

ANUARIO  
DE LA  
COMISIÓN  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL  
  
1995

*Volumen II*  
*Primera parte*

*Documentos del cuadragésimo séptimo  
período de sesiones*

---

NACIONES UNIDAS





ANUARIO  
DE LA  
COMISIÓN  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL

1995

*Volumen II*  
*Primera parte*

*Documentos del cuadragésimo séptimo  
período de sesiones*



## ADVERTENCIA

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario...*, seguido del año de que se trate (por ejemplo *Anuario... 1994*).

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

Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;

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

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

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

\*

\* \*

Los informes de los Relatores Especiales, así como algunos otros documentos examinados por la Comisión en su 47.º período de sesiones, distribuidos originalmente en forma mimeografiada, se reproducen en el presente volumen habida cuenta de las correcciones publicadas por la Secretaría y con las modificaciones que exige la presentación definitiva de los textos en cuanto a la forma.

A/CN.4/SER.A/1995/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

*Número de venta:* S.97.V.2 (Part 1)  
ISBN-13: 978-92-1-333262-7

*Edición completa de dos volúmenes:*  
ISBN 92-1-233264-5

ISSN 0497-9885

## ÍNDICE

	<i>Página</i>
Abreviaturas y siglas .....	iv
Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas.....	iv
<b>Vacante imprevista en la Comisión</b> (artículo 11 del estatuto) (tema 1 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/465.</i> – Nota de la Secretaría.....	1
<b>Responsabilidad de los Estados</b> (tema 3 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/469 y Add.1 y 2.</i> – Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial.	3
<b>Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad</b> (tema 4 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/466.</i> – Decimotercer informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial .....	35
<b>Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional</b> (tema 5 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/468.</i> – Undécimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial .....	55
<i>Documento A/CN.4/471.</i> – Regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de «las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»: estudio preparado por la Secretaría.....	67
<b>La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados</b> (tema 6 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/470.</i> – Primer informe sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial...	133
<b>La sucesión de los Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas</b> (tema 7 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/467.</i> – Primer informe sobre la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas, del Sr. Václav Mikulka, Relator Especial.....	169
<b>Lista de documentos del 47.º período de sesiones</b> .....	191

## ABREVIATURAS Y SIGLAS

CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CSCE	Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMI	Organización Marítima Internacional
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
OUA	Organización de la Unidad Africana

\*

\* \*

<i>C.I.J. Recueil</i>	CII, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
<i>C.P.J.I. série A</i>	CPJI, <i>Recueil des arrêts</i> (n.ºs 1 a 24, hasta 1930 inclusive)
<i>C.P.J.I. série B</i>	CPJI, <i>Recueil des avis consultatifs</i> (n.ºs 1 à 18, hasta 1930 inclusive)
<i>C.P.J.I. série A/B</i>	CPJI, <i>Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i> (n.ºs 40 a 80, a partir de 1931)

\*

\* \*

### NOTA EXPLICATIVA: PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

En las citas, las palabras en cursiva seguidas de un asterisco no están subrayadas en el texto original.

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

**VACANTE IMPREVISTA EN LA COMISIÓN  
(ARTÍCULO 11 DEL ESTATUTO)**

[Tema 1 del programa]

**DOCUMENTO A/CN.4/465**

**Nota de la Secretaría**

*[Original: inglés]  
[1.º de febrero de 1995]*

1. A raíz de la elección del Sr. Vladlen Vereshchetin como Magistrado de la Corte Internacional de Justicia, ocurrida el 26 de enero de 1995, se ha producido una vacante en la Comisión de Derecho Internacional.

2. En este caso se aplica el artículo 11 del estatuto de la Comisión, que dispone lo siguiente:

En caso de que ocurra una vacante después de la elección, la Comisión la cubrirá con arreglo a las disposiciones de los artículos 2 y 8 de este estatuto.

Los artículos 2 y 8, a los que remite el artículo 11, dicen lo siguiente:

*Artículo 2*

1. La Comisión se compondrá de treinta y cuatro miembros de reconocida competencia en derecho internacional.
2. La Comisión no podrá tener dos miembros de una misma nacionalidad.
3. En caso de que un candidato tenga doble nacionalidad, se le considerará nacional del Estado en que habitualmente ejerza sus derechos civiles y políticos.

*Artículo 8*

En toda elección, los electores tendrán en cuenta que las personas que hayan de ser elegidas para formar parte de la Comisión reúnan individualmente las condiciones requeridas, y que en la Comisión, en su conjunto, estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo.

3. El mandato del miembro que ha de ser elegido por la Comisión terminará a fines de 1996.



# RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

[Tema 3 del programa]

## DOCUMENTO A/CN.4/469 y Add.1 y 2

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

[Original inglés]  
[9, 24 y 29 de mayo de 1995]

#### ÍNDICE

		<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		4
Obras citadas en el presente informe		5
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCION	1	7
<i>Capítulo</i>		
I LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LOS HECHOS INTERNACIONALMENTE ILCITOS TIPIFICADOS COMO «CRIMENES» EN EL ARTICULO 19 DE LA PARTE PRIMERA DEL PROYECTO DE ARTICULOS	2-140	7
A Introduccion	2-8	7
B Las consecuencias especiales o suplementarias de los crímenes internacionales de los Estados	9-69	8
1 Observaciones generales	9-11	8
2 Consecuencias sustantivas	12-33	8
a) Observaciones generales	12-16	8
b) Cesacion	17	9
c) Restitucion en especie	18-27	9
d) Indemnizacion	28	10
e) Satisfaccion y garantias de no repeticion	29-33	11
3 Consecuencias instrumentales	34-60	12
a) Generalidades	34-39	12
b) Solucion de controversias y comunicacion previa	40-45	13
c) Proporcionalidad	46-54	14
d) Contramedidas prohibidas	55-60	15
4 Otras consecuencias de los crímenes	61-69	17
C La funcion indispensable de las instituciones internacionales	70-120	18
1 Generalidades	70-77	18
2 Organos encargados de la reaccion «organizada» a violaciones de obligaciones internacionales fundamentales	78-84	19
3 Opciones posibles para una determinacion «organizada» de la existencia y atribucion de un crimen internacional	85-107	21
a) ¿Cabe una determinacion hecha exclusivamente por la Corte Internacional de Justicia, la Asamblea General o el Consejo de Seguridad?	88-99	21
b) Combinacion de las funciones politica y judicial	100-107	24

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
4 La decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre la existencia o imputación como requisito previo de la puesta en práctica, por los Estados, de las consecuencias de un crimen internacional	108-112	25
5 Otras cuestiones	113-120	26
a) La posible intervención de la Corte Internacional de Justicia en virtud de instrumentos distintos de la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados	113-117	26
b) Las funciones respectivas de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad, de la Corte Internacional de Justicia y de los Estados	118-120	27
D Conclusiones	121-139	28
1 Las objeciones actuales al artículo 19 de la primera parte	121-134	28
2 La solución propuesta y los principales instrumentos existentes sobre la organización internacional	135-136	30
3 El derecho internacional de la responsabilidad de los Estados y el sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas	137-139	30
E Texto de los artículos 15 a 20 de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados	140	31
II SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS RELATIVAS A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE UN CRIMEN INTERNACIONAL	141-147	33

---

#### Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

##### *Fuente*

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 78, pag 296
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Ibid, vol 660, pag 241
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibid, vol 1155, pag 443
Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de <i>Apartheid</i> (Nueva York, 30 de noviembre de 1973)	Ibid, vol 1015, pag 266
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979)	Ibid, vol 1249, pag 70
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones Suplemento N° 51, resolución 39/46, anexo</i>

---

## Obras citadas en el presente informe

AGO, R

«La colpa nell'illecito internazionale», *Scritti giuridici in onore di Santi Romano* (Padua), CEDAM, t III, 1940, reimpresso en *Scritti sulla responsabilita internazionale degli Stati* (Napoles), Jovene, t I, 1978

«Droit des traites a la lumiere de la Convention de Vienne introduction», *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye, 1971-III*, Leiden, Sijthoff, t 34, 1972, pags 297 a 332

ALSTON, Philip

«The Security Council and human rights Lessons to be learned from the Iraq-Kuwait crisis and its aftermath», *Australian Year Book of International Law*, vol 13, 1992, pags 107 a 176

ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, M P

«De maximis non curat praetor ? El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto Lockerbie», *Revista Española de Derecho Internacional* (Madrid), vol XLIV, n° 2, julio-diciembre de 1992, pags 327 a 350

ANNACKER, C

«The legal regime of erga omnes obligations in international law», *Austrian Journal of Public and International Law* (Viena, Nueva York), vol 46, n° 2, 1994, pags 131 y ss

ARANGIO-RUIZ, Gaetano

«Le domaine reserve – L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne cours general de droit international public», *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye, 1990-VI*, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff, t 225, 1993, pags 9 a 484

«Reflections on the problem of organization in integrated and non integrated societies», *Rivista di Diritto Internazionale* (Milan), vol 44, n° 4, 1961, pags 585 a 603

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

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

ARCARI, Maurizio

«Le risoluzioni 731 et 748 e i poteri del Consiglio di Sicurezza in materia di mantenimento della pace», *Rivista di diritto internazionale* (Roma), vol LXXV, n° 3, 1992, pags 932 a 965

BEDJAOUI, Mohammed

*Nouvel ordre mondial et contrôle de la legalite des actes du Conseil de securite*, Bruselas, Bruylant, 1994

BENVENUTI, Paolo

*L accertamento del diritto mediante i pareri consultivi della Corte internazionale di Giustizia*, Milan, A Giuffrè, 1985

BEVERIDGE, Fiona

«The Lockerbie affair», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol 41, octubre de 1992, 4ª parte, pags 907 a 919

BOWETT, Derek

«The impact of Security Council decisions on dispute settlement procedures», *Journal europeen de droit international*, vol 5, n° 1, 1994, pags 89 a 101

BROWNLIE, I

*System of the Law of Nations State Responsibility*, 1ª parte, Oxford, Clarendon Press, 1983

COMBACAU, Jean et S SUR

*Droit international public*, 2ª ed, Paris, Montchrestien, 1995

CONDORELLI, L

«La Corte internazionale di giustizia et gli organi politici delle Nazioni Unite», *Rivista di Diritto Internazionale* (Roma) vol LXXVII, n° 4 1994, pags 897 a 921

DE HOOGH, A J J

«The relationship between jus cogens obligations erga omnes and international crimes Peremptory norms in perspective», *Austrian Journal of Public and International Law* (Viena, Nueva York), vol 42, n° 2, 1991, pags 183 a 214

DUPUY, Pierre-Marie

«Après la guerre du Golfe», *Revue generale de droit international public* (Paris), t 95/1991/3, 1991, pags 621 a 638

FRANCK, Thomas M

«The "Powers of Appreciation" Who is the ultimate guardian of UN legality?», *American Journal of International Law* (Washington D C), vol 86, 1992, pags 519 y ss

FREUDENSCHUß, Helmut

«Between unilateralism and collective security Authorizations of the use of force by the UN Security Council», *Journal europeen de droit international*, vol 5, n° 4, 1994, pags 492 a 531

FROWEIN, Jochen

«Collective enforcement of international obligations», *Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht* (Stuttgart), vol 47, 1987, pags 67 a 79

GAJA, Giorgio

«Genocidio dei curdi e dominio riservato», *Rivista di Diritto Internazionale* (Roma), vol LXXIV, n° 1 1991, pags 95 y ss

«Reflexions sur le rôle du Conseil de securite dans le nouvel ordre mondial», *Revue generale de droit international public* (Paris), t XCVII, 1993, pags 297 a 320

GOWLLAND-DEBBAS, Vera

«Security Council enforcement action and issues of State responsibility», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol 43, enero de 1994, 1ª parte, pags 55 a 98

«The relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the light of the Lockerbie case», *American Journal of International Law* (Washington D C), vol 88, n° 4, octubre de 1994, pags 643 y ss

GRAEFRATH, Bernhard

«Leave to the Court what belongs to the Court The Libyan case», *Journal europeen de droit international*, vol 4, n° 2, 1993, pags 184 y ss

GRAEFRATH, Bernhard y M MOHR

«Legal consequences of an act of aggression The case of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait», *Austrian Journal of Public and International Law* (Viena, Nueva York), vol 43, n° 2-3, 1992, pags 109 a 138

HAILBRONNER, Kay

«Sanctions and third parties and the concept of international public order», *Archiv des Volkerrechts*, textos reunidos por O Kimminich, Ph Kunig, I von Munch et W Rudolf, Tubingen, J C B Mohr (Paul Siebeck), t 30, n° 1, 1992, pags 2 a 15

- LATTANZI, F  
«Sanzioni internazionali», *Enciclopedia del diritto* (Milan), 1989, vol XLIII
- LUZZATTO, R  
«Responsabilità e colpa in diritto internazionale», *Rivista di Diritto Internazionale* (Roma) vol LI, n.º 1 1968, pags 53 a 107
- MALANCZUK, Peter  
«The Kurdish crisis and allied intervention in the aftermath of the second Gulf war», *Journal european de droit international*, vol 2, n.º 2, 1991, pags 114 y ss
- MARAUHN, Thilo  
«The implementation of disarmament and arms control obligations imposed upon Irak by the Security Council», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol 52, 1992, pags 781 a 803
- MORELLI, G  
«Controversia internazionale, questione, processo», *Rivista di Diritto Internazionale* (Roma) vol LX, n.º 1-2 1977, pags 5 a 91
- OPPENHEIM, L  
*International Law A Treatise*, 8.ª ed, textos reunidos por H Lauterpacht, Londres, Longmans, Green and Co, 1955, vol I, *Peace*
- ORIHUELA CALATAYUD, E  
«La actuación del Consejo de Seguridad de la ONU en el asunto Lockerbie paradigma de "incontrolable" abuso de poder», *Revista Española de Derecho Internacional* (Madrid), vol XLIV, n.º 2, julio-diciembre de 1992, pags 395 a 416
- PALMISANO, Giuseppe  
«Les causes d'aggravation de la responsabilité des Etats et la distinction entre "crimes" et "delits internationaux"», *Revue generale de droit international public* (Paris), t 98/1994/1, 1994, pags 629 a 674
- PICONE, Paolo  
«Nazione Unite e obblighi "erga omnes"», *La Comunità Internazionale* (Roma), vol XLVIII, n.º 4, 1993, pags 709 y ss
- RAMCHARAN, B G  
«The Security Council Maturing of international protection of human rights», *The Review* (Comisión Internacional de Juristas), n.º 48, junio de 1992, pags 24 a 37
- RIGAUX, François  
«Le crime d'Etat Reflexions sur l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats», *Le droit international a l'heure de sa codification - Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, A Giuffrè, t III, 1987, pags 301 a 326
- ROBERTS, Lawrence D  
«United Nations Security Council resolution 687 and its aftermath The implications for domestic authority and the need for legitimacy», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol 25, n.º 3, primavera de 1993, pags 593 a 626
- SALMON, Jean  
«L'intention en matiere de responsabilité internationale», *Le droit international au service de la paix de la justice et du developement - Melanges Michel Virally*, Paris, A Pedone, 1991, pags 413 a 422
- SCISO, E  
«Puo la Corte internazionale di giustizia rilevare l'invalidità di una decisione del Consiglio di Sicurezza?», *Rivista di Diritto Internazionale* (Roma) vol LXXV, n.º 2 1992, pags 369 y ss
- SIMMA, B  
«Reflections on article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its background in general international law», *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* vol XX, n.º 1-2 de abril de 1970, pags 5 a 84
- «Does the UN Charter provide an adequate legal basis for individual or collective responses to violations of obligations erga omnes?», *The Future of International Law Enforcement New Scenarios - New Law? Proceedings of an International Symposium of the Kiel Institute of International Law March 25 to 27 1992* publicado bajo dirección de J Delbruck, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pags 125 y ss
- SPINEDI, Marina  
«Contribution a l'etude de la distinction entre crimes et delits internationaux» *Quaderni de la Comunità internazionale* 1984, n.º 2
- STARACE, Vincenzo  
«La responsabilité resultant de la violation des obligations a l'égard de la communauté internationale», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976-V*, Boston, Londres, Martinus Nijhoff, t 153, 1983, pags 265 a 313
- STEIN, Ted L  
«Observations on "Crimes of States"», *International Crimes of State A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, serie A, Droit, n.º 10, Institut universitaire européen, publicado bajo dirección de J H H Weiler, A Cassese et M Spinedi, Berlin, Nueva York, De Gruyter, 1989, p 194 a 199
- SUCHARITKUL, S  
«The process of peace-making following Operation "Desert Storm"», *Austrian Journal of Public and International Law* (Viena, Nueva York), vol 43, n.º 1, 1992, pags 1 a 31
- TOMUSCHAT, Christian  
«The Lockerbie case before the International Court of Justice», *The Review* (Comisión Internacional de Juristas), n.º 48, junio de 1992, pags 38 a 48
- VALLAT, F A  
«The Competence of the United Nations General Assembly», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1959-II*, Leiden, A W Sijthoff, t 97, 1960, pags 203 y ss
- WELLER, Mark  
«The Lockerbie case A premature end to the "New World Order"», *Revue africaine de droit international et compare* (Londres), t 4, 1992, pags 302 a 324
- ZIMMERN, Alfred  
*The League of Nations and the Rule of Law 1918-1935*, Londres, Macmillan, 1936

## Introducción

1. El presente informe consta de dos capítulos. El capítulo I trata de las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos tipificados como «crímenes» internacionales de los Estados en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos<sup>1</sup>. Tam-

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

bién contiene el proyecto de artículos propuestos en relación con esas consecuencias. En el capítulo II se estudian algunas cuestiones pendientes relativas al proyecto de artículos sobre el régimen de las contramedidas y se incluye un proyecto de artículo suplementario de la tercera parte referente a la solución de las controversias originadas por las contramedidas adoptadas respecto de los crímenes.

## CAPÍTULO I

### Las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos tipificados como «crímenes» en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos

#### A.—Introducción

2. Los debates sostenidos a lo largo del 56.º período de sesiones de la Comisión sobre la base de los informes quinto<sup>2</sup> y sexto<sup>3</sup>, en particular los respectivos capítulos II de los informes quinto y sexto, muestran que, al tratar de las consecuencias jurídicas de los llamados «crímenes internacionales de los Estados», la Comisión se enfrenta—aparte de las cuestiones de terminología, grado o importancia— con dos problemas o grupos de problemas relacionados entre sí. Uno de ellos es la determinación—*de lege lata* o *de lege ferenda*— de las consecuencias «especiales» o «suplementarias» de esos hechos internacionalmente ilícitos comparados con los hechos internacionalmente ilícitos conocidos en general con el nombre de «delitos» internacionales. Éste podría definirse como el aspecto meramente normativo de las consecuencias de los crímenes internacionales de los Estados. El otro problema o grupo de problemas se refiere a la identificación de la entidad o entidades a quienes incumbe o debe incumbir, en una medida que está por fijar, la determinación o ejecución de esas consecuencias especiales o suplementarias. Éste podría considerarse el aspecto institucional.

3. Por lo que hace al aspecto normativo, los debates han mostrado de sobra que los miembros de la Comisión partidarios de que se mantenga la distinción formulada en el artículo 19 de la primera parte aceptan el corolario evidente e inevitable de esa distinción. El corolario es que, para que dicha distinción tenga sentido o finalidad, los crímenes internacionales deben traer ciertas consecuencias especiales o suplementarias con respecto a los delitos internacionales.

<sup>2</sup> *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), pág. 1, doc. A/CN.4/453 y Add.1 a 3.

<sup>3</sup> *Anuario... 1994*, vol. II (primera parte), pág. 3, doc. A/CN.4/461 y Add.1 a 3.

4. En cuanto al aspecto institucional, los debates han mostrado con igual claridad que los miembros partidarios de la distinción formulada en el artículo 19 piensan que la ejecución de cualesquiera consecuencias especiales o suplementarias requiere o debería requerir alguna forma o formas de intervención de uno o varios órganos internacionales a fin de reducir, ya que no excluir totalmente, la arbitrariedad que de otro modo podría caracterizar a la ejecución de dichas consecuencias por un Estado o grupo de Estados que actuasen sin ninguna forma de control.

5. Con menos precisión, pero no con menos seguridad, otras dos observaciones se desprenden de los debates del 46.º período de sesiones. Una de ellas es la estrecha relación que existe entre lo que podría llamarse el aspecto simplemente normativo y el aspecto institucional. La medida en que las consecuencias especiales o suplementarias de los crímenes—a saber la agravación de las consecuencias de los «delitos»— pueden ser creíbles *de lege lata* o aceptables *de lege ferenda* depende en gran parte de la medida en que pueden preverse, *de lege lata* o *de lege ferenda*, instrumentos o dispositivos adecuados con miras a su ejecución justa y, por encima de todo, exenta de arbitrariedad. A juicio del Relator Especial, condición mínima de cualquier agravación importante sería alguna forma de determinación objetiva, jurídicamente fiable, de la existencia de un crimen y de su imputación a un Estado. Aunque sólo unos pocos miembros hicieron sugerencias concretas en cuanto a la naturaleza precisa de los instrumentos a los que debe recurrirse para tal determinación, el debate del 46.º período de sesiones mostró que la mayoría de los miembros partidarios del artículo 19—sean cuales fueren sus reservas sobre diversos aspectos de la cuestión— consideraban que la determinación objetiva de la existencia y de la imputación de un crimen debe ser un requisito previo de la aplicación de cualquier régimen especial. Así lo reconocieron también los miembros que se oponían a que se mantuviera la distinción.

6. Otro aspecto parece implícito en la tesis de la mayoría de los miembros partidarios del artículo 19, a saber que el régimen especial que haya de proponerse para los

crímenes difícilmente puede considerarse como un tema de codificación estricta. En su 28.º período de sesiones, cuando la Comisión aprobó el artículo 19 en primera lectura<sup>4</sup>, consideró, con muy buen criterio, que la existencia de hechos internacionalmente ilícitos particularmente graves sancionados por consecuencias agravadas formaba parte del derecho internacional, pero parece claro que la identificación y formulación precisas de las consecuencias especiales de tales hechos ilícitos y la determinación de un régimen de ejecución de dichas consecuencias no pueden sino imponer a la Comisión un esfuerzo de desarrollo progresivo más pronunciado que en cualquier otro campo de la responsabilidad de los Estados.

7. Dada la estrecha relación que existe entre la determinación de las consecuencias especiales o suplementarias y la elaboración de un régimen de ejecución, cabe preguntarse si no sería mejor tratar el problema institucional antes de acometer el problema puramente normativo. Ahora bien, dos razones llevan a preferir el orden inverso. En primer lugar, es mejor determinar lo que en definitiva haya de ser objeto de ejecución antes de pensar en los medios de ejecución. En segundo lugar, si bien ambos campos encierran cuestiones importantes de desarrollo progresivo, la determinación de las consecuencias especiales o suplementarias parece contener un mayor número de aspectos *de lege lata*. Al tratar primero esta esfera se puede por lo menos iniciar la exploración desde una *terra cognita* o menos *incognita*.

8. La sección B de este capítulo se dedica a la determinación de las consecuencias jurídicas especiales o suplementarias de los crímenes internacionales y a la formulación de las disposiciones que deban agregarse a los artículos de la segunda parte relativos a las consecuencias jurídicas de los delitos internacionales. En la sección C se trata el aspecto institucional. La sección D contiene observaciones y conclusiones.

## B.—Las consecuencias especiales o suplementarias de los crímenes internacionales de los Estados

### 1. OBSERVACIONES GENERALES

9. La distinción enunciada en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos entre dos tipos de hechos internacionalmente ilícitos se basa en la mayor gravedad de los crímenes internacionales en comparación con los delitos internacionales. De ello se sigue naturalmente que esta diferencia debe reflejarse en las consecuencias que se atribuyen (*de lege lata*) o que hayan de atribuirse (*de lege ferenda*) a los hechos internacionalmente ilícitos tipificados como crímenes. Obviamente, el punto de partida está en los artículos de la segunda parte adoptados provisionalmente hasta ahora<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 94 y ss.

<sup>5</sup> Véanse el texto de los artículos 1 a 6 *bis*, 7, 8, 10 y 10 *bis* en *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), págs. 58 y 59; el texto de los artícu-

10. Se han redactado los artículos pertinentes de la segunda parte, a saber 6 a 8, 10, 10 *bis*, 11, 13 y 14, de manera que abarquen las consecuencias de prácticamente todo hecho internacionalmente ilícito, con independencia de la calificación que se le dé a tenor del artículo 19 de la primera parte. Esto se aplica tanto a los artículos 6 a 10 *bis* relativos a las consecuencias sustantivas como a los artículos 11 a 14, que tratan de las consecuencias adjetivas. Ninguno de estos artículos se refiere en realidad a una u otra de las dos categorías de infracciones que se establecen en el artículo 19. La economía de esta parte del proyecto de artículos se basa, en efecto, en una idea diferente. La Comisión, habiendo aceptado, como cuestión de método, la indicación del Relator Especial según la cual sería mejor abordar el problema de las consecuencias especiales o suplementarias de los crímenes en la última etapa de la elaboración de la segunda parte del proyecto de artículos (y ello en vista de la especial complejidad del tema), ha tratado básicamente en los artículos 6 a 14 las consecuencias de los delitos. Ha mantenido en suspenso, por así decirlo, las consecuencias especiales o suplementarias de los crímenes.

11. Por consiguiente, aunque están formulados en términos generales que abarcan, a primera vista, las consecuencias de cualquier hecho internacionalmente ilícito, los artículos 6 a 14 tratan exhaustivamente, en principio, las consecuencias de los delitos pero no las de los crímenes. Dicho con más precisión, la Comisión ha dejado pendientes, al elaborar esos artículos, dos cuestiones:

a) En primer lugar, si se extiende a los crímenes —y en qué medida— alguna de las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos contemplados en los artículos 6 a 14, y, en caso afirmativo, si debe modificarse alguna de tales consecuencias, bien reforzando la posición de los Estados lesionados, bien agravando la responsabilidad del Estado infractor;

b) En segundo lugar, si deben traer los crímenes otras consecuencias, aparte de las que se prevén en los artículos 6 a 14.

En los párrafos que siguen se tratan esas dos cuestiones, primero en lo que se refiere a las consecuencias sustantivas y después en lo que hace a las consecuencias adjetivas. En ambos casos lo más acertado es proceder en el orden que se sigue en los artículos 6 a 14.

### 2. CONSECUENCIAS SUSTANTIVAS

#### a) *Observaciones generales*

12. La consecuencia sustantiva general es la reparación en su sentido más amplio, que va hasta la cesación de la conducta criminal e incluye la restitución en especie, la indemnización, la satisfacción y las garantías de no repetición. Si se considera que, en principio, la obligación de prestar reparación en sentido lato es consecuencia de

los 11, 13 y 14 en *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 161, nota 454 (el artículo 11 fue aprobado por la Comisión entendiéndose que tal vez sería necesario revisarlo a la luz del texto que finalmente se aprobó para el artículo 12).

cualquier hecho internacionalmente ilícito, sea cual fuere su gravedad, no cabe duda de que tal obligación incumbe también al Estado que ha cometido un crimen. Por consiguiente, dicho Estado seguirá sujeto al deber general de proceder a la cesación de la conducta criminal y de prestar reparación, según se enuncia en los artículos 6 y 6 *bis* de la segunda parte del proyecto de artículos.

13. Si se considera además que, en el caso de los crímenes, todos los Estados son Estados lesionados, según la definición formulada en el artículo 5 de la segunda parte, especialmente en el párrafo 3 de dicho artículo, cualquier Estado debe tener derecho a obtener la cesación de la conducta criminal o recibir reparación (en el sentido *lato* antes indicado) del Estado que ha cometido o está cometiendo un crimen.

14. Los aspectos activo y pasivo de la relación de responsabilidad podrían entonces tratarse en un artículo 15 de la segunda parte, que constituiría la disposición introductoria del régimen especial aplicable a las consecuencias sustantivas de los crímenes internacionales de los Estados.

15. Dicho régimen especial quedaría prologado —junto con el de las consecuencias adjetivas— por una disposición preliminar, constituida por el artículo 15 (véase sección E del presente capítulo *infra*).

16. El precepto por el que se extienden al caso de los crímenes las obligaciones generales de cesación de la conducta criminal y reparación enunciadas en el artículo 6 se aborda en el párrafo 1 del proyecto de artículo 16 (véase sección E del presente capítulo *infra*). Va seguido de disposiciones que adaptan a los crímenes la normativa sobre cesación y reparación contenida en los artículos 6 *bis* a 10 *bis*.

#### b) Cesación de la conducta criminal

17. No hay nada que añadir respecto de la cesación de la conducta criminal (art. 6) que manifiestamente se aplica tanto a los crímenes como a los delitos.

#### c) Restitución en especie

18. Como se prevé en el artículo 7 de la segunda parte del proyecto de artículos, la obligación de proceder a la restitución en especie está supeditada a varias atenuaciones enunciadas en los apartados *a* a *d*. La primera de ellas (imposibilidad material) y la segunda (violación de una obligación nacida de una norma imperativa del derecho internacional) no parecen menos apropiadas en el caso de los crímenes que en el caso de los delitos. Sin embargo, lo mismo no parece cierto en cuanto a las excepciones previstas en los apartados *c* y *d* del artículo 7.

19. La excepción del apartado *c*, según la cual el Estado lesionado no tendrá derecho a reclamar restitución en especie cuando ello entrañe «una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado de la obtención de la restitución en especie en vez de la indemnización», no debería aplicarse en el caso de un crimen. Habida cuenta de la rela-

ción *erga omnes* que se deriva de un hecho internacionalmente ilícito tan grave, la mayoría de los Estados lesionados (en el sentido del párrafo 3 del artículo 5 de la segunda parte) probablemente no obtendrían ninguna ventaja sustantiva del cumplimiento, por el Estado infractor, de la obligación concreta de proceder a la restitución en especie. Poco o ningún sentido tendría, pues, establecer una relación comparativa entre la situación del infractor, por una parte, y la de uno o varios Estados lesionados, por otra. La consideración primordial debe ser que el Estado infractor tiene que restablecer en la mayor medida posible un estado de cosas que sea de interés esencial —según la idea enunciada en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos<sup>1</sup>— para la comunidad internacional, y ello aunque se imponga una carga muy onerosa al Estado que ha puesto en peligro ese estado de cosas infringiendo normas fundamentales del derecho internacional.

20. Surge una duda similar, aunque en grado más limitado, respecto de la atenuación de la obligación de restitución en especie, que se enuncia en el apartado *d* del artículo 7 de la segunda parte. Nos referimos a la salvaguarda de la «independencia política o la estabilidad económica» del Estado infractor.

21. El mantenimiento de la estabilidad económica, pese a su enorme importancia para el pueblo y para el Estado interesado, no parece presentar, cuando se contrasta con el sacrificio del interés de los Estados lesionados por la restitución, el mismo grado de esencialidad. Con todo el respeto debido a la soberanía económica y la libre determinación económica, cabe preguntarse si los Estados lesionados por la violación grave de una norma que protege un interés esencial de la comunidad internacional deben verse privados, en todo o en parte, de la restitución en especie simplemente porque tal recurso podría poner en peligro la estabilidad de la economía del Estado infractor. Esa posibilidad no justificaría eximir al Estado infractor de la obligación elemental de restablecer, en la medida en que sea materialmente factible, la situación que existía antes de la violación. En cualquier caso, la derogación de esa causa de atenuación debería supeditarse a la salvaguarda de las necesidades vitales de la población del Estado infractor.

22. No obstante su aparente severidad, la sugerida derogación de la salvaguarda de la estabilidad económica, enunciada en el apartado *d* del artículo 7 de la segunda parte, sería particularmente apropiada en una situación en que el Estado infractor hubiese consolidado su prosperidad económica precisamente gracias al crimen cometido. Tal sería el caso, por ejemplo, de un Estado que hubiese obtenido una importante ventaja económica, en la esfera de las relaciones comerciales con otros Estados, gracias a una política esclavista o de explotación del trabajo de una parte de su población étnica, ideológica, religiosa o socialmente diferenciada, violando en gran escala obligaciones relacionadas con los derechos humanos fundamentales. Otro ejemplo sería el de una Potencia colonial que robusteciera su prosperidad económica aplicando una política de explotación despiadada de los recursos y de la población de un territorio dependiente. En tales casos no podría eximirse al Estado infractor de la

obligación de proceder a una restitución en especie, es decir, de restablecer el estado original de la población o del territorio ilegalmente explotados invocando el argumento de que el cumplimiento de tal obligación tendría — como muy bien puede ocurrir— un efecto negativo considerable en su estabilidad económica.

23. También habría que pensar, por lo que respecta al factor de atenuación a que se refiere el apartado *d* del artículo 7 de la segunda parte, en la posibilidad de hacer una distinción, dentro del concepto general de «independencia política», entre esta última y el régimen político. Por supuesto, una cosa es la independencia de un Estado, o sea su existencia como entidad soberana distinta junto a sus iguales y como sujeto distinto del derecho internacional —y la preservación de esa condición—, y otra es la llamada «libertad de organización», a la que todo Estado soberano tiene derecho en la elección de su forma de gobierno y la designación de sus dirigentes. Como es lógico, ambos conceptos guardan estrecha relación entre sí, pues la «libertad de organización» es precisamente una de las principales manifestaciones y consecuencias de la existencia de una entidad como Estado independiente y soberano. Con todo, puede haber una diferencia desde el punto de vista del factor de atenuación que se analiza.

24. Si bien se puede admitir que la independencia política en el primer sentido —a saber en el de condición de Estado independiente— ha de ser preservada —junto, es de suponer, con la integridad territorial—, incluso a costa de eximir a un Estado «criminal» de la obligación de proceder a una restitución en especie, lo mismo no puede decirse respecto de la «libertad de organización» —es decir el régimen— de tal Estado. Especialmente en el caso de la agresión (hecho ilícito perpetrado con frecuencia por dictadores y demás gobiernos despóticos), no está nada seguro, a juicio del Relator Especial, que la obligación de proceder a una restitución íntegra en especie pueda limitarse simplemente porque el cumplimiento de esa obligación pondría en peligro la existencia de un régimen reprochable. No ha de olvidarse que el mantenimiento de un régimen responsable de graves violaciones de obligaciones internacionales fundamentales, tales como las que se refieren a la libre determinación, a la descolonización o a los derechos humanos, puede constituir en sí mismo un hecho internacionalmente ilícito de carácter gravísimo. Aunque no han de considerarse como verdaderos precedentes de reclamaciones de Estados dimanantes de crímenes internacionales, pueden encontrarse en la práctica de los órganos de las Naciones Unidas ejemplos de peticiones de restitución en especie en casos que implican el tipo de crímenes a que se refiere el apartado *b* del párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Pueden citarse como ejemplos las peticiones de restitución en especie dirigidas por el Consejo de Seguridad a Estados cuya conducta implica *grosso modo* las categorías de crímenes contempladas en el párrafo 3 del artículo 19. Hay casos de peticiones de *restitutio* que pueden afectar a la estabilidad económica en las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas a la política colonial de Portugal, en las que se pedía a ese Estado que procediera a «reconocer inmediatamente

25. La limitación relacionada con la supervivencia de un régimen político, independientemente de que esté comprendida o no en el ámbito del factor de atenuación enunciado en el apartado *d* del artículo 7 de la segunda parte, debe quedar excluida en el caso de cualquiera de las cuatro categorías de crímenes contempladas en el párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte.

26. Estas consideraciones llevan a la conclusión de que la atenuación de la obligación de proceder a la restitución en especie contenida en el apartado *d* del artículo 7 no debe aplicarse al caso de un crimen, salvo cuando el cumplimiento de esa obligación ponga en peligro:

*a)* La existencia del Estado infractor como miembro soberano e independiente de la comunidad internacional o —es de suponer— su integridad territorial; o

*b)* La satisfacción de las necesidades vitales de su población en sentido lato, es decir, los requisitos esenciales, de carácter físico o moral, de la supervivencia de la población.

27. La disposición sobre restitución en especie adaptada al caso de los crímenes se enuncia en el párrafo 2 del proyecto de artículo 16 (véase sección E de este capítulo *infra*).

#### *d) Indemnización*

28. No parece necesaria ninguna adaptación en lo que respecta a la indemnización según se contempla en el artículo 8 de la segunda parte del proyecto de artículos. Está basada en el concepto de reparación, por una cantidad equivalente, de cualquier pérdida o daño económicamente cuantificable (incluso los daños morales a particulares) y, por consiguiente, se aplica plenamente en el caso de los crímenes como en el de los delitos.

---

el derecho de los pueblos de los territorios bajo su administración a la libre determinación y a la independencia». Véanse también peticiones más detalladas en los apartados *a*, *d* y *e* del párrafo 5 de la resolución 180 (1963) del Consejo, de 31 de julio de 1963, y en sus resoluciones 312 (1972) y 322 (1972), de 4 de febrero y 22 de noviembre de 1972.

Por lo que hace a la carga desproporcionada (mencionada en el apartado *c* del artículo 7), cabe recordar las peticiones dirigidas a Sudáfrica para que adoptara medidas urgentes y eficaces con objeto de poner fin al sistema político de discriminación racial [véanse, en particular, las resoluciones del Consejo 181 (1963) de 7 de agosto de 1963, 392 (1976) de 19 de junio de 1976, 417 (1977) de 31 de octubre de 1977, 473 (1980) de 13 de junio de 1980, 554 (1984) de 17 de agosto de 1984 y 556 (1984) de 23 de octubre de 1984]. De igual modo, en el caso de Rhodesia del Sur, el Consejo de Seguridad no sólo afirmó la absoluta inconstitucionalidad de la Declaración de Independencia y de otras disposiciones legislativas promulgadas por el régimen de Ian Smith, sino que también declaró muy explícitamente que la terminación de ese régimen era el «primer requisito previo» del restablecimiento de la legalidad en el territorio de Rhodesia del Sur [véanse, en particular, las resoluciones del Consejo 423 (1978) de 14 de marzo de 1978, 445 (1979) de 8 de marzo de 1979 y 448 (1979) de 30 de abril de 1979].

Sobre la cuestión de la carga de las peticiones dirigidas a Sudáfrica, véase también el quinto informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), pág. 49, párr. 180.

e) *Satisfacción y garantías de no repetición*

29. Otra de las normas sobre reparación que ha de estudiarse en relación con los crímenes es el párrafo 3 del artículo 10 de la segunda parte, referente a la forma especial de reparación que consiste en la satisfacción, recurso estrechamente relacionado y muchas veces confundido con las garantías de no repetición, que se contemplan en el artículo 10 *bis*<sup>7</sup>.

30. El párrafo 3 del artículo 10 excluye las demandas «que menoscaben la dignidad» del Estado infractor. Se trata de excluir las exigencias cuyo cumplimiento afectaría, no ya simplemente la dignidad, sino la existencia y la soberanía del Estado infractor, es decir, su independencia, su libertad o su forma de gobierno. Aunque se enuncia solamente respecto de la satisfacción en sentido estricto, es de presumir que esta restricción se aplica también en la esfera —estrechamente relacionada con aquélla— de las llamadas garantías de no repetición. En ambos casos parece necesario distinguir entre los crímenes internacionales de los Estados y los delitos.

