones correspondientes del proyecto	Los textos se reproducen en el vol. I, págs. 204 y ss. (1624.ª sesión, párr. 30).
A/CN.4/L.313	Proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados —Proyectos de artículos sobre la sucesión en relación con los archivos de Estado; artículos C, D, E y F adoptados por el Comité de Redacción	<i>Idem</i> , págs. 224 y 225 (1627.ª sesión, párr. 27).
A/CN.4/L.314 y Add.1 y Add.1/Corr.1	Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones: cap. IV	Mimeografiado. Para el texto definitivo, véase A/35/10 [vol. II (segunda parte), pág. 1].
A/CN.4/L.315	<i>Idem</i> : cap. II	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.316	Proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación: artículos 1 a 5 y X y nota explicativa adoptados por el Comité de Redacción	Los textos se reproducen en el vol. I, pág. 278 (1636.ª sesión, párr. 24).
A/CN.4/L.317	Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes —Textos aprobados por el Comité de Redacción: artículos 1 y 6 y títulos de la primera y segunda partes del proyecto	<i>Idem</i> , pág. 266 (1634.ª sesión, párr. 43).
A/CN.4/L.318	Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados: artículos 33 a 35 adoptados por el Comité de Redacción	<i>Idem</i> , págs. 271 a 274 (1635.ª sesión, párrs. 42, 53 y 62).
A/CN.4/L.319	Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones: cap. I	Mimeografiado. Para el texto definitivo, véase A/35/10 [vol. II (segunda parte), pág. 1].
A/CN.4/L.320 y Add.1 a 4	<i>Idem</i> : cap. III	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.321 y Add.1	<i>Idem</i> : cap. V	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.322	<i>Idem</i> : cap. VI	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.323	<i>Idem</i> : cap. VII	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.324	<i>Idem</i> : cap. VIII	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.325 y Add.1	<i>Idem</i> : cap. IX	<i>Idem</i> .
A/CN.4/SR.1584 a SR.1642	Actas resumidas provisionales de las sesiones 1584.ª a 1642.ª de la Comisión de Derecho Internacional	Mimeografiado. Para el texto definitivo, véase vol I.

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استلم منها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب الى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.