31. Independientemente de que se entienda la dignidad en sentido estricto o en sentido lato, al Relator Especial le parecería inapropiado otorgar la protección de esta salvaguarda al Estado autor de uno de los crímenes a que se refiere el párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte<sup>1</sup>. Sería absurdo permitir que dicho Estado se valiese de la dignidad en sentido estricto e invocara una imagen o una majestad que él mismo ha ofendido por su conducta deliberadamente ilícita. Pero igualmente absurdo sería que un Estado que ha cometido o está cometiendo un crimen internacional pudiera eludir ciertas demandas de satisfacción o de garantías de no repetición invocando los grandes conceptos de soberanía, independencia o libertad. Como en el caso de las exigencias de restitución en especie, las únicas restricciones a las que podrían supeditarse razonablemente esas demandas son las que serían indispensables para salvaguardar:

a) La existencia del Estado infractor como miembro soberano e independiente de la comunidad internacional y —es de suponer— su integridad territorial; y

b) La satisfacción de las necesidades vitales de la población del Estado infractor, entendiendo el concepto de necesidades vitales en sentido lato, que comprende las necesidades básicas de carácter físico o moral de esa población.

32. Si no entran en juego esas consideraciones, no debe permitirse que el Estado que ha cometido o está cometiendo un crimen eluda, invocando su soberanía o su independencia, no sólo las peticiones de desarme, desmilitarización, desmantelamiento de la industria de guerra, destrucción de armas, aceptación de equipos de observación o adopción de una forma de gobierno que no sea

incompatible con las libertades fundamentales, los derechos civiles y políticos y la libre determinación que se le puedan dirigir a raíz de un crimen de agresión<sup>8</sup>, sino también exigencias que pueden estar justificadas en cuanto formas de satisfacción o garantías de no repetición a raíz de la comisión de crímenes de las categorías previstas en los apartados *b*, *c* o *d* del párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte. El Relator Especial se refiere a exigencias de derogación de leyes discriminatorias o de segregación racial, de organización de consultas populares tales como elecciones libres o plebiscitos, de restablecimiento de los derechos y libertades fundamentales<sup>9</sup>, de desmantelamiento de fábricas peligrosas para el medio ambiente y de cumplimiento del principio *aut dedere aut judicare* respecto de personas acusadas de *delicta juris gentium*<sup>10</sup>. Unas exigencias de esta índole no afectarían

<sup>8</sup> Precedentes significativos —sea cual fuere el fundamento jurídico de las decisiones correspondientes— se desprenden de las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas al Iraq después de la guerra del Golfo. Cabe recordar la resolución 687 (1991) de 3 de abril de 1991 que impone al Iraq una serie de obligaciones relativas a la destrucción, bajo supervisión, de armamentos balísticos, químicos y biológicos y la eliminación de armas, componentes de armas y estructuras susceptibles de utilización militar. Las modalidades de ejecución de tales obligaciones se especificaron en resoluciones posteriores que conferían competencia a comisiones especiales [véanse, por ejemplo, las resoluciones del Consejo 699 (1991) de 17 de junio de 1991, 707 (1991) de 15 de agosto de 1991 y 715 (1991) de 11 de octubre de 1991]. En esta última resolución se aprobaron los planes presentados por el Secretario General de las Naciones Unidas y por el Director General del OIEA, en los que se formulaban detalladamente las facultades de la Comisión Especial y las obligaciones conexas del Iraq. Sobre el carácter particularmente riguroso de esas formas de garantías de no repetición, véanse, en particular, Graefrath y Mohr, «Legal consequences of an act of aggression: The case of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait», págs. 127 a 129. Marauhn, «The implementation of disarmament and arms control obligations imposed upon Iraq by the Security Council», págs. 784 a 786; Sucharitkul, «The process of peace-making following Operation Desert Storm», págs. 25 a 28; Roberts, «United Nations Security Council resolution 687 and its aftermath: The implications for domestic authority and the need for legitimacy», págs. 602 a 607 y 610; y Gowlland-Debbas, «Security Council enforcement actions and issues of State responsibility», pág. 83.

Otra garantía particularmente rigurosa prevista en la resolución 687 (1991) es la exigencia formulada por el Consejo de Seguridad de que el Iraq respete la frontera kuwaití trazada en un anterior tratado de delimitación de fronteras entre ambos Estados y la decisión del Consejo de Seguridad de garantizar la inviolabilidad de dicha frontera mediante el establecimiento de una zona desmilitarizada de 10 kilómetros de ancho en el Iraq y 5 kilómetros de ancho en Kuwait, en la que habrá un despliegue continuo de observadores que la vigilarán. Véanse también las resoluciones posteriores del Consejo 773 (1992) de 26 de agosto de 1992, 833 (1993) de 27 de mayo de 1993 y 949 (1994) de 15 de octubre de 1994, donde se recuerda, en particular, que el Iraq «debe comprometerse inequívocamente, mediante procedimientos constitucionales plenos y formales, a respetar la soberanía, la integridad territorial y las fronteras de Kuwait».

<sup>9</sup> Ejemplo de ello son las peticiones dirigidas por el Consejo de Seguridad a Sudáfrica para que derogue o modifique su legislación de *apartheid* (véase nota 6 *supra*, *in fine*).

<sup>10</sup> Dejando a un lado su fundamento jurídico, que no necesitamos ni nos proponemos abordar en el presente informe, cabe recordar, como ejemplos de medidas teóricamente posibles, las peticiones dirigidas por el Consejo de Seguridad a la Jamahiriya Árabe Libia en las resoluciones 731 (1992) y 748 (1992) de 21 de enero y 31 de marzo de 1992. Básicamente, se pedía a la Jamahiriya Árabe Libia, acusada de terrorismo internacional, que entregase para enjuiciamiento a las personas presuntamente responsables del atentado de Lockerbie, lo cual era prácticamente una extradición «forzosa» que excedía de las formas de

<sup>7</sup> Resulta, en verdad, difícil distinguir, entre las diversas formas de satisfacción, las que se requieren únicamente para que la reparación sea completa y las que pueden operar como garantías de no repetición.

ni a la existencia del Estado infractor —y, en este sentido, su «independencia política»— ni a la satisfacción de las necesidades vitales de su población. Esto se aplica particularmente a la obligación del Estado infractor de no denegar las peticiones de determinación de los hechos, incluso en su territorio, para permitir la comprobación del pleno cumplimiento de sus obligaciones de cesación de la actividad ilícita o reparación, o en relación con la garantía de no repetición (compárese, en este aspecto, con el apartado *b* del párrafo 31 *supra*).

33. La disposición pertinente se hallará en el párrafo 3 del proyecto de artículo 16 de la segunda parte (véase sección E de este capítulo *infra*).

### 3. CONSECUENCIAS INSTRUMENTALES

#### a) Generalidades

34. Cualesquiera que sean los rasgos específicos del régimen de las contramedidas contra los crímenes comparado con el régimen previsto en los artículos 11 a 14 de la segunda parte del proyecto de artículos<sup>5</sup>, presentará siempre dos características.

35. En primer lugar, la opción de recurrir a contramedidas, reservada en el caso de la mayoría de los delitos a uno o más Estados, en el caso de los crímenes se extiende, como el derecho a reclamar el cumplimiento de las consiguientes obligaciones sustantivas especiales y suplementarias, a todos los Estados. Esto parece una consecuencia inevitable de que si bien sólo algunos tipos de «delitos» comportan la violación de obligaciones *erga omnes*, en cambio todos los «crímenes» consisten en

infracciones de obligaciones *erga omnes*<sup>11</sup>. Así lo reconoce el párrafo 3 del artículo 5 de la segunda parte del proyecto de artículos, ya que establece que, en caso de crimen, todos los Estados son Estados lesionados. De esto se desprende que, con sujeción a las calificaciones que la Comisión considere apropiado introducir al extender dicha opción a todos los Estados, el Estado que cometa un crimen en principio está considerablemente más expuesto a contramedidas que el Estado que cometa una infracción. Por tanto, hay un aumento de la presión virtual o real ejercida por el derecho sobre los reales o potenciales Estados «criminales».

36. En segundo lugar, hay un aumento de la presión resultante de la agravación de las consecuencias sustantivas previstas en los apartados *c* y *d* del párrafo 1 del artículo 7 (Restitución en especie) y en el párrafo 3 del artículo 10 (Satisfacción) de la segunda parte. La gravedad de las consecuencias a que ha de hacer frente el Estado que ha cometido un crimen resulta particularmente evidente en lo que respecta a las garantías de no repetición. Si, como se ha dicho, los Estados lesionados por un crimen que constituya la infracción de una obligación *erga omnes* están facultados para plantear al Estado infractor demandas de desarme, desmilitarización, desmantelamiento de la industria bélica, destrucción de armas, aceptación de grupos de observación, adopción de leyes que concedan protección suficiente a las minorías y establecimiento de una forma de gobierno compatible con las libertades fundamentales, los derechos civiles y políticos y la libre determinación, el peso de las contramedidas para obligar a este Estado, en caso de negativa, a cumplir esas demandas será mayor que el de las medidas adoptadas a raíz de un delito. La agravación de las obligaciones «sustantivas» del Estado infractor aumenta la probabilidad de que incumplan las obligaciones «secundarias» resultantes del crimen. Es el peso de ambos factores y su interacción lo que diferencia el régimen de las consecuencias de los crímenes del régimen de las consecuencias de los delitos, y justifica tratar a los primeros como una categoría especial de hechos ilícitos<sup>12</sup>. Naturalmente,

(Continuación de la nota 10.)

satisfacción que ese país habría tenido la obligación de prestar con arreglo al artículo 10 de la segunda parte del proyecto de artículos. Con razón o sin ella, tal exigencia menoscabaría «la dignidad del Estado» al que estuviere dirigida. Huelga recordar que los comentaristas han expresado opiniones muy contrapuestas sobre el caso Lockerbie; véanse Graefrath, «Leave to the Court what belongs to the Court. The Libyan case», en particular las págs. 184 y ss.; Weller, «The Lockerbie case: A premature end to the “New World Order”?», págs. 302 y ss.; Tomuschat, «The Lockerbie case before the International Court of Justice», págs. 38 y ss.; Beveridge, «The Lockerbie Affair», págs. 907 y ss.; Arcari, «Le risoluzioni 731 e 748 e i poteri del Consiglio di Sicurezza in materia di mantenimento della pace», págs. 932 y ss.; Andrés Sáenz de Santa María, «De maximis non curat praetor...? El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto Lockerbie», págs. 327 y ss.; Orihuela Calatayud, «La actuación del Consejo de Seguridad de la ONU en el asunto Lockerbie: paradigma de “incontrolable” abuso de poder», págs. 395 y ss.

Otros ejemplos sacados de la práctica del Consejo de Seguridad son las resoluciones 808 (1993) de 22 de febrero de 1993 y 827 (1993) de 25 de mayo de 1993, por las que el Consejo estableció un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia. En particular, la obligación del Estado o los Estados presuntamente responsables de entregar a tales personas representaría (dejando a un lado, una vez más, en este caso el fundamento jurídico de toda la cuestión) una consecuencia «suplementaria» de enorme repercusión en la soberanía-independencia del Estado o los Estados afectados (sobre todo en vista de la combinación de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad individual). Véase, *inter alia*, Graefrath y Mohr, *loc. cit.*, pág. 130.

<sup>11</sup> Sobre la relación entre obligaciones *erga omnes* y crímenes internacionales, véanse Starace, «La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale», en especial págs. 289 y ss.; Lattanzi, «Sanzioni Internazionali», págs. 554 y 555; de Hoogh, «The relationship between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and international crimes: Peremptory norms in perspective», págs. 183 y ss.; y Annaker, «The legal regime of *erga omnes* obligations in international law», págs. 131 y ss.

<sup>12</sup> La estrecha relación entre las consecuencias sustantivas y las instrumentales de los crímenes (próxima a eliminar una distinción ya tenue en algunas formas de satisfacción ordinaria) se manifiesta en algunos rasgos del régimen impuesto al Iraq por las resoluciones de las Naciones Unidas tras la guerra del Golfo. Sin entrar en el fundamento de las medidas concretas (sobre las que se reserva su opinión), el Relator Especial se refiere en particular a la creación por el Consejo de Seguridad, en virtud de la resolución 687 (1991) de 3 de abril de 1991, de un fondo para pagar indemnizaciones financiado con las exportaciones iraquíes de petróleo y las especificaciones adicionales derivadas de las resoluciones 705 (1991) y 706 (1991) del Consejo, de 15 de agosto de 1991, y de su resolución 778 (1992) de 2 de octubre de 1992. Aunque no puede calificarse de contramedida en sentido estricto, el establecimiento de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas asegura, cualquiera que sea su fundamento jurídico, la aplicación institucionalizada de las consecuencias sustantivas de un

otro elemento sumamente importante de la agravación lo representa la condena solemne que el crimen y su autor suscitarán de parte de los órganos internacionales —encargados, con arreglo al ordenamiento propuesto (véase sección C *infra*, párrs. 100 y ss.), de determinar básicamente la existencia y atribución de un crimen internacional— y, por consiguiente, de parte de la comunidad internacional en general.

37. Como sucede con las normas sobre las consecuencias sustantivas, convendría que las disposiciones sobre las consecuencias instrumentales de los crímenes fueran precedidas de una disposición preliminar general que reflejara la disposición general relativa a los delitos contenida en el artículo 11 de la segunda parte. Esta disposición preliminar establecería el principio general de que todo Estado lesionado por el crimen internacional de un Estado cuyas demandas no reciban respuesta adecuada de parte de este Estado estará facultado para recurrir a contramedidas en las condiciones previstas y dentro de los límites fijados en las disposiciones subsiguientes, disposiciones que adaptarían al caso de los crímenes, cuando fuera necesario, las disposiciones de los artículos 11 a 14 de la segunda parte.

38. Dado que el artículo 11 sólo se ha adoptado provisionalmente, el Relator Especial espera que, teniendo en cuenta la especificidad de los crímenes, su formulación se reexamine en dos aspectos, a saber:

- a) La «respuesta» del Estado infractor; y
- b) La función de las contramedidas.

39. La disposición sobre los crímenes correspondiente al artículo 11 aparece en el párrafo 1 del proyecto de artículo 17 (véase sección E del presente capítulo *infra*).

b) *Solución de controversias y comunicación previa*

40. El primer problema consistirá en determinar —y llegado el caso, en qué medida— si las condiciones del legítimo recurso a las contramedidas, especificadas en el artículo 12 de la segunda parte del proyecto de artículos<sup>13</sup>, deberían aplicarse también en el caso de un crimen. El Relator Especial se refiere a la comunicación o notificación y, más concretamente, al recurso previo a los medios disponibles de solución de controversias.

41. En lo tocante al requisito del recurso previo a los medios disponibles de solución de controversias, parece indispensable un ajuste. Como se indica en este informe

---

crimen de agresión. Las consecuencias sustantivas e instrumentales se ven agravadas por la circunstancia de que este dispositivo sujeta a la economía iraquí a un control internacional particularmente estricto. También sobre estos aspectos pueden verse Graefrath y Mohr, *loc. cit.*, párr. 121; Gowlland-Debbas, «Security Council enforcement...», pág. 82; y Dupuy, «Après la guerre du Golfe», pág. 636.

<sup>13</sup> Véase el texto del proyecto de artículo 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas) propuesto por el Relator Especial en su cuarto informe en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), pág. 24, doc. A/CN.4/444 y Add.1 a 3; véase el texto del proyecto de artículo 12 aprobado por el Comité de Redacción en el 45.º período de sesiones de la Comisión en *Anuario... 1993*, vol. I, 2318.ª sesión, párr. 3.

(párrs. 4 y 5 *supra* y párrs. 85 a 109 *infra*), la adopción de contramedidas contra un Estado que haya cometido o esté cometiendo un crimen debe ir precedida, por lo menos, de alguna forma de declaración, por uno o más órganos internacionales, de la existencia de un crimen y de su atribución. Esa declaración, cualquiera que sea su naturaleza y la del órgano internacional que la formule, debería bastar para que los Estados lesionados estén facultados individual o colectivamente para recurrir a contramedidas, independientemente de que existan o se utilicen medios de solución de controversias. La condición básica establecida en el artículo 11 de la segunda parte del proyecto de artículos, a saber la ausencia de una «respuesta adecuada», en particular el hecho de que el Estado infractor no desista de la conducta ilícita, debería bastar para que los Estados lesionados estuvieran facultados para reaccionar.

42. Se recordará que el apartado b del párrafo 2 del artículo 12 de la segunda parte deja abierta la posibilidad de que el Estado lesionado recurra a las medidas provisionales de carácter urgente que se requieran para proteger sus derechos o limitar los daños causados por el hecho internacionalmente ilícito, incluso antes de recurrir a los procedimientos disponibles de solución de controversias. Esta cuestión no se plantea en el presente contexto, dado que la condición del recurso previo a los procedimientos de solución de controversias no se aplicaría en el caso de un crimen. Sin embargo, surge un problema en cuanto al requisito de la declaración previa de un órgano internacional, a que se hace referencia en el párrafo anterior y en el artículo pertinente como requisito para la legítima reacción de parte de cualquiera de los Estados lesionados por un crimen. Parece razonable decir que si bien es cierto que, con anterioridad a esa declaración, los Estados lesionados por un crimen no están facultados para recurrir a contramedidas plenas, no es menos cierto que lo están para adoptar las medidas provisionales de carácter urgente que se requieran para proteger sus derechos o limitar el daño causado por el crimen. El Relator Especial se refiere a las medidas destinadas a conseguir acceso inmediato a las víctimas para fines de rescate o ayuda, o a impedir la continuación de un genocidio, el curso de convoyes humanitarios, las medidas anticontaminación, las facilidades de paso, etc.

43. La disposición correspondiente aparece en el párrafo 2 del proyecto de artículo 17 de la segunda parte (véase sección E del presente capítulo *infra*).

44. Sin embargo, es evidente que la opción de recurrir a contramedidas se cerrará totalmente en caso de que el Estado presunto autor del hecho ilícito someta el asunto al procedimiento de solución obligatoria con intrusión del tercero, previsto en la tercera parte<sup>14</sup>. Por analogía

---

<sup>14</sup> Como se desprende del quinto informe del Relator Especial (véase nota 2 *supra*), el problema de la solución de la controversia después de las contramedidas, en el caso de los crímenes, se omitió deliberadamente en el proyecto de artículos de la tercera parte propuestos por el Relator Especial [véase *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), págs. 47 y ss., notas 116, 117, 121 a 123 y 125]. Véase la disposición propuesta en el capítulo II. Véase asimismo el párrafo 109 de este capítulo.

con lo dispuesto en la tercera parte, como se propuso para la solución posterior a las contramedidas de las controversias relativas a «delitos», el tercero competente estaría facultado para indicar medidas provisionales con efecto obligatorio. La opción de recurrir a contramedidas resurgiría en caso de que el Estado autor del hecho ilícito no cumpliera con las medidas provisionales indicadas por el tercero o con la obligación de proseguir de buena fe el procedimiento de solución.

45. En cuanto al requisito de la oportuna comunicación, enunciado en el artículo 12 de la segunda parte, no parece que sea aplicable en el caso de un crimen, salvo tal vez en relación con medidas particularmente severas que puedan tener consecuencias negativas para la población del Estado infractor. El Estado que haya cometido o esté cometiendo, presuntamente con cierta medida de intención dolosa, un hecho ilícito cuyo grado de gravedad sea el de los «crímenes» indicados en el artículo 19 de la primera parte<sup>1</sup>, no debería tener derecho a una advertencia que podría reducir la eficacia de las contramedidas. Ahora bien, considerando que, como se indicó (véase párr. 36 *supra*) y se propuso (véase sección C *infra*, párrs. 100 y ss.), toda forma especial de reacción frente a un crimen de parte de Estados individuales o de grupos de Estados iría precedida de debates públicos en uno o más órganos internacionales, no es probable, por tanto, que el Estado autor del hecho ilícito desconozca la posibilidad de que los Estados lesionados puedan recurrir a contramedidas.

### c) Proporcionalidad

46. Aunque corresponde al Relator Especial por lo menos la mitad de la responsabilidad por la formulación del artículo 13 de la segunda parte del proyecto de artículos<sup>5</sup> hecha en el 45.º período de sesiones de la Comisión, tras reconsiderar esa disposición en relación con las consecuencias instrumentales de los crímenes, abriga unas serias dudas acerca de su conveniencia. Nos referimos a la cláusula según la cual la proporcionalidad debería medirse en relación con «la gravedad del hecho internacionalmente ilícito» y «la de los efectos de éste sobre el Estado lesionado». Suscitadas por la dificultad de aplicar ese criterio a las contramedidas contra el autor de un crimen de Estado, las dudas ahora se extienden, casi en igual medida, a las consecuencias de dicha cláusula en relación con los delitos. Por tanto, el Relator Especial recomienda que la Comisión reflexione más sobre la cuestión, partiendo de las consideraciones siguientes.

47. El grado de gravedad de un hecho internacionalmente ilícito debería determinarse mediante referencia a varios factores, en particular la importancia objetiva y el alcance subjetivo de la norma infringida, la dimensión de la infracción, el elemento subjetivo, en particular el grado de participación de los órganos del Estado autor del hecho ilícito y el grado de culpa (desde la *culpa levis* o *levissima*, pasando por la negligencia y la negligencia grave, hasta llegar a la intención dolosa) y, en definitiva, los efectos de la infracción tanto sobre el Estado lesiona-

do como sobre el «objeto protegido» por la norma infringida<sup>15</sup>.

48. Naturalmente, el Relator Especial es consciente de que, hasta el momento, los miembros de la Comisión han rechazado la sugerencia de que, incluso para los delitos, el elemento subjetivo se tome en consideración al determinar el grado de gravedad y las consecuencias más explícitamente que lo hace el apartado c del párrafo 2 del artículo 10 (Satisfacción) de la segunda parte<sup>16</sup>.

49. Cualquiera que sea la actitud en lo que respecta a los delitos, el Relator Especial presume que sería posible —y cree que deseable— prevalecer una opinión diferente acerca de la pertinencia del elemento subjetivo de los crímenes. Apenas cabe duda de que la intención dolosa (el dolo entendido como el grado más grave de la culpa) es una característica esencial e indispensable de un crimen. Es una idea a la que el Relator Especial ha hecho referencia ocasionalmente en sus informes<sup>17</sup>. Por tanto, ¿no debería considerarse este elemento más explícitamente de lo que se hizo en 1992 en la citada disposición del artículo 10? Al hablar de la proporcionalidad, ¿se

<sup>15</sup> Para explicar los efectos sobre el «objeto protegido» cabe referirse al daño, la lesión o el perjuicio sufridos por las personas como consecuencia de la violación de obligaciones en materia de derechos humanos. Otro ejemplo es el daño a los espacios comunes del medio ambiente humano causado por una transgresión de las obligaciones en materia de salvaguardia ambiental.

<sup>16</sup> Entre los autores que consideran pertinente el elemento de culpa o intencionalidad del Estado autor para determinar las consecuencias distintas de las estrictamente indemnizatorias del hecho ilícito (satisfacción, garantías de no repetición, contramedidas), cabe recordar a Ago, «La colpa nell'illecito internazionale», pág. 302; Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. I, pág. 354; Luzzatto, «Responsabilità e colpa in diritto internazionale», pág. 63; Brownlie, *System of the Law of Nations: State responsibility*, pág. 46; y Simma, «Reflections on article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its background in general international law», pág. 12. Sobre la relación entre el «elemento psicológico» y el crimen de Estado, véase Rigaux, «Le crime d'État. Réflexions sur l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité des États», págs. 320 a 323.

El Relator Especial expresó su opinión en su segundo informe [*Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/425 y Add.1, párrs. 164 a 190] y en el proyecto de artículo 10 propuesto en el mismo (ibid., párr. 191). El párrafo 2 del proyecto de artículo establece: «La elección de la modalidad o las modalidades de satisfacción se efectuará teniendo en cuenta la importancia de la obligación violada y la existencia o el grado de intención dolosa o negligencia del Estado que haya cometido el hecho ilícito». Véase también Arangio-Ruiz, «State Fault and the Forms and Degrees of International Responsibility: Questions of Attribution and Relevance», págs. 25 a 41. El problema de la culpa del Estado lo trata detenidamente G. Palmisano. Interesantes observaciones sobre la relevancia de la «intencionalidad» en la responsabilidad internacional pueden encontrarse en Salmon, «L'intention en matière de responsabilité internationale», págs. 413 y ss. El Gobierno de los Estados Unidos de América, en sus observaciones al artículo 19 (Genocidio) del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (véase el 13.º informe del Relator Especial, doc. A/CN.4/466, párr. 58), destaca la decisiva importancia de la «intención» y el «estado mental» al calificar de crimen un hecho ilícito.

<sup>17</sup> Véase en especial el segundo informe del Relator Especial (nota 16 *supra*), párrs. 164 a 190; sobre la decisiva relevancia del elemento subjetivo en los crímenes internacionales de los Estados, en particular la intención dolosa, véanse los estudios citados en la nota 16 y también Palmisano, en especial «Les causes d'aggravation de la responsabilité des États et la distinction entre "crimes" et "délits internationaux"», en especial págs. 645 a 647, 661 a 664 y 666 a 668.

puede ignorar este elemento? ¿Qué decir de la importancia objetiva y el alcance subjetivo de la norma infringida? ¿Es apropiado, en cualquier caso, referirse explícitamente a los «efectos» —y especialmente a los efectos sobre el Estado o Estados lesionados— sin mencionar ni la importancia de la norma ni la culpa o el dolo, ni los efectos sobre el «objeto protegido» (seres humanos, poblaciones, medio ambiente)? ¿Estamos seguros de que mencionando expresamente factores específicos para evaluar la gravedad (como, por ejemplo, los efectos del hecho ilícito sobre determinados sujetos para diferenciarlos de los efectos sobre objetos) y silenciando otros factores no se transmite un mensaje equívoco que puede afectar a la debida evaluación del grado de gravedad al destacar unos factores determinados en detrimento de otros?

50. El problema se complica por la diferencia entre delitos y crímenes. Hablar de los efectos de la infracción sobre el Estado lesionado puede ser relativamente apropiado (pese al señalado énfasis en un factor en detrimento de otros) en el caso de la mayoría de los delitos. En el ámbito de los delitos, la parte lesionada es probable que sea un Estado determinado pero incluso en este ámbito no siempre será así. En el caso de un delito *erga omnes*, la gravedad de los efectos puede muy bien variar entre los distintos Estados lesionados. Suponiendo que esto no sea una dificultad importante ¿qué decir de la violación *erga omnes* de las obligaciones en materia de derechos humanos? ¿Qué efecto tendrá esa violación sobre todos y cada uno de los Estados? En términos de daños físicos, el efecto puede ser mínimo; pero en términos de lesión jurídica (que ha de medirse según la importancia de la norma y del derecho humano o libertad infringidos), el efecto es en principio muy importante para todos los Estados lesionados. Por otra parte, ¿qué decir de las diversas percepciones de la lesión por los Estados? Para un Estado cuyo ordenamiento jurídico esté muy desarrollado en el ámbito de los derechos humanos y cuya opinión pública sea muy sensible a las violaciones cometidas por otros Estados, el efecto será muy importante. En cambio, para un Estado que se encuentre en una situación diferente el efecto puede ser leve o inexistente. Dado que los crímenes son siempre *erga omnes*, la evaluación de su gravedad sobre una base subjetiva, como la sugerida por la fórmula del artículo 13, puede suscitar dificultades. En primer lugar, puede haber considerables variaciones según las diferencias en el alcance de los daños o las diferencias de estimación entre los Estados lesionados. En segundo lugar, puede haberse causado un daño a un «objeto protegido» que trascienda el grado de lesión sufrido o estimado por cualquiera de los Estados lesionados.

51. Una vez más se presentan soluciones maximalistas y minimalistas teóricamente posibles. Una solución ambiciosa consistiría en intentar enumerar de la manera más completa posible los múltiples factores relevantes para determinar la gravedad. Esto llevaría a una revisión a fondo del artículo 13, con pocas posibilidades de éxito. Otra solución sería dejar el artículo 13 como está en lo que respecta a los delitos y buscar una formulación diferente para los crímenes. Sin embargo, considerando

que la expresión «efectos sobre el Estado lesionado» es inadecuada también para los delitos y que un trato drásticamente diferente de los delitos y los crímenes a ese respecto podría inducir a error al intérprete, la mejor solución sería simplemente prescindir de esa expresión tanto para los delitos como para los crímenes. Para ambos casos la norma sería la del artículo 13, enmendada mediante la eliminación de las palabras «efectos sobre el Estado lesionado».

52. Por tanto, en lo que respecta tanto a los delitos como a los crímenes, el criterio de la proporcionalidad seguiría siendo la gravedad del hecho ilícito en sí globalmente considerado. En vez de mencionar algunos factores de gravedad y omitir otros, el artículo 13 hablaría de toda la gama de esos factores reflejados en el término «hecho ilícito» como concepto global. En el comentario se explicaría la opción de la Comisión: esta opción parece más correcta y adaptable en términos lógicos a la multiplicidad y variedad de los factores concurrentes en la gravedad de un hecho ilícito.

53. El concepto de la gravedad de los efectos sobre uno o más Estados determinados —los llamados Estados «directamente» o «más directamente» lesionados— quedaría claramente subsumido dentro del concepto global de gravedad de la violación, que abarca todos aquellos factores como los enumerados provisionalmente en el párrafo 47 *supra*.

54. La disposición correspondiente aparece en el párrafo 3 del artículo 17 de la segunda parte (véase sección E del presente capítulo *infra*).

#### d) *Contramedidas prohibidas*

55. En cuanto a las contramedidas prohibidas, no parece necesario apartarse significativamente del texto del artículo 14 de la segunda parte del proyecto de artículos adoptado en 1993 por la Comisión en su 46.º período de sesiones<sup>5</sup>, en lo que respecta a los crímenes.

56. Apenas cabe duda de que las prohibiciones contenidas en los apartados *a* y *b* del párrafo 1 del artículo 14 de la segunda parte se extienden a las contramedidas adoptadas en respuesta a un crimen. El Relator Especial se refiere a la prohibición de las contramedidas consistentes en la amenaza o el uso de la fuerza, y de la prohibición de las modalidades extremas de coacción económica y política.

57. Las prohibiciones mencionadas en el párrafo precedente no se aplican naturalmente ni a las posibles medidas acordadas por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas ni a la legítima defensa prevista en el Artículo 51 de la Carta<sup>18</sup>. Ambas

<sup>18</sup> La excepción a las prohibiciones enunciadas en los apartados *a* y *b* del párrafo 1 del artículo 14 de la segunda parte, en el caso de las medidas adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, está claramente confirmada en la práctica del Consejo de

excepciones están contempladas en el proyecto de artículo 20 (véase sección E de este capítulo *infra*).

58. Igualmente aplicables a los crímenes parecen ser las prohibiciones contenidas en los tres últimos apartados del artículo 14. El Relator Especial se refiere a las prohibiciones que tienen por objeto salvaguardar la inviolabilidad de los agentes locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares (apdo. *c*), derechos humanos fundamentales (apdo. *d*) y las obligaciones dimanantes de una norma imperativa de derecho internacional general (apdo. *e*).

59. Aunque inicialmente estaban destinadas a aplicarse a las contramedidas adoptadas a raíz de simples delitos, dichas prohibiciones deben extenderse, dada la gran importancia de los «objetos protegidos», a las contramedidas adoptadas en respuesta a crímenes. Naturalmente, como consecuencia de ello, los tipos de medidas que los Estados lesionados pueden tomar contra el Estado «criminal» se reducirán significativamente. Sin embargo, en el caso de los crímenes, a diferencia de los delitos, las limitaciones resultantes de las tres prohibiciones quedarán contrarrestadas por el aumento del número de Estados —todos los Estados lesionados— facultados para recurrir a las contramedidas no incluidas en las prohibiciones. Esto no carece de importancia, dada la multiplicidad de actores, sin contar el efecto «escándalo» de que los

órganos internacionales competentes declaren la existencia de un delito. El mejor ejemplo de la gama de medidas sin uso de la fuerza que pueden adoptarse lo ofrece el Artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, el cual, aunque pertenece a un contexto diferente del de la responsabilidad internacional, puede ofrecer, *mutatis mutandis*, orientación útil, al decidir su reacción, para cualquiera de los Estados lesionados por la violación de una obligación *erga omnes*. Según esa disposición, entre las medidas que no implican el uso de la fuerza armada figuran la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas. Tomadas por un número de Estados que puede llegar a la totalidad de los miembros de la comunidad internacional, medidas de esa índole (que ciertamente comprenden también medidas de simple retorsión) constituirían, junto con la condena moral, una reacción y un argumento disuasivos más eficaces que cualesquiera medidas similares adoptadas por uno o unos pocos Estados lesionados por un delito<sup>19</sup>.

60. En conclusión, el artículo 14 de la segunda parte, en la forma aprobada, no requiere ninguna adaptación para ser aplicable a los crímenes.

(Continuación de la nota 18.)

Seguridad. Esto se aplica tanto al uso de la fuerza como al uso de medidas económicas severas:

*a*) En lo que respecta al uso de la fuerza, cabe recordar, además del principal ejemplo de la resolución 678 (1990) del Consejo de Seguridad, de 29 de noviembre de 1990, que autorizó el uso de la fuerza contra el Iraq, varias resoluciones del Consejo que prevén autorizaciones similares para imponer el cumplimiento de obligaciones sustantivas al Estado autor del hecho ilícito. Ejemplos: las resoluciones del Consejo 678 (1990), 686 (1991) de 2 de marzo de 1991, 687 (1991) de 3 de abril de 1991 y 773 (1992) de 26 de agosto de 1992. Estas resoluciones, todas ellas relativas a las consecuencias de la guerra del Golfo, reiteran la decisión del Consejo de Seguridad de garantizar por todos los medios necesarios el cumplimiento por el Iraq de sus obligaciones de reparación, la inviolabilidad de la frontera iraquí-kuwaití y el mantenimiento de la zona desmilitarizada establecida en la zona fronteriza. El uso de la fuerza se autoriza también en otras resoluciones destinadas a asegurar la efectividad de las medidas adoptadas por el Consejo en virtud de los artículos 40 (medidas provisionales) y 41 (sanciones económicas) de la Carta. Un precedente bien conocido es la resolución 221 (1966) de 9 de abril de 1966, que pedía al Gobierno del Reino Unido que impidiera, «recurriendo a la fuerza si fuese necesario», la llegada de suministro de petróleo procedente de Rhodesia del Sur al puerto de Beira, en Mozambique. Análogo propósito tienen las resoluciones 787 (1992) y 820 (1993) de 16 de noviembre de 1992 y 17 de abril de 1993, relativas a la aplicación de medidas económicas contra la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro). El Consejo de Seguridad ha emitido otras autorizaciones del uso de la fuerza para aplicar medidas protectoras de carácter humanitario. Es el caso de las resoluciones 770 (1992) de 13 de agosto de 1992, 781 (1992) de 9 de octubre de 1992 y 813 (1993) de 26 de marzo de 1993. Véase un examen de la práctica del Consejo de Seguridad en Freudenthal, «Between unilateralism and collective security: Authorizations of the use of force by UN Security Council»;

*b*) Una excepción al apartado *b* del artículo 14 parece preverse en lo que respecta a las medidas económicas de que dispone el Consejo en virtud del artículo 41, siempre que la intensidad, alcance y duración de esas medidas alcancen el nivel de «medidas extremas de coacción [...] económica».

<sup>19</sup> Sin embargo, la Comisión debería reflexionar un poco sobre el problema de aquellas contramedidas que pueden afectar a la soberanía-independencia (con exclusión de la soberanía territorial) y a la libertad de jurisdicción interna del Estado autor del hecho ilícito. Aunque tales elementos no se mencionan en el artículo 14 de la segunda parte del proyecto, podían estar implícitos en la prohibición de la fuerza militar y las formas extremas de presión política o económica o en la prohibición que salvaguarda las normas imperativas (*jus cogens*). Suponiendo que esta es la solución correcta en lo que respecta a los delitos, ¿puede decirse lo mismo de los crímenes? ¿No hay, por ejemplo, situaciones o circunstancias en las que uno o varios de los Estados lesionados como consecuencia de la violación de una obligación *erga omnes* pueden transgredir legítimamente, en virtud del artículo 11 de la segunda parte (siempre que no infrinjan la prohibición del uso de la fuerza o de medidas extremas políticas o económicas), la soberanía-independencia o la jurisdicción interna de un Estado que haya cometido o esté cometiendo un crimen? Ejemplos de estas medidas podrían ser la imposición de zonas protegidas, de zonas de exclusión de vuelo, operaciones de averiguación y control *in loco* u otras formas de acción intrusiva en el territorio del Estado criminal en relación con personas privadas o funcionarios públicos, o la detención o apresamiento de buques mercantes del Estado criminal en alta mar y medidas similares. ¿No sería mostrar excesiva indulgencia para con el Estado agresor excluir la aplicación a ese Estado, por todos los Estados lesionados por el acto de agresión, las contramedidas que infrinjan su independencia o jurisdicción interna con excepción de las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y, naturalmente, la legítima defensa?

Quando hablamos de «jurisdicción interna» no nos referimos (al menos en el presente contexto) a la esfera en que el Estado autor del hecho ilícito estaría exento de obligaciones internacionales sino a la esfera de las relaciones interindividuales dentro del Estado, sujetas al derecho público y privado de ese Estado y comprendidas dentro de la competencia o jurisdicción exclusivas de los órganos legislativos administrativos y judiciales del mismo. Para nuestros fines actuales, dejamos de lado la cuestión de si es ésta o no la única noción correcta de jurisdicción interna, así como la opinión del Relator Especial al respecto (véase Arangio-Ruiz, «Le domaine réservé.— L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne: cours général de droit international public», pág. 225.

## 4. OTRAS CONSECUENCIAS DE LOS CRÍMENES

61. El régimen especial de las consecuencias de los crímenes debería completarse agregando otras dos series de disposiciones. Una de ellas debería especificar que el Estado que ha cometido o está cometiendo un crimen no tendrá derecho a oponerse a las operaciones de averiguación de los hechos y a las misiones de control en su territorio para verificar el cumplimiento de las obligaciones de cese de las hostilidades y de reparación. La segunda debería abarcar varias obligaciones especiales de los Estados lesionados, por la violación de una obligación *erga omnes*, ampliando el alcance de las propuestas hechas por el anterior Relator Especial, el Sr. Riphagen, en su proyecto de artículo 14<sup>20</sup>. Esas obligaciones tendrían por objeto asegurar la coordinación, solidaridad o cooperación entre los Estados en la condena del crimen, la censura de la conducta del Estado infractor y las demás reacciones a esa conducta.

62. Las obligaciones de los Estados lesionados a que se refiere el párrafo precedente deberían destinarse a asegurar:

a) que el Estado infractor no encuentre ningún apoyo para el mantenimiento o legitimación de la situación creada en su favor por la comisión del crimen;

b) que no se obstaculicen las acciones de los demás Estados que legítimamente tratan de restablecer el derecho infringido.

Con este fin podrían utilizarse las propuestas del Sr. Riphagen, sujetas a algunas adiciones y ajustes importantes.

63. Según el apartado 2 del proyecto de artículo 14 propuesto por el Sr. Riphagen, los Estados tendrían la obligación:

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

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

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

64. Convendría reforzar debidamente el apartado a agregando una cláusula que especifique que el principio *ex delicto jus non oritur* debe aplicarse a los efectos jurídicos internos e internacionales que hayan resultado o resulten de la situación creada por el hecho internacionalmente ilícito. Tanto el derecho interno como el derecho internacional deberían mencionarse expresamente<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Véase el texto en *Amario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 21, nota 66.

<sup>21</sup> Esta obligación básica ha quedado reflejada en la práctica del Consejo de Seguridad. Ante situaciones que podrían incluirse en la categoría de crímenes internacionales, el Consejo pidió a los Estados

65. Convendría redactar en términos más enérgicos el apartado b<sup>22</sup>.

66. El apartado c es en sí satisfactorio, aunque podría mejorarse su redacción, ya que expresa el deber de todos los Estados de prestarse asistencia mutua en la ejecución de las obligaciones enunciadas en los apartados a y b<sup>23</sup>. Tal vez convendría disponer además que todos los Estados lesionados deberían coordinar, en lo posible, sus reacciones respectivas.

67. Convendría complementar el enunciado de la obligación positiva de cooperar, mencionando el deber más preciso y tal vez más significativo de no obstaculizar en modo alguno la acción de los Estados que opten por ejercer su derecho a reaccionar contra un crimen. Una disposición de ese tipo proscibiría más claramente la conducta de todo Estado que no sólo se abstenga de reaccionar contra una grave infracción de un interés jurídico funda-

---

que no reconocieran (y consideraran nulos de pleno derecho) todos los efectos jurídicos derivados de las mismas. Véanse, por ejemplo, la resolución 216 (1965) de 12 de noviembre de 1965, en la que el Consejo condenó la declaración unilateral de independencia por el régimen de Rhodesia del Sur y pidió a los Estados «que no reconozcan este régimen de una minoría racista»; la resolución 662 (1990) de 9 de agosto de 1990, en la que el Consejo pidió a los Estados que no reconocieran los efectos jurídicos de la declaración iraquí de anexión de Kuwait; y la resolución 554 (1984) de 17 de agosto de 1984, en la que el Consejo declaró nulas y carentes de validez la nueva Constitución sudafricana y las elecciones celebradas por el Gobierno de Sudáfrica. Además, el propio Consejo declaró explícitamente la nulidad radical de todos los actos realizados por el Estado infractor respecto de la nueva situación ilegítima. Véanse además la resolución 217 (1965) de 20 de noviembre de 1965 sobre Rhodesia del Sur y las resoluciones 664 (1990) y 687 (1991) de 18 de agosto de 1990 y 3 de abril de 1991, relativas, respectivamente, a la nulidad de los decretos iraquíes de clausura de las misiones diplomáticas extranjeras en Kuwait y a las declaraciones del Iraq relativas a sus deudas exteriores. Sobre estos puntos, véase Gowlland-Debbas, «Security Council enforcement...», págs. 74 a 76.

<sup>22</sup> También en este caso la práctica del Consejo de Seguridad aporta ejemplos. Además de las resoluciones citadas en la nota 21 *supra*, véanse los términos explícitos de la resolución 218 (1965) de 23 de noviembre de 1965, en la que el Consejo pidió a todos los Estados que «se abstengan inmediatamente de ofrecer al Gobierno de Portugal cualquier asistencia que lo ponga en condiciones de continuar la represión que ejerce sobre los pueblos de los territorios por él administrados».

<sup>23</sup> En lo que respecta a estas obligaciones, cabe remitirse a la resolución 402 (1976) del Consejo de Seguridad, de 22 de diciembre de 1976, en la que el Consejo, tras encomiar al Gobierno de Lesotho por su decisión de no reconocer la llamada independencia del Transkei, concedida por Sudáfrica, hizo un llamamiento a todos los Estados para que «presten sin demora ayuda financiera, técnica y material a Lesotho, para que éste pueda llevar a cabo sus programas de desarrollo económico y aumentar su capacidad de aplicar plenamente las resoluciones de las Naciones Unidas sobre el *apartheid* y los bantustanes» [véase también la resolución 535 (1983) de 29 de junio de 1983]. La práctica del Consejo parece confirmar que esa asistencia adopta principalmente la forma de ayuda y apoyo económicos ofrecidos a los Estados particularmente expuestos a las consecuencias negativas del aislamiento político y económico del Estado infractor. A este respecto son relevantes diversos casos de asistencia concedida por el Consejo sobre la base del Artículo 50 de la Carta de las Naciones Unidas; véanse, entre otras, las resoluciones 386 (1976) y 669 (1990) de 17 de marzo de 1976 y 24 de septiembre de 1990. En cuanto a la obligación de asistencia mutua, también debería poderse remediar el problema resultante del recurso a contramedidas (u otras formas de presión política) que, por su intensidad, puedan afectar a los derechos de Estados distintos del Estado infractor.

mental de la comunidad internacional sino que obstaculice, por acción u omisión, las medidas aplicadas por otros Estados o de otra manera reduzca su eficacia<sup>24</sup>.

68. Otras adiciones útiles serían las siguientes:

a) una disposición relativa a la aplicación del principio *dedere aut judicare* a las personas acusadas de estar «relacionadas» con *delicta juris gentium*;

b) una disposición relativa a la cooperación con los órganos internacionales que puedan participar en la reacción a un crimen;

c) una disposición en cuya virtud los Estados lesionados faciliten la adopción y aplicación de las legítimas medidas requeridas por las situaciones de emergencia causadas por el crimen.

69. El correspondiente proyecto de artículo 18 (véase sección E de este capítulo *infra*) comprende las dos series de disposiciones a que se hace referencia en el párrafo 61 *supra*.

### C.—La función indispensable de las instituciones internacionales

#### 1. GENERALIDADES

70. Además de ser objetivamente más graves, las consecuencias sustantivas e instrumentales de los crímenes presentan, como se ha señalado, la diferencia reflejada en el párrafo 3 del artículo 5 de la segunda parte del proyecto de artículos<sup>5</sup>. Esta diferencia es inherente al hecho de que si bien la mayoría de los delitos (aunque no todos) afectan solamente a uno o a unos pocos Estados lesionados, todo crimen puede afectar, quizá en grados diferentes (aunque no siempre), a todos los Estados en cuanto Estados lesionados.

71. El hecho de que todos los Estados resulten afectados como Estados lesionados no significa, por otra parte, que la aplicación de las consecuencias de los crímenes sea estructuralmente diferente de la aplicación de las consecuencias de la mayoría de los delitos. En ambos casos los actores son Estados. Esto es evidente en lo que respecta a aquellas consecuencias de hechos internacionalmente ilícitos que son comunes a ambas categorías de hechos ilícitos y es igualmente cierto en lo que respecta a las consecuencias especiales y suplementarias que en la

sección anterior se consideró que conciernen exclusivamente a los crímenes. Dada la situación del sistema interestatal, predominantemente inorgánico, incluso la aplicación de las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito resultante, a tenor del párrafo 2 del artículo 19 de la primera parte<sup>1</sup>, «de una violación [...] de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto» parece estar en principio, según el derecho internacional general, en manos de los Estados.

72. Por supuesto, este corolario evidente de la falta de instituciones en el sistema interestatal encargadas de hacer cumplir el derecho no es sorprendente. Incluso en la esfera en que los Estados han confiado a una institución internacional la función de amplio alcance de tomar medidas directas de fuerza para el mantenimiento de la paz, siempre la aplicación efectiva tiene lugar por medio de la acción de los Estados. En efecto, el concepto de «comunidad internacional organizada» es una exageración<sup>25</sup>.

73. Considerando la gravedad de los crímenes y la seriedad de sus consecuencias especiales y suplementarias, pueden derivarse importantes dificultades de una universalización de la condición de Estado lesionado. Los riesgos de arbitrariedad, incongruencia y conflicto que surgen a la hora de decidir la existencia de un crimen y su atribución, y posteriormente al aplicar las consecuencias, son muy grandes. A diferencia de la aplicación de la responsabilidad por delito, que normalmente concierne a dos o a unos pocos Estados, la aplicación de la responsabilidad por crímenes concierne a todos los Estados lesionados por la infracción de una obligación *erga omnes*, y los riesgos de arbitrariedad y conflicto aumentan geométricamente<sup>26</sup>.

74. Por tanto, no sería aconsejable que la Comisión no tratara de reducir el ámbito de desacuerdo potencial en la aplicación. El debate del 46.º período de sesiones indica que todos los miembros de la Comisión, incluso los partidarios de la distinción formulada en el artículo 19 de la primera parte, son plenamente conscientes de la importancia de la cuestión.

75. Algunos de los problemas internacionales que podrían surgir en la aplicación de las normas relativas a los crímenes internacionales de los Estados se examinaron

<sup>24</sup> Para aclarar con ejemplos esta idea, cabe recordar, a modo de analogía, las resoluciones del Consejo de Seguridad que condenan la actitud de los países que, al mantener relaciones económicas y diplomáticas con el Estado infractor, contribuyen a reducir la eficacia de la reacción contra ese Estado. Véase, por ejemplo, el párrafo 6 de la resolución 277 (1970) de 18 de marzo de 1970, en la que el Consejo «condena la política del Gobierno de Sudáfrica y del Gobierno de Portugal, que siguen manteniendo relaciones políticas, económicas, militares y de otra índole con el régimen ilegal de Rhodesia del Sur en violación de las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas»; véanse también las resoluciones 253 (1968) de 29 de mayo de 1968, 314 (1972) de 28 de febrero de 1972, 320 (1972) de 29 de septiembre de 1972, 333 (1973) de 22 de mayo de 1973 y 437 (1978) de 10 de octubre de 1978, todas ellas relativas al caso de Rhodesia del Sur.

<sup>25</sup> El Relator Especial viene expresando su gran perplejidad ante las actuales teorías de la organización internacional (véanse, entre otras publicaciones, Arangio-Ruiz, «The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declarations of Principles of Friendly Relations», págs. 629 a 731, en particular el Apéndice, págs. 663 y ss.; «Le domaine réservé...», págs. 151 a 161, 402 a 427 y 435 y ss., y «Reflections on the problem of organisation in integrated and non integrated societies»).

<sup>26</sup> Varios de los oradores participantes en el simposio celebrado en Florencia en 1984 (véanse *International Crimes of State. A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, J. H. H. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi [eds.], Berlín, Nueva York, 1989). Otro ejemplo es Stein, «Observations on "Crimes of States"», págs. 198 y ss.

en el quinto informe del Relator Especial<sup>2</sup> y en el curso del debate del 46.º período de sesiones se mencionaron más o menos explícitamente los problemas institucionales, y no sólo lo hicieron los partidarios de la distinción enunciada en el artículo 19 de la primera parte. Ahora parece indispensable un examen más detenido de las posibles opciones<sup>27</sup>.

76. Desde el propio debate y partiendo de un análisis de las reacciones de los Estados y de los órganos internacionales frente a violaciones semejantes a las especificadas en los cuatro apartados del párrafo 3 del artículo 19, se desprende una serie de opciones teóricas (más o menos innovadoras) que deben explorarse.

77. En teoría, las opciones parecen ser las siguientes:

a) Un alto grado de institucionalización, mediante el recurso a órganos internacionales existentes o a órganos que se creen, de la totalidad o de la mayor parte del proceso de aplicación de las consecuencias de los crímenes, desde la decisión acerca de la existencia y atribución de un crimen hasta la determinación de las consecuencias reales, sustantivas e instrumentales, de la violación. Dentro del marco de esta misma opción, cabría ir un paso más allá en la dirección de la institucionalización y confiar incluso la aplicación efectiva de alguna o de todas las consecuencias especiales o suplementarias al mismo órgano internacional o a otro órgano internacional;

b) Un grado más o menos reducido de institucionalización, mediante el recurso a los órganos internacionales existentes. Esta opción comprendería cualquier fórmula excepto las más ambiciosas, y la solución mínima consistiría en confiar a uno o varios de los órganos internacionales existentes la determinación que incoa cualquier proceso de aplicación de las consecuencias de un crimen, en particular la determinación de si se ha cometido o se está cometiendo un crimen y de si la violación es atribuible a uno o más Estados determinados.

## 2. ÓRGANOS ENCARGADOS DE LA REACCIÓN «ORGANIZADA» A VIOLACIONES DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES FUNDAMENTALES

78. En la práctica de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad pueden encontrarse ejemplos importantes de reacción institucional a violaciones graves de obligaciones internacionales semejantes a las que se condenarían como crímenes en virtud del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos<sup>1</sup>. Sin embargo, el Relator Especial considera necesario aclarar que, al referirse a esos ejem-

plos en el presente capítulo, no entra en el fondo de las reacciones de las Naciones Unidas en cada caso concreto, por una parte, ni en la calificación jurídica precisa de cada caso desde el punto de vista de la responsabilidad de los Estados, por la otra.

79. Empezando por la reacción de la Asamblea General en casos probablemente comprendidos dentro del apartado a del párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte, cabe recordar numerosas resoluciones por las que la Asamblea condenó enérgicamente durante los decenios de 1960 y 1970 las políticas agresivas practicadas por algunos Estados coloniales y racistas, tales como Portugal, Sudáfrica y el régimen de la minoría de Rhodesia del Sur, respecto de las poblaciones dependientes o de los Estados vecinos del continente africano<sup>28</sup>. Cabe también mencionar, sin tomar posición tampoco sobre el fondo de cada caso, varias resoluciones por las que la Asamblea General condenó los ataques armados de Israel contra el territorio del Líbano, o calificó explícitamente de agresiva la política de ese Estado en los territorios ocupados después de 1967<sup>29</sup>. Otros ejemplos importantes de actos de agresión condenados enérgicamente por la Asamblea son el ataque armado de Israel contra las instalaciones nucleares iraquíes<sup>30</sup>, el bombardeo de Trípoli y Bengasi por los Estados Unidos de América<sup>31</sup> y la intervención de la Unión de Repúblicas

<sup>28</sup> Véase, por ejemplo, el preámbulo de la resolución 3113 (XXVIII) de la Asamblea General, en la que condenó «los repetidos actos de agresión cometidos por las fuerzas armadas de Portugal contra Estados africanos independientes, lo que constituye una violación de la soberanía y la integridad territorial de esos Estados y perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales»; en el mismo sentido véanse también las resoluciones 2707 (XXV) y 2795 (XXVI). Conclusiones similares se reflejan en las resoluciones 31/154 A y 32/161 en relación con los ataques armados efectuados por el régimen de Rhodesia del Sur contra los territorios de Botswana, Mozambique y Zambia. En cuanto a Sudáfrica, la Asamblea General condenó en una imponente serie de resoluciones lo que califica de actos de agresión perpetrados por ese Gobierno desde el territorio no independiente de Namibia contra Angola, Botswana, Lesotho y Zambia: véanse, entre otras, las resoluciones 31/146, 32/9 D, 33/182 A, 33/206, 38/36 A, 38/17, 39/50 A, 40/25, 40/97 A, 41/39 A y 42/14 A.

<sup>29</sup> Particularmente explícitos son los términos de la Asamblea General en su resolución 38/17 por la que condenó enérgicamente «la matanza de palestinos y otros civiles perpetrada en Beirut y la agresión israelí contra el Líbano, que pone en peligro la estabilidad, la paz y la seguridad de la región» y en su resolución 37/123 A, en la que declaró que «la decisión de Israel de 14 de diciembre de 1981, de imponer sus leyes, su jurisdicción y su administración en el territorio sirio ocupado de las Alturas del Golán constituye un acto de agresión con arreglo a las disposiciones del Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas y a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General», y que «todas las políticas y prácticas israelíes de anexión de los territorios palestinos y demás territorios árabes ocupados, incluida Jerusalén, o que estén dirigidas a esos fines, violan el derecho internacional y las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas». Sobre la cuestión del Líbano, véanse también las resoluciones 35/207, ES-7/5, 37/43 y 40/25. Pueden verse más condenas de las políticas israelíes presuntamente ilegales o agresivas en los territorios ocupados en las resoluciones 38/180 A, 39/146 B, 40/168 B, 41/162 B, 42/209 C, 43/54 B, 44/40 B y 45/83 B, entre otras.

<sup>30</sup> Véase la resolución 36/27 de la Asamblea General, en la que condenó enérgicamente a Israel «por su acto de agresión premeditado y sin precedentes cometido en contravención de la Carta de las Naciones Unidas y de las normas de conducta internacional, que constituye una nueva y peligrosa intensificación de la amenaza para la paz y la seguridad internacionales».

<sup>31</sup> Véase la resolución 41/38 de la Asamblea General.

<sup>27</sup> El problema de las posibles modalidades de reacción «institucionalizada» a las violaciones de obligaciones *erga omnes* que pueden estar comprendidas dentro de la categoría de crímenes internacionales ha sido debatido a fondo en la doctrina: véanse, en especial, Frowein, «Collective enforcement of international obligations», en particular págs. 73 a 77; Hailbronner, «Sanctions and third parties and the concept of international public order», págs. 2 y ss.; Simma, «Does the UN Charter provide an adequate legal basis for individual or collective responses to violations of obligations *erga omnes*?», págs. 125 y ss.; Picone, «Nazioni Unite e Obblighi "erga omnes"»; Annaker, *loc. cit.*, en particular págs. 156 y ss.

Socialistas Soviéticas en el Afganistán<sup>32</sup>. En fecha más reciente la Asamblea condenó enérgicamente las persistentes violaciones de la integridad territorial y la soberanía de Bosnia y Herzegovina y pidió el cese inmediato de esos actos «agresivos y hostiles»<sup>33</sup>.

80. La Asamblea General reaccionó también en varias situaciones probablemente comprendidas en el apartado *b* del párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte, en relación con la ocupación o dominación coloniales mantenidas en violación del principio de la libre determinación. En términos generales, la Asamblea afirmó en varias resoluciones el carácter «criminal» de esas políticas y las calificó de amenaza potencial a la paz y la seguridad internacionales<sup>34</sup>. La Asamblea no vaciló en denunciar explícitamente a los Estados que consideró responsables de esas prácticas. Baste recordar, sin entrar tampoco aquí en el fondo de cada caso, el «régimen colonial» de Portugal en los territorios africanos bajo su administración<sup>35</sup>, la presencia «ilegal» de Sudáfrica en Namibia<sup>36</sup>, el régimen de la minoría de Rhodesia del Sur<sup>37</sup> y la política de Israel en los territorios palestinos ocupados<sup>38</sup>.

81. En cuanto al tipo de crimen previsto en el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte, a saber «una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano», un ejemplo bien conocido es la reiterada condena por la Asamblea General del régimen racista de Sudáfrica y la petición de la Asamblea al Consejo de Seguridad de que adoptara medidas en virtud del Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas<sup>39</sup>. En

fecha más reciente, la Asamblea reaccionó también ante violaciones masivas de los derechos humanos que caían dentro del concepto de genocidio: la represión de las minorías curda y chiíta en el Iraq<sup>40</sup>, y la «limpieza étnica» y otros actos de violencia y malos tratos sistemáticos en masa en Bosnia Herzegovina<sup>41</sup>.

82. Naturalmente, en la práctica del Consejo de Seguridad también pueden encontrarse ejemplos de reacciones «institucionales» a situaciones que pueden entrar en la categoría de crímenes internacionales. En lo que respecta a la agresión, cabe recordar los dos precedentes de la guerra de Corea y la guerra del Golfo. En ambos casos, el Consejo reaccionó tan enérgicamente, tras determinar la existencia de una violación de la paz internacional, que recomendó o autorizó el uso de la fuerza armada por los Estados Miembros<sup>42</sup>. Sin llegar a esas reacciones extremas, el Consejo expresó condenas enérgicas en casos de agresión en varios otros casos, algunos de los cuales ya se han mencionado con referencia a la Asamblea General<sup>43</sup>. En fecha más reciente, el Consejo declaró que los persistentes actos de agresión contra el territorio de Bosnia y Herzegovina por el ejército serbio podían constituir una grave amenaza a la paz y la seguridad internacionales y, partiendo de esta base, impuso una serie de medidas contra el Gobierno de la República Federativa de Yugoslavia

2775 F (XXVI), 2923 E (XXVII), 3151 G (XXVIII), 3324 E (XXIX), 31/6 I, 32/105 K, 33/24, 38/11 y 41/35 A.

<sup>40</sup> Véase la resolución 46/134 de la Asamblea General

<sup>41</sup> Véanse las resoluciones 47/147 y 48/88 de la Asamblea General

<sup>42</sup> En el caso de Corea, véanse en particular las resoluciones 82 (1950), 83 (1950) y 84 (1950), respecto de la guerra del Golfo, véanse en particular las resoluciones 660 (1990) y 678 (1990)

<sup>43</sup> Específicamente, el Consejo de Seguridad condenó en varias resoluciones las agresiones cometidas por las potencias racistas o coloniales en el continente africano contra la integridad territorial de los Estados vecinos independientes. Véanse las resoluciones 268 (1969) de 28 de julio de 1969, 273 (1969) de 9 de diciembre de 1969, 275 (1969) de 22 de diciembre de 1969, 289 (1970) de 23 de noviembre de 1970, 290 (1970) de 8 de diciembre de 1970, 294 (1971) de 15 de julio de 1971, 302 (1971) de 24 de noviembre de 1971 y 321 (1972) de 23 de octubre de 1972 en lo que respecta a los ataques armados de Portugal contra Zambia, Guinea y el Senegal. Véanse también las resoluciones 326 (1973) de 2 de febrero de 1973, 328 (1973) de 10 de marzo de 1973, 403 (1977) de 14 de enero de 1977, 406 (1977) de 25 de mayo de 1977, 411 (1977) de 30 de junio de 1977, 424 (1978) de 17 de marzo de 1978 y 455 (1979) de 23 de noviembre de 1979, en lo que respecta a actos similares cometidos por el régimen de la minoría racista de Rhodesia del Sur contra Zambia, Botswana y Mozambique. Por último, véanse las resoluciones 300 (1971) de 12 de octubre de 1971, 387 (1976) de 31 de marzo de 1976, 428 (1978) de 6 de mayo de 1978, 447 (1979) de 28 de marzo de 1979, 454 (1979) de 2 de noviembre de 1979, 466 (1980) de 11 de abril de 1980, 475 (1980) de 27 de junio de 1980, 527 (1982) de 15 de diciembre de 1982, 545 (1983) de 20 de diciembre de 1983, 546 (1984) de 6 de enero de 1984, 567 (1985) de 20 de junio de 1985, 571 (1985) de 20 de septiembre de 1985, 574 (1985) de 7 de octubre de 1985, 577 (1985) de 30 de diciembre de 1985 y 602 (1987) de 25 de noviembre de 1987, en lo que respecta a las repetidas agresiones de Sudáfrica desde el territorio no independiente de Namibia contra Zambia, Angola y Lesotho. Como ejemplos adicionales cabe mencionar la resolución 487 (1981) de 19 de junio de 1981, en la que el Consejo condenó el ataque de Israel contra la central nuclear iraquí, y las resoluciones 573 (1985) de 4 de octubre de 1985 y 611 (1988) de 25 de abril de 1988, en las que el Consejo condenó a Israel por actos de agresión contra la integridad territorial de Túnez.

<sup>32</sup> Véase la resolución ES-6/2 de la Asamblea General

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, la resolución 47/121 de la Asamblea General

<sup>34</sup> Véase la serie de resoluciones de la Asamblea General dedicadas a la cuestión de la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, entre otras, las resoluciones 2189 (XXI), 2326 (XXII), 2465 (XXIII), 2548 (XXIV), 2621 (XXV), 2708 (XXV), 2878 (XXVI), 2908 (XXVII), 3163 (XXVIII), 3328 (XXIX), 3481 (XXX), 31/143, 32/42, 33/44, 34/93, 35/118 y 35/119.

<sup>35</sup> Véase, por ejemplo, el párrafo 4 de la resolución 2270 (XXII) de la Asamblea General, en la que «condena enérgicamente la guerra colonial que realiza el Gobierno de Portugal contra la pacífica población de los territorios bajo su dominación, lo que constituye un crimen de lesa humanidad y una grave amenaza a la paz y seguridad internacionales». En el mismo sentido véanse también las resoluciones 2107 (XX), 2395 (XXIII), 2707 (XXV), 2795 (XXVI) y 3113 (XXVIII)

<sup>36</sup> Véanse, entre otras, las resoluciones de la Asamblea General 2074 (XX), 2145 (XXI), 2325 (XXII), 2403 (XXIII), 2517 (XXIV), 2678 (XXV), 2871 (XXVI), 3031 (XXVII), 3111 (XXVIII), 3295 (XXIX), así como las resoluciones citadas *supra* (nota 28).

<sup>37</sup> Véanse, entre otras, las resoluciones de la Asamblea General 2022 (XX), 2151 (XXI), 2383 (XXIII), 2508 (XXIV), 2652 (XXV), 2946 (XXVII), 3115 (XXVIII), 3116 (XXVIII), 3297 (XXIX), 3298 (XXIX) y 3396 (XXX)

<sup>38</sup> Véanse, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General 3414 (XXX), 31/61, 32/20, 33/29, 34/70, ES-7/2, 35/35 A, 35/169 A, 36/226 A, 37/86 E, 37/123 F, 38/17, 38/180 D, 39/146 A, 40/25, 40/168 A, 41/101, 41/162 A, 42/95, 42/209 B, 43/54 A, 44/40 A, 45/83 A y 46/82

<sup>39</sup> Véanse, entre otras, las resoluciones de la Asamblea General 2202 (XXI) A, 2307 (XXII), 2396 (XXIII), 2506 B (XXIV), 2671 F (XXV),

(Serbia y Montenegro) por su ayuda a unidades irregulares serbias<sup>44</sup>.

83. Lo mismo que la Asamblea General, el Consejo de Seguridad ha expresado enérgicas condenas de las prácticas coloniales y represivas que violan el principio de la libre determinación. En algunos casos ha adoptado medidas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Cabe recordar, como ejemplos, las políticas portuguesas en los territorios de ultramar, la ocupación ilegal de Namibia por Sudáfrica y el régimen de la minoría de Rhodesia del Sur<sup>45</sup>.

84. El Consejo de Seguridad ha reaccionado de manera semejante ante las violaciones masivas de los derechos humanos. A este respecto, merece la pena señalar las resoluciones que condenan la política de *apartheid* del Gobierno de Sudáfrica<sup>46</sup> y las relacionadas con el genocidio en el Curdistán iraquí y con la «limpieza étnica» en el territorio de la antigua Yugoslavia<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Véanse en particular las resoluciones del Consejo de Seguridad 752 (1992), 757 (1992) y 787 (1992) de 15 y 30 de mayo, y 16 de noviembre de 1992, y 819 (1993) y 820 (1993) de 16 y 17 de abril de 1993.

<sup>45</sup> En lo que respecta a la cuestión de Portugal, véanse las resoluciones del Consejo de Seguridad 180 (1963) y 183 (1963) de 31 de julio y 11 de diciembre de 1963, 218 (1965) de 23 de noviembre de 1965, y 312 (1972) y 322 (1972), de 4 de febrero y 22 de noviembre de 1972; sobre la cuestión de Namibia, las resoluciones 264 (1969) y 269 (1969) de 20 de marzo y 12 de agosto de 1969, 276 (1970) y 283 (1970) de 30 de enero y 29 de julio de 1970, 301 (1971) de 20 de octubre de 1971, 310 (1972) de 4 de febrero de 1972, 366 (1974) de 17 de diciembre de 1974, 385 (1976) de 17 de marzo de 1976, 439 (1978) de 13 de noviembre de 1978, 539 (1983) de 28 de octubre de 1983 y 566 (1985) de 19 de junio de 1985; y sobre la cuestión de Rhodesia del Sur, las resoluciones 216 (1965) y 217 (1965) de 12 y 20 de noviembre de 1965, 221 (1966) y 232 (1966) de 9 de abril y 16 de diciembre de 1966, 253 (1968) de 29 de mayo de 1968, 277 (1970) de 18 de marzo de 1970, 388 (1976) de 6 de abril de 1976 y 409 (1977) de 27 de mayo de 1977.

<sup>46</sup> A este respecto es explícita la resolución del Consejo de Seguridad 473 (1980) de 13 de junio de 1980, en la que declaró que «la política de *apartheid* es un crimen contra la conciencia y la dignidad de la humanidad, es incompatible con los derechos y la dignidad del hombre, la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, y perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales»; véanse también, entre otras, las resoluciones 181 (1963) y 182 (1963) de 7 de agosto y 11 de diciembre de 1963, 190 (1964) y 191 (1964) de 9 y 18 de junio de 1964, 417 (1977) y 418 (1977) de 31 de octubre y 4 de noviembre de 1977, 554 (1984) y 556 (1984) de 17 de agosto y 23 de octubre de 1984, 569 (1985) de 26 de julio de 1985 y 591 (1986) de 28 de noviembre de 1986.

<sup>47</sup> Respecto del caso curdo, véase la resolución 688 (1991) del Consejo de Seguridad, de 5 de abril de 1991; respecto de las graves violaciones de los derechos humanos en la antigua Yugoslavia, véanse, además de las resoluciones del Consejo mencionadas *supra* (nota 44), las resoluciones 770 (1992) y 771 (1992) de 13 de agosto de 1992. En lo que respecta a las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad en los casos de graves violaciones de los derechos humanos, véanse, entre otros, Gaja, «Genocidio dei curdi e dominio riservato»; Malanczuk, «The Kurdish crisis and allied intervention in the aftermath of the second Gulf war»; Alston, «The Security Council and human rights: Lessons to be learned from the Iraq-Kuwait crisis and its aftermath»; y Ramcharan, «The Security Council: Maturing of international protection of human rights».

### 3. OPCIONES POSIBLES PARA UNA DETERMINACIÓN «ORGANIZADA» DE LA EXISTENCIA Y ATRIBUCIÓN DE UN CRIMEN INTERNACIONAL

85. Volviendo al problema en examen y a las posibles soluciones examinadas (párr. 77 *supra*), la primera opción indicada no parece practicable. Aunque ese grado de institucionalización de la reacción de una comunidad internacional organizada frente a los crímenes sea deseable en teoría y ocasionalmente pueda lograrse en esferas específicas limitadas, requeriría una evolución sustancial del sistema interestatal poco probable en el próximo futuro.

86. Por otra parte, la segunda opción indicada merece un serio examen. Aunque conllevaría un grado relativamente elevado de desarrollo progresivo del derecho, parece mucho menos problemática. En el debate del 46.º período de sesiones de la Comisión se hicieron sugerencias explícitas o implícitas en análogo sentido.

87. El debate muestra de forma concluyente, en particular, que el problema más crucial que plantea la aplicación de las reglas que la Comisión adopte (*de lege lata* o *de lege ferenda*) en lo que respecta a las consecuencias especiales o suplementarias de los crímenes, concierne a la determinación de la existencia del hecho ilícito y su atribución a uno o más Estados. Es cierto que este problema se plantea respecto de todo hecho internacionalmente ilícito cualquiera que sea su gravedad, y resulta particularmente agudo siempre que la violación, incluso si constituye meramente delito, afecta a más de un Estado lesionado. Pero la gravedad excepcional de los crímenes y el hecho de que afecten a todos los Estados en cuanto Estados lesionados exigen imperativamente que un órgano internacional efectúe alguna forma de determinación colectiva, como requisito previo para la aplicación de las consecuencias de un crimen, es decir, que determine la existencia de un crimen y su atribución. En teoría cabría contemplar varias soluciones a la luz de las soluciones específicas de los órganos internacionales existentes.

a) *¿Cabe una determinación hecha exclusivamente por la Corte Internacional de Justicia, la Asamblea General o el Consejo de Seguridad?*

88. En apariencia, la opción más adecuada vendría dictada por el carácter esencialmente judicial de la determinación de que se trata. Esto conduciría a la conclusión evidente de que, aunque la aplicación de las consecuencias quedase, como sucede con los delitos, en las manos de los Estados, la determinación de la existencia y la atribución de la violación deberían provenir del órgano judicial más autorizado y representativo actualmente existente, es decir, la CIJ. Esta es hoy el único órgano permanente que posee en principio la competencia y los medios técnicos para determinar la existencia, atribución y consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Véase el quinto informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), pág. 55, párr. 214.

89. Una solución de ese tipo, que evidentemente entraña la aceptación (en la futura Convención sobre la responsabilidad de los Estados) de la jurisdicción obligatoria de la CIJ, tropezaría con dos serios obstáculos por lo menos. En primer lugar, no existe, al lado de un órgano estrictamente judicial como la CIJ, una institución internacional que desempeñe las funciones de fiscal. La propia CIJ no estaría en condiciones de «filtrar» o «cribar» las denuncias formuladas contra Estados presuntamente criminales. En segundo lugar, una vez que se dotara a la Corte de la jurisdicción obligatoria indispensable, incluso para el efecto limitado de la determinación básica, sería difícil limitar esa función jurisdiccional general a la esfera, esperamos que poco frecuente, de los hechos ilícitos internacionales calificados de crímenes. Todo Estado, denunciando que otro Estado ha cometido o está cometiendo un crimen, podría llevar a ese Estado ante la CIJ a los efectos de que determine la existencia de un mero delito.

90. Otra opción, posible en teoría, sería que la futura convención confiara la determinación a la Asamblea General o al Consejo de Seguridad.

91. La Asamblea General parece ser particularmente apropiada, por varias razones. La Asamblea, comparada en particular con el Consejo de Seguridad, se considera generalmente más «democrática». Además, la casi universalidad de las Naciones Unidas hace que la Asamblea sea el portavoz más representativo no sólo de la denominada comunidad internacional organizada sino de la comunidad internacional en sí. Por tanto, la Asamblea parece más calificada que ningún órgano internacional existente para representar, por decirlo así, a la comunidad internacional en su conjunto que, según el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos<sup>1</sup>, constituye la base para calificar de crímenes internacionales ciertos tipos de hechos internacionalmente ilícitos y para traducir en declaraciones concretas y específicas las definiciones generales de crímenes internacionales que dimanen en abstracto, según se indica en el artículo 19, de esa comunidad<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> En la medida en que la expresión «comunidad internacional en su conjunto» coincide con la expresión «comunidad internacional» escueta, la mencionada referencia del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos (véase nota 1 *supra*) sería aplicable a cualquier norma de derecho internacional consuetudinario. No obstante, debe señalarse que podría ser o no así si la expresión «comunidad internacional en su conjunto» se entiende en el sentido en que la entendió la Comisión en 1976, en su 28.º período de sesiones. Se recordará que la fórmula «comunidad internacional en su conjunto» que aparece en el párrafo 2 del artículo 19 había aparecido anteriormente en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Véanse, entre otros autores, Ago, «Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne: introduction», y Combacau y Sur, *Droit International Public*, págs. 159 y 160. La fórmula la explica la Comisión (siguiendo el quinto informe del Sr. Ago, anterior Relator Especial [*Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), pág. 3, doc. A/CN.4/291 y Add.1 y 2]: «No se trata en absoluto de exigir con ello un reconocimiento unánime por todos los miembros de esa comunidad y atribuir de este modo a cada Estado un inconcebible derecho de veto. Lo que se pretende es que el carácter de “crimen internacional” de un hecho internacionalmente ilícito dado sea reconocido no sólo por un grupo determinado (incluso mayoritario) de Estados, sino por todos los

92. Otra característica de la Asamblea General que la hace particularmente adecuada para la finalidad en examen es el amplio alcance de su competencia *ratione materiae*, que comprende no sólo, aunque con atribuciones muy diferentes, la principal esfera de responsabilidad del Consejo de Seguridad (y mucho más enfocada), es decir, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, sino también esferas de cooperación internacional regidas por normas cuya más grave violación corresponde a las tres categorías de crímenes internacionales previstas, además de la agresión, en el párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte. Nos referimos a esferas tales como la cooperación económica, social y cultural, y a normas tales como las relativas a la libre determinación, los derechos humanos o la protección del medio ambiente, para no mencionar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. Por tanto, la Asamblea es evidentemente competente para conocer, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*, de las cuatro esferas en las que puedan producirse graves violaciones como las calificadas de crímenes en el artículo 19.

93. Ahora bien, la Asamblea General no tiene competencia para hacer determinaciones en materia de responsabilidad de los Estados. Además, la Asamblea no tiene poder para adoptar decisiones obligatorias, excepto en algunas esferas estratégicas, por ejemplo, a los efectos de los Artículos 5 y 6 y del párrafo 2 del Artículo 17 de la Carta de las Naciones Unidas, y en cuestiones de procedimiento. Aunque dentro de las cuestiones de procedimiento podría incluirse la creación de órganos auxiliares específicos para investigar, por ejemplo, hechos que puedan constituir un crimen internacional, las simples recomendaciones de la Asamblea no tendrían peso suficiente para constituir la base de una determinación jurídica legitimada de la existencia de un crimen y su atribución. Por consiguiente, la Asamblea no parece ser, pese a su carácter relativamente más representativo, el órgano apropiado que se encargue exclusivamente de hacer tal determinación.

94. En lo relativo al Consejo de Seguridad, la determinación de la existencia de un acto de agresión, función confiada al Consejo por la Carta de las Naciones Unidas, aunque no a los efectos de determinar la responsabilidad del Estado, podría considerarse que ofrece la base para la aplicación por los Estados de las consecuencias del cri-

componentes esenciales de la comunidad internacional» (párr. 61 del comentario del artículo 19, nota 4 *supra*).

Naturalmente, se entendía que la frase «componentes esenciales de la comunidad internacional» se refería a las tres principales agrupaciones en que en aquella época aparecía dividida la Asamblea General. Aunque ciertamente aún cabe inferir agrupaciones de los diversos puntos de vista expresados en la Asamblea, esa división concreta parecería ahora anacrónica. Incumbirá a la Comisión reexaminar la cuestión cuando vuelva a la formulación del artículo 19. Por el momento, no hay más opción que referirse simplemente a la «comunidad internacional».

A este respecto, Palmisano, quien cita a otros autores y cita literalmente el pasaje correspondiente del quinto informe del Sr. Ago («Les causes d'aggravation...», págs. 638 y 639), formula consideraciones pertinentes sobre el papel de la «comunidad internacional en su conjunto» como fuente para calificar de crímenes internacionales de los Estados las violaciones graves del derecho internacional.

men definido en el apartado *a* del párrafo 3 del artículo 19. También cabría concebir que el Consejo tuviera una función en lo que respecta a los tipos de crímenes previstos en los apartados *b*, *c* y *d* del párrafo 3 del artículo 19, teniendo presente la competencia del Consejo para determinar, en virtud del Artículo 39 de la Carta, las violaciones y amenazas contra la paz, en particular estas últimas. En la práctica del Consejo aparecen casos de determinaciones de amenazas contra la paz, aunque en principio a los efectos exclusivos del Capítulo VII de la Carta, en el contexto de situaciones comparables a las de los crímenes previstos en los apartados *b*, *c* y *d* del párrafo 3 del artículo 19 y en las normas primarias escritas o no escritas implícitas en esos apartados<sup>50</sup>.

95. Sin perjuicio, naturalmente, de las facultades del Consejo de Seguridad en cuanto al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, no parece que el Consejo, como tampoco la Asamblea General, pueda tener la responsabilidad exclusiva de hacer la determinación jurídica básica que debe ser requisito previo de la puesta en práctica por los Estados de las consecuencias de los crímenes. Esa determinación corresponde propiamente a la aplicación del derecho de la responsabilidad internacional y no al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Véanse, por ejemplo, la resolución 688 (1991) del Consejo de Seguridad, de 5 de abril de 1991, relativa a los actos de genocidio del Gobierno iraquí contra la población curda; y sus resoluciones 757 (1992) y 787 (1992) de 30 de mayo y 16 de noviembre de 1992, relativas a la situación en la antigua Yugoslavia, donde se han cometido violaciones en masa de los derechos humanos.

<sup>51</sup> La distinción fue señalada por el Relator Especial en el 44.º período de sesiones de la Comisión, cuando discrepó con el enunciado elaborado por el anterior Relator Especial para el artículo 4 de la segunda parte del proyecto de artículos, en el que el derecho de la responsabilidad de los Estados parecía subordinarse indebidamente a las disposiciones y los procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales [véase *Anuario... 1992*, vol. I, 2277.ª sesión, e *ibid.*, vol. II (segunda parte), págs. 41 y 42, párrs. 260 a 266].

La cuestión guarda estrecha relación con la distinción entre las facultades que tiene el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y las que le confiere el Capítulo VI, caso este último en que esas facultades se limitan a meras recomendaciones. A este respecto, véase asimismo *Anuario... 1992*, vol. I, 2267.ª sesión *in fine*. Consúltese también Graefrath, «Leave to the Court...», *loc. cit.*, págs. 190 y ss.; y párrs. 136 a 138 *infra*.

Algunas de las complejidades de la relación entre las determinaciones que hace el Consejo de Seguridad y la normativa de la responsabilidad de los Estados se estudian, entre otros autores, en Gaja, «Réflexions sur le rôle du Conseil de Sécurité dans le nouvel ordre mondial»; Bowett, «The impact of Security Council decisions on dispute settlement procedures»; y Gowlland-Debbas, «Security Council enforcement...», en particular págs. 61 a 73.

Como hizo observar el Gobierno de Suiza en relación con un conocido problema que se plantea en el marco del tema «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», «no parece conforme a una sana concepción de la justicia el prever que las decisiones del Consejo de Seguridad, órgano político por excelencia, puedan servir directamente como base a los tribunales nacionales, cuando tengan que determinar la culpabilidad individual y fijar la cuantía de la pena» [véase el 13.º informe del Relator Especial sobre el tema (doc. A/CN.4/466, párr. 40)].

96. A pesar de los vínculos recíprocos que existen entre estos dos grupos importantísimos de relaciones interestatales, exigir que el Consejo de Seguridad por sí solo proceda a la determinación básica de que se trata sería tan problemático, cuando menos, como pedir a la Asamblea General que por sí sola desempeñase la misma función. Es posible que el Consejo esté mejor preparado para hacerlo en vista de la fuerza vinculante de sus decisiones, pero sería menos apropiado que la Asamblea en razón de su composición limitada y de la especificidad de su competencia *ratione materiae*.

97. Sean cuales fueren las consideraciones aplicables a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, respectivamente, la principal dificultad estriba en ambos casos en la naturaleza política de su composición y sus funciones:

a) Ambos órganos desempeñan sus funciones con un alto grado de discrecionalidad. No intervienen necesaria ni sistemáticamente en todas las situaciones que parecerían requerir el ejercicio de su competencia. En vez de ello, funcionan de manera selectiva, a veces muy selectiva;

b) Ni uno ni otro órgano están obligados a aplicar criterios uniformes en situaciones que pueden parecer muy similares. Por consiguiente, puede ocurrir que situaciones de la misma clase y gravedad se traten diferentemente o no se traten en absoluto;

c) La misma naturaleza de sus determinaciones parece excluir cualquier obligación, por su parte, de motivar sus dictámenes (en forma de decisiones, acciones o inacciones) desde el punto de vista del derecho internacional;

d) El carácter discrecional y tal vez arbitrario de sus dictámenes queda agravado por el hecho de que, en ausencia de toda motivación jurídica, no es posible ninguna verificación concomitante ni posterior de la legitimidad de los dictámenes ni tampoco ninguna comparación entre dichos dictámenes<sup>52</sup>.

98. De las características que se acaban de indicar se desprende claramente que ni la intervención de la Asamblea General ni la del Consejo de Seguridad pueden satisfacer los requisitos más elementales de una determinación jurídica relativa a la existencia y la imputación de un hecho internacionalmente ilícito, y mucho menos de un crimen internacional de Estado. Por mucho que se tenga en cuenta la estructura singular del sistema interestatal, toda imputación de responsabilidad debe presuponer

<sup>52</sup> El problema de la falta de control sobre los órganos políticos de las Naciones Unidas —en particular sobre el Consejo de Seguridad— ha sido estudiado por muchos especialistas. Véanse, por ejemplo, Franck, «The “Powers of Appreciation”: Who is the ultimate guardian of UN legality?»; Seiso, «Può la Corte internazionale di giustizia rilevare l'invalidità di una decisione del Consiglio di sicurezza?»; Gaja, «Réflexions sur le rôle...», págs. 314 a 317; Bowett, *loc. cit.*, págs. 97 y ss.; Gowlland-Debbas, «The relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the light of the Lockerbie case»; Bedjaoui, *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité*, *passim*; y Condorelli, «La Corte internazionale di giustizia e gli organi politici delle Nazioni Unite». Véanse también las publicaciones sobre el caso Lockerbie (nota 10 *supra*).

ner, como muestra la historia del derecho de las colectividades nacionales:

a) la sumisión al imperio de la ley, tanto a nivel adjetivo como a nivel sustantivo;

b) la continuidad, la sistematicidad y la imparcialidad —o no selectividad— en lo que respecta a las infracciones de la ley<sup>53</sup>.

99. El Relator Especial también examinó brevemente en su quinto informe<sup>2</sup> la cuestión de si la práctica reciente indicaba que el alcance de la competencia del Consejo de Seguridad había evolucionado en lo que respectaba precisamente a la «reacción organizada» a ciertos tipos de conducta delictiva internacional particularmente graves. Sin embargo, sólo podría considerarse que esa práctica ha conferido al Consejo competencia en materia de responsabilidad de los Estados por crímenes cometidos si pudiera establecerse de manera convincente que es una práctica jurídicamente decisiva. De todos modos, sería sumamente problemático llegar a esa conclusión *de lege lata*<sup>54</sup>; tampoco parece que semejante solución sea apropiada en cuanto desarrollo progresivo del derecho internacional de la organización<sup>55</sup>.

b) *Combinación de las funciones política y judicial*

100. Las características de la CIJ, de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad estudiadas en los párrafos anteriores parecen indicar que ninguno de esos órganos puede desempeñar por sí mismo la delicada función de determinar la existencia y la atribución de un crimen internacional de un Estado, requisitos previos de la ejecución de las consecuencias previstas en los artículos pertinentes del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados. Por tanto, es preciso buscar una solución diferente, que parece dictada por las respectivas características de los tres órganos principales de las Naciones Unidas.

101. Por una parte, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad son órganos demasiado políticos para que se les confíe una función tan eminentemente jurídica como la de determinar la existencia y la imputación de un crimen internacional. Por otra parte, la CIJ, si bien está dotada de la necesaria capacidad jurídica, carece de la competencia específica no menos indispensable, y sería inapropiado, como ya se ha explicado, conferirle una competencia directa e incondicional respecto de los crímenes, la cual inevitablemente se desarrollaría y llegaría a transformarse en una indeseada competencia obligatoria generalizada respecto de los delitos. La única solución parece estribar en una combinación del elemento político con el elemento judicial, de tal manera que puedan evitarse los inconvenientes tanto de una determinación exclusivamente política como de una determinación exclu-

sivamente judicial. Puede tratarse de una evaluación política, por la Asamblea o el Consejo, de las alegaciones del Estado o Estados acusadores, con miras a determinar si esas alegaciones tienen suficiente gravedad para justificar la seria preocupación de la comunidad internacional; semejante pronunciamiento político prepararía entonces el terreno para una posible intervención de la CIJ.

102. Por lo que respecta a la función del órgano político, debería consistir en la aprobación de una resolución por mayoría calificada. En el caso de la Asamblea General, se trataría de una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes. Para el Consejo de Seguridad, en principio podrían considerarse dos posibilidades. La primera posibilidad teórica consistiría en requerir una simple mayoría de dos tercios, sin más condiciones. Tal solución pondría en tela de juicio el principio de la unanimidad de los miembros permanentes y sólo podría tomarse en consideración en el marco de una revisión de la Carta de las Naciones Unidas. La segunda posibilidad consistiría en disponer que, de conformidad con el principio enunciado en el Artículo 27 de la Carta, la parte en una controversia se abstendrá de votar. Esta segunda posibilidad parece bastante justa y realista.

103. La naturaleza del pronunciamiento de la CIJ puede tratarse desde diversos puntos de vista, que son de desigual interés jurídico. Una posibilidad consistiría en recurrir al órgano judicial en su capacidad consultiva. Todo Estado Miembro de las Naciones Unidas y Parte en la convención sobre la responsabilidad de los Estados que alegase que se ha cometido o se está cometiendo un crimen tendría derecho a someter la cuestión a la Asamblea General o al Consejo de Seguridad. Uno u otro órgano político deliberaría sobre la cuestión y, si llegase a la conclusión de que las alegaciones del Estado o Estados acusadores son suficientemente graves para justificar la intervención de la comunidad internacional, decidiría someter el problema a la Corte para que ésta emitiera una opinión consultiva. Un pronunciamiento negativo de la Corte cerraría el asunto (sin perjuicio, naturalmente, de las cuestiones relativas a la existencia, la imputación o las consecuencias de un delito). El pronunciamiento positivo de la Corte aceptado por el órgano solicitante permitiría a cualquier Estado parte en la convención sobre la responsabilidad de los Estados aplicar las disposiciones relativas a las consecuencias jurídicas de un crimen, según se enuncian en la segunda parte del proyecto de artículos.

104. Otra posibilidad consistiría en recurrir a la función contenciosa del órgano judicial. Los debates de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad sostenidos sobre unas alegaciones de crimen concluirían no ya con una solicitud de opinión consultiva de la Corte, sino con la aprobación de una resolución en la que se llegase a la conclusión de que las acusaciones merecen ser examinadas seriamente por la comunidad internacional. La aprobación de tal resolución por mayoría calificada en uno u otro órgano —en el sentido antes explicado— permitiría, sobre la base de la convención relativa a la responsabilidad de los Estados, a cualquier Estado Miembro y parte en la convención (incluido el «presunto

<sup>53</sup> Véase el quinto informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), pág. 54, párr. 211.

<sup>54</sup> *Ibid.*, párrs. 212 y 213.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pág. 63, párrs. 257 y ss., y págs. 62 y 63, párrs. 243 a 245.

criminal») plantear la cuestión ante la Corte para que resolviera sobre la existencia de un crimen y su imputación. En otras palabras, la resolución de la Asamblea o del Consejo crearía, en virtud de la convención sobre la responsabilidad de los Estados, entre los Estados Miembros y partes en la convención el «vínculo jurisdiccional necesario» para que la Corte tuviera competencia obligatoria.

105. Varias razones parecen militar en favor de la segunda posibilidad.

106. En primer lugar, la gravedad de una alegación de crimen y la gravedad de las posibles consecuencias indican que no sería apropiado conformarse, para la determinación básica, en una opinión consultiva.

107. Aun considerando los pronunciamientos de la CIJ esencialmente equivalentes en cuanto a su autoridad, independientemente de que se designen con el nombre de opinión consultiva o fallo, existen entre ellos marcadas diferencias<sup>56</sup>. Una de esas diferencias estriba en la importancia de las cuestiones de hecho en las opiniones consultivas, comparada con la que se les atribuye en los casos contenciosos<sup>57</sup>. Otra diferencia más trascendente es que, si bien el pronunciamiento de la Corte en lo contencioso suele zanjar el asunto o los asuntos en la medida en que resuelve sobre el fondo de una controversia en su totalidad —constituyendo así, en cierto modo, el dictamen decisivo sobre la cuestión o las cuestiones planteadas—, el pronunciamiento de la Corte en un asunto consultivo suele tener por objeto dar una orientación sobre una cuestión al destinatario para que actúe en consecuencia al respecto<sup>58</sup>. Otra diferencia estriba en que el proceso consultivo no supone, por regla general, un verdadero procedimiento contencioso entre Estados litigantes.

<sup>56</sup> Véase Benvenuti, *L'accertamento del diritto mediante i pareri consultivi della Corte internazionale di Giustizia*, passim.

<sup>57</sup> La CPJI opinó que, en el caso de un procedimiento consultivo, nada le impedía tomar en consideración las cuestiones de hecho. Al mismo tiempo observó que, «en circunstancias ordinarias, sería útil ciertamente que los hechos respecto de los cuales se pide la opinión de la Corte no fuesen objeto de controversia; la tarea de determinarlos no debe dejarse para la misma Corte» (asunto de *Estadito de Carelia oriental [petición de opinión consultiva]*, C.P.J.I. *serie B n.º 5*, pág. 28). La Corte Internacional de Justicia confirmó esta posición en el asunto del *Sáhara occidental, opinión consultiva*, C.I.J. *Recueil 1975*, págs. 28 y ss. La opinión según la cual las cuestiones de hecho quedan, en principio, fuera de la función consultiva de la Corte ha sido defendida por Vallat, «The competence of the United Nations General Assembly», pág. 216, y Morelli, «Controversia internazionale, questione, processo», pág. 13.

<sup>58</sup> Como dijo la CIJ en una opinión consultiva sobre la interpretación de los tratados de paz, «la Corte da su opinión no ya a los Estados, sino al órgano que está habilitado a pedirla» con objeto de ilustrarse en cuanto a su actuación (*Interpretación de tratados de paz [entre Bulgaria, Hungría y Rumania]*, *opinión consultiva*, C.I.J. *Recueil 1950*, pág. 71).

#### 4. LA DECISIÓN DE LA CIJ SOBRE LA EXISTENCIA O IMPUTACIÓN COMO REQUISITO PREVIO DE LA PUESTA EN PRÁCTICA POR LOS ESTADOS DE LAS CONSECUENCIAS DE UN CRIMEN INTERNACIONAL

108. Habida cuenta de esas consideraciones, el Relator Especial piensa que la determinación jurídica en cuanto a la existencia y la atribución de un crimen internacional debe ser el resultado de un procedimiento contencioso incoado, a raíz del dictamen del órgano político, ante la Corte Internacional de Justicia por cualquiera de los *omnes* Estados lesionados, procedimiento que daría a acusadores y acusado la posibilidad de contrastar a fondo sus respectivas tesis en el marco de unas actuaciones contradictorias plenas y directas.

109. Una razón suplementaria y al parecer decisiva para que el fallo de la CIJ sea requisito previo de la aplicación, por los Estados, de cualesquiera consecuencias jurídicas de un crimen internacional dimana de las características del procedimiento de solución de controversias posterior a las contramedidas que presuntamente habrá de tratarse en la tercera parte del proyecto de artículos respecto de los crímenes. En vista de la suma gravedad de los crímenes, el Relator Especial propone sugerir, para la disposición correspondiente de la tercera parte, no ya simplemente la conciliación o el arbitraje (como en el caso de los delitos), sino la competencia obligatoria directa de la CIJ sobre cualesquiera controversias nacidas de la aplicación de las consecuencias jurídicas de un crimen (es decir, las controversias que surjan en relación con un crimen a raíz de las contramedidas). Considerando, además, que en las propuestas actuales del Relator Especial se prevé un pronunciamiento preliminar de la Corte Internacional de Justicia sobre la existencia o imputación de un crimen, como requisito previo de la aplicación legítima de cualesquiera consecuencias de dicho crimen, tal pronunciamiento no puede consistir en una simple opinión consultiva. Como la CIJ puede tener que pronunciarse (de conformidad con las disposiciones pertinentes de la tercera parte) mediante un fallo en la fase posterior a las contramedidas, sería extraño, cuando menos, que en ese momento se viera obligada, bien a confirmar pasivamente su opinión consultiva anterior, bien a revocar esa opinión consultiva en el fallo.

110. La disposición pertinente figura en el párrafo 2 del proyecto de artículo 19 de la segunda parte (véase sección E de este capítulo *infra*).

111. Así las cosas, debe tenerse en cuenta que los efectos que la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados atribuya a las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad y a los fallos de la CIJ han de ser sin perjuicio de las funciones del Consejo con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas y de las obligaciones que de ella se derivan para los Estados Miembros. Tampoco pueden redundar en menoscabo de la aplicación del Artículo 51 de la Carta.

112. La disposición pertinente figura en el proyecto de artículo 20 de la segunda parte (véase sección E de este capítulo *infra*).

## 5. OTRAS CUESTIONES

a) *La posible intervención de la CIJ en virtud de instrumentos distintos de la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados*

113. La disposición en virtud de la cual la CIJ tendría competencia obligatoria (entre los Estados partes en la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados) para determinar la existencia y la imputación de un crimen, una vez aprobada una resolución de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad en el sentido que se indica (párrafo 102 *supra*), no excluiría, a juicio del Relator Especial, que la competencia obligatoria de la Corte para el mismo fin pudiera nacer de otra manera. De hecho, esa competencia podría dimanar, por ejemplo, de un instrumento multilateral celebrado por los Estados Miembros en el que se tipificara un determinado hecho ilícito como crimen internacional de Estado. La competencia obligatoria de la CIJ (es decir, la que encierra la posibilidad de una acción unilateral) está prevista en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. IX), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 22), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 29) y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 30). La disposición de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (art. XII) es menos clara. Asimismo, la competencia obligatoria de la CIJ podría nacer –aunque esto es menos probable– de un instrumento bilateral de solución de controversias redactado en términos tales que cualquiera de las partes pudiera denunciar ante la Corte que la otra parte ha cometido o está cometiendo un crimen internacional de Estado. Tres cuestiones relacionadas entre sí se plantearían si se recurriera a esos «vínculos jurisdiccionales»:

a) ¿Cuál sería la situación jurídica, a efectos de la convención sobre la responsabilidad de los Estados, si un Estado o varios Estados recurrieran a un vínculo jurisdiccional dimanante, por ejemplo, de una de las convenciones multilaterales antes mencionadas para que se encausara a un presunto infractor?

b) ¿Deben el Estado o los Estados demandantes estar obligados a satisfacer, a efectos de la convención sobre la responsabilidad de los Estados, el requisito de un recurso previo (con resultado positivo) a la Asamblea General de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad?

c) ¿Cuál sería, a raíz de tal iniciativa judicial adoptada fuera del marco de la convención sobre la responsabilidad de los Estados, la posición de los *omnes*, es decir los «terceros» Estados partes en dicha convención?

114. La contestación a la primera pregunta es, a juicio del Relator Especial, que si en la convención sobre la responsabilidad de los Estados se dispusiera, como está propuesto, que la determinación por la CIJ de la existencia de un crimen internacional cumple la condición necesaria para la aplicación de las consecuencias de ese crimen por los *omnes*, es decir, los Estados lesionados, debe

considerarse que un fallo de la CIJ a tal efecto también cumple dicha condición, independientemente del fundamento jurídico de la competencia de la CIJ. El hecho de que, en virtud de la convención sobre la responsabilidad de los Estados, la autoridad de la CIJ para resolver sobre la cuestión de la existencia o la imputación de un crimen internacional estaría sujeta al requisito previo de una resolución política de las Naciones Unidas no debe limitar de ninguna manera la posibilidad de que esa función de la Corte pueda desempeñarse válidamente sobre la base de cualesquiera títulos de competencia que le confiera el artículo 36 del Estatuto de la Corte, distintos de la convención sobre la responsabilidad de los Estados.

115. Como consecuencia lógica, la segunda pregunta debe contestarse en el sentido de que, si se incoara ante la CIJ una acción basada en un vínculo jurisdiccional dimanante de un instrumento distinto de la convención sobre la responsabilidad de los Estados, no sería necesario pasar por toda la fase política preliminar ante la Asamblea General o el Consejo de Seguridad. El requisito relativo a una resolución de la Asamblea o del Consejo tiene por objeto (véase párr. 89 *supra*) evitar que la disposición de la convención sobre la responsabilidad de los Estados referente a la función de la Corte respecto de los crímenes internacionales sea causa de la extensión de la competencia obligatoria de la Corte a cuestiones distintas de la existencia o imputación de un crimen internacional (por ejemplo la existencia o imputación y las consecuencias de un delito). Obviamente, si la Corte tuviese competencia obligatoria en virtud de un instrumento distinto de la convención sobre la responsabilidad de los Estados, aquel requisito previo pasaría a ser superfluo.

116. Pasando ahora a la tercera pregunta, parece apropiado que la determinación, por la CIJ, de la existencia de un crimen internacional cumpla la condición necesaria para la aplicación, *ab omnibus tertiis*, de las consecuencias especiales de los crímenes, sea cual fuere la fuente de la competencia de la CIJ para tratar la cuestión de la existencia o imputación. Por consiguiente, todos los Estados Miembros partes en la convención sobre la responsabilidad de los Estados tendrían perfecto derecho a fundarse en un fallo de la CIJ basado en un vínculo jurisdiccional independiente de la convención sobre la responsabilidad de los Estados y dimanante, por ejemplo, de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes o de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Sin embargo, tal extensión a los *omnes tertiis* sólo valdría, naturalmente, respecto de la parte del fallo de la Corte referente a la existencia o imputación de un crimen internacional. No se extendería a las partes de ese fallo concernientes únicamente al Estado o los Estados que hubiesen pedido la intervención de la Corte en virtud de un vínculo jurisdiccional no relacionado con la convención sobre la responsabilidad de los Estados. Todo elemento del fallo de la Corte referente bien a la existencia e imputación, bien a las consecuencias de un posible simple delito, bien a las consecuencias del crimen propiamente dicho no tendría efecto más que en las partes entre las que se incoaron las actuaciones. En otras palabras, sólo el Estado o los Esta-

dos demandantes que hubiesen incoado la acción en un principio, junto con el presunto o los presuntos Estados infractores demandados, quedarían obligados, de conformidad con el artículo 59 del Estatuto de la CIJ, por las disposiciones del fallo de la Corte distintas de aquella relativa a la existencia o imputación de un crimen internacional.

117. Puede, por supuesto, plantearse un problema en lo que respecta a la posición de los «terceros» en cualquier actuación iniciada ante la Corte por uno o varios Estados en virtud de un vínculo jurisdiccional que tenga su origen en un instrumento distinto de la convención sobre la responsabilidad de los Estados. Como ya se ha explicado, a raíz de la aprobación de la resolución del órgano político, todo Estado Miembro y parte en la convención tendría derecho, en virtud de esta última, a incoar un procedimiento ante la Corte y a participar en él. En cuanto «terceros» respecto del asunto sometido a la Corte sobre la base de un vínculo jurisdiccional nacido de una fuente distinta de la convención sobre la responsabilidad de los Estados, aquellos Estados no tendrían derecho, en principio, a participar en las actuaciones ante la Corte. Esta situación debería, pues, regularse mediante una norma especial del proyecto. La solución más apropiada consistiría en disponer que:

a) En la hipótesis que se considera, todo «tercer» Estado —a saber cualquier Estado Miembro y parte en la convención sobre la responsabilidad de los Estados y distinto del Estado o los Estados que someten el asunto a la CIJ fundándose en un vínculo jurisdiccional no relacionado con dicha convención— tendrá derecho a participar plenamente, previa solicitud unilateral, en las actuaciones de la Corte relativas a la existencia o la imputación del crimen, quedando entendido que tal Estado participará como actor y no como parte interesada a tenor de los artículos 62 y 63 del Estatuto de la CIJ;

b) Una vez que la CIJ haya resuelto positivamente sobre la existencia y la imputación de un crimen, la condición necesaria para la aplicación de las consecuencias especiales del crimen se considerará cumplida *ipso facto* respecto de cualquier Estado Miembro y parte en la convención sobre la responsabilidad de los Estados, no obstante la ausencia de un pronunciamiento político previo de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad.

b) *Las funciones respectivas de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad, de la Corte Internacional de Justicia y de todos los Estados*

118. No parece plantear dificultades el hecho de que los Estados acusadores a tenor del párrafo 1 del proyecto de artículo 19 de la segunda parte (véase sección E del presente capítulo *infra*) se dirijan, como se ha propuesto, a la Asamblea General o al Consejo de Seguridad o a ambos órganos al mismo tiempo. A juicio del Relator Especial, se daría aquí un caso de competencia simultánea entre ambos órganos. Para que la iniciativa del Estado acusador tenga éxito bastará con que uno u otro órgano llegue a una con-

clusión afirmativa. De todos modos, si se considera que la resolución del órgano político sólo tiene por objeto preparar el terreno para un pronunciamiento de la Corte (a raíz de la solicitud presentada por uno o varios Estados), toda divergencia entre la Asamblea y el Consejo quedaría zanjada por el fallo decisivo —positivo o negativo— de la Corte sobre la existencia y la imputación.

119. Una fórmula que combine la resolución de un órgano político (la Asamblea General o el Consejo de Seguridad), un fallo de la Corte y la aplicación por todos los Estados lesionados de las consecuencias jurídicas de un crimen sería la mejor solución —o la menos insatisfactoria— que puede ofrecerse en la etapa actual del desarrollo de la comunidad internacional «organizada», para abordar de manera civilizada el problema de la reacción a los crímenes internacionales de los Estados. La función del órgano político es lo que más se puede acercar a una investigación preliminar de la credibilidad de las acusaciones de los Estados presuntamente lesionados, a falta de lo cual no sería apropiado dejar que el asunto llegara hasta el juez. En otras palabras, es lo que más se acerca —aunque de muy lejos— a la función acusatoria<sup>59</sup>. A su vez, el pronunciamiento de la Corte tras un cabal procedimiento contencioso es lo que más se puede acercar a un enjuiciamiento imparcial del caso por lo que respecta a las condiciones básicas de la existencia y la imputación. Que la aplicación subsiguiente de los artículos sobre las consecuencias jurídicas del crimen tenga que permanecer en manos de los Estados lesionados —los *omnes*— es una consecuencia inevitable del escaso grado —aun hoy— de institucionalización del sistema interestatal. Con todo, la Comisión no debe ver en este inconveniente una razón para no proseguir con imaginación la línea de acción que inició en 1976, cuando aprobó el artículo 19 de la primera parte<sup>1</sup>.

120. Por supuesto, la intervención de un número de Estados —que es de esperar sea elevado— en la reacción a un crimen puede ser fuente de divergencias, controversias e incluso litigios. Aunque esas dificultades pueden presentarse también respecto de los delitos (en todos los casos en que el hecho ilícito consista en la violación de una obligación *erga omnes*), es probable que sean más graves y frecuentes en el caso de los crímenes. Lo único que cabe considerar en la actualidad es confiar en las posibilidades de coordinación que brinden la Asamblea General, el Consejo de Seguridad u otros órganos internacionales que tengan competencia en el campo de que se trate, o recurrir a posibles acuerdos especiales entre los Estados lesionados o grupos de Estados lesionados. Este problema difícil se trata, con carácter provisional, en los apartados c a g del

<sup>59</sup> Para emplear las palabras de Alfred Zimmermann, la función del órgano político —que ciertamente no es ni judicial ni concluyente— consistiría, según el proyecto de artículo 19, en provocar un «clamor general» (*The League of Nations and the Rule of Law, 1918-1935*, pág. 451). La resolución —que no es siquiera una recomendación de ese órgano— serviría simplemente para designar a un Estado como sospechoso de un presunto crimen (como tenía que hacerlo la Asamblea de la antigua Sociedad de las Naciones en el caso de la agresión), dejando que todos los Estados se encargaran de proseguir el asunto: la continuación lógica —antes de cualquier aplicación de las consecuencias— sería la de someter las acusaciones a la Corte para que resolviese sobre la existencia de un crimen.

artículo 18 de la segunda parte (véase sección E de este capítulo *infra*).

#### D.—Conclusiones

##### 1. LAS OBJECIONES ACTUALES AL ARTÍCULO 19 DE LA PRIMERA PARTE<sup>1</sup>

121. Ha llegado el momento de que examinemos la solución propuesta a la luz de las objeciones que hasta la fecha se han formulado contra la inclusión, en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, de la noción de crímenes internacionales de los Estados.

122. Esas objeciones se basan en varios argumentos relacionados entre sí y que en parte se superponen. Un grupo de argumentos consiste en decir que los Estados, por su misma naturaleza, no pueden ni tener responsabilidad penal ni ser objeto de sanciones penales, ya que dicha responsabilidad y dichas sanciones sólo son apropiadas en el caso de los individuos. Este grupo de argumentos se basa en la máxima *societas delinquere non potest*<sup>60</sup>. Estrecha relación guarda con ese grupo el argumento según el cual el sistema interestatal no está dotado ni de una institución de procesamiento ni de un tribunal penal que tenga competencia obligatoria respecto de los crímenes de los Estados frente a cualquier otro Estado.

123. Empezando con el primer grupo de argumentos, el Relator Especial ya examinó en su quinto informe el valor de la máxima *societas delinquere non potest* aplicada a los Estados como participantes en las relaciones internacionales y sujetos de derecho internacional. En primer lugar, no es totalmente correcto decir que las personas jurídicas sólo pueden ser sujetos —*mutatis mutandis*— de responsabilidad y de sanciones civiles. En segundo lugar, los Estados no son exactamente lo mismo que las personas jurídicas de derecho interno. Como personas de derecho internacional, se parecen más a entidades colectivas fácticas que a personas jurídicas; además, gustan de llamarse a sí mismos «potencias», término desconocido en el derecho y en la práctica tanto de las entidades colectivas privadas como de las subdivisiones políticas de los Estados, incluidos los Estados miembros de Estados federales<sup>61</sup>. En tercer lugar —y esto es lo más importante—, los Estados a menudo se conducen de una manera que infringe obligaciones jurídicas y morales tan esenciales para la paz, la supervivencia y el bienestar de otros Estados y pueblos que se consideran en el ámbito universal mucho más graves, material y moralmente, que los hechos delictivos cometidos por individuos, grupos o corporaciones privados.

124. En cuanto al argumento de que la responsabilidad por infracciones internacionales excepcionalmente graves sólo debería considerarse en el caso de los individuos, el Relator Especial reconoce, a pesar de las serias

reservas que los gobiernos han formulado recientemente respecto de elementos importantes del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la función que tal instrumento podría desempeñar, si se aprobara, por lo que hace a reprimir la violación de obligaciones internacionales fundamentales. Con todo, aparte de que el proyecto dispone expresamente que el procesamiento de un individuo «no exonera a ningún Estado de responsabilidad» (art. 5), dejando así abierta la cuestión de la responsabilidad del Estado<sup>62</sup>, los más graves de los crímenes individuales que se contemplan se consideran imputables a individuos que desempeñan puestos de alta o muy alta autoridad en el Estado<sup>63</sup>. De ello se sigue que, en los casos más importantes, el procedimiento penal incoado en virtud del código comprometerá gravemente al Estado dentro de la administración del cual actuaban los individuos acusados. Si la estructura del Estado no consigue disociarse convincentemente de las partes acusadas, el crimen individual aparecerá tan estrechamente vinculado con la conducta reprobable de otros órganos que será considerado como un crimen de Estado de la misma o muy similar tipificación. A menudo pueden intervenir dos factores en la inevitabilidad de este resultado. Uno es que la norma infringida es básicamente idéntica en ambos casos, como también lo es la dimensión del hecho o los hechos ilícitos, es decir, las acciones u omisiones que constituyen el elemento «objetivo» o «externo» del crimen. El otro factor se refiere al elemento llamado «interno» o «psicológico», a saber la intención dolosa (*dolus*)<sup>64</sup>. Aun suponiendo que el proyecto de código se convierta pronto en una realidad jurídica a pesar de los muchos obstáculos que han de salvarse para su ratificación y aplicación (con un tribunal penal internacional o sin él), la noción de responsabilidad penal del individuo a nivel internacional no reduce en grado significativo la razón de ser del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados o de las disposiciones de las partes segunda y tercera que son necesarias para la buena aplicación de ese artículo.

125. Sea cual fuere la suerte que corran los *delicta juris gentium* individuales y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, debe reconocerse que las infracciones del tipo de obligaciones a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados vienen siendo desde hace

<sup>62</sup> El párrafo 2 del comentario al artículo 5 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad remite expresamente al comentario al artículo 19 de la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, según el cual el castigo de los individuos que son órganos del Estado «no pone fin ciertamente a la persecución por la responsabilidad internacional que incumbe al Estado» [*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 107].

<sup>63</sup> Véase, por ejemplo, el párrafo 4 del comentario general a la segunda parte del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (*ibíd.*, pág. 109).

<sup>64</sup> Resulta en verdad difícil imaginar cómo la combinación de acciones y omisiones y de la intención no lleguen a fundirse, al mismo tiempo, en un hecho ilícito del individuo y del Estado y, presumiblemente, un crimen de ambos. Sólo en casos excepcionales puede el crimen de un individuo encerrar un simple delito por parte del Estado.

<sup>60</sup> Véase el quinto informe del Relator Especial (nota 2 *supra*), pág. 61, párrs. 250 y ss.

<sup>61</sup> *Ibíd.*, pág. 62, párr. 253.

algún tiempo objeto de repulsa general por parte de la comunidad internacional y de los foros internacionales. Se han dado ejemplos de hechos ilícitos que han sido condenados por ese concepto (véase párrs. 78 a 84 *supra*). Dichos ejemplos muestran que, en el sentir general, se considera que todos esos hechos ilícitos: a) infringen normas de derecho internacional, tal vez de *jus cogens*, que son válidas *erga omnes*; b) son lesivos para todos los Estados; c) justifican una petición generalizada de cesación o reparación; y d) justifican, en definitiva, una reacción generalizada de una u otra forma por parte de los Estados o los órganos internacionales. Parece, pues, apropiado que la Comisión intente de alguna manera sujetar esa reacción a un control jurídico más concreto en el marco del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>65</sup>.

126. El artículo 19 de la primera parte, aprobado en primera lectura por la Comisión en su 28.º período de sesiones, constituyó un paso preliminar en ese sentido. Un segundo paso fue el artículo 5 de la segunda parte<sup>5</sup>, aprobado por la Comisión en primera lectura en su 37.º período de sesiones, que faculta a todos los Estados para pedir la cesación o la reparación y, llegado el caso, recurrir a contramedidas.

127. Los proyectos de artículos 15 a 20 de la segunda parte (véase sección E de este capítulo *infra*) establecen las normas que el Relator Especial considera indispensables para determinar las condiciones, modalidades y límites de dicha reacción generalizada. Esos proyectos de artículos tienen por objeto instituir la fiscalización jurídica de esa reacción en el marco del derecho de la responsabilidad de los Estados al que corresponde efectivamente la cuestión (véanse párrs. 137 a 139 *infra*).

128. Pasando ahora al segundo grupo de objeciones, las que se refieren al problema «institucional», es innegable, por supuesto, que el sistema interestatal —o, en todo caso, la bastante indefinida o mal definida «comunidad internacional» (de hombres, de naciones, de pueblos o de Estados)— no está dotado ni es probable que lo esté pronto de instituciones tales como una fiscalía y un tribunal penal (por no hablar de un mecanismo eficaz de ejecución). Sería, sin embargo, una actitud simplista utilizar ese argumento para oponerse a que se singularicen ciertos hechos internacionalmente ilícitos que merecen una repulsa jurídica más severa. Es cierto que el sistema interestatal es todavía un conjunto muy poco organizado, pero ¿acaso no puede aplicarse este argumento a todas las esferas de las relaciones internacionales y del derecho internacional?<sup>25</sup>

129. El sistema interestatal no es menos inorgánico —para permanecer en la esfera de la responsabilidad de los Estados—, en lo que respecta a las consecuencias de los delitos. Todo el proceso, empezando por la decisión

en cuanto a la existencia y la imputación de un delito y continuando con las peticiones de cesación y reparación y el posible recurso a las contramedidas, se deja, en principio —es decir con arreglo al derecho internacional general—, al arbitrio de los Estados. Las únicas excepciones se encuentran en las disposiciones convencionales sobre procedimientos de solución por «terceros», desgraciadamente poco frecuentes y en su mayoría bilaterales. Unas cuantas excepciones más podrían dimanar de las disposiciones que se propusieron en el quinto informe del Relator Especial<sup>2</sup> —para los artículos de la tercera parte del proyecto de artículos, que se han enviado al Comité de Redacción<sup>66</sup>— y del proyecto de artículo 12 de la segunda parte<sup>13</sup>.

130. Pasando a un capítulo aún más importante del derecho internacional, el vacío institucional es todavía más evidente —y trágico— en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. A pesar de las notables innovaciones que contiene el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, no parece que la comunidad internacional esté, al fin y al cabo, tan «organizada» en esta esfera. El Consejo de Seguridad no ha conseguido hasta la fecha que se pongan directamente a su disposición las fuerzas armadas indispensables para que pueda iniciar por su cuenta una acción realmente eficaz. Las medidas de seguridad, aunque son recomendadas o decididas por el Consejo —órgano de composición restringida que difícilmente puede considerarse representante de toda la comunidad internacional—, son llevadas a cabo por los Estados o, mejor dicho, por algunos Estados solamente. Admitir esta realidad como un reflejo del equilibrio de poderes en el sistema interestatal es una cosa; hablar de una «organización» de la seguridad colectiva es otra totalmente diferente. Para bien o para mal, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales está en manos de las grandes Potencias, exactamente como lo estaba hace un siglo; mas ésta no puede ser, desde luego, una razón válida para desechar la seguridad colectiva administrada a través del único órgano existente, por imperfecto que sea.

131. Por supuesto, se plantea una situación diferente en ciertas esferas especiales, tales como la protección de los derechos humanos. Sin embargo, las instituciones internacionales más eficaces en el campo de los derechos humanos no funcionan verdaderamente a nivel de las relaciones interestatales. Operan más bien a un nivel infraestatal, por así decirlo, a través de los órganos comunes de los Estados que participan en cada sistema de derechos humanos. Las relaciones interestatales propiamente dichas siguen siendo, aun en esta esfera, esencialmente inorgánicas.

132. En consecuencia, puede decirse, a juicio del Relator Especial, que el sistema interestatal o la «comunidad internacional» no parece menos «organizada» en la esfera de la fiscalización jurídica de la coordinación de las reacciones a los crímenes de los Estados que en otras esferas. En este campo como en cualquier otro, los Esta-

<sup>65</sup> Véanse una vez más las interesantes obras de Spinedi sobre el tema; en particular, su muy detallado estudio que sirve de introducción al volumen del simposio celebrado en Florencia en 1984 (véase nota 26 *supra*), y «Contribution à l'étude de la distinction entre crimes et délits internationaux».

<sup>66</sup> Véase *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 38, párr. 205.

dos siguen siendo los actores principales. A ellos corresponde acusar y a ellos corresponde exigir de un Estado infractor la cesación o reparación y recurrir, llegado el caso, a contramedidas. Hasta aquí, no hay nada que se aparte de las fases sucesivas del tratamiento de un delito, es decir, la determinación de la existencia de ese delito y su imputación, la exigencia de cesación o reparación y las posibles contramedidas.

133. Si bien es cierto que la mayor gravedad de las consecuencias jurídicas de los crímenes exige algún tipo de fiscalización institucional, de ello no se sigue necesariamente que esa fiscalización deba ser tan amplia y entrometida que haga desaparecer la función de los Estados. Las instituciones existentes no ofrecen ni una fiscalía ni un verdadero tribunal de justicia penal, ni tampoco un mecanismo organizado de ejecución. Con todo, brindan buenas posibilidades de limitar la arbitrariedad de las reacciones unilaterales o colectivas de los Estados lesionados, los *omnes*. El procedimiento descrito en los párrafos que anteceden y que se recoge en el proyecto de artículo 19 de la segunda parte (véase sección E de este capítulo *infra*) tiene precisamente por objeto desempeñar esa función.

134. El Relator Especial considera indispensable, en este punto, insistir en dos características esenciales de la solución propuesta en el presente informe.

## 2. LA SOLUCIÓN PROPUESTA Y LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS EXISTENTES SOBRE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

135. Una característica esencial es que el propuesto procedimiento en dos fases no entraña ninguna modificación de los dos instrumentos principales existentes respecto de la organización internacional: la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la CIJ. Al prever una resolución de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad como condición previa de la competencia de la Corte a tenor del artículo 36 del Estatuto de esta última, la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados no afectaría ni la Carta ni el Estatuto.

136. Por lo que se refiere a la Carta de las Naciones Unidas, no sería la primera vez que un tratado internacional distinto de la propia Carta requiere una acción concreta por parte de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad para surtir determinados efectos propios. Ejemplos conocidos son, en el caso de la Asamblea, el artículo VII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y los artículos VI y VIII de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*. Por tanto, la solución propuesta no entraña ninguna modificación institucional de la estructura de la «comunidad internacional organizada». La futura convención sobre la responsabilidad de los Estados se valdría simplemente, por su naturaleza jurídica intrínseca, de los órganos políticos y judiciales existentes de las Naciones Unidas.

## 3. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS Y EL SISTEMA DE SEGURIDAD COLECTIVA DE LAS NACIONES UNIDAS

137. La segunda característica esencial se refiere a la relación de la solución propuesta con el sistema de seguridad colectiva incorporado a la Carta de las Naciones Unidas. Coexistirían dos sistemas distintos. Por una parte, estaría la función política desempeñada con arreglo a la Carta por el Consejo de Seguridad y la Asamblea General —aunque principalmente por el primero— respecto del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por otra parte, estaría la función confiada en la futura convención a uno u otro órgano político —y a la CIJ— en materia de responsabilidad de los Estados. En la esfera de la seguridad colectiva —es decir, la reacción a las violaciones del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta— están las funciones puramente políticas desempeñadas por el Consejo y la Asamblea: funciones que, en principio, no deben estorbar el derecho de la responsabilidad de los Estados y su aplicación. En la esfera de la responsabilidad de los Estados por crímenes internacionales tendríamos, en virtud de la convención sobre la responsabilidad de los Estados, la evaluación política preliminar, por la Asamblea o el Consejo, de la gravedad de las alegaciones del Estado o los Estados acusadores, evaluación que, llegado el caso, sería seguida por el dictamen decisivo de la Corte como condición necesaria, según la convención, de la aplicación, por los Estados (los *omnes*), de las consecuencias de un crimen internacional<sup>67</sup>.

138. El sistema de seguridad colectiva de la Carta de las Naciones Unidas y el sistema de responsabilidad internacional de la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados funcionarían, pues, independientemente uno de otro, de conformidad con sus respectivas características esenciales. En la esfera de la seguridad, donde revisten importancia fundamental las facultades discrecionales y la urgencia de las medidas, la decisión correspondería en última instancia al solo Consejo de Seguridad en su composición restringida. Pero en la esfera de la responsabilidad de los Estados por infracciones muy graves de obligaciones internacionales fundamentales, donde es de importancia esencial la aplicación judicial del derecho, la decisión, antes de la de los propios Estados lesionados (*omnes*), debe corresponder en última instancia a la CIJ. Por lo que respecta a la función preliminar de uno u otro órgano político, es a todas luces inalcanzable la imparcialidad absoluta. Ahora bien, puede esperarse un grado relativamente alto de imparcialidad en la Asamblea General, con el requisito de la mayoría de dos tercios y, en el Consejo, con la abstención obligatoria de las partes en la controversia. Se trata de un campo que corresponde al Capítulo VI de la Carta y no al Capítulo VII<sup>50</sup>. Cabe esperar, en consecuencia, que por lo

<sup>67</sup> La importancia de la función de la Corte con respecto al crimen de genocidio ha quedado realzada, por ejemplo, por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en sus recientes observaciones [véase el 13.º informe del Relator Especial sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (doc. A/CN.4/466, párr. 60)].

menos a efectos de la responsabilidad de los Estados por crímenes internacionales no habría en uno u otro órgano —como tampoco ante la CIJ— Estados más iguales que otros.

139. El Relator Especial está seguro de que las consideraciones que anteceden pueden levantar en parte las objeciones a la noción de crímenes de Estado basadas en la ausencia de una institución de procesamiento y de un tribunal penal. Esas objeciones frisan en la petición de principio. Se trata más bien de saber si los Estados estarán dispuestos a aceptar el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos y sus repercusiones mínimas, según se enuncian en el presente informe. Como en otros campos del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, corresponde a la Comisión dar el paso técnico inicial. Es de esperar que será un primer paso original.

**E.— Artículos 15 a 20 de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados**

140. El Relator Especial propone los siguientes proyectos de artículos 15 a 20 para la segunda parte:

*Artículo 15*

Sin perjuicio de [Además de] las consecuencias jurídicas producidas por un delito internacional en virtud de los artículos 6 a 14 de la presente parte, todo crimen internacional, según se define en el artículo 19 de la primera parte, produce las consecuencias especiales o complementarias enunciadas en los artículos 16 a 19 *infra*.

*Artículo 16*

1. Cuando un hecho internacionalmente ilícito de un Estado constituye un crimen internacional, todo Estado está facultado, con la condición establecida en el párrafo 5 del artículo 19 *infra*, a exigir que el Estado que esté cometiendo o haya cometido el crimen deje su comportamiento ilícito y repare íntegramente el daño causado, de conformidad con los artículos 6 a 10 *bis* modificados por los párrafos 2 y 3 siguientes.

2. El derecho de todo Estado lesionado a obtener la restitución en especie en los términos previstos en el artículo 7 no estará sujeto a las limitaciones establecidas en los apartados *c* y *d* del párrafo 1 de dicho artículo, salvo en los casos en que la restitución en especie ponga en peligro la existencia del Estado infractor como miembro independiente de la comunidad internacional, su integridad territorial o las necesidades esenciales de su población.

3. A reserva de preservar su existencia como miembro independiente de la comunidad internacional y de salvaguardar su integridad territorial y las necesidades esenciales de su población, el Estado

que haya cometido un crimen internacional no tiene derecho a gozar de ninguna de las limitaciones a su obligación de dar la satisfacción y las garantías de no repetición previstas en los artículos 10 y 10 *bis*, relacionadas con el respeto de su dignidad, ni de ninguna de las normas y principios de derecho internacional sobre la protección de su soberanía y libertad.

*Artículo 17*<sup>68</sup>

1. Cuando el hecho internacionalmente ilícito de un Estado constituya un crimen internacional, todo Estado cuyas demandas al amparo del artículo 16 no hayan obtenido respuesta adecuada del Estado que haya cometido o esté cometiendo el crimen estará facultado, a reserva de la condición establecida en el párrafo 5 del artículo 19 *infra*, a recurrir a contramedidas en los términos y con las limitaciones establecidas en los artículos 11, 13 y 14 modificados por los párrafos 2 y 3 del presente artículo.

2. La condición establecida en el párrafo 5 del artículo 19 *infra* no se aplica a las medidas provisionales de carácter urgente requeridas para proteger los derechos del Estado lesionado o limitar los daños causados por el crimen internacional.

3. El requisito de la proporcionalidad establecido en el artículo 13 será aplicable a las contramedidas tomadas por cualquier Estado a fin de que no sean desproporcionadas a la gravedad del crimen internacional.

*Artículo 18*

1. Cuando el hecho internacionalmente ilícito constituya un crimen internacional, todos los Estados, a reserva de la condición establecida en el párrafo 5 del artículo 19 *infra*:

*a)* Se abstendrán de reconocer la legalidad o validez, en derecho interno o internacional, de la situación creada por el crimen internacional;

*b)* Se abstendrán de realizar cualquier acción u omisión que pueda ayudar al Estado autor del hecho ilícito a mantener dicha situación;

*c)* Se ayudarán mutuamente en el desempeño de las obligaciones que les imponen los apartados *a* y *b* y, en lo posible, coordinarán sus respectivas reacciones por conducto de los órganos internacionales existentes o mediante acuerdos específicos;

*d)* Se abstendrán de obstaculizar de cualquier manera, por acción u omisión, el ejercicio de los derechos o facultades previstos en los artículos 16 y 17;

<sup>68</sup> La formulación de este artículo depende en cierta medida de las formulaciones definitivas de los artículos 11, 12 y 13 de la segunda parte que adopte el Comité de Redacción (véanse notas 5 y 13 *supra*).

e) Aplicarán plenamente el principio *dedere aut iudicare* en lo que respecta a los individuos acusados de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad cuya comisión haya producido el crimen internacional del Estado o haya contribuido al mismo;

f) Participarán, individual o mancomunadamente, en cualesquiera medidas legítimas acordadas o recomendadas por cualquier organización internacional de la que sean miembros contra el Estado que haya cometido o esté cometiendo el crimen internacional;

g) Facilitarán, por todos los medios posibles, la adopción y aplicación de todas las medidas legítimas destinadas a remediar cualquier situación de emergencia causada por el crimen internacional.

2. A reserva de las condiciones establecidas en el párrafo 5 del artículo 19 *infra*, el Estado que haya cometido o esté cometiendo un crimen internacional no se opondrá a que se realicen en su territorio operaciones de averiguación de los hechos o misiones de observación para verificar su cumplimiento de las obligaciones de cesación del comportamiento ilícito o reparación del daño causado.

#### *Artículo 19*

1. Todo Estado Miembro de las Naciones Unidas que sea Parte en la presente Convención y afirme que uno o más Estados están cometiendo o han cometido un crimen internacional señalará el asunto a la atención de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas.

2. Si la Asamblea General o el Consejo de Seguridad resuelven, por mayoría calificada de los miembros presentes y votantes, que la denuncia, al estar suficientemente probada, justifica la preocupación grave de la comunidad internacional, cualquier Estado Miembro de las Naciones Unidas que sea Parte en la presente Convención, incluido el Estado contra el que se formula la reclamación, podrá someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, mediante solicitud unilateral,

a fin de que la Corte decida por sentencia si el Estado acusado ha cometido o está cometiendo el crimen internacional denunciado.

3. La mayoría calificada a que hace referencia el párrafo precedente será, en la Asamblea General, una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes y, en el Consejo de Seguridad, una mayoría de nueve miembros presentes y votantes, incluidos los miembros permanentes, teniendo en cuenta que todos los miembros directamente interesados se abstendrán de votar.

4. Cuando la Corte Internacional de Justicia ejerza su competencia en una controversia entre dos o más Estados de las Naciones Unidas que sean Partes en la presente Convención, en virtud de un fundamento distinto del establecido en el párrafo 2 del presente artículo, respecto de la existencia de un crimen internacional, cualquier otro Estado Miembro de las Naciones Unidas que sea Parte en la presente Convención tendrá derecho a intervenir, mediante solicitud unilateral, en las actuaciones de la Corte a los efectos del párrafo 5 del presente artículo.

5. Al adoptar la Corte Internacional de Justicia la decisión de que se ha cometido o se está cometiendo un crimen internacional se cumplirá la condición para que cualquier Estado Miembro de las Naciones Unidas que sea Parte en la presente Convención aplique las consecuencias jurídicas especiales o complementarias de los crímenes internacionales de los Estados previstas en los artículos 16, 17 y 18 de la presente parte.

#### *Artículo 20*

Las disposiciones de los artículos de la presente parte se entenderán sin perjuicio de:

a) Las medidas acordadas por el Consejo de Seguridad en el ejercicio de las funciones que le confieren las disposiciones de la Carta;

b) El derecho inherente de legítima defensa previsto en el Artículo 51 de la Carta.

## CAPÍTULO II

**Solución de las controversias relativas a las consecuencias jurídicas de un crimen internacional**

141. Como se indica en los informes tercero<sup>69</sup>, cuarto<sup>70</sup> y quinto<sup>71</sup> del Relator Especial y en el presente informe (párr. 109 *supra*), los proyectos de artículos de la tercera parte propuestos por el Relator Especial, tal como se presentaron en el 45.º período de sesiones<sup>72</sup>, sólo regulan la solución de las controversias nacidas de la adopción de contramedidas contra el Estado que ha cometido un acto ilícito tipificado como delito en el artículo 17 de la segunda parte. Sólo para tales controversias prevén los artículos 1 a 6 de la tercera parte del proyecto procedimientos de conciliación y arbitraje (con posible intervención de la CIJ en caso de imposibilidad de establecer un procedimiento arbitral o de presunta violación de las normas fundamentales del procedimiento por el tribunal arbitral). Esos proyectos de artículo no se refieren a las controversias que puedan nacer de la adopción de contramedidas respecto del Estado que ha cometido o está cometiendo un crimen.

142. Habida cuenta de la gravedad de los crímenes internacionales de los Estados, el procedimiento que se impone para cualquier controversia surgida entre dos o más Estados a raíz de la adopción de contramedidas como consecuencia de un crimen internacional es la resolución judicial ante la CIJ. Tal procedimiento deberá ser obligatorio, en el sentido de que podrá ser incoado por solicitud unilateral de cualquiera de las partes en el litigio, incluido, por supuesto, el Estado que ha cometido o está cometiendo el crimen internacional. Ello no obstante, las partes deberán poder optar por el arbitraje.

143. El ámbito de la competencia de la CIJ en esta fase (posterior a las contramedidas) deberá ser menos amplio que el de los procedimientos de conciliación y arbitraje previstos en los artículos 1 y 3 de la tercera parte.

144. Como se dice en los proyectos de artículos en cuestión y en el quinto informe del Relator Especial<sup>73</sup>, el ámbito de aplicación de los dos procedimientos previstos en los artículos 1 y 3 de la tercera parte deberá abarcar no

sólo las cuestiones referentes a la aplicación de las normas del régimen de las contramedidas (como las que se plantean a tenor de los artículos 11 a 14 de la segunda parte<sup>5</sup>), sino también las cuestiones que puedan plantearse en la aplicación de cualquier disposición del proyecto de artículos relativo a la responsabilidad de los Estados, incluidas las de los artículos 1 a 35 de la primera parte y de los artículos 6 a 10 *bis* de la segunda parte.

145. Semejante ampliación del alcance del procedimiento de «terceros» no sería apropiada en el caso de la competencia de la CIJ de la que se trata ahora.

146. Como la Corte ya se habría pronunciado mediante un fallo (previsto en los párrafos 108 a 111 *supra* y en el proyecto de artículo 19 de la segunda parte [véase capítulo I, sección E *supra*]) sobre la existencia y la imputación del crimen internacional, la competencia de la CIJ en la fase posterior a las contramedidas no debe extenderse a esa cuestión, sino que deberá abarcar las cuestiones de hecho o de derecho relativas a las consecuencias jurídicas –sustantivas o adjetivas– del crimen internacional. Abarcará, pues, toda cuestión que se plantee en la aplicación de los preceptos de los artículos 6 a 19 de la segunda parte. Por consiguiente, la competencia de la Corte no deberá extenderse, en principio, a las cuestiones que se planteen a tenor de los artículos 1 a 35 de la primera parte.

147. El proyecto de artículo pertinente de la tercera parte –a saber el artículo 7– debería redactarse en los términos siguientes:

**1. Toda controversia que pueda surgir entre cualesquiera Estados con respecto a las consecuencias jurídicas de un crimen a tenor de los artículos 6 a 19 de la segunda parte se resolverá por arbitraje a propuesta de cualquiera de las partes.**

**2. Si la controversia no se sometiere a un tribunal arbitral en los cuatro meses a contar de la fecha en que una u otra parte hizo la propuesta de arbitraje, la controversia se someterá unilateralmente, por una u otra parte, a la Corte Internacional de Justicia.**

**3. La competencia de la Corte se extenderá a cualesquiera cuestiones de hecho o de derecho a tenor de los presentes artículos, distintas de la cuestión de la existencia y la atribución, previamente zanjadas con arreglo al artículo 19 de la segunda parte.**

<sup>69</sup> *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), págs. 19 y ss., doc. A/CN.4/440 y Add.1, párrs. 52 a 62.

<sup>70</sup> *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte) (nota 13 *supra*), págs. 14 y ss., párrs. 24 a 51.

<sup>71</sup> *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte) (nota 2 *supra*), págs. 16 y ss., párrs 41 a 61.

<sup>72</sup> Véase nota 14 *supra*.

<sup>73</sup> *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte) (nota 2 *supra*), pág. 23, párrs. 72 y 74.



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

[Tema 4 del programa]

**DOCUMENTO A/CN.4/466**

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

*[Original: francés]  
[24 de marzo de 1995]*

**ÍNDICE**

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe .....	36
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN .....	1-30 37
PROYECTOS DE ARTÍCULO.....	31-144 40
Segunda parte. Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad	
Artículo 15. Agresión.....	31-53 40
a) Texto aprobado .....	31 40
b) Observaciones de los gobiernos.....	32-40 40
c) Comentarios específicos .....	41-53 42
1. Observaciones explicativas .....	41-49 42
2. Nuevo texto propuesto por el Relator Especial.....	50 42
3. Comentario.....	51-53 43
Artículo 19. Genocidio.....	54-62 43
a) Texto aprobado .....	54 43
b) Observaciones de los gobiernos.....	55-60 43
c) Comentarios específicos .....	61-62 43
1. Observaciones explicativas .....	61 43
2. Nuevo texto propuesto por el Relator Especial.....	62 44
Artículo 21. Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos .....	63-94 44
a) Texto aprobado .....	63 44
b) Observaciones de los gobiernos.....	64-74 44
c) Comentarios específicos .....	75-94 45
1. Observaciones explicativas .....	75-80 45
2. Nuevo texto propuesto por el Relator Especial.....	81 46
3. Comentario.....	82-94 46
Artículo 22. Crímenes de guerra excepcionalmente graves.....	95-110 47
a) Texto aprobado .....	95 47
b) Observaciones de los gobiernos.....	96-104 47
c) Comentarios específicos .....	105-110 48
1. Observaciones explicativas .....	105-106 48
2. Nuevo texto propuesto por el Relator Especial.....	107 48
3. Comentario.....	108-110 49

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Artículo 24. Terrorismo internacional.....	111-129	49
a) Texto aprobado .....	111	49
b) Observaciones de los gobiernos .....	112-122	49
c) Comentarios específicos.....	123-129	51
1. Observaciones explicativas.....	123-125	51
2. Nuevo texto propuesto por el Relator Especial.....	126	51
3. Comentario .....	127-129	51
Artículo 25. Tráfico ilícito de estupefacientes.....	130-144	51
a) Texto aprobado .....	130	51
b) Observaciones de los gobiernos .....	131-141	51
c) Comentarios específicos.....	142-144	52
1. Observaciones explicativas.....	142-143	52
2. Nuevo texto propuesto por el Relator Especial.....	144	53

#### Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Convenio IV) (La Haya, 18 de octubre de 1907)	J. B. Scott (ed.), <i>Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907</i> , Nueva York, Oxford University Press, 1916, pág. 41.
Convención para la prevención y represión del terrorismo (Ginebra, 16 de noviembre de 1937)	Serie de publicaciones de la Sociedad de las Naciones, <i>V. Questions juridiques</i> , 1937.V.10 (n.º oficial: C.546. M.383.1937.V).
Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje (Londres, 8 de agosto de 1945)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 82, pág. 279.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Ibid., vol. 78, pág. 296.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibid., vol. 75, págs. 31 y ss. En español, véase Comité Internacional de la Cruz Roja, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.
Protocolo adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1125, pág. 214.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibid., vol. 999, pág. 241, y vol. 1057, pág. 407.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.º 51</i> , resolución 39/46, anexo.
Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)	<i>Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Viena, 25 de noviembre a 20 de diciembre de 1988</i> , vol. I (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.94.XI.5).
Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (Nueva York, 4 de diciembre de 1989)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 49</i> , resolución 44/34, anexo.

## Introducción

1. En su 12.º informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup>, el Relator Especial anunció su intención de limitar la lista de esos crímenes a las infracciones cuyo carácter de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad difícilmente pudiera ponerse en tela de juicio.
2. El presente informe procurará mantener esa promesa. Se tratará, sin duda, de una tarea difícil y delicada, debido a las dos tendencias opuestas que se manifestaron en el seno de la Comisión: una tendencia extensiva, partidaria de dar al código el contenido más amplio posible, y una tendencia restrictiva, que desea reducir al mínimo ese contenido.
3. Al proponer una lista definitiva de las infracciones que se incluirán finalmente, se estará, en cierto modo, entre la espada y la pared. Si se sigue la tendencia maximalista, se corre el peligro de convertir el proyecto de código en un simple ejercicio de estilo, carente de posibilidad alguna de convertirse en un instrumento aplicable. A la inversa, de seguir la tendencia restrictiva, se corre el riesgo de concluir con un proyecto truncado.
4. Tras estudiar los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos<sup>2</sup>, el Relator Especial propone una lista más restringida que la aprobada en primera lectura. Ese es el deseo de la inmensa mayoría de los gobiernos. Para que un hecho ilícito internacional se convierta en uno de los crímenes incluidos en el código, no basta su gravedad suma; es preciso también que lo decida la comunidad internacional. La suma gravedad es un criterio demasiado subjetivo, que da lugar a muchas incertidumbres. Otros factores, en particular técnicos y políticos, intervienen en la elaboración y la aprobación de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.
5. Desde el punto de vista técnico, la definición de infracción internacional es una labor difícil, dada la diversidad de sistemas jurídicos.
6. Desde el punto de vista político, toda codificación requiere, para tener éxito, que la sostenga una voluntad política claramente expresada. En el presente caso, no se trata de una sola voluntad política, sino del concurso de muchas voluntades políticas. Como ha sido difícil alcanzar ese concurso de voluntades respecto a numerosos proyectos de artículo, el Relator Especial se ha visto obligado a reducir la lista propuesta en primera lectura<sup>3</sup>.
7. Los distintos proyectos de artículo presentados a los gobiernos han sido acogidos de diferente modo. Algunos de ellos han tropezado con una fuerte oposición por parte de muchos gobiernos, otros han suscitado reservas o críticas en cuanto a la forma o en cuanto al fondo.
8. Los proyectos de artículo que han suscitado una fuerte oposición son los siguientes: 16 (Amenaza de agresión), 17 (Intervención), 18 (Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera) y 26 (Daños intencionales y graves al medio ambiente).
9. Al respecto, el Relator Especial piensa que la Comisión debería batirse en retirada y abandonar por el momento esos proyectos de artículo. La amenaza de agresión y la intervención apenas han encontrado simpatía alguna, debido, según los gobiernos, a su carácter vago e impreciso. No satisfacen las condiciones de precisión y rigor que requiere el derecho penal.
10. En cuanto a los proyectos de artículo relativos a la dominación colonial y otras formas de dominación extranjera, y a los daños intencionales y graves al medio ambiente, tampoco han sido aceptados por los gobiernos que se han pronunciado al respecto. A pesar del artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados<sup>4</sup>, en el que se tipifican como crímenes internacionales tanto la dominación colonial y otras formas de dominación extranjera como los daños graves causados al medio ambiente humano, los proyectos de artículo en cuestión no parecen haber convencido, por el momento, a los gobiernos. Por consiguiente, habrá que esperar a que una evolución del derecho internacional confirme o invalide la tendencia a considerar esos hechos como crímenes.
11. Falta por examinar los proyectos de artículo que han sido objeto de reservas, a saber: el *apartheid* (artículo 20), el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (art. 23), el terrorismo internacional (art. 24) y el tráfico ilícito de estupefacientes (art. 25).
12. Respecto al *apartheid* (art. 20), se han hecho numerosas observaciones:
  - a) Un gobierno, que no manifiesta ninguna objeción de fondo, propone que no se conserve la palabra «*apar-*

<sup>1</sup> *Anuario... 1994*, vol. II (primera parte), págs. 107 y ss., doc. A/CN.4/460 y Corr.1.

<sup>2</sup> *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), págs. 67 y ss., doc. A/CN.4/448 y Add.1.

<sup>3</sup> La lista propuesta en primera lectura se componía de la agresión (art. 15), la amenaza de agresión (art.16), la intervención (art.17), la dominación colonial y otras formas de dominación extranjera (art. 18), el genocidio (art.19), el *apartheid* (art. 20), las violaciones sistemáticas

o masivas de los derechos humanos (art. 21), los crímenes de guerra excepcionalmente graves (art. 22), el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (art. 23), el terrorismo internacional (art. 24), el tráfico ilícito de estupefacientes (art. 25) y los daños intencionales y graves al medio ambiente (art. 26). Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 y ss.

<sup>4</sup> Véase el texto de los artículos 1 a 35 de la primera parte del proyecto de artículos aprobados por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 a 32.

*heid*», sino que se la reemplace por la expresión «discriminación racial institucionalizada»;

b) Dos gobiernos piensan que el *apartheid* forma parte de las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos contempladas en el proyecto de artículo 21, por lo que no es necesario consagrarle expresamente un artículo;

c) Otros dos gobiernos estiman que el *apartheid* ha desaparecido en el único país donde se practicaba y que, por consiguiente, ya no tiene cabida en el proyecto de artículos.

13. El Relator Especial piensa que, si hay que abandonar la palabra *apartheid*, no es seguro que el fenómeno que representa no pueda reaparecer. Por consiguiente, la propuesta de reemplazar la palabra «*apartheid*» por la expresión «la discriminación racial institucionalizada» no carece de interés. Por ello, sin proponer un nuevo proyecto de artículo sobre el *apartheid*, el Relator Especial seguirá sin reticencia la opinión de la Comisión, cualquiera que sea.

14. Con relación al proyecto de artículo 23 (Reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios), según algunos gobiernos, ese fenómeno ni está generalizado ni es lo suficientemente grave para incluirlo en el código. Además, la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios apenas cuenta con un puñado de signatarios.

15. El Relator Especial piensa que esas críticas no están fundamentadas. El fenómeno puede reaparecer en ciertas regiones del mundo, sobre todo en las regiones subdesarrolladas, y perturbar la paz y la seguridad. Estima, sin embargo, que los hechos a que se refiere el proyecto de artículo podrían ser perseguidos como actos de agresión. Por consiguiente, quizá no sea necesario dedicarles una disposición separada.

16. Por el contrario, en el caso del terrorismo internacional (art. 24), el Relator Especial opina que la Comisión debería mantener, con ciertas modificaciones, el proyecto de artículo. En particular, debería admitirse que los posibles autores de actos de terrorismo son no sólo los agentes o los representantes de un Estado, sino también particulares que, actuando en el marco de grupos, movimientos o asociaciones, pueden cometer actos de terrorismo. El proyecto de artículo propuesto por el Relator Especial en segunda lectura tiene en cuenta esa observación.

17. Queda por examinar el proyecto de artículo 25 (Tráfico ilícito de estupefacientes), que ha suscitado interrogantes. Un gobierno se pregunta qué se ganaría al incluir en el código una actividad que es considerada criminal por la inmensa mayoría de los Estados y enjuiciada como tal en la mayoría de ellos.

18. Los gobiernos que plantean esa cuestión ignoran quizá que se debe a la petición de otros gobiernos que se haya encargado a la Comisión que elabore un proyecto de estatuto de una jurisdicción penal internacional. Los traficantes de drogas están integrados hoy en organizaciones poderosas, capaces de poner en peligro la estabilidad y la

seguridad de algunos Estados. Los que duden de la oportunidad de referirse al tráfico de estupefacientes en el código harían bien en meditar sobre la observación formulada por el Gobierno suizo (véase párr. 141 *infra*).

19. Esas consideraciones brevemente expuestas han impulsado al Relator Especial a reducir de modo sustancial el proyecto de artículos aprobado en primera lectura. Las infracciones que sigue proponiendo son, pues, las siguientes:

- a) La agresión;
- b) El genocidio;
- c) Los crímenes contra la humanidad;
- d) Los crímenes de guerra;
- e) El terrorismo internacional;
- f) El tráfico ilícito de estupefacientes.

20. De ese modo, el número de infracciones incluidas pasaría de 12 a 6, todas las cuales se tratarán en el presente informe. Algunos pensarán, quizá, que esta reducción no es suficiente y que es preciso reducir el contenido del código a un núcleo aún más duro. Corresponde a la Comisión decidir al respecto.

21. Se impone, no obstante, una última observación. Se habrá advertido que los gobiernos no han respondido a la petición que se les hizo de proponer una pena para cada crimen. La razón por la que no lo han hecho es que resulta difícil determinar una pena específica para cada uno de los crímenes. En uno de sus informes consagrados a las penas aplicables, el Relator Especial propuso, en lugar de fijar una pena para cada infracción, establecer solamente una escala de penas, dejando a los tribunales la tarea de determinar, en cada caso, la pena aplicable.

22. En efecto, todas las infracciones del proyecto de código se consideran infracciones sumamente graves, y es difícil prever en él penas diferentes para esas infracciones, consideradas todas ellas de una gravedad suma. Sólo los tribunales podrán determinar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la personalidad del acusado, la pena que consideren equitativa.

23. Tal era, por otra parte, el método seguido en los estatutos de los tribunales penales internacionales. Por ejemplo, según el artículo 27 del estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg<sup>5</sup>, «[e]l Tribunal podrá imponer al acusado convicto la pena capital u otra sanción que el Tribunal considere justa». Del mismo modo, según el artículo 16 del estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio)<sup>6</sup>, «[e]l Tribunal estará facultado para condenar, a un acusado declarado culpable, a muerte o a cualquier otra pena que estime justa».

<sup>5</sup> Estatuto anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945.

24. Más recientemente, el artículo 24 del estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991<sup>7</sup> dispone:

La Sala de Primera Instancia solo podrá imponer penas de privación de libertad. Para determinar las condiciones en que se habrán de cumplir, las Salas de Primera Instancia recurrirán a la práctica general de los tribunales de la ex Yugoslavia relativa a las penas de prisión.

25. Por último, el artículo 47 del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, preparado por la Comisión en su 46.º periodo de sesiones<sup>8</sup> dispone:

«1. El Tribunal podrá imponer a la persona declarada culpable de un crimen en virtud del presente Estatuto una o más de las penas siguientes:

»a) La reclusión a perpetuidad o una pena privativa de libertad por un determinado número de años;

»b) Una multa.

»2. Al determinar la duración de la pena privativa de libertad o la cuantía de la multa, el Tribunal podrá tener en cuenta las sanciones previstas en la legislación:

»a) Del Estado del que la persona declarada culpable sea nacional;

»b) Del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen; o

»c) Del Estado bajo cuya custodia se hallaba el culpable o que tenía jurisdicción sobre el mismo.»

26. Cabe señalar la flexibilidad de esas disposiciones, en las que se deja cierta discreción a los tribunales, aunque dentro de límites determinados.

27. Eso es lo que había propuesto el Relator Especial. Esa orientación no es contraria al principio *nullum crimen sine lege*, porque es el propio estatuto el que orienta a los tribunales y les indica las penas mínima y máxima.

28. Dado el silencio de los gobiernos sobre las penas aplicables, corresponderá ahora a la Comisión escoger el método que ha de seguirse.

29. Si decidiera fijar en el propio estatuto las penas aplicables a cada delito, ese método podría tropezar con la dificultad de lograr, en el seno de la Comisión, un acuerdo sobre las penas apropiadas. Sin ese acuerdo, habría que recurrir a uno de los métodos anteriormente expuestos.

30. Éste es el momento de lamentar que el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional que acaba de elaborar la Comisión haya establecido las penas aplicables, ya que esa tarea correspondía normalmente al proyecto de código. La Comisión deberá tener en cuenta esa situación al abordar, en el proyecto de código, el problema de las penas aplicables a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

<sup>6</sup> Publicado en *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol VIII (1º de julio de 1945-31 de diciembre de 1946), págs 354 y ss

<sup>7</sup> Denominado en lo sucesivo Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. Los documentos de referencia están reproducidos en *Documents de référence, 1995* (publicación de las Naciones Unidas, nº de venta. E/F 95 III.P 1).

<sup>8</sup> *Anuario* 1994, vol II (segunda parte), págs 28 y ss, párr 91

Proyectos de artículo<sup>3</sup>

## SEGUNDA PARTE

CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD  
DE LA HUMANIDAD<sup>9</sup>*Artículo 15.—Agresión*a) *Texto aprobado*

31. El texto del proyecto de artículo 15 aprobado provisionalmente en primera lectura dice así:

1. El que en calidad de dirigente o de organizador proyecte o ejecute un acto de agresión, u ordene que sea ejecutado, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...]

2. 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.

3. El primer uso de la fuerza armada por un Estado en violación de la Carta constituirá prueba *prima facie* de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trate o sus consecuencias no son de suficiente gravedad.

4. Constituirá un acto de agresión cualquiera de los actos siguientes, haya o no declaración de guerra, teniendo debidamente en cuenta los párrafos 2 y 3:

a) la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) el bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) el bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) el ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) la utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) la acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) el envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos;

h) cualesquiera otros actos que el Consejo de Seguridad determine que, con arreglo a las disposiciones de la Carta, constituyen actos de agresión.

[5. Cualquier decisión del Consejo de Seguridad sobre la existencia de un acto de agresión vinculará a los tribunales nacionales.]

6. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará en el sentido de que amplía o restringe en forma alguna el alcance de la Carta de las Naciones Unidas, incluidas sus disposiciones sobre los casos en que es lícito el uso de la fuerza.

7. Nada de lo dispuesto en este artículo podrá en modo alguno interpretarse en perjuicio del derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia, tal como se desprende de la Carta, de los pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en particular los pueblos que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera, ni del derecho de esos pueblos a luchar con tal fin y pedir y recibir apoyo, con arreglo a los principios de la Carta y en conformidad con la Declaración antes mencionada.

b) *Observaciones de los gobiernos**Australia*

32. El Gobierno australiano estima que el proyecto de artículo 15 abarca, además de las guerras de agresión, los actos injustificados de agresión que, sin llegar a la guerra, rebasan el derecho internacional vigente, que sólo tipifica como delito las guerras de agresión. Si bien la comunidad internacional consideraría esos actos de agresión como actos ilícitos de los que haría responsable al Estado que los cometiera, no se sigue de ello que la comunidad internacional esté dispuesta a reconocer que individuos del Estado delincuente sean culpables de crímenes internacionales. Australia considera que habría que examinar nuevamente las consecuencias de la tipificación como delitos de actos individuales realizados en esas circunstancias.

33. Otra dificultad le plantea a Australia la referencia al Consejo de Seguridad que figura en este proyecto de artículo. La definición de agresión, de acuerdo con el apartado h del párrafo 4 del artículo, incluye «cualquiera otros actos que el Consejo de Seguridad determine que, con arreglo a las disposiciones de la Carta, constituyen actos de agresión» y, de acuerdo con el párrafo 3,

<sup>9</sup> Para los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos, véase *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), págs. 70 a 123, doc. A/CN.4/448 y Add.1.

excluye los actos que el Consejo determine que no constituyen actos de agresión a la luz de otras circunstancias pertinentes. Como ha señalado la Comisión, la referencia al Consejo en el proyecto de código plantea un problema excepcionalmente difícil. En efecto, en los sistemas constitucionales basados en la separación de los poderes judicial y ejecutivo no puede permitirse que un elemento fundamental de un delito sea determinado por un órgano ejecutivo internacional, como el Consejo de Seguridad.

#### *Belarús*

34. Congratulándose de que se haya introducido en el proyecto de artículo 15 la noción de responsabilidad por la planificación de la agresión, los órganos competentes de la República de Belarús estiman que la preparación de la agresión debe figurar igualmente en la enumeración de los actos criminales, sobre todo porque la planificación no es, de hecho, sino uno de los elementos de la preparación.

35. Según el Gobierno de Belarús, conviene indicar que puede considerarse que la delimitación de las funciones del Consejo de Seguridad y de las instancias judiciales, tal como se enuncia en el proyecto de artículo 15, tiene sólo un carácter temporal. Para que las conclusiones del Consejo relativas a la existencia de un acto de agresión obliguen a los tribunales nacionales, es preciso no sólo dar una forma jurídica a esa obligación, inscribiéndola en un tratado internacional, sino también establecer y seguir ciertos procedimientos jurídicos (por ejemplo, comenzar imperativamente por crear una comisión de instrucción) que garanticen la objetividad de la decisión del Consejo. Es evidente que esa decisión no prejuzgará en ningún caso la culpabilidad de un individuo determinado en la perpetración de la agresión.

36. Belarús señala además que, si se crea un tribunal penal internacional en el marco de las Naciones Unidas, la delimitación de sus competencias y las competencias del Consejo de Seguridad se examinará separadamente.

#### *Estados Unidos de América*

37. El Gobierno de los Estados Unidos señala que la definición de la agresión que figura en el código está extraída de la aprobada por la Asamblea General en su resolución 3314 (XXIX). Sin embargo, la Asamblea no aprobó esa definición con objeto de imponer una responsabilidad penal, sino, como lo acreditan los trabajos preparatorios, como una orientación política y sin pensar en conferirle el carácter vinculante de una definición penal.

#### *Paraguay*

38. El Gobierno del Paraguay señala que cabe hacer algunas observaciones a las disposiciones del proyecto de código, como lo solicita la Comisión, que las aprobó. Hay observaciones meramente de forma, o de técnica legislativa, como la que puede hacerse al proyecto de artículo 15 y a otros proyectos de artículos en los que se estipula que el autor de cierto acto será condenado a una pena determinada «después de ser reconocido culpable», lo que constituye una evidente redundancia, pues es ob-

vio que la pena sólo puede imponerse cuando en el proceso se haya probado la culpabilidad del autor del acto.

#### *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*

39. El Reino Unido tiene graves dudas respecto al proyecto de artículo 15. Según el Gobierno británico, el artículo es, en su mayor parte, una repetición de la definición de la agresión que figura en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General. Esa resolución tenía por objeto ayudar a la Asamblea y al Consejo de Seguridad, aclarando un concepto fundamental de la Carta de las Naciones Unidas, que había quedado sin definir. El Reino Unido concuerda enteramente con los miembros de la Comisión que consideraron que un texto encaminado a servir de orientación a los órganos políticos de las Naciones Unidas es inapropiado como base para el enjuiciamiento penal ante un órgano judicial. Es claramente insuficiente que en el comentario se sugiera que se responde a esa crítica al dejar de mencionar la resolución por su nombre<sup>10</sup>. El texto de la resolución requiere una adaptación cuidadosa, a fin de prescribir clara y específicamente qué actos entrañan una responsabilidad penal individual. El apartado *h* del párrafo 4 viola el principio *nullum crimen sine lege*, al tiempo que actúa con un posible efecto retroactivo, en contravención del proyecto de artículo 10.

#### *Suiza*

40. A juicio del Gobierno de Suiza, la definición propuesta de la agresión se basa en gran parte —lo que está perfectamente justificado— en la que figura en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General. Ahora bien, ese texto estaba destinado a un órgano político. Además, con arreglo al Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, corresponde al Consejo de Seguridad determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. Por consiguiente, el problema que se plantea es el de saber si las determinaciones del Consejo obligan al juez nacional. En cierto sentido, parece conveniente que así sea. En efecto, resulta difícil admitir que un juez nacional pueda calificar de agresión un acto que el Consejo, principal responsable del mantenimiento de la paz, no haya considerado como tal. Sin embargo, por otra parte, se sabe que la actuación del Consejo puede ser paralizada por el ejercicio del derecho de veto. Por ello, las decisiones de los tribunales estarían subordinadas a las del Consejo. No es evidente que la seguridad del derecho ganara con ello. No parece conforme a una sana concepción de la justicia el prever que las decisiones del Consejo, órgano político por excelencia, puedan servir directamente como base a los tribunales nacionales, cuando tengan que determinar la culpabilidad individual y fijar la cuantía de la pena. En definitiva, sería preferible no insertar el párrafo 5, que está colocado entre corchetes.

<sup>10</sup> El proyecto de artículo 15 fue aprobado con anterioridad como proyecto de artículo 12. Para el comentario, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 78 y 79.

c) *Comentarios específicos*

## 1. OBSERVACIONES EXPLICATIVAS

41. Aparte de sus párrafos 1 y 2, el proyecto de artículo 15 ha sido objeto de numerosas críticas por parte de los gobiernos, que han señalado que:

a) No parece que el párrafo 3, relativo a la prueba de la agresión, tenga un lugar apropiado en una definición de la agresión;

b) La enumeración de los actos de agresión, que figura en el párrafo 4, no es exhaustiva;

c) Además, el Consejo de Seguridad puede concluir que «la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de [...] circunstancias» (párr. 3);

d) De acuerdo con el apartado *h* del párrafo 4, además de los actos enumerados, el Consejo de Seguridad puede considerar que cualesquiera otros actos, «con arreglo a las disposiciones de la Carta, constituyen actos de agresión»;

e) El párrafo 5 subordina los tribunales nacionales al órgano político que es el Consejo de Seguridad;

f) Los párrafos 6 y 7, relativos al alcance de la Carta de las Naciones Unidas, a la libre determinación, a la libertad y a la independencia de los pueblos, son disposiciones de carácter político, que no tienen cabida en una definición jurídica.

42. Esas críticas, entre otras muchas hechas con ocasión de otras tentativas de definición de la agresión, nos llevan a plantearnos la siguiente cuestión: ¿es posible una definición jurídica de la noción de agresión?

43. El anterior Relator Especial sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el Sr. Jean Spiropoulos, se planteó la misma cuestión en 1951. Como conclusión escribió: «La noción de agresión es una noción *per se*, una noción primaria que por su esencia misma no es susceptible de definición. [...] Una definición “jurídica” de la agresión sería una *construcción artificial* que, aplicada a casos concretos, podría fácilmente conducir a conclusiones contrarias a la noción “natural” de agresión»<sup>11</sup>.

44. Ésa es también la opinión de otro especialista en derecho penal internacional, que escribió:

la noción de agresión [...] no ha hallado, hasta ahora, una definición jurídica en derecho internacional

En efecto, la definición enumerativa que figura en los tratados de Londres de 1933 (definición denominada Litvinov-Politis) revela, al

analizarla, ciertas lagunas. No ha sido capaz de cubrir todos los casos de agresión que han ocurrido en el campo internacional [...]

Desde entonces, todos los esfuerzos realizados, primero en el seno de la Sociedad de las Naciones y después con los auspicios de las Naciones Unidas, para llegar a una definición satisfactoria de la agresión, han fracasado. Los expertos de las diferentes organizaciones internacionales encargados de esa tarea han llegado a la conclusión de que la noción de la agresión es, en realidad, jurídicamente «imdefinible», lo que quiere decir que no se presta a una definición analítica: por detallada que ésta sea, jamás será suficientemente exhaustiva<sup>12</sup>.

45. Incansablemente, la comunidad internacional ha proseguido sus esfuerzos, que han llevado a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, relativa a la definición de la agresión. Pero esa resolución fue aprobada por la Asamblea sin someterla a votación.

46. Hoy en día, muchos gobiernos dudan de que esa resolución pueda servir de base para una definición jurídica de la agresión o de fundamento para una decisión judicial.

47. En esas condiciones, se abren ante la Comisión tres caminos: tratar de la agresión sin definirla, limitarse a una definición general o bien complementar esa definición general con una enumeración no limitativa.

48. Este último método ha sido adoptado frecuentemente en las convenciones internacionales que definen crímenes internacionales. Cabe recordar, a ese respecto, la cláusula Martens del preámbulo del Convenio IV de La Haya de 1907, así como el apartado *b* del artículo 6 del estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg<sup>5</sup>, relativo a las violaciones de las leyes y usos de la guerra, según el cual esas violaciones comprenden, «sin limitarse a ellos», el asesinato, los malos tratos, etc.

49. La misma fórmula se empleó también recientemente en el estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>7</sup> y en el proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954<sup>13</sup>, en el que se definen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en particular, como «actos inhumanos como [...]».

## 2. NUEVO TEXTO PROPUESTO POR EL RELATOR ESPECIAL

50. Ante la imposibilidad manifiesta de enumerar todos los actos constitutivos de la agresión, el Relator Especial propone la definición general siguiente:

## «Artículo 15.—Agresión

»1. El que, actuando a título de autoridad o de organizador, sea declarado culpable de haber preparado u ordenado cometer un acto de agresión será condenado [a...]

<sup>12</sup> Stefan Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, Bruselas, Bruylant, 1970, pág. 61.

<sup>13</sup> El proyecto de código aprobado por la Comisión [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693 y Corr. 1)*, págs. 10 y 11, párr. 54] se reproduce en *Anuario*. 1985, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

<sup>11</sup> Segundo informe de J. Spiropoulos (A/CN.4/44, págs. 78 y 79), texto original inglés publicado en *Yearbook*. . 1951, vol. II, pág. 69, párrs. 165 y 166

»2. 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.»

### 3. COMENTARIO

51. Hay que responder a una cuestión importante, planteada por un gobierno: ¿hay que enjuiciar los actos de agresión o las guerras de agresión?

52. Según ese gobierno, la distinción entre acto de agresión y guerra de agresión se basa en el hecho de que el acto de agresión sería menos grave que la guerra de agresión y no entrañaría las mismas consecuencias jurídicas. El acto de agresión es un simple hecho ilícito que entraña la responsabilidad internacional del Estado que lo cometa, en tanto que la guerra de agresión entraña la responsabilidad penal de los dirigentes de ese Estado.

53. Cabe preguntarse si la frontera entre las nociones de acto de agresión y de guerra de agresión es sólida. Ciertos actos de agresión, como la invasión de un territorio o la anexión o el bloqueo de los puertos de un Estado, ¿no tienen la gravedad suficiente para constituir crímenes? Hay que evitar complicar aún más un problema ya muy complejo por sí mismo.

#### *Artículo 19.—Genocidio*

##### a) *Texto aprobado*

54. El proyecto de artículo 19 aprobado provisionalmente en primera lectura dice así:

1. El que ejecute un acto de genocidio, u ordene que sea ejecutado, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

2. Se entiende por genocidio cualquiera de los actos siguientes perpetrados con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

a) La matanza de miembros del grupo;

b) La lesión grave a la integridad corporal o la salud física o mental de los miembros del grupo;

c) El sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

e) El traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

b) *Observaciones de los gobiernos*

##### *Australia*

55. Australia no tiene dificultad alguna en aceptar el fondo del proyecto de artículo 19, que se basa enteramente en la definición del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, pero es preciso que la Comisión vuelva a estudiar la cuestión de la pena aplicable.

56. A juicio del Gobierno de Australia, la pena que se establezca en el párrafo 1 del proyecto de artículo 19 puede ser incompatible con las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en cuyo artículo V se exige a los Estados Partes que se comprometan a «establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio».

##### *Ecuador*

57. En relación con el apartado d del párrafo 2 del proyecto de artículo 19, el Gobierno del Ecuador opina que convendría revisar su redacción que, por su vaguedad, puede prestarse a equívocos, ya que no distingue entre los programas sociales de control de la natalidad y el delito de genocidio.

##### *Estados Unidos de América*

58. El Gobierno de los Estados Unidos señala que el crimen de genocidio ya está definido en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en la que son Parte los Estados Unidos y muchos otros Estados. Al ratificar esa Convención, los Estados Unidos indicaron que entendían que la expresión «con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal», que figura en el artículo II de la Convención, significaba «con la intención expresa de destruir, en su totalidad o en una parte sustancial, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal». En la definición del proyecto de código, por el contrario, no se establece el estado mental necesario para que se incurra en responsabilidad penal.

##### *Paraguay*

59. El Gobierno del Paraguay señala que el delito de genocidio ya fue incluido anteriormente en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y que la definición que figuraba en ella se mantiene en el presente proyecto de artículo. En el apartado e del párrafo 2 convendría añadir las palabras «o adultos» después de «niños».

##### *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*

60. A juicio del Reino Unido, la Comisión debería examinar la relación entre el proyecto de código y el artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en el que se establece la jurisdicción obligatoria de la CIJ en caso de controversias entre las partes contratantes relativas, en particular, a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio.

##### c) *Comentarios específicos*

### 1. OBSERVACIONES EXPLICATIVAS

61. Se han propuesto muchas modificaciones formales o de fondo. Sin embargo, el Relator Especial piensa que es preferible no alejarse del texto de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, ya que el genocidio es el único crimen sobre el que se ha

logrado un amplísimo acuerdo en la comunidad internacional.

2. NUEVO TEXTO PROPUESTO POR  
EL RELATOR ESPECIAL

62. El Relator Especial propone, por tanto, el nuevo texto siguiente:

«Artículo 19.—*Genocidio*

»1. El que sea declarado culpable de haber cometido u ordenado cometer un acto de genocidio será condenado [a...].

»2. Se entiende por genocidio cualquiera de los actos siguientes, perpetrados con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

»a) la matanza de miembros del grupo;

»b) la lesión grave a la integridad corporal o la salud física o mental de los miembros del grupo;

»c) el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

»d) las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

»e) el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

»3. El que sea declarado culpable de haber incitado directa y públicamente a cometer genocidio será condenado [a...].

»4. El que sea declarado culpable de tentativa de genocidio será condenado [a...].»

**Artículo 21.—*Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos***

a) *Texto aprobado*

63. El proyecto de artículo 21 aprobado provisionalmente en primera lectura dice así:

El que ejecute u ordene que sea ejecutada cualquiera de las siguientes violaciones de los derechos humanos:

- asesinato
- tortura
- establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso
- persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales

de una manera sistemática o masiva, o

- deportación o traslado forzoso de poblaciones

será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

b) *Observaciones de los gobiernos*

*Australia*

64. Australia toma nota de que la Comisión ha declarado su intención de reservar la calificación de crimen internacional para los delitos internacionales más graves. Tal propósito es congruente con la base filosófica del derecho penal internacional y la actitud expresada por los Estados respecto a esa cuestión.

65. Sin embargo, el proyecto de artículo 21 plantea algunos problemas en su forma actual. En particular, inquieta a Australia la falta de definición de los elementos de los crímenes sancionados en él. Observa que la Comisión opina que, como las definiciones de esos crímenes figuran en otros instrumentos internacionales, no es necesario repetir las en el proyecto de código. Sin embargo, no todos los crímenes incluidos en el proyecto de artículo están así definidos. Por ejemplo, no existe en ningún instrumento internacional una definición universalmente aceptada de la persecución.

66. El basarse en otros instrumentos para la definición de los crímenes tipificados en el proyecto de artículo 21 también podría causar dificultades. Por ejemplo, la definición de tortura que figura en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes únicamente considera los actos de tortura cometidos por funcionarios públicos u otras personas en el ejercicio de funciones públicas, en tanto que, en el encabezamiento del artículo 21, se establece la responsabilidad de toda persona que cometa cualquiera de los crímenes enumerados.

67. Australia observa a ese respecto que, en los proyectos de artículos 15, 19, 20, 22 y 23, se incluyen definiciones de los crímenes, pese a estar ya definidos en otros instrumentos internacionales.

68. El alcance del proyecto de artículo 21 está limitado también por que no se incluya en él (al contrario de los proyectos de artículos 15 y 16) una expresión como «cualquiera otros actos» (art. 15, párr. 4, apdo. h) o «cualquier otra medida» (art. 16, párr. 2). Australia concuerda con la observación, hecha por la Comisión en su comentario, de que la práctica de las desapariciones sistemáticas de personas merecería ser mencionada explícitamente en el proyecto de código<sup>14</sup>. No es seguro que las disposiciones relativas a la persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales abarquen la práctica de las desapariciones sistemáticas.

*Austria*

69. El Gobierno austríaco señala que la relación existente entre las disposiciones del proyecto de artículo 21 y las del proyecto de artículo 22 (Concurrencia o acumulación de crímenes) requiere una aclaración. Si el artículo

<sup>14</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 113, párr. 10 del comentario al artículo 21.

lo 21 sólo es aplicable en tiempo de paz, hay que precisar esa circunstancia.

#### *Brasil*

70. Según el Gobierno brasileño, aunque el proyecto de artículo 21 se titule «Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos», podría interpretarse que el texto implica que casos individuales de asesinato o tortura podrían asimilarse a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Por consiguiente, parece necesario aclarar el alcance de la expresión limitativa «de una manera sistemática o masiva», a fin de indicar que el proyecto de código sólo abarcará hechos de importancia internacional, cometidos o no con la tolerancia del poder estatal.

#### *Bulgaria*

71. El Gobierno búlgaro propone que, en el proyecto de artículo 21, la expresión «persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales» sea complementada por la expresión «incluidos los tratos inhumanos y degradantes basados en esos motivos».

#### *Estados Unidos de América*

72. El Gobierno de los Estados Unidos opina que el proyecto de artículo 21 es demasiado vago para que pueda servir de base a una responsabilidad penal. Un texto como «persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales», en particular, es tan vago que podría significar casi cualquier cosa. Por ejemplo, una definición de la palabra *persecute* es *to annoy with persistent or urgent approaches, to pester*<sup>15</sup> (molestar con propuestas persistentes o apremiantes, importunar). No debería constituir un crimen internacional el que un partido político moleste o importune a otro partido, pero, tomando al pie de la letra el proyecto de código, se llegaría a ese resultado. Este artículo tampoco considera plenamente el efecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se recapitulan los derechos humanos reconocidos por la inmensa mayoría de la comunidad internacional. Este proyecto de artículo parece abarcar también crímenes de derecho común, como el asesinato. Los Estados Unidos no creen que sería útil o incluso razonable hacer de todo asesinato un crimen internacional. Cabe señalar también que la deportación de personas puede, en muchas circunstancias, ser legal; por tanto, la formulación actual del artículo es demasiado amplia.

#### *Paraguay*

73. A juicio del Gobierno del Paraguay, el crimen contemplado en el proyecto de artículo 21 es similar al crimen de genocidio (proyecto de artículo 19), como puede comprobarse cotejando las disposiciones de los dos artículos, si bien el fin que debe motivar el delito de genocidio no figura en el artículo 21. Además, las violaciones de los derechos humanos deben ser sistemáticas o masivas.

Las diferencias no son, aparentemente, fundamentales.

#### *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*

74. Para el Reino Unido, en todo código de crímenes de derecho internacional hay que ocuparse evidentemente de las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos. Para calificar a un acto de «violación sistemática o masiva de los derechos humanos», tienen que cumplirse dos requisitos: la excepcional gravedad del acto y la manera sistemática o masiva de cometerlo. La lista expresa de actos es bienvenida, pero el proyecto de artículo 21 es incompleto e insatisfactorio. La Comisión precisa en su comentario<sup>16</sup> que las definiciones de los términos empleados (tortura, esclavitud, etc.) pueden hallarse en convenciones internacionales vigentes. Aun suponiendo que los tribunales nacionales pudieran identificar la fuente pertinente, las definiciones allí contenidas no están exentas de controversia. De hecho, como se indica en el comentario, puede dudarse de que la definición de la tortura que figura en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes deba abarcar sólo los actos cometidos por funcionarios. En su redacción actual, el proyecto de artículo no contiene ninguna definición precisa de la conducta criminal ni ningún concepto unificador claro.

#### *c) Comentarios específicos*

##### 1. OBSERVACIONES EXPLICATIVAS

75. Un gobierno señala que la enumeración de los actos que constituyen crímenes contra la humanidad es demasiado limitada, en la medida en que no incluye la expresión «cualesquiera otros actos inhumanos».

76. Esa observación es acertada. Es imposible dar una lista completa de todos los actos que constituyen crímenes de esa índole. El Estatuto del Tribunal de Nuremberg<sup>5</sup> (art. 6, apdo. c), el estatuto del Tribunal de Tokio<sup>6</sup> (art. 5, apdo. c) y la Ley N.º 10 del Consejo de Control Interaliado en Alemania<sup>17</sup> (art. II, párr. 1, apdo. c) empleaban la expresión «cualesquiera otros actos inhumanos».

77. Más recientemente, el estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>7</sup> incluye, igualmente, en la definición de crímenes de lesa humanidad, «otros actos inhumanos» (art. 5, apdo. i).

78. En relación con la tortura, un gobierno señala que el proyecto de artículos aprobado en primera lectura no da una definición y se limita a remitir, en su comentario, a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. Ahora bien, esa Convención limita su ámbito de aplicación a los actos come-

<sup>16</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 112.

<sup>17</sup> Ley relativa al castigo de las personas culpables de crímenes de guerra contra la paz y la humanidad, promulgada en Berlín el 20 de diciembre de 1945 (*Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, Berlín, n.º 3, 31 de enero de 1946).

<sup>15</sup> Véase *Webster's Ninth New Collegiate Dictionary*.

tidos por funcionarios públicos o representantes de gobiernos.

79. El Relator Especial reconoce que la observación relativa a los posibles autores de crímenes contra la humanidad está fundamentada y que hay que referirse también a los particulares. En cuanto a la definición de la tortura, el Relator Especial ha colocado entre corchetes en el nuevo texto propuesto la definición, demasiado larga, que figura en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. Corresponde a la Comisión conservar o no esa definición.

80. Otra observación se refiere a la palabra «persecución», de la que no se da definición alguna. Hay que recordar que esta palabra se utilizó en los tres textos básicos relativos a los estatutos de los tribunales militares internacionales, que definieron los crímenes contra la humanidad. Se utilizó igualmente en los fallos de los tribunales internacionales encargados de juzgar los crímenes contra la humanidad después de la segunda guerra mundial.

## 2. NUEVO TEXTO PROPUESTO POR EL RELATOR ESPECIAL

81. El Relator Especial propone, por tanto, el nuevo texto siguiente:

### *«Artículo 21.—Crímenes contra la humanidad*

»El que sea declarado culpable de haber cometido u ordenado cometer, en calidad de agente o representante de un Estado o a título particular, un crimen contra la humanidad será condenado [a...].

»Se entenderá por crimen contra la humanidad el hecho de cometer, de manera sistemática, cualquiera de los actos siguientes:

»— asesinato;

»— tortura [es decir, todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otra, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

»No se considerarán torturas los dolores y sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas];

»— la reducción a la esclavitud;

»— la persecución;

»— la deportación o el traslado forzoso de poblaciones;

»— cualesquiera otros actos inhumanos.»

## 3. COMENTARIO

82. En este nuevo texto del proyecto de artículo 21, el Relator Especial ha preferido retomar el título de «Crímenes contra la humanidad» en lugar del título aprobado en la primera lectura: «Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos».

83. En efecto, la expresión «crímenes contra la humanidad» es una expresión consagrada, que ha adquirido derecho de ciudadanía en el vocabulario jurídico, puesto que se adopta incluso en el derecho interno. Desde el final de la segunda guerra mundial, esa expresión existe en numerosos instrumentos jurídicos<sup>18</sup>. Muy recientemente ha sido adoptada en el estatuto del Tribunal internacional para la ex Yugoslavia (art. 5)<sup>7</sup>.

84. Si el proyecto actual abandonara la expresión «crímenes contra la humanidad», cabría preguntarse por las razones de ese cambio. ¿Tiene la Comisión una buena razón para reemplazar esa expresión por «violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos»? Cabe dudar de ello.

85. Al proponer esta última expresión, la Comisión había querido subrayar dos aspectos que consideraba muy importantes en esos crímenes, a saber el carácter sistemático y el carácter masivo.

86. Sin embargo, uno de esos aspectos (la masividad) está demasiado discutido. Los que sostienen que el crimen contra la humanidad se caracteriza por la masividad se basan en que los estatutos de los susodichos tribunales definen los crímenes contra la humanidad como actos cometidos contra la población civil o contra las poblaciones civiles. Piensan que, por la pluralidad de sus víctimas, esos crímenes tienen necesariamente un carácter masivo.

87. No obstante, frente a esa tesis, muchos autores e incluso una buena parte de la jurisprudencia sostienen que el crimen contra la humanidad no es necesariamente un crimen masivo. Señalan que ciertos actos previstos en los textos no son necesariamente crímenes masivos: el asesinato, el encarcelamiento, la tortura o la violación, incluidos en la Ley N.º 10 del Consejo de Control Interaliado, pueden afectar lo mismo a víctimas individuales que a víctimas colectivas.

88. Según Meyrowitz, «nada permite sostener que esos delitos, que en derecho común se cometen aunque no haya más que una sola víctima, no puedan constituir crímenes contra la humanidad. Un acto, incluso aislado, puede constituir un crimen contra la humanidad si deriva de un sistema político basado en el terror o la persecución»<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (art. 6, apdo. c) (véase nota 5 *supra*); Estatuto del Tribunal de Tokio (art. 5, apdo. c) (véase nota 6 *supra*); Ley N.º 10 del Consejo de Control Interaliado en Alemania (art. II, párr. 1, apdo. c).

<sup>19</sup> Henri Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n.º 10 du Conseil de contrôle allié*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, pág. 280.

89. Igualmente, Georges Sawicki, en el informe de Polonia a la Octava Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, celebrada en Bruselas en julio de 1947, escribió que los crímenes contra la humanidad «se manifiestan habitualmente de un modo masivo. Sin embargo, no es esa la característica que distingue ese género de delito del delito ordinario. [...] La masividad es un carácter accesorio, aunque no accidental»<sup>20</sup>.

90. Esa controversia se presenta igualmente en la jurisprudencia. La tesis de la masividad fue sostenida especialmente por los tribunales militares estadounidenses. Por ejemplo, en uno de los procesos se inculpó a los acusados de haber «participado a sabiendas en un sistema de crueldad y de injusticia que se extendía a todo el país [...] violando las leyes de la guerra y de la humanidad»<sup>21</sup>. De acuerdo con el fallo, los casos aislados de atrocidades o de persecuciones no debían incluirse en la definición.

91. No era esa, sin embargo, la opinión de los tribunales de la zona británica, que afirmaron, por el contrario, que el elemento de masividad no era necesario para la tipificación, ni respecto al número de actos ni respecto al número de víctimas. De un modo general, según la tesis de estos tribunales, lo que cuenta no es la masividad sino la conexión entre el acto y un sistema político de crueldad y barbarie, en la ocasión el sistema nazi.

92. Tras un examen a fondo de la jurisprudencia de los tribunales de la zona británica, Meyrowitz concluyó: «Estos tribunales han decidido en realidad que lo que convierte un delito en crimen contra la humanidad no es ni el número ni la condición de las víctimas, sino el hecho de que ese delito esté relacionado con la persecución sistemática de una colectividad o de una parte de una colectividad. De esta manera, un acto inhumano cometido contra una sola persona puede constituir un crimen contra la humanidad»<sup>22</sup>. Meyrowitz se inspira especialmente en una puntualización del gobierno militar británico (*Zonal Office of the Legal Adviser*) de 15 de octubre de 1948, según la cual un delito individual puede constituir un crimen contra la humanidad «si el móvil de ese acto reside total o parcialmente en una persecución sistemática» de esa índole<sup>23</sup>.

93. De las consideraciones precedentes se desprende que se discute el carácter necesariamente masivo del crimen contra la humanidad y que «debe interpretarse que la tipificación de los crímenes contra la humanidad entraña, además de los actos dirigidos contra víctimas individuales, los actos de participación en crímenes masivos»<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> *Actas de la Conferencia*, París, Pedone, 1959, pág. 136; citado en Meyrowitz, *ibid.*, pág. 254, nota 15.

<sup>21</sup> Véase *Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals under Control Council Law N.º 10 (Nürnberg, October 1946-April 1949)* (actas de los procesos vistos por los tribunales militares estadounidenses, publicadas en 15 volúmenes), Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1950, vol. III, asunto n.º 3 (*The Justice Case*), pág. 985; citado en Meyrowitz, *ibid.*, págs. 252 y 253.

<sup>22</sup> Meyrowitz, *ibid.*, pág. 281.

<sup>23</sup> *Ibid.*, pág. 255.

94. Por el contrario, el carácter sistemático de los crímenes contra la humanidad no se discute y constituye una condición necesaria. Por ello el Relator Especial ha creído oportuno modificar el título del proyecto de artículo 21 aprobado provisionalmente en primera lectura retomando la expresión «crímenes contra la humanidad», que, lejos de ser discutida, ha sido adoptada por varios gobiernos que la han integrado en su derecho interno.

### *Artículo 22.—Crímenes de guerra excepcionalmente graves*

#### *a) Texto aprobado*

95. El proyecto de artículo 22 aprobado provisionalmente en primera lectura dice así:

1. El que ejecute un crimen de guerra excepcionalmente grave, u orden de que sea ejecutado, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

2. A los efectos del presente Código, un crimen excepcionalmente grave es una violación excepcionalmente grave de los principios y normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados consistente en cualquiera de los actos siguientes:

*a)* actos de inhumanidad, crueldad o barbarie dirigidos contra la vida, la dignidad o la integridad corporal o la salud física o mental de las personas [, en particular, el homicidio intencional, la tortura, las mutilaciones, las experiencias biológicas, la toma de rehenes, el hecho de obligar a una persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia hostil, el retraso injustificado de la repatriación de prisioneros de guerra después del fin de las hostilidades activas, la deportación o el traslado de poblaciones civiles y las penas colectivas];

*b)* la instalación de colonos en un territorio ocupado y la modificación de la composición demográfica de un territorio ocupado;

*c)* el empleo de armas ilícitas;

*d)* la utilización de métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que sea dado prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural;

*e)* la destrucción en gran escala de bienes de carácter civil;

*f)* el ataque deliberado contra bienes de excepcional valor religioso, histórico o cultural.

#### *b) Observaciones de los gobiernos*

##### *Austria*

96. El Gobierno austríaco señala que debe mantenerse la expresión colocada entre corchetes en el apartado *a* del párrafo 2 del proyecto de artículo 22. Las palabras «en particular» indican que no se trata de una enumeración exhaustiva.

##### *Estados Unidos de América*

97. El Gobierno de los Estados Unidos opina que el proyecto de artículo 22 pretende castigar los «crímenes de guerra excepcionalmente graves», término que se

define tautológicamente como «la violación excepcionalmente grave de los principios y normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados consistente en [...] actos de inhumanidad». Este artículo es demasiado vago y no considera ni incorpora las disposiciones pertinentes de las muchas convenciones internacionales que se ocupan expresamente del derecho de los conflictos armados.

98. La vaga prohibición del «empleo de armas ilícitas» no refleja las complejas realidades de la guerra ni los mecanismos jurídicos internacionales establecidos para regularla. Además, el Gobierno de los Estados Unidos piensa que no es acertado incluir sólo los «crímenes de guerra excepcionalmente graves» y pasar por alto otras violaciones de las leyes de la guerra que también amenazan gravemente a la paz y la seguridad de la humanidad.

#### *Paraguay*

99. Para el Gobierno del Paraguay, existe ya una abundante serie de convenios internacionales sobre crímenes de guerra, a la cual se hace mención en el comentario del proyecto de artículo 22<sup>24</sup>. Cabe preguntarse si es necesaria una nueva incriminación con la característica de que el crimen de guerra sea «excepcionalmente grave» y si ese es un buen criterio para crear una figura delictiva, respecto de la cual ya existen tipificaciones. La mayor o menor gravedad es, sin embargo, un criterio válido para graduar la pena.

#### *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*

100. Según el Reino Unido, al optar por una «solución intermedia», que concilie tendencias en conflicto dentro de la Comisión, ésta se expone a hacer proliferar en vano las categorías de crímenes de guerra. Si la Comisión decidiera conservar el proyecto de artículo 22, el Reino Unido preferiría que la disposición concordara con las tipificaciones vigentes de los crímenes de guerra, reemplazando la expresión «crímenes de guerra excepcionalmente graves» por «violaciones graves de los Convenios de Ginebra», por ejemplo.

#### *Suiza*

101. Para Suiza, el derecho humanitario internacional conoce hoy dos categorías de infracciones: por una parte, «las infracciones graves», enumeradas anteriormente (en los artículos 50, 51, 130 y 147 comunes a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en el artículo 85 del Protocolo Adicional I, que remite igualmente al artículo 11 del mismo Protocolo), denominados también crímenes de guerra, y por otra, todas las demás violaciones del derecho humanitario internacional.

102. La Comisión, fiel al criterio según el cual el Código no debería incluir más que actos de suma gravedad, se propone introducir una tercera categoría: la de los crímenes «excepcionalmente graves», que englobaría pues las infracciones particularmente graves. Hay que ser cons-

cientes, por ello, de que ese proyecto de artículo, una vez que entrara en vigor el código, podría tener como efecto que a los crímenes de guerra que no figuraran en la lista de esa disposición se aplicara sólo una pena relativamente ligera.

103. Por lo demás, al Gobierno de Suiza le resulta difícil comprender las razones por las que la Comisión ha incluido entre los «crímenes de guerra excepcionalmente graves» la destrucción en gran escala de bienes de carácter civil (apartado e del párrafo 2) y no los ataques contra la población civil o las zonas desmilitarizadas, así como el uso péfido del emblema protector de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

104. Convendría, por tanto, que la Comisión volviera a examinar antes de aprobar esa disposición en segunda lectura las consecuencias que podría tener en el derecho internacional humanitario.

#### c) *Comentarios específicos*

##### 1. OBSERVACIONES EXPLICATIVAS

105. Los comentarios de los gobiernos expresan unánimemente reservas sobre esta nueva noción de crímenes de guerra excepcionalmente graves.

106. Tras una larga reflexión, el Relator Especial considera fundadas esas reservas. Principalmente, por la razón de que es difícil, en la práctica, establecer una línea de demarcación precisa entre las «infracciones graves», definidas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y el Protocolo Adicional I, y las «infracciones excepcionalmente graves» que prevé el proyecto de código aprobado por la Comisión en primera lectura.

##### 2. NUEVO TEXTO PROPUESTO POR EL RELATOR ESPECIAL

107. El Relator Especial propone, por consiguiente, que se modifiquen el título y el contenido del proyecto de artículo de forma que diga así:

#### *«Artículo 22.—Crímenes de guerra*

»El que sea declarado culpable de haber cometido u ordenado cometer un crimen de guerra será condenado [a...].

»A los efectos del presente Código, se entenderán por crímenes de guerra:

»1. Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, a saber:

»a) el asesinato;

»b) la tortura o los tratos inhumanos, incluidas las experiencias biológicas;

<sup>24</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 113 a 115.

»c) el hecho de causar dolosamente daños graves a la integridad o la salud;

»d) la destrucción y la apropiación de bienes que no estén justificadas por necesidades militares y que se ejecuten en gran escala de manera ilícita y arbitraria;

»e) el hecho de obligar a un prisionero de guerra o a un civil a prestar servicio en las fuerzas armadas de una Potencia enemiga;

»f) el hecho de privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a ser juzgado de manera regular e imparcial;

»g) la expulsión o la transferencia ilegal de un civil o su detención arbitraria;

»h) la toma de rehenes.

»2. Las violaciones de las leyes y usos de la guerra, que incluyen, sin limitarse a ellos:

»a) el empleo de armas tóxicas o de otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles;

»b) la destrucción sin motivo de ciudades y aldeas o la devastación que no justifiquen las exigencias militares;

»c) el ataque o el bombardeo, por cualquier medio, de ciudades, aldeas, viviendas o edificios no defendidos;

»d) la incautación, la destrucción o el daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y las letras, de monumentos históricos, de obras de arte y de obras de carácter científico;

»e) el saqueo de bienes públicos o privados.»

### 3. COMENTARIO

108. En el nuevo proyecto de artículo 22, el método de definición de los crímenes de guerra se inspira directamente en el estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>7</sup>.

109. Este método distingue las infracciones graves, que, como en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en el Protocolo Adicional I, se enumeran de un modo limitativo, y las demás violaciones de las leyes y usos de la guerra, que son objeto de una enumeración no limitativa.

110. Parece que el nuevo proyecto de artículo 22 permitirá concluir el debate que se ha desarrollado largamente en el seno de la Comisión entre los partidarios de una enumeración limitativa y los partidarios de una enumeración no limitativa de los crímenes de guerra.

### Artículo 24.—Terrorismo internacional

a) *Texto aprobado*

111. El proyecto de artículo 24 aprobado provisionalmente en primera lectura dice así:

El que en calidad de agente o de representante de un Estado ejecute u ordene que sea ejecutado cualquiera de los actos siguientes:

- realizar, organizar, facilitar, financiar, alentar o tolerar actos contra otro Estado que atenten a las personas o los bienes y que por su naturaleza puedan crear un estado de terror en el ánimo de los dirigentes, de grupos de personas o de la población en general

será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

b) *Observaciones de los gobiernos*

#### *Australia*

112. La redacción del proyecto de artículo 24 plantea dificultades a Australia. En particular, observa que la definición del terrorismo internacional no incluye expresamente un elemento de violencia. Cabe preguntarse, por tanto, si se pretende que el delito abarque actos inmateriales de terrorismo, como la propaganda. Por otra parte, no queda claro si los agentes o representantes tienen que actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para que sus actos se consideren actos de terrorismo internacional. La ausencia de la intención o el motivo en la definición también requiere una explicación.

#### *Austria*

113. El Gobierno austríaco propone que se modifique como sigue la redacción del proyecto de artículo 24 y que, al mismo tiempo, se defina la expresión «actividades terroristas»:

«1. El que en calidad de agente o representante de un Estado ejecute u ordene que sea ejecutado cualquiera de los actos siguientes:

- »— realizar, organizar, facilitar, financiar, alentar o tolerar actividades terroristas contra otro Estado,

»será condenado [a...].

»2. Se entiende por actividades terroristas los actos dirigidos contra las personas o los bienes y que por su naturaleza puedan crear un estado de terror en el ánimo de los dirigentes, de grupos de personas o de la población en general.»

#### *Belarús*

114. El Gobierno de Belarús estima que, en el proyecto de artículo 24, habría que ampliar la lista de autores del crimen de terrorismo internacional. El proyecto de código no puede desconocer la amplitud de los actos de

terrorismo internacional cometidos por organizaciones o grupos terroristas que no están necesariamente vinculados a un Estado, así como la amenaza que representan para la paz y la seguridad de la humanidad. En todo caso, no puede considerarse que la participación del Estado es un criterio para calificar el terrorismo como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

#### *Brasil*

115. Para el Gobierno del Brasil, el crimen de terrorismo tiene también una dimensión internacional, puesto que sólo puede castigarse, con arreglo al código, cuando sea cometido u ordenado por un agente o representante de un Estado contra otro Estado.

#### *Estados Unidos de América*

116. A juicio del Gobierno de los Estados Unidos, el proyecto de artículo 24 pretende castigar el terrorismo internacional, aunque no se disponga aún de una definición generalmente aceptada de terrorismo ni en el proyecto de código se dé ninguna definición adecuada del mismo. El código intenta definir el terrorismo mediante una tautología. Lo define como «realizar, organizar, facilitar, financiar, alentar o tolerar actos contra otro Estado que atenten a las personas o los bienes y que por su naturaleza puedan crear un estado de terror en el ánimo de los dirigentes, de grupos de personas o de la población en general». Esa definición es evidentemente defectuosa, porque no se define el término «terror».

117. Por otra parte, dada la insatisfactoria historia de anteriores intentos de lograr una definición general y universalmente aceptable del terrorismo, los Estados Unidos son escépticos respecto a la posibilidad de lograr el consenso sobre esa disposición, de cualquier modo que se redacte. Para superar la dificultad de lograr el consenso respecto a una definición general del terrorismo, la comunidad internacional ha concertado, en cambio, una serie de convenciones en las que se identifican determinadas categorías de actos que toda la comunidad internacional condena, independientemente de los motivos de los perpetradores, y en las que se requiere que las partes tipifiquen como un crimen la conducta especificada, juzguen a los transgresores o concedan su extradición y cooperen con otros Estados para el cumplimiento efectivo de las disposiciones de esas convenciones. Éstas se enumeran en la resolución 44/29 de la Asamblea General y se refieren al sabotaje y el secuestro de aeronaves, los ataques contra las personas que gozan de protección diplomática, la toma de rehenes, el robo o la utilización ilícita de material nuclear, la violencia en los aeropuertos, y los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y las plataformas fijas situadas en la plataforma continental. Centrando la atención en tipos concretos de acciones que son inherentemente inaceptables en lugar de en cuestiones de motivación o contexto, como hace el proyecto de código, la comunidad internacional ha podido realizar considerables progresos en la tarea de emplear instrumentos jurídicos para combatir el terrorismo.

118. Otro problema fundamental que el proyecto de artículo 24 plantea a los Estados Unidos es que limita el crimen de terrorismo a los actos cometidos por una per-

sona que actúe «en calidad de agente o de representante de un Estado». En realidad, muchos actos terroristas son cometidos por individuos que actúan privadamente. Los Estados Unidos no pueden aceptar una definición de terrorismo que excluya los actos cometidos por personas que no actúen como agentes de un Estado o cuya relación con un Estado no pueda probarse definitivamente ante un tribunal.

#### *Paraguay*

119. El Gobierno del Paraguay subraya que el proyecto de artículo 24 no se refiere a los actos de terrorismo cometidos por particulares o grupos privados, sino a los cometidos por agentes o representantes de un Estado, de lo cual existen casos conocidos por la comunidad internacional contemporánea.

#### *Países nórdicos*

120. A juicio de los países nórdicos, el alcance del proyecto de artículo 24 es demasiado limitado desde un punto de vista sustantivo. Es difícil comprender por qué sólo deben incluirse los casos en que el terrorista actúe «en calidad de agente o de representante de un Estado». Los demás crímenes contemplados en el proyecto de código no están sujetos a tal limitación, ya que los individuos pueden contravenir esas disposiciones sin actuar en nombre de un Estado. La mayoría de los crímenes que podría abarcar este artículo son de tal naturaleza que ya están sancionados generalmente por las legislaciones penales nacionales así como por ciertas convenciones. Por consiguiente, hay razones para presumir que, en muchos casos, pueda haber disposiciones conflictivas con las legislaciones penales nacionales.

#### *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*

121. El Reino Unido lamenta que la Comisión haya limitado, al igual que en el proyecto de código adoptado en su sexto período de sesiones en 1954<sup>13</sup>, el alcance del proyecto de artículo 24 al terrorismo patrocinado por un Estado. El terrorismo internacional no se limita ya a los actos de agentes o representantes de los Estados. Al tratar de distinguir entre terrorismo internacional y terrorismo «interno», la Comisión ha pasado por alto la importante categoría del terrorismo no patrocinado por un Estado, pero dirigido contra Estados, que merece estar incluido en una definición de terrorismo internacional. El Reino Unido instaría, por tanto, a la Comisión a que volviera a considerar la definición de terrorismo, en particular la actual omisión del terrorismo «interno», que constituye para muchos Estados un problema mayor que el terrorismo internacional. La Comisión tendría que reflexionar también sobre la relación que existe entre este artículo y los crímenes internacionales omitidos en el proyecto de código, como el secuestro de aeronaves y la toma de rehenes, que podrían quedar incluidos en la actual definición de terrorismo internacional.

#### *Suiza*

122. Al Gobierno de Suiza le parece que los elementos constitutivos del crimen de terrorismo internacional podrían, según las circunstancias, no ser claramente dife-

renciables de los de la intervención, definida como el hecho de intervenir en los asuntos internos o externos de un Estado mediante el fomento de actividades subversivas o terroristas. La financiación o la instrucción de bandas armadas por agentes de un Estado con objeto de crear un estado de terror en el ánimo de la población y favorecer así la caída del gobierno de otro Estado, ¿quedan incluidas en una o en otra de esas disposiciones?

c) *Comentarios específicos*

1. OBSERVACIONES EXPLICATIVAS

123. La mayoría de los gobiernos han criticado que se limiten los posibles autores del crimen de terrorismo internacional a los agentes o representantes de un Estado. Estiman que el terrorismo puede ser cometido también por particulares, actuando en el marco de grupos o de asociaciones privados. Esa crítica es pertinente y está, igualmente, fundamentada.

124. Un gobierno, dudando de la posibilidad de lograr el consenso sobre una definición general de terrorismo, piensa que la comunidad internacional debería, más bien, seguir elaborando convenciones concretas, como las relativas a la toma de rehenes, la violencia contra las personas internacionalmente protegidas, etc.

125. Ciertamente, esta orientación es concebible, pero no excluye la búsqueda de las características comunes de esas diversas formas de terrorismo, ni el intento de elaborar normas comunes que se apliquen a su represión. Una definición general del terrorismo es quizás difícil pero no es imposible. La Convención para la prevención y represión del terrorismo incluye una definición de esa noción. Hay que tratar de mejorarla.

2. NUEVO TEXTO PROPUESTO POR EL RELATOR ESPECIAL

126. El Relator Especial propone que el proyecto de artículo aprobado en primera lectura se modifique de forma que diga así:

*«Artículo 24.—Terrorismo internacional*

»1. El que sea declarado culpable de haber cometido u ordenado cometer, en calidad de agente o de representante de un Estado o a título particular, cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 2 del presente artículo será condenado [a...].

»2. Constituye un acto de terrorismo internacional el hecho de realizar, organizar, ordenar, facilitar, financiar, instigar o tolerar actos de violencia que atenten contra los ciudadanos de otro Estado o contra sus bienes, creando un estado de terror [pavor o espanto] en el ánimo de los dirigentes, de grupos de personas o de la población en general, con objeto de obligar a dicho Estado a conceder ciertas ventajas o actuar en un sentido determinado.»

3. COMENTARIO

127. El nuevo proyecto de artículo 24 incluye también a los particulares entre los autores de actos de terrorismo internacional, es decir, a las personas que actúen por sí solas o en el seno de grupos o asociaciones privados.

128. El proyecto de artículo precisa también la finalidad perseguida por el terrorismo, que es tratar de lograr una ventaja o hacer cambiar la actuación o la orientación política de un gobierno o modificar la forma constitucional de un Estado.

129. La finalidad del terrorismo no es provocar el terror. El terror no es un fin en sí mismo sino un medio. En algunos comentarios se lamenta la tautología que consiste en emplear la palabra «terror» para definir el terrorismo. Por ello el Relator Especial ha empleado entre corchetes las palabras «pavor» o «espanto». Pero esta crítica respecto al vocabulario tiene ciertamente poca importancia.

*Artículo 25.—Tráfico ilícito de estupefacientes*

a) *Texto del proyecto de artículo*

130. El proyecto de artículo 25 aprobado provisionalmente en primera lectura dice así:

1. El que ejecute u ordene que sea ejecutado cualquiera de los actos siguientes:

- realizar, organizar, facilitar, financiar o alentar el tráfico ilícito de estupefacientes, en gran escala, en el ámbito de un Estado o en un ámbito transfronterizo

será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...].

2. A los efectos del párrafo 1, el hecho de facilitar o alentar el tráfico ilícito de estupefacientes incluye la adquisición, tenencia, conversión o transferencia de bienes por un individuo a sabiendas de que esos bienes proceden del crimen definido en este artículo con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito de tales bienes.

3. Se entiende por tráfico ilícito de estupefacientes toda producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, oferta para la venta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, corretaje, envío, envío en tránsito, transporte, importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en violación del derecho interno o del derecho internacional.

b) *Observaciones de los gobiernos*

*Australia*

131. Australia apoya firmemente las actuaciones internacionales contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En consecuencia, ha participado activamente en la negociación de convenciones multilaterales que promuevan las actuaciones nacionales e internacionales contra el tráfico de drogas.

132. Australia comparte las preocupaciones en que se basa el proyecto de artículo 25. Cree, no obstante, que se

requiere una labor más detallada sobre varias cuestiones, incluida la relación entre el proyecto de artículo y las convenciones vigentes, en particular la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

133. Los actos enumerados como constitutivos de crímenes con arreglo al proyecto de artículo 25 son incongruentes con los relacionados en la susodicha Convención. El artículo 3 de ésta describe una larga serie de actos que los Estados partes se comprometen a tipificar como delitos en su derecho interno. Aunque muchos de ellos parecen haberse omitido en el proyecto de artículo 25, debido a que no son suficientemente graves para atraer sanciones penales internacionales, otros quizá debieran haberse incluido.

134. La aplicación de cualquier artículo relativo al tráfico de estupefacientes dependerá notablemente de la existencia de disposiciones eficaces en materia de extradición de los presuntos delincuentes, de asistencia judicial recíproca y de blanqueo de dinero.

135. Hay que considerar también la relación entre la jurisdicción de los sistemas jurídicos nacionales en cuestión de delitos relacionados con el tráfico de drogas y la que el código pudiera atribuir a un tribunal internacional.

136. A Australia le resulta difícil comprender por qué la expresión «sustancia psicotrópica» se usa sólo en el párrafo 3, cuando parece que todo el proyecto de artículo se propone tratar de esas sustancias.

#### *Austria*

137. Al Gobierno austríaco no le parece evidente que el crimen previsto en el proyecto de artículo 25 tenga cabida en el proyecto de código. Es dudoso que el tráfico ilícito de estupefacientes sea un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Por otra parte, las consecuencias que acarrearía su inserción en el código (en particular la imprescriptibilidad) no parecen convenientes desde un punto de vista político.

#### *Brasil*

138. En opinión del Gobierno del Brasil, no puede justificarse la ausencia de un elemento internacional con respecto al crimen tipificado en el proyecto de artículo 25.

#### *Estados Unidos de América*

139. El Gobierno de los Estados Unidos señala que, de acuerdo con el proyecto de artículo 25, el tráfico de estupefacientes es «ilícito» si se realiza «en violación del derecho interno o del derecho internacional». No queda claro si la referencia al derecho interno pretende remitir sólo a la legislación del Estado en que se encuentre el individuo (en cuyo caso tiene poco interés) o si pretende incluir el derecho interno de cualquier Estado que sea parte en el código (en cuyo caso el ámbito es excesivamente amplio).

#### *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*

140. El Reino Unido señala que, en el proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones (1954)<sup>13</sup>, se omitieron los crímenes relacionados con el tráfico de drogas, al igual que la piratería, la trata de mujeres y niños, la falsificación de dinero y la interferencia en los cables submarinos. El Reino Unido hubiera deseado que se analizaran más detalladamente esos delitos con miras a determinar si constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. A su juicio, el tráfico de estupefacientes, aunque sea un crimen internacional, representa un caso límite para la inclusión en un código como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Cabe preguntarse qué se ganaría al incluir en el código una actividad que es considerada criminal por la inmensa mayoría de los Estados y enjuiciada eficazmente como tal en la mayoría de ellos.

#### *Suiza*

141. A juicio del Gobierno suizo, se plantea aquí la cuestión de saber si está justificada la inserción en el proyecto de código de una disposición relativa al tráfico internacional de estupefacientes. Después de todo, se puede considerar ese tráfico como un delito de derecho común, cuyo móvil sería esencialmente el provecho personal. Sin embargo, esa apreciación pasa por alto una evolución que hace surgir vínculos cada vez más estrechos entre el tráfico internacional de estupefacientes y el terrorismo local o el terrorismo internacional. No faltan buenas razones para hablar, como se hace comúnmente, de narcoterrorismo. Además de sus efectos nefastos en la salud y el bienestar, el tráfico internacional de estupefacientes tiene un efecto desestabilizador en ciertos países y constituye, por tanto, un obstáculo a unas relaciones internacionales armoniosas. En ese sentido, el tráfico internacional de estupefacientes aparece como un crimen a la vez contra la paz y contra la seguridad de la humanidad. Por ello, es justo, como hace la Comisión, insertar en el proyecto de código una disposición que tipifique ese tráfico, ya sea efectuado por agentes del Estado o por simples particulares.

#### c) *Comentarios específicos*

##### 1. OBSERVACIONES EXPLICATIVAS

142. El Relator Especial ha explicado en la introducción al presente informe las razones por las que ha creído que debía mantener en el proyecto de código el tráfico ilícito de estupefacientes ejecutado en gran escala o en un ámbito transfronterizo.

143. La expresión «en gran escala [...] o en un ámbito transfronterizo» se refiere no sólo al tráfico ilícito internacional de estupefacientes, sino también al tráfico interno, cuando se practica en gran escala. No hay que olvidar que a muchos pequeños Estados les resulta imposible encausar a los autores de ese tráfico, cuando se ejecuta en gran escala en el ámbito de su propio territorio. Esos Estados desean que una jurisdicción internacional sea competente para entender de ese género de infracción.

2. NUEVO TEXTO PROPUESTO POR  
EL RELATOR ESPECIAL

144. El nuevo texto propuesto simplifica el aprobado en primera lectura por la Comisión y dice así:

*«Artículo 25.—Tráfico ilícito de estupefacientes*

»1. El que sea declarado culpable de haber cometido u ordenado cometer el tráfico ilícito de estupefacientes en gran escala, dentro de los límites de un Estado o en un ámbito transfronterizo, será condenado [a...].

»2. Se entiende por tráfico ilícito de estupefacientes el hecho de realizar, organizar, facilitar, fi-

nanciar o instigar la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la puesta en venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en violación del derecho interno o del derecho internacional.

»3. A los efectos del párrafo 2, el hecho de facilitar o instigar el tráfico ilícito de estupefacientes incluye la adquisición, tenencia, conversión o transferencia de bienes por un individuo a sabiendas de que esos bienes proceden del crimen definido en este artículo con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito de tales bienes.»



**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES  
DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL**

[Tema 5 del programa]

**DOCUMENTO A/CN.4/468**

**Undécimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias  
perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional,  
del Sr. Julio Barboza, Relator Especial**

[Original español]  
[25 de mayo de 1985]

**ÍNDICE**

		<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		55
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCION	1-2	56
<i>Capítulo</i>		
I EL DANO AMBIENTAL	3-37	57
A La definición del medio ambiente	5-16	57
1 El concepto restringido del medio ambiente	7-10	58
2 Los conceptos mas amplios	11-12	58
3 Los factores a excluir	13-16	59
B El daño ambiental	17-22	59
C La reparacion	23-33	60
D La evaluacion del daño ambiental	34-37	63
II TEXTOS Y COMENTARIOS PROPUESTOS	38-40	64

**Instrumentos multilaterales citados en el presente informe**

	<i>Fuente</i>
Convento internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (Bruselas, 29 de noviembre de 1969)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol 973, pag 3
Protocolos de 1976, 1984 y 1992 que modifican el Convenio (Londres, 19 de noviembre de 1976, 25 de mayo de 1984 y 27 de noviembre de 1992)	OMI (n° de venta 457 85 15 F) y <i>Droit international de l'environnement Traités multilatéraux</i> textos recopilados por A Lukacs y R Michels, Londres, La Haya, Boston, Kluwer Law International, 1995, t III, 969 88
Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias (Ginebra, 13 de noviembre de 1979)	CEE, <i>Conventions sur l'environnement</i> , pag 7
Convenio para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos (Wellington, 2 de junio de 1988)	<i>Revue generale de droit international public</i> , Paris, t 93, 1989, n° 1, pag 182
Convenio sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (CRTD) (Ginebra, 10 de octubre de 1989)	Publicación de las Naciones Unidas, n° de venta F 90 II E 39

Protocolo sobre la Protección del Medio Ambiente del Tratado Antártico (Madrid, 4 de octubre de 1991)	UICN, <i>Droit international de l'environnement – Traités multilatéraux</i> , t. VII, Erich Schmidt, Berlín, pág. 991:74/1
Convenio sobre la protección y la utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	<i>International Legal Materials</i> , Washington D.C., vol. 31, n.º 6, noviembre de 1992, pág. 1313
Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	<i>International Legal Materials</i> , Washington D.C., vol. 31, n.º 6, noviembre de 1992, pág. 1335
Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)	<i>International Legal Materials</i> , Washington D.C., vol. 31, n.º 4, julio de 1992, pág. 822.
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992)	Doc. A/AC.237/18 (Parte II)/Add.1 y Corr.1, anexo I.
Convención sobre responsabilidad civil por daños causados por actividades peligrosas para el medio ambiente (Lugano, 21 de junio de 1993)	Consejo de Europa, <i>Série des traités européens</i> , n.º 150

## Introducción

1. La Comisión aprobó provisoriamente tres párrafos del artículo 2<sup>1</sup>, sobre el significado de los términos empleados en el proyecto de artículos, que fueron también en forma provisional designados como *a*, *b* y *c*. El primero se refiere al riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, el segundo es una definición de «daño transfronterizo» y el tercero es una definición de Estado de origen. Sería conveniente cambiar la forma de enumerar los distintos párrafos del artículo 2. El párrafo *a* pasaría a ser 1, el *b* sería 2 y como párrafo 3 vendría la definición de «daño», que tendría tres incisos: *a*) sobre daño a las personas, *b*) sobre daños patrimoniales y *c*) sobre daño ambiental. Luego vendría un párrafo 4 sobre definición de medio ambiente y un párrafo 5 sobre titularidad de las acciones de reparación por daño al medio ambiente.

2. En su octavo informe<sup>2</sup>, el Relator Especial avanzó algo en la consideración del tema del daño, como una con-

tribución al artículo 2. Se remite a lo allí dicho como introducción a la temática del daño, que se va a desarrollar ahora. El Relator Especial no agregará nada en lo relativo al daño a las personas y a las cosas como se formula en aquel informe, excepto algunos cambios de redacción en el artículo propuesto. Entre ellos, el más importante es la inclusión del lucro cesante, puesto que ella aportaría mayor claridad al texto. Asimismo, convendría también aclarar, aunque esté acaso sobreentendido, que los párrafos *a* y *b* se aplican también al daño a las personas o a las cosas cuando se causa a través del deterioro al medio ambiente, para mejor separar lo que es daño causado individualmente a las personas y a las cosas, aunque sea producido por causa del deterioro ambiental, y lo que es el daño llamado al medio ambiente *per se*. En el primer caso, el titular de la acción es la persona dañada, ya sea directamente o bien a través del deterioro ambiental. En cambio, lo que se llama daño al medio ambiente *per se* es un daño causado a la comunidad, por los valores del medio ambiente dañados y los servicios, de uso (*use services*) o no de uso (*non-use services*), que se restan a esa comunidad debido al perjuicio producido, como veremos *infra*.

<sup>1</sup> El texto de los proyectos de artículos 1, 2 (incs. *a*, *b* y *c*), 11 a 14 *bis* [20 *bis*], 15 a 16 *bis* y 17 a 20, aprobados provisionalmente por la Comisión, figura en *Anuario 1994*, vol. II (segunda parte), págs. 168 y ss.

<sup>2</sup> *Anuario 1992*, vol. II (primera parte), págs. 67 y ss., doc. A/CN.4/443, apéndice.

## CAPÍTULO I

## El daño ambiental

3. En cambio, conviene agregar algunas consideraciones —e incluso un nuevo texto— en lo relativo al daño al medio ambiente, un concepto capital en el tema que se discute. El «Libro Verde sobre la reparación del daño ecológico» dice a este respecto:

Una definición jurídica del daño al medio ambiente es de fundamental importancia, puesto que tal definición va a guiar el proceso de determinar el tipo de alcance de la acción de reparación (*remedial action*) necesaria, y de esa manera los costos recuperables por la vía de la responsabilidad civil. Las definiciones jurídicas a menudo chocan con conceptos mantenidos popularmente sobre el daño al medio ambiente, pero son necesarias para la exactitud jurídica<sup>3</sup>.

4. Sabido es que el daño ambiental ha sido incluido en algunas convenciones, proyectos y dictámenes internacionales, como el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente en su artículo 2 (párr. 7, inc. *d*), corroborado por el Convenio sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, artículo 1 (inciso *c*), el Convenio Naciones Unidas/CEPE de 1992 sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, artículo 1 (párr. 2) y la Directiva 85/337 del Consejo de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 1985 relativa a la evaluación del impacto de ciertos proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente<sup>4</sup>; la Convención para la reglamentación de las actividades sobre recursos minerales antárticos, en su artículo 8 (párr. 2, incs. *a*, *b* y *d*); y la Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales, en su artículo 9 (incs. *c* y *d*), a lo que deben agregarse las directrices propuestas por el Grupo de Tareas de la Comisión Económica para Europa relativas a la responsabilidad y la obligación de reparar por contaminación de aguas transfronterizas y el proyecto de protocolo sobre responsabilidad (del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación) sobre la responsabilidad y la indemnización en caso de daños resultantes de movimientos transfronterizos y la eliminación de desechos peligrosos (art. 2, inc. *a*, iii a v)<sup>5</sup>, que elabora un grupo de trabajo nombrado por la Conferencia de las partes de dicha convención. En particular, es de interés hacer notar que el Consejo de Seguridad, en el párrafo 16 de su resolución 687 (1991), de 3 de abril de 1991, reafirma que

el Iraq [...] es responsable ante los gobiernos, nacionales y empresas extranjeros, con arreglo al derecho internacional, de toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la

destrucción de recursos naturales, y de todo perjuicio directo resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait por el Iraq;

Asimismo, ha sido objeto de estudios e inclusión en algunos documentos preparados por grupos de estudio y de trabajo, como el proyecto de pacto sobre el medio ambiente y desarrollo de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales, en su artículo 48, y el proyecto de investigación, llevado a cabo en las universidades de Siena y de Parma, patrocinados por el Consejo Nacional de Investigación Científica (CNR). Además, el daño ambiental ha sido sancionado en leyes internas de varios países, como Noruega, Finlandia, Suecia, Alemania, el Brasil y los Estados Unidos de América.

## A.—La definición del medio ambiente

5. Tras nuevas reflexiones, inspiradas en algunos de los trabajos mencionados en el párrafo anterior, el Relator Especial consideró la posibilidad de incorporar al proyecto de artículos una definición del medio ambiente, porque al respecto no existe actualmente un concepto universalmente compartido: los elementos considerados como pertenecientes al medio ambiente en algunas convenciones no lo son en otras. De la definición del medio ambiente, entonces, dependerá la extensión del daño ambiental y según la extensión que esa definición abarque será más o menos completa la protección del objeto definido.

6. Una definición semejante no tiene que ser, necesariamente, científica, y hasta ahora las definiciones ensayadas se han limitado a enunciar los diversos elementos que consideran pertenecientes al medio ambiente. Según el «Libro Verde sobre la reparación del daño ecológico»:

Respecto a la definición de «medio ambiente», algunos arguyen que sólo la vida vegetal, animal y otros objetos que también se dan en la naturaleza, además de su interrelación, deben incluirse. Otros también abarcarían objetos de origen humano, si son importantes para el patrimonio cultural de un pueblo<sup>6</sup>.

Un concepto restringido del medio ambiente limita el daño ambiental a los recursos naturales exclusivamente, tales como el aire, el suelo, el agua, la fauna y la flora, así como la interacción entre ellos. Un concepto algo más amplio cubre el paisaje y lo que suele llamarse «valores ambientales», de utilidad, de agrado o de placer producidos por el medio ambiente. Así, se habla de valores de servicio (*service values*) y de valores que no son de servicio (*non-service values*); por ejemplo, figurarían entre los primeros una población de peces que permitiera un servicio como la pesca comercial o deportiva y entre los segundos los aspectos estéticos del paisaje, a los que las poblaciones asignan valor y cuya privación puede originar en ellas desagrado, molestia o angustia. Estos son los que presentan problemas en cuanto a su valuación en caso de ser dañados. Por último, la definición más lata lo

<sup>3</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social: Libro Verde sobre la reparación del daño ecológico», doc. COM (93) 47 final, Bruselas, 14 de mayo de 1993, pág. 10, secc. 2.1.7.

<sup>4</sup> *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L.175, 28.º año, 5 de julio de 1985, pág. 40.

<sup>5</sup> UNEP/CHW.3/4.

extiende también a la propiedad que forma parte del patrimonio cultural.

## 1. EL CONCEPTO RESTRINGIDO DEL MEDIO AMBIENTE

7. La Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos, en el párrafo 15 de su artículo 1, define así el medio ambiente antártico cuando intenta describir el daño ambiental:

«Daño al medio ambiente antártico o ecosistemas dependientes o asociados» significa cualquier impacto sobre los componentes vivos o no vivos de ese medio ambiente o de esos ecosistemas, incluyendo perjuicio a la vida marina, terrestre o de la atmósfera, que excede de lo desestimable o de lo que ha sido evaluado y juzgado como aceptable en virtud de esta Convención.

Este texto define indirectamente al medio ambiente a través del daño ambiental, y trae dos elementos distintos: uno referente al medio ambiente antártico y a sus ecosistemas dependientes o asociados, que dicho texto circunscribe a los «componentes vivos o no vivos de ese medio ambiente o de esos ecosistemas» y dentro del cual se encuentran la vida marina, terrestre o de la atmósfera; y otro que se refiere al umbral: es relevante el daño que «excede de lo desestimable» o de lo que «ha sido evaluado y juzgado como aceptable en virtud de esta Convención». En cuanto a lo primero, el concepto de medio ambiente protegido se restringe, al parecer, a los ecosistemas y a los recursos naturales como el aire, el suelo y el agua, incluyendo a los elementos vivos del mar, de la tierra o de la atmósfera. Para precisar el concepto anterior digamos que en el artículo 2 (Términos utilizados) de la Convención sobre la Diversidad Biológica se define de la forma siguiente un ecosistema: «un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional».

8. Varios otros instrumentos internacionales mezclan elementos característicos del medio ambiente con otros no bien definidos o no pertenecientes a una idea general del medio ambiente. El Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia, al definir tal contaminación en el inciso a de su artículo 1, se refiere a «efectos deletéreos» sobre recursos vivos y ecosistemas, salud humana y propiedad material, así como a la interferencia con servicios y otros usos legítimos del medio ambiente. Es claro que los recursos vivos y los ecosistemas, así como los servicios y otros usos legítimos, son o bien componentes del medio ambiente o bien valores del medio ambiente que pueden o no traducirse en servicios. La propiedad material y la salud humana, en cambio, no parecen formar parte del mismo concepto. Como veremos, la primera, sin otro aditamento como el de pertenecer al «patrimonio cultural», por ejemplo, no podría relacionarse con el medio ambiente ni racionalmente tampoco la segunda.

9. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, al definir los «efectos adversos del cambio climático» explica que son aquellos que producen «cambios en el medio ambiente físico o en la biota

resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud o el bienestar humanos» (art. 1). Parecido lenguaje utiliza el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, excluyendo lo relativo a los sistemas socioeconómicos y el bienestar humanos. Aquí también se advierte que se incluyen en el primer texto comentado elementos de un concepto estricto del medio ambiente mezclados con otros extraños, como pueden ser los sistemas socioeconómicos y la salud humana.

10. En el marco de la práctica internacional, la propuesta de la Comisión de las Comunidades Europeas para una directiva de la Comunidad sobre daño causado por desechos define el daño al medio ambiente como una interferencia significativa y persistente en el medio ambiente causada por una modificación de las condiciones físicas, químicas o biológicas del agua, del suelo y/o del aire en tanto no se consideren daño a la propiedad.

## 2. LOS CONCEPTOS MÁS AMPLIOS

11. El Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (art. 2, inc. 10) incluye una lista no exhaustiva de elementos del medio ambiente, entre los que figuran «los recursos naturales, tanto bióticos como abióticos, como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora así como la interacción entre dichos factores: la propiedad que forma parte del patrimonio cultural y los aspectos característicos del paisaje». La Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales se refiere a las consecuencias adversas de los accidentes industriales sobre «i) los seres humanos, la flora y la fauna; ii) el suelo, el agua, el aire y el paisaje; iii) la interacción entre los factores indicados en los incisos i y ii; iv) bienes materiales y patrimonio cultural, incluyendo los monumentos históricos» (art. 1, inc. c). A su vez, la Convención sobre la protección y el uso de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales dice que «los efectos sobre el medio ambiente incluyen los efectos sobre la salud y la seguridad humanas, flora, fauna, suelo, aire, agua, clima, paisaje y monumentos históricos y otras estructuras físicas, o la interacción entre esos factores; incluidos también están los efectos sobre el patrimonio cultural o las condiciones socioeconómicas resultantes de la alteración de esos factores» (art. 1, inc. 2).

12. El Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, establecida por el Consejo de Seguridad en su resolución 687 (1991), de 3 de abril de 1991, considera en el párrafo 35 de su decisión tomada el 28 de noviembre de 1991 y revisada el 16 de marzo de 1992, en relación con la responsabilidad del Iraq por los daños causados en la guerra del Golfo, que ciertos rubros son indemnizables, al decir que habrá pagos por los daños directos causados al medio ambiente y por la explotación abusiva de recursos naturales:

Comprenderá todas las pérdidas o gastos sufridos como consecuencia de:

a) La mitigación y prevención de los daños causados al medio ambiente, incluidos los gastos relacionados directamente con la extinción de los incendios petrolíferos y la detención del vertimiento de petróleo en aguas costeras e internacionales;

b) Las medidas razonables ya adoptadas para limpiar y restaurar el medio ambiente o las medidas que se adopten en el futuro y que pueda demostrarse que son razonablemente necesarias para limpiar y restaurar el medio ambiente;

c) La vigilancia y evaluación razonables de los daños al medio ambiente a los fines de evaluar y mitigar los daños y de restaurar el medio ambiente;

d) La vigilancia razonable de la salud pública y la realización de exámenes médicos a los fines de investigar y combatir el aumento de los riesgos para la salud derivados de los daños causados al medio ambiente; y

e) La explotación abusiva o los daños causados a los recursos naturales<sup>6</sup>.

Es de notar que los párrafos *c* y *d* se refieren a costos que no son despreciables y que normalmente no se incluyen en las definiciones de daño, aunque naturalmente puedan ser otorgadas por un tribunal como parte del daño que el deterioro del medio ambiente ha provocado.

### 3. LOS FACTORES A EXCLUIR

13. Todo lo anterior parece reclamar un ordenamiento metódico. El Relator Especial piensa que deben excluirse de la definición de medio ambiente, por empezar, aquellos factores que ya se hallan comprendidos en definiciones clásicas del daño, como todo lo que sea un perjuicio físico a las personas o a su salud, ya sea éste directo o como consecuencia de un daño ambiental, ya que estos bienes están protegidos por aquella concepción clásica del daño y no necesitan protección adicional. Ese fue el camino sugerido por el Relator Especial en el proyecto de artículo 24, propuesto en su sexto informe, que separaba el daño al medio ambiente del que sufrieran, como consecuencia, las personas o los bienes en el Estado afectado<sup>7</sup>. Es asimismo el seguido en el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, que en el párrafo 7 de su artículo 2 excluye del daño ambiental tratado en el inciso *c* el daño a la vida o lesiones personales y el daño a la propiedad, tratados en los incisos *a* y *b*, respectivamente.

14. Luego existen otros factores o elementos cuya pertenencia al concepto de medio ambiente resulta dudosa; por de pronto, lo relativo a una especie de «medio ambiente cultural» que incluye monumentos u otras construcciones de valor como expresiones de la cultura de un pueblo. De ninguna manera se intenta disminuir ese valor al sugerir que no debieran estar comprendidos en el concepto de «medio ambiente» a los efectos de las indemnizaciones. Las razones para excluirlo son, en primer lugar,

porque se corre el riesgo de ensanchar indefinidamente el concepto de medio ambiente al introducir conceptos heterogéneos: aunque no se busque una definición de rigor científico respecto al medio ambiente humano —que posiblemente tampoco exista— sí se debe buscar una que contenga un criterio de unidad, como sería el medio natural. En segundo término, existe un argumento acaso más convincente que el anterior, el de que tales bienes están ya protegidos por aplicación de los conceptos ortodoxos del daño, sin necesidad de incluirlos dentro del medio ambiente. En todo caso, el Relator Especial piensa que un tribunal confrontado con la difícil tarea de evaluar el monto de la indemnización por daño a un monumento de gran valor cultural no va a encontrar en el concepto de daño ambiental ningún criterio que lo ayude. El daño causado a un monumento lo será —o no— como consecuencia de un cierto perjuicio al medio ambiente natural, pero debe ser indemnizado de todas maneras, en cuanto la causalidad sea debidamente comprobada.

15. Los aspectos característicos del paisaje parecen más bien valores que componentes de un medio ambiente natural y por ende no deberían ser incluidos en su definición. Si bien es cierto que en la creación de tales características físicas no interviene el ser humano, en alguna medida tales rasgos característicos son objetos «culturizados», puesto que valen en cuanto se incorporan al bagaje estético de una determinada población. Más que un componente del medio ambiente, como el agua o el suelo, parecen ser más bien un valor, un aspecto del medio ambiente que es valorado por la gente y que carecería de otro modo de toda protección internacional. Su desaparición, por ende, acarrearía un daño no reparado.

16. En cuanto a la salud humana, de ninguna manera cree el Relator Especial que pueda ser parte del medio ambiente, ni que sea daño ambiental el producido a la salud, ya sea directamente o a través de un daño al medio ambiente. Es posible, sí, que un rasgo específico de un cierto medio ambiente sea su efecto saludable sobre el ser humano, como podría ser una estación termal de aguas beneficiosas a la salud, o un lugar de baños de barro sulfurosos, u otros. Es este valor de servicio el que debe indemnizarse en caso de pérdida.

### B.—El daño ambiental

17. Definidos, en una primera aproximación que no es exhaustiva, los elementos del medio ambiente, cabe examinar ahora el daño causado a ese medio ambiente. En tal sentido, dos consideraciones llaman nuestra atención: en primer lugar, quién es el sujeto lesionado por el daño ambiental y en segundo, en qué consiste ese daño.

18. En cuanto al sujeto lesionado, el daño es un perjuicio que se causa a alguien. Entonces, es siempre daño para alguien, para una persona o para un grupo humano; no puede admitirse que lo sea en el vacío. De allí las dificultades de comprensión para los juristas cuando se habla del daño al medio ambiente *per se*, como si el efecto adverso en el medio ambiente fuera suficiente para configurar un daño jurídico, existan o no personas

<sup>6</sup> Véase S/AC.26/1991/7/Rev.1.

<sup>7</sup> Véase *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 116, A/CN.4/428, anexo.

—físicas o jurídicas— que pueden verse perjudicadas por ese efecto. Si a eso se suma la extremista posición de algunos ambientalistas en el sentido de considerar la protección del medio ambiente como un fin en sí y el respeto a las especies y a los recursos naturales por su valor «intrínseco», esto es, independiente de su valoración por el ser humano, se pueden originar confusiones.

19. Vale la pena detenerse algo en la noción de valor «intrínseco» del medio ambiente, que se ha abierto algún camino. En el artículo 3 del Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente se reconoce y se trata de proteger «el valor intrínseco de la Antártida, incluyendo sus valores de vida silvestre y estéticos». Una mención parecida se hace en el Convenio sobre la Diversidad Biológica en el primer párrafo del preámbulo: «[Las Partes Contratantes,] *Conscientes* del valor intrínseco de la diversidad biológica». «Intrínseco» quiere decir, según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, «íntimo, esencial», y el *Concise Oxford Dictionary* define «intrinsic» como «belonging naturally, inherent, essential, esp. intrinsic value». Y en el *Roget's International Thesaurus*, a la nota de «íntimo» y de «esencial», se añade la de «característico». El Relator Especial estima que en especial esta última es la significación de «intrínseco» como se usa en esos instrumentos, y que de todos modos ni «íntimo» o «esencial» o aun «inherente» quieren tampoco significar que los efectos adversos al medio ambiente *per se* configuran un daño que es independiente del ser humano. No se comprende a quién podría perjudicar la pérdida de los valores silvestres o estéticos de la Antártida si no existiera en el planeta una humanidad para apreciarlos.

20. Los efectos de una cadena causal no caen, por lo general, bajo el palio del derecho hasta que ellos no afectan a una persona de ese sistema jurídico, en nuestro caso a un Estado u otro sujeto internacional. En esos casos, el derecho suele proteger a la persona lesionada y prescribir una reparación. Es en ese punto donde el efecto adverso se convierte en daño jurídico. Si bien se mira, el daño al medio ambiente no se diferencia en nada del daño causado a la persona o a los bienes de una persona jurídica, en favor de la cual nace un derecho a la reparación: se indemniza a ese sujeto por cuanto el cambio en el medio ambiente producido por cierta conducta le es adverso, ya que pierde alguno de los valores que le proporcionaba ese medio ambiente. En suma, que lo que se llama daño al medio ambiente *per se* es un cambio en el medio ambiente que trae consigo pérdidas, incomodidades o sentimientos negativos en la gente y es este perjuicio de la gente el que obtiene la protección del derecho en forma de indemnización. En todo caso, como dijimos *supra*, el daño al medio ambiente *per se* sería un daño que perjudica a un sujeto colectivo, como una comunidad, y en todo caso estaría representado por el Estado.

21. Los valores referidos, cuya pérdida origina un daño jurídico, dan origen, como vimos, a un servicio del medio ambiente que puede o no implicar un uso del mismo; en inglés se habla de *use services* y de *non-use services*. Como se vio *supra*, entre los primeros se destaca el uso comercial o deportivo del medio ambiente, como la pesca en caso de un curso de agua, o la utilización del agua

como recreación para nadar, o para navegar a vela, o para hacer esquí acuático o correr regatas o lo que fuere, o usos parecidos que pueden practicarse en una montaña nevada o no, entre otros muchos ejemplos. Entre los segundos, acaso estén los rasgos característicos de un paisaje, o incluso los que se llaman *existence values*, una cierta característica del medio ambiente por la que la comunidad estaría dispuesta a pagar simplemente por mantenerla para ella misma o para las futuras generaciones. Se comprende enseguida que algunos servicios sean fácilmente indemnizables: la pesca comercial, por ejemplo, sufriría una pérdida si a raíz de un incidente de contaminación de un río o de un lago se redujera la fauna ictícola apreciablemente. En otros casos, es menos fácil advertir el daño y más difícil aún evaluarlo, como sería cuando se pierde una recreación, que origina una incomodidad moral o un sentimiento de frustración. Sin embargo, el principio de que esos daños que no originan pérdidas económicas deben ser compensados no es en absoluto nuevo al derecho, como lo comprueba la aceptación universal en los derechos internos, y también en el internacional, de la compensación por el daño moral que es tan difícil de evaluar en dinero como el daño ecológico.

22. La otra consideración se refiere al titular de la acción; quién es el perjudicado por el daño ecológico, teniendo en cuenta que el medio ambiente no pertenece a nadie en particular y sí a todos en general, o si se prefiere, a la comunidad. En las leyes de los Estados Unidos de América (ley general ambiental sobre intervención, indemnización y responsabilidad en materia de medio ambiente, de 1980<sup>8</sup>, ley de salubridad del agua, de 1977<sup>9</sup> y ley sobre contaminación por hidrocarburos, de 1990<sup>10</sup>), el Congreso autorizó a ciertos organismos gubernamentales encargados de gestionar los recursos naturales a actuar como fideicomisarios (*trustees*) para evaluar y recobrar daños; el mandato público (*public trust*) se define en forma amplia como «incluyendo recursos naturales» del Estado federal, de los estados particulares, de gobiernos locales o de tribus indias, ya sean propiedad de ellos o administrados, mantenidos en fideicomiso (*trust*), dependientes o de otra manera controlados por ellos. En el orden internacional, el Estado cuyo medio ambiente resultó perjudicado es también el sujeto más indicado para ser titular de la acción judicial tendiente a obtener la reparación, titularidad que puede conceder a entidades de bien público no gubernamentales.

### C.—La reparación

23. Antes de abordar el tema de la reparación del daño ambiental, permítasenos una introducción. En el campo de los hechos ilícitos, la reparación en derecho de gentes está expresada en la famosa norma de la *Usine de Chorzów*<sup>11</sup>: borrar todas las consecuencias del hecho ilícito;

<sup>8</sup> *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act 1980*, United States Code, edición de 1994, vol. 23, tit. 42, cap. 103, arts. 9601 y ss.

<sup>9</sup> *Clean Water Act of 1977*, *ibid.*, vol. 17, tit. 33, cap. 26, art. 1321.

<sup>10</sup> *Oil Pollution Act of 1990*, *ibid.*, cap. 40, arts. 2701 y ss.

<sup>11</sup> *Usine de Chorzów, fondo, fallo n.º 13, 1928, C.P.J.I. série A n.º 17.*

crear la situación que con toda probabilidad hubiera existido de no haber mediado el hecho ilícito. Esto se consigue con los medios que también el derecho ha considerado idóneos para la reparación: la restitución en especie, la indemnización por equivalente, la satisfacción, las garantías de no repetición, combinadas de forma que todos los aspectos del daño sean cubiertos<sup>12</sup>. En suma, la reparación es una obligación impuesta por la norma secundaria como consecuencia de la violación de la norma primaria y su contenido, formas y grados han sido configurados por la costumbre internacional tal como la expresara la CPJI en el caso de la *Usine de Chorzów* y que la Comisión está empeñada actualmente en codificar bajo la diestra conducción del Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados, el Sr. Arangio Ruiz.

24. En el caso de la responsabilidad *sine delicto*, en cambio, el daño es producido por un acto que no está prohibido por el derecho. Es por eso que la indemnización pertenece a la norma primaria: no es una *reparación* impuesta por la norma secundaria como consecuencia de una violación de la obligación primaria sino una *prestación* que impone la norma primaria misma. Por consiguiente, no tiene necesariamente que responder a todos los criterios de la *in integrum restitutio* impuesta por la costumbre internacional para la responsabilidad por hecho ilícito. El Relator Especial no cree que se haya formado una clara costumbre internacional respecto al contenido, forma y grados de la prestación que corresponde por el daño en la responsabilidad *sine delicto*, pero hay algunas indicaciones de que no sigue necesariamente las mismas líneas de la norma de *Chorzów*. La *in integrum restitutio* no es tan rigurosamente respetada en este campo como en el de los hechos ilícitos, como lo pone de manifiesto la existencia de umbrales por debajo de cuyo nivel los efectos nocivos no alcanzan la relevancia de un daño reparable y también la imposición, en la práctica legislativa e internacional al respecto, de límites superiores (*ceilings*) hasta los cuales puede llegar la indemnización. Ambos toques, el inferior y el superior, impuestos por razones prácticas, crean una categoría de efectos nocivos no indemnizables.

25. La norma de la *Usine de Chorzów*, sin embargo, sirve obviamente de orientación, ya que no de estricta vara de medida, también en el campo de la responsabilidad *sine delicto* por razón de la razonabilidad y de la justicia que la inspiran. Es cierto que existen diferencias entre las circunstancias del daño producido por una conducta ilícita y las del daño causado por una conducta lícita, y que a ellas puede corresponder la diferencia del tratamiento legal, pero esa diferencia responde sobre todo a razones prácticas, como la magnitud de las cantidades aseguradas en el caso de un tope superior, o el hecho de que en la vida moderna todos somos contaminadores y contaminados a un tiempo en lo tocante al umbral. Pero no puede discutirse que el derecho debe

buscar la reparación de todos los daños causados siempre que sea posible. En tal sentido, es elocuente que en las convenciones nucleares y en las de contaminación marina por petróleo se haya tratado de ir superando el tope máximo mediante la constitución de fondos que tratan de acercarse a la restitución plena en circunstancias en que las indemnizaciones pueden alcanzar sumas muy altas.

26. Las convenciones de responsabilidad civil parecen haber dejado de lado ciertas formas de reparación como la *restitutio naturalis* para concentrarse exclusivamente en la asignación de una suma de dinero como prestación primaria. En el daño ambiental, sin embargo, la prestación más común parece ser algo idéntico a aquella *restitutio naturalis*, representada por la restauración de los elementos dañados del medio ambiente, como cuando se reintroducen en un ecosistema ejemplares de una especie que se vio disminuida o destruida, pero que puede ser reinstalada porque existen en otra parte suficientes ejemplares. La compensación por equivalente, en cambio, se dirigirá en primer término, en caso de destrucción total de un cierto componente, a la introducción de un componente equivalente y sólo si ello no fuera posible, a una eventual compensación monetaria. Correspondería también una compensación monetaria, según se interpreta en los casos cubiertos en la legislación de los Estados Unidos de América (véase párr. 22 *supra*), cuando la restauración de un cierto componente se opera naturalmente, por el tiempo en que ese recurso se vio disminuido hasta su restauración normal<sup>13</sup>.

27. En esta materia, el medio elegido en general es la restauración, o la reinstalación de los recursos dañados o extinguidos. Es lógico, puesto que lo más importante aquí es la vuelta al *statu quo ante*: los valores ecológicos predominan sobre los económicos, en principio, y tanto es ello así que, a diferencia de lo que sucede en otros terrenos, algunas leyes internas especifican que la indemnización que pueda otorgarse a los damnificados en ciertos casos debe aplicarse a fines también ecológicos<sup>14</sup>. El costo de la restauración o reinstalación de elementos del medio ambiente da una buena medida del valor de la pérdida. Esto suele variar cuando los costos, sobre todo de restauración, son irrazonables en relación con la utilidad de los recursos dañados, lo que confirma la idea de que la predominancia de los fines ecológicos sólo se detiene ante lo no razonable de los costos. La reinstalación de un recurso, en cambio, suele ser más fácil de obtener, por ejemplo la reintroducción en un cierto eco-

<sup>12</sup> No se incluye la cesación porque en la responsabilidad *sine delicto* no parece tener lugar, puesto que precisamente su característica esencial es que la actividad en que el daño se origina es lícita y continúa mediante el pago de las indemnizaciones correspondientes. Además, para la CDI —erróneamente a criterio del Relator Especial—, la cesación no forma parte de la reparación.

<sup>13</sup> Según esta legislación, incluso cuando se emprenden actividades de restauración, los fiduciarios pueden determinar y exigir la indemnización por pérdidas provisionales en el valor de los recursos.

<sup>14</sup> La ley general ambiental sobre intervención, indemnización y responsabilidad en materia de medio ambiente de los Estados Unidos de América exige que los fiduciarios gasten la indemnización total por daños, aparte del resarcimiento de los costos de determinación del daño, en la restauración, el reemplazo o la adquisición del equivalente de los recursos naturales dañados o destruidos; la ley sobre salubridad de agua permite recuperar los costos en que se haya incurrido o los gastos que se hayan hecho para restaurar o reemplazar los recursos naturales dañados o destruidos. La ley sobre contaminación por hidrocarburos exige también que las recuperaciones se gasten con destino a las actividades de restauración, rehabilitación, reemplazo o adquisición del equivalente de los recursos naturales dañados.

sistema, trayéndola de otro, de una cierta especie de peces o de otros animales que se extinguió o disminuyó en su número por causa de un incidente.

28. La restauración o reinstalación es, entonces, la mejor manera de reparación. Pero puede suceder que la restauración idéntica sea imposible, en cuyo caso las tendencias más modernas admiten la introducción de elementos equivalentes. Según algunas referencias, acaso sea imposible, naturalmente, efectuar una reconstrucción idéntica. Una especie extinguida no se puede reemplazar. Los contaminantes descargados a la atmósfera o en el agua son difíciles de recuperar. Desde el punto de vista del medio ambiente, sin embargo, debiera existir el objetivo de limpiar el medio ambiente y de restaurarlo a un estado que, aunque no sea idéntico al que existía antes de ocurrir el daño, preserve por lo menos sus funciones permanentes necesarias. Incluso cuando la restauración o la limpieza es físicamente posible, acaso no sea económicamente viable. No es razonable esperar la restauración al estado virgen si el hombre ha interactuado con ese medio por generaciones. Además, restablecer un medio ambiente al estado en que se encontraba antes de ocurrido el daño podría requerir un gasto desproporcionado en relación con los resultados que se desean. En ese caso bien podría decirse que la restauración sólo debe realizarse hasta el punto en que sea todavía «eficaz en función de los costos». Esas determinaciones requerirán un difícil equilibrio de intereses, así como también de valores económicos y ecológicos. Por su parte, el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente define en el inciso 8 de su artículo 2 las «medidas de reinstalación» como «cualquier medida razonable dirigida a reinstalar o restaurar componentes dañados o destruidos del medio ambiente o a introducir, cuando fuere razonable, el equivalente de esos componentes en el medio ambiente. La ley interna puede indicar quién tendrá derecho a tomar tales medidas». Una posibilidad es que las medidas en cuestión pueden ser tomadas por cualquiera, y siempre que sean razonables deberán dar lugar a una indemnización.

29. Las convenciones se detienen generalmente allí, esto es, en la indemnización de las medidas de restauración o de reinstalación que se hubieren efectivamente tomado o que vayan a tomarse, en cuyo último caso la indemnización sirve para financiarlas. ¿Qué pasa en los casos en que la restauración no fuere posible, o bien cuando los costos de restauración excedieren lo razonable? En su octavo informe, el Relator Especial cita a A. Rest:

La situación [...] puede ilustrarse con el ejemplo del «asunto Exxon Valdez»: Como en este asunto fue imposible de hecho limpiar el contaminado fondo marino del golfo de Alaska, la sociedad anónima Exxon se ha ahorrado, hasta ahora, los costos de limpieza. Ello parece injusto. Según las directrices [establecidas por la Fuerza de Tareas de la CEPE sobre la responsabilidad y la obligación de reparación en caso de contaminación de aguas transfronterizas] el contaminador podría acaso estar obligado a otorgar una *compensación equivalente*, por ejemplo reemplazando los peces o estableciendo un parque natural<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> A. Rest, «New tendencies in environmental responsibility/liability law: the work of the UN/ECE Task Force on Responsibility and Li-

El Relator Especial recuerda que el párrafo 1 del proyecto de artículo 24 (Daño al medio ambiente y a personas o bienes en su consecuencia)<sup>7</sup>, presentado en su sexto informe, había previsto esa situación al decir lo siguiente: «Si fuere imposible restaurar dichas condiciones íntegramente [esto es, el *statu quo ante*], podrá convenirse una prestación del Estado de origen, ya sea pecuniaria o de otro tipo, que compensare el deterioro sufrido».

30. La Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos adopta una solución parecida, ya que establece en su artículo 8 (párr. 2, inc. a) una responsabilidad *sine delicto* para el operador «por daño al medio ambiente antártico o ecosistemas dependientes o asociados resultante de sus actividades sobre recursos minerales antárticos, incluyendo el pago de indemnizaciones en el caso de que no haya restauración al *statu quo ante*». Lo importante en caso de indemnizaciones es que el tribunal determine que esas cantidades deben ser aplicadas a fines ecológicos.

31. El Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos, establecido en el marco del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de hidrocarburos, ha tomado, en cambio, una posición restrictiva. El Fondo paga indemnizaciones por daño por contaminación que tiene lugar fuera del buque. La primera reclamación, surgida del hundimiento del *Antonio Gramsci* en las cercanías de Ventspils, en la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el 27 de febrero de 1979, suscitó la cuestión de si esta definición incluía el daño ambiental o daño a los recursos naturales, como lo solicitaban la URSS y otros. La respuesta de la Asamblea del Fondo determinó que la evaluación de la indemnización pagadera por el Fondo [del Convenio] no se puede hacer sobre la base de cuantificaciones abstractas del daño calculada según modelos teóricos<sup>16</sup>. En el caso más reciente del *Patmos*, un buque tanque griego accidentado en la costa de Calabria en 1985, el Fondo rechazó originalmente la demanda del Gobierno de Italia por falta de documentación sobre la naturaleza del daño causado o las bases sobre las que la cantidad demandada había sido calculada. El Gobierno de Italia llevó la causa ante los tribunales de Italia, siendo rechazada su posición en primera instancia pero aceptada en apelación. En 1989 el Tribunal de Apelación de Messina interpretó que el Convenio incluía el daño ambiental como todo lo que altera el medio ambiente, causa deterioro en él o lo destruye, en todo o en parte. El Tribunal mantuvo: que el medio ambiente se debe considerar como un bien unitario, separado de los bienes de los que está compuesto (territorio, aguas territoriales, playas, poblaciones ictícolas,

ability regarding transboundary water pollution», *Environmental Policy and Law*, vol. 21, n.º 3-4, julio de 1991, pág. 137; citado en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), págs. 80 y 81, doc. A/CN.4/443, cap. II, apéndice, párr. 10.

<sup>16</sup> Conviene señalar que la URSS había evaluado el daño de acuerdo con un modelo abstracto. Véase Maria Clara Maffei, «The compensation for ecological damage in the “Patmos” case», *International Responsibility for Environmental Harm*, textos recopilados por Francesco Francioni y Tullio Scovazzi, págs. 381 a 394.

etc.); que el derecho al medio ambiente corresponde al Estado en su capacidad de representante de las colectividades; que el daño al medio ambiente causa perjuicio a valores inmateriales y consiste en reducir la posibilidad de utilizar el medio ambiente, y que el daño se puede indemnizar de manera equitativa, que el Tribunal puede determinar con arreglo a un dictamen pericial. Según el Tribunal, la definición de «daño por contaminación» que se enuncia en el párrafo 6 del artículo I del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos es lo suficientemente amplia para incluir el daño al medio ambiente que se ha descrito *supra*.

32. Todas las convenciones de responsabilidad incluyen dentro de la definición del daño también al costo de las medidas preventivas, así como a cualquier daño o pérdida causados por estas medidas. Se refieren a las medidas preventivas tomadas después de un accidente y para minimizar o impedir sus efectos que se definen en todas las convenciones como «cualquier medida razonable tomada por cualquier persona, luego que ha ocurrido un incidente, para prevenir o minimizar el daño». Si la Comisión prefiere utilizar otra expresión en lugar de «preventivas» para tales medidas *ex post*, acaso «medidas de respuesta» pueda ser la expresión que se adopte, como se sugiere en el décimo informe del Relator Especial<sup>17</sup>. En principio, el Relator Especial se inclina por llamarlas, como en todos los instrumentos, «preventivas», haciendo la correspondiente aclaración, ya sea en el texto o en el comentario.

33. Aparentemente, la modificación de 1992 al Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de hidrocarburos incluye también entre las medidas cuyo costo es recuperable las de prevención *ex ante*, o sea las tomadas antes de cualquier derrame de petróleo, siempre que hubiere existido un peligro grave e inminente de daño por contaminación. Pareciera, sin embargo, que esta indemnización se refiere al caso en que, por ejemplo, el Estado afectado o algunas personas en el Estado afectado se vieron obligados a tomar algunas medidas defensivas debido, precisamente, a la falla de las medidas de prevención *ex ante* por parte del operador o su total ausencia.

#### D.—La evaluación del daño ambiental

34. La evaluación del daño ambiental presenta problemas muy serios. Siguiendo la tendencia de intentar que todo tipo de daño sea reparado, lo que por cierto es justo, algunas leyes nacionales han llegado muy lejos en los métodos para evaluarlos, como veremos. La restauración no parece presentar problemas de evaluación, excepto cuando sus costos exceden largamente lo razonable en relación con la utilidad de esa forma de restitución en especie. El Tribunal deberá apreciar cuándo esa restauración excede de lo razonable y para ello evaluar los servicios que el daño ambiental hizo imposibles en forma

temporaria o permanente. Puede suceder también que la restauración sea imposible, o sólo parcialmente posible, como vimos *supra*, en cuyo caso también se presenta el problema de evaluar los servicios de que se priva al público —del que el Estado es representante— en la medida en que la restauración se queda corta. Esta evaluación suele ser extremadamente difícil.

35. La cuestión está en saber si el tribunal competente se debería inclinar por una compensación de los daños directamente cuantificables, como los costos de restauración, o utilizar modelos teóricos abstractos para cuantificar aquella pérdida causada por el daño ambiental. No están bien desarrolladas las normas de derecho internacional al respecto, ni tampoco lo están en el orden nacional. En los Estados Unidos de América se ha dicho que la restauración del medio ambiente dañado es una actividad incipiente colmada de incertidumbre y controversia.

36. Los métodos de evaluación alternativos incluyen: el precio que el recurso ambiental obtiene en el mercado; el valor económico que se atribuye al uso del recurso ambiental (tal como los métodos de costo del pasaje o el precio hedónico, *hedonic pricing*, discutido *infra*); o bien métodos de evaluación contingentes para medir la disposición de los individuos a pagar por bienes ambientales como el aire o el agua puros o la preservación de especies en peligro. Estos problemas de evaluación surgen en los Estados Unidos respecto a la ley general ambiental sobre intervención, indemnización y responsabilidad en materia de medio ambiente<sup>8</sup> y a la ley sobre contaminación por hidrocarburos<sup>10</sup>, en relación con la competencia de ciertas autoridades públicas de accionar judicialmente por daño a recursos naturales causados por la inyección de sustancias peligrosas y vertimientos de petróleo, respectivamente. Como el precio de mercado puede no existir o no reflejar el verdadero valor del recurso, por ejemplo en el caso de especies amenazadas de extinción, algunos economistas han tratado de calcular el valor de uso de ciertos recursos naturales públicos (esto es, valor basado en el efectivo uso de un recurso, por ejemplo por la pesca) basándose en el costo del viaje o en el precio hedónico. En relación con los métodos de costo del viaje, los gastos hechos por los individuos para visitar y gozar de los recursos forman la base del cálculo. Los métodos de precio hedónico contemplan el valor de mercado añadido a la propiedad privada por ciertos servicios valores (*amenities*) y buscan transponer dichos valores a los recursos públicos con valores comparables. Para valores que no son de uso, por ejemplo el valor que un individuo puede poner en la preservación de una especie amenazada, aunque pueda no verla nunca, se ha desarrollado una metodología de evaluación contingente que busca medir el valor preguntando a las personas cuánto estarían dispuestas a pagar, por ejemplo por vía de aumento en los impuestos, para preservar del daño a un recurso natural. Las críticas de la metodología de evaluación contingente sugieren que no se puede confiar en un método que no refleje una conducta económica real y que da valores inflados. Se ha dicho también que el valor de recursos significativos colectivamente para la sociedad no puede reducirse a lo que un agregado de individuos estén dispuestos a pagar.

<sup>17</sup> Véase *Anuario... 1994*, vol. II (primera parte), págs. 144 y ss., doc. A/CN.4/459, cap. I.

37. Parece comprensible, dadas las dificultades que anteriormente se exponen para la evaluación alternativa, la tendencia analizada *supra* de la práctica internacional en sentido de limitar la reparación de los daños ambientales a los costos de restauración, de reinstalación de recursos dañados o destruidos o de instalación de recursos equivalentes cuando a juicio del tribunal esto sea razonable. La cuantificación de los costos que proporciona la metodología de evaluación contingente parece demasiado poco confiable y acaso inapropiada para un proyecto que aspira a ser una convención global, con tribunales pertenecientes a tan diferentes culturas y sensibilidades populares en cuanto al medio ambiente. Sin

embargo, si la restauración o reinstalación de recursos no pudiera hacerse, o no pudiera completarse, y se hubiera producido un daño efectivo al medio ambiente, no parece justo que el daño quede totalmente sin cobertura. Debería acaso dejarse al tribunal alguna latitud para evaluar equitativamente el daño causado en una suma de dinero, que se aplicaría a fines ecológicos en la región dañada, en consulta tal vez con el Estado actor o con entidades de bien público, sin entrar en tan complicados métodos alternativos. Finalmente, los tribunales otorgan indemnizaciones por daño moral que son tan difíciles de evaluar como el ambiental. ¿Cómo medir la angustia o el sufrimiento?

## CAPÍTULO II

### Textos y comentarios propuestos

38. El Relator Especial propone el texto siguiente para la definición del daño:

«Daño» significa:

a) La muerte, las lesiones corporales o el perjuicio a la salud o integridad física de las personas;

b) El perjuicio causado a los bienes patrimoniales y el lucro cesante;

c) El daño al medio ambiente, incluyendo:

i) El costo de las medidas razonables adoptadas o a adoptarse para restaurar o reinstalar recursos naturales, dañados o destruidos o, cuando sea razonable, introducir el equivalente de estos recursos en el medio ambiente;

ii) El costo de las medidas preventivas y del daño adicional que estas medidas pudieren haber causado;

iii) La indemnización que el tribunal pueda fijar de acuerdo con los principios de la equidad y de la justicia si las medidas indicadas en i) fueron imposibles, irrazonables o insuficientes para alcanzar una condición aceptablemente cercana al *statu quo ante*. Tal indemnización deberá aplicarse a mejorar el medio ambiente de la región afectada;

El medio ambiente incluye los ecosistemas y los recursos naturales, bióticos y abióticos, como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora así como la interacción entre dichos factores;

El titular de la acción por reparación del daño ambiental será el Estado afectado o las entidades que éste designe de acuerdo con su derecho interno.

39. En el comentario relativo al daño al medio ambiente habría que distinguir entre el daño al medio ambiente *per se*, que es un perjuicio infligido a la comunidad y donde el titular de la acción es el Estado o las entidades que éste designe de acuerdo con su derecho interno, y el que se causa a las personas individuales, físicas o jurídicas, a través del deterioro ambiental, como por ejemplo si por consecuencia de la contaminación del agua alguien se intoxica y debe ser internado en un hospital, o el caso típico del hotelero que pierde clientela por causa del deterioro que sufre la región de su hotel (humos industriales, malos olores, agua contaminada, etc.). El comentario debería hacer notar que este último tipo de daño está encuadrado en los subpárrafos *a* y *b* del inciso 3.

40. Asimismo, en el comentario al apartado i) del inciso *c* se debería destacar que uno de los significados de la palabra «razonables» aplicada a las medidas de restauración y de reinstalación, o de introducción de un equivalente, es el de que los costos de esas medidas no sean groseramente desproporcionados a la utilidad que la medida proporciona.

41. Así, en el caso *Commonwealth of Puerto Rico contra S.S. Zoe Colocotroni*<sup>18</sup>, que se refería al vertimiento de petróleo en la costa de Puerto Rico en 1973 y que fue resuelto por el Tribunal Federal de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos de América, la legislación nacional autorizaba al Gobierno nacional o estatal a cobrar los costos o gastos incurridos en la restauración de los recursos naturales dañados o destruidos como resultado de una descarga de petróleo o de una sustancia peligrosa. En primera instancia, el Tribunal de Distrito acordó daños basados, entre otras cosas, en el costo de reemplazar, por recurso a laboratorios de provisión biológica, los millones de pequeños organismos acuáticos destruidos por el vertimiento. El Tribunal de Apelaciones revirtió la sentencia en este aspecto y sostuvo que el cartabón apropiado para determinar los daños en ese caso

<sup>18</sup> U.S. Court of Appeals, 628 F. 2d 652 (1st Cir. 1980).

era el costo razonable incurrido por el soberano o su agencia designada para restaurar o rehabilitar el medio ambiente en el área afectada a su condición preexistente o a una condición tan cercana a ella como fuera posible sin gastos groseramente desproporcionados. Los factores a tener en cuenta incluyen la factibilidad técnica, los efectos secundarios dañinos, la compatibilidad con la regeneración natural que puede ocurrir o la duplicación

de esa regeneración y el grado en que los esfuerzos, más allá de un cierto punto, se tornarían redundantes o desproporcionadamente caros. El Tribunal de Apelaciones también reconoció que puede haber circunstancias en que la directa restauración del área afectada puede ser técnicamente imposible o tan desproporcionadamente cara que no sería razonable intentar ese remedio.



## DOCUMENTO A/CN.4/471

### Regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de «las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»: estudio preparado por la Secretaría

[Original inglés]  
[23 de junio de 1995]

#### INDICE

		<i>Página</i>
Abreviaturas y siglas		68
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		69
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCION	1-15	71
<i>Capítulo</i>		
I CARACTERISTICAS GENERALES DE LOS REGIMENES DE RESPONSABILIDAD	16-100	72
A La cuestion de la causalidad	16-22	72
B Responsabilidad objetiva	23-100	73
1 Derecho interno	23-60	73
2 Derecho internacional	61-100	80
a) Practica de los tratados	63-85	81
b) Decisiones judiciales y practica de los Estados distinta de los tratados	86-100	84
II LA PARTE QUE ES RESPONSABLE	101-195	87
A El «principio de quien contamina paga»	102-130	87
1 Evolucion historica	102-117	87
2 Elementos integrantes del «principio de quien contamina paga»	118-130	89
a) El derecho a la igualdad de acceso	118-129	89
b) Responsabilidad civil	130	92
B Responsabilidad del explotador	131-160	92
1 Practica de los tratados	136-157	92
2 Decisiones judiciales y practica de los Estados distinta de los tratados	158-160	95
C Responsabilidad de los Estados	161-195	96
1 Practica de los tratados	162-172	96
2 Decisiones judiciales y practica de los Estados distinta de los tratados	173-195	98
III EXENCION DE RESPONSABILIDAD	196-217	102
A Practica de los tratados	204-216	103
B Decisiones judiciales y practica de los Estados distinta de los tratados	217	105
IV INDEMNIZACION	218-336	105
A Cantidad	219-299	105
1 Perjuicios indemnizables	219-271	105
a) Practica de los tratados	231-248	107
b) Decisiones judiciales y practica de los Estados distinta de los tratados	249-271	110
2 Formas de indemnizacion	272-280	113
a) Practica de los tratados	273-276	114
b) Decisiones judiciales y practica de los Estados distinta de los tratados	277-280	114

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
3 Limitación de la indemnización	281-299	115
a) Práctica de los tratados	287-298	115
b) Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados	299	117
B Autoridades competentes para la concesión de una indemnización	300-336	117
1 Tribunales y autoridades locales	302-318	118
a) Práctica de los tratados	302-317	118
b) Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados	318	120
2 Tribunales internacionales, tribunales arbitrales y comisiones mixtas	319-321	120
a) Práctica de los tratados	319-320	120
b) Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados	321	121
3 Derecho aplicable	322-336	121
a) Práctica de los tratados	322-331	121
b) Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados	332-336	122
V PRESCRIPCIÓN	337-349	123
VI SEGUROS Y OTROS PLANES FINANCIEROS DE PREVISIÓN PARA GARANTIZAR LA INDEMNIZACIÓN	350-369	126
A Práctica de los tratados	356-363	126
B Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados	364-369	127
VII APLICACIÓN DE LAS SENTENCIAS	370-385	129
A Práctica de los tratados	371-384	129
B Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados	385	131

---

#### Abreviaturas y siglas

<i>CAA</i>	<i>Clean Air Act of 1970</i> (ley de los Estados Unidos de América de lucha contra la contaminación atmosférica)
<i>CERCLA</i>	<i>Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act 1980</i> (ley general de los Estados Unidos de América sobre intervención, indemnización y responsabilidad en materia de medio ambiente)
CIV	Convención internacional sobre el transporte de pasajeros y mercancías por ferrocarril (1961)
Convención de 1969 sobre responsabilidad	Convención internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos (1969)
Convención de Viena	Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (1963)
Convenio de París	Convenio sobre la responsabilidad de terceros en materia de energía nuclear (1960)
CRTD	Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (1989)
<i>FWPCA</i>	<i>Federal Water Pollution Control Act</i> (ley federal de los Estados Unidos sobre la lucha contra la contaminación del agua)
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OMI	Organización Marítima Internacional
<i>OPA</i>	<i>Oil Pollution Act of 1990</i> (ley de los Estados Unidos sobre la contaminación por hidrocarburos)
OUA	Organización de la Unidad Africana
<i>SARA</i>	<i>Superfund Amendments and Reauthorization Act of 1986</i> (ley de los Estados Unidos de reautorización y modificación del «Superfondo»)

---

## Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

## Fuente

- Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques de navegación marítima (Bruselas, 25 de agosto de 1924) SDN, *Recueil des Traités*, vol CXX, pág 125
- Convenio para la unificación de ciertas normas relativas a los daños causados a terceros en la superficie por aeronaves (Roma, 29 de mayo de 1933) (no entró en vigor) M. O. Hudson, *International Legislation*, Washington D.C., vol VI (1932-1934), pág 334, n.º 329
- Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (Roma, 7 de octubre de 1952) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 310, pág 212
- Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma) (Roma, 25 de marzo de 1957) *Ibid.*, vol. 294, pág 3
- Acta Única Europea (Luxemburgo y La Haya, 17 y 18 de febrero de 1986) *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 169, 29 de junio de 1987
- Convenio internacional sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques que naveguen por alta mar (Bruselas, 19 de octubre de 1957) J.-P. Quéneudec, *Conventions maritimes internationales*, París, Pedone, 1979, pág 691
- Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (París, 29 de julio de 1960) y Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 956, pág 251
- Protocolos Adicionales (París, 28 de enero de 1964 y 16 de noviembre de 1982) *Ibid.*, pág 325 y recomendación C(82)181 del Consejo de la OCDE
- Convenio Complementario de ese convenio (Bruselas, 31 de enero de 1963) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1041, pág 366
- Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares (Bruselas, 25 de mayo de 1962) OIEA, *Convenciones internacionales sobre responsabilidad civil por daños nucleares*, colección jurídica n.º 4, ed. rev., Viena, 1976, pág 236
- Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (Viena, 21 de mayo de 1963) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 1063, pág 299
- Convención adicional a la Convención internacional sobre el transporte de pasajeros y mercancías por ferrocarril (CIV) de 25 de febrero de 1961, relativa a la responsabilidad de los ferrocarriles en los casos de fallecimiento y daños personales de los pasajeros (Berna, 26 de febrero de 1966) *Ibid.*, vol 1101, pág 83
- Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas, 27 de septiembre de 1968) *Journal officiel des Communautés européennes* n.º L 299, de 31 de diciembre de 1972, y n.º L 304, de 30 de octubre de 1978.
- Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (Bruselas, 29 de noviembre de 1969) y Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 973, pág 47
- Protocolos de 1976, 1984 y 1992 que modifican el Convenio (Londres, 19 de noviembre de 1976, 25 de mayo de 1984 y 27 de noviembre de 1992) OMI (n.º de venta 457 85 15.F) y *Droit international de l'environnement, Traités multilatéraux*, textes réunis par A. Lukács et R. Michels, Londres, La Haye, Boston, Kluwer Law International, 1995, t. III, 969 88
- Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materias nucleares (Bruselas, 17 de diciembre de 1971) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 974, pág 258
- Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (Bruselas, 18 de diciembre de 1971) *Ibid.*, vol. 1110, pág. 130
- Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú, Washington, 29 de marzo de 1972) *Ibid.*, vol. 961, pág. 212
- Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (Londres, México, Moscú y Washington, 29 de diciembre de 1972) *Ibid.*, vol. 1046, pág. 122.

	<i>Fuente</i>
Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por los productos (La Haya, 2 de octubre de 1973)	Ibid , vol 1056, pag 187
Convencion sobre la proteccion del medio ambiente (Estocolmo, 19 de febrero de 1974)	Ibid , vol 1092, pag 279
Convenio sobre la proteccion del medio marino de la zona del mar Baltico (Helsinki, 22 de marzo de 1974)	Ibid , vol 1507, pag 166
Convenio para la proteccion del mar Mediterraneo contra la contaminacion (Barcelona, 16 de febrero de 1976)	Ibid vol 1102, pag 66
Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploracion y explotacion de los recursos minerales de los fondos marinos (Londres, 17 de diciembre de 1976)	PNUMA, <i>Recueil de traites multilateraux relatifs a la protection de l'environnement</i> , Serie de referencia 3, Nairobi, 1982, pag 491
Convencion regional de Kuwait para la proteccion y el desarrollo del medio marino y las zonas costeras (Kuwait, 24 de abril de 1978)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol 1140, pag 133
Convencion de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	<i>Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar</i> vol XVII (publicacion de las Naciones Unidas, n° de venta S 84 V 3), pag 155, documento A/CONF 62/122
Acuerdo sobre la responsabilidad de terceros en materia de energia nuclear (Republica Federal de Alemania y Suiza) (Berna, 22 de octubre de 1986)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol 1554, pag 169
Convencion para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antarticos (Wellington, 2 de junio de 1988)	<i>Revue generale de droit international public</i> , Paris, t 93, 1989, n° 1, pag 182
Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminacion (Basilea, 22 de marzo de 1989)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol 1673, pag 242
Convencion sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderias peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegacion interior (CRTD) (Ginebra, 10 de octubre de 1989)	Publicacion de las Naciones Unidas, n° de venta F 90 II E 39
Convencion de Bamako sobre la prohibicion de la importacion a Africa y la fiscalizacion de los movimientos transfronterizos dentro de Africa de desechos peligrosos (Bamako, 30 de enero de 1991)	Doc A/46/390, anexo I, resolucion 1356 (LIV) del Consejo de Ministros de la OUA
Convenio sobre la proteccion y la utilizacion de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	<i>International Legal Materials</i> , Washington D C , vol 31, n° 6, noviembre de 1992, pag 1313
Convencion sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Ibid , pag 1335
Convencion sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (Lugano, 21 de junio de 1993)	Consejo de Europa, <i>Serie des traites europeens</i> , n° 150

## Introducción

1. En el párrafo 5 de su resolución 49/51, la Asamblea General pidió a la Secretaría que actualizara el estudio preparado por ésta y publicado en 1984 con el título de «Estudio de la práctica de los Estados sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»<sup>1</sup>. El presente estudio se ha preparado para responder a esa petición.

2. Teniendo en cuenta que la CDI ya ha aprobado en primera lectura un conjunto de artículos sobre cuestiones de prevención<sup>2</sup>, la Secretaría ha centrado el estudio, de conformidad con el deseo del Redactor Especial, en los aspectos de responsabilidad del tema.

3. El presente estudio examina las convenciones internacionales existentes, la jurisprudencia internacional, otras formas de práctica de los Estados y la legislación interna y las decisiones de los tribunales internos relacionadas con la cuestión de la responsabilidad. En aras de la facilidad de comprensión, incorpora los materiales de información sobre responsabilidad incluidos en el Estudio de la práctica de los Estados.

4. La inclusión de los elementos sobre actividades concretas no prejuzga la cuestión de si esas actividades están «prohibidas por el derecho internacional» o no. Es útil examinar el tratamiento dado a algunas controversias en las que no existió acuerdo general acerca de la legitimidad o ilegitimidad de los actos que ocasionaron consecuencias perjudiciales.

5. El presente estudio incluye asimismo, además de los tratados, decisiones judiciales, laudos arbitrales y documentos intercambiados entre ministerios extranjeros y funcionarios públicos. Estos documentos son fuentes importantes de la práctica de los Estados, como también lo son las soluciones por medio de métodos no judiciales que, incluso sin ser el fruto de procedimientos judiciales convencionales, pueden representar una pauta en las tendencias relativas a las cuestiones de fondo objeto de controversia. Las declaraciones hechas por los funcionarios del Estado involucrados así como el contenido de las soluciones efectivas se examinarán por su posible relación con los principios sustantivos de la responsabilidad.

6. No se han pasado por alto en el presente estudio las dificultades de determinar cuándo un caso particular constituye una «prueba» de la práctica de los Estados<sup>3</sup>.

Los tratados o las decisiones pueden estar motivados por diferentes políticas. Algunos de ellos pueden ser compromisos o arreglos que obedecen a razones ajenas al asunto. Pero la repetición de actos en la práctica de los Estados, cuando sigue y fomenta políticas similares, puede crear expectativas acerca de la aplicabilidad de estas políticas en el futuro. Aun cuando algunas de las políticas pueden no haber sido explícitamente declaradas en relación con los casos pertinentes, o pueden haberse dejado sin determinar deliberada y explícitamente, la continuación de una conducta similar puede dar lugar a la creación de una norma consuetudinaria. Los elementos que aquí se examinan, constituyan o no derecho consuetudinario, demuestran una tendencia en las expectativas y pueden contribuir a aclarar las políticas relativas a algunas normas concretas en el tema de la responsabilidad internacional. La práctica también muestra maneras de conciliar las nuevas normas con principios antagónicos, como la «soberanía de los Estados» y la «jurisdicción nacional».

7. Cuando se analiza la práctica de los Estados se necesita gran cautela en la extrapolación de los principios, pues las expectativas más generales acerca del grado de tolerancia respecto de las consecuencias perjudiciales de las actividades pueden ser diferentes en las distintas actividades.

8. Los materiales que se examinan en este estudio no son, por supuesto, exhaustivos. Se refieren principalmente a actividades relacionadas con la utilización física y la administración del medio ambiente, dado que la práctica de los Estados en la reglamentación de actividades que ocasionan perjuicios a otros Estados se ha desarrollado más extensamente en esta esfera. La presentación del estu-

---

dadosamente los factores condicionantes, no es prueba suficiente de la existencia de una costumbre jurídica internacional. Los Estados pueden abstenerse de actuar de cierta manera por diversas razones, no todas las cuales tienen significación jurídica. Véase el fallo dictado el 7 de septiembre de 1927 por la CPJI en el asunto *Lotus (C.P.J.I. série A n.º 10, pág. 28)*. La CIJ adoptó un criterio similar en su fallo de 20 de noviembre de 1950 relativo al *Droit d'Asile (C.I.J. Recueil 1950, pág. 286)* y en su fallo de 20 de febrero de 1969 relativo a los asuntos del *Plateau continental de la Mer du Nord (C.I.J. Recueil 1969, pág. 44, párr. 77)*. Véase también C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester University Press, 1965, págs. 34 a 64.

Sin embargo, en su fallo de 6 de abril de 1955 relativo al asunto *Nor- tebohm (segunda fase)*, la CIJ consideró que la abstención de un Estado constituía una prueba de la existencia de una norma internacional que restringía la libertad de acción (*C.I.J. Recueil 1955, págs. 21 y 22*).

Sobre las características de los «incidentes» que generan normas, Reisman observa que:

«Las expectativas normativas que los analistas políticos infieren de acontecimientos son la esencia de gran parte del derecho internacional contemporáneo. El hecho de que las personas que están deduciendo normas de los incidentes no se refieran al producto de su investigación como derecho internacional no afecta en modo alguno a la validez de su cometido, de igual modo que la falta de conciencia del Sr. Jourdain de Molière de que estaba hablando en prosa no significa que no lo hiciera. Se llame como se llame, es ley.» (W. Michael Reisman, «International incidents: introduction to a new genre in the study of international law», en *International Incidents: The Law that Counts in World Politics*, textos recopilados por W. Michael Reisman y Andrew R. Willard, Princeton University Press, 1988, pág. 5.)

<sup>1</sup> *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), Adición, pág. 1, doc. A/CN.4/384.

<sup>2</sup> El texto de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente por la Comisión figura en *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), págs. 168 y ss.

<sup>3</sup> Por ejemplo, el hecho de que los Estados se abstengan de participar en actividades que, aunque lícitas, pueden ocasionar perjuicios fuera de su jurisdicción territorial, puede o no ser pertinente para la creación de un comportamiento consuetudinario. La CPJI y su sucesora, la CIJ, han observado que el mero hecho de la abstención, sin examinar cui-

dio también se ha concebido de modo que resulte útil como fuente de información y por ello también se han reproducido los extractos pertinentes de tratados, decisiones judiciales y correspondencia oficial. El esbozo del estudio se ha formulado teniendo en cuenta los problemas funcionales que pueden parecer pertinentes con relación al tema de la responsabilidad internacional.

9. En el capítulo I se describen las características generales de los regímenes de responsabilidad, como la cuestión de la causalidad. Se examina la evolución histórica del concepto de la responsabilidad objetiva en el derecho interno y se hace un resumen del desarrollo de este concepto en el derecho internacional.

10. En el capítulo II se examina la cuestión de la parte que es responsable. Describe el principio de «quien contamina paga», la responsabilidad del explotador y algunos ejemplos en que se considera responsables a los Estados.

11. En el capítulo III se trata de señalar casos y condiciones en que el explotador o el Estado puede ser considerado exonerado de responsabilidad.

12. En el capítulo IV se examinan las cuestiones relacionadas con la indemnización. Esas cuestiones incluyen el contenido de la indemnización, a saber: los daños indemnizables, las formas de indemnización y la limitación de la indemnización. En este capítulo se examina asimismo la cuestión de las autoridades reconocidas en la práctica de los Estados como competentes para adoptar decisiones sobre las indemnizaciones.

13. En el capítulo V se describe el estado de las limitaciones previstas en la mayoría de los tratados.

14. El capítulo VI analiza los requisitos del seguro y otros planes financieros de previsión para garantizar la indemnización si se producen daños.

15. Por último, en el capítulo VII se estudia la cuestión de la ejecución de los fallos dictados principalmente por los tribunales internos con respecto a la indemnización a las partes lesionadas.

## CAPÍTULO I

### Características generales de los regímenes de responsabilidad

#### A.—La cuestión de la causalidad

16. El concepto de responsabilidad se estableció en el derecho interno en relación con los actos nocivos. La evolución del concepto en el derecho interno revela sus consideraciones políticas, muchas de las cuales han dado forma a la teoría de la responsabilidad y en particular al lugar que ocupa la «culpa» en la responsabilidad y en el pago de indemnizaciones en relación con ciertas actividades. Para entender plenamente la evolución del concepto de la responsabilidad y prever su configuración futura en el derecho internacional es útil examinar brevemente la evolución histórica de este concepto en el derecho interno.

17. Con esto no se está dando a entender que la evolución del concepto de responsabilidad en el derecho internacional tendrá o debería tener el mismo contenido y los mismos procedimientos que en el derecho interno. El concepto de la responsabilidad está mucho más desarrollado en el derecho interno y su introducción en el derecho internacional no puede ignorar la experiencia adquirida en esta esfera en el derecho interno. Las referencias del derecho interno a la responsabilidad se mencionan únicamente para dar pautas cuando resultan apropiadas para la comprensión del concepto de la responsabilidad y su evolución.

18. Históricamente, una de las principales preocupaciones y la mayor parte de los elementos importantes en la evolución del derecho de la responsabilidad estribaban en el mantenimiento del orden público evitando la ven-

ganza individual. Con arreglo al derecho primitivo, el «nexo causal» bastaba para establecer la responsabilidad. El derecho primitivo no prestaba tanta atención a la «intención del actor como a la pérdida y a los daños de la parte afectada»<sup>4</sup>. Se han dado dos razones para explicar este enfoque del derecho primitivo. Primeramente, la incapacidad o falta de voluntad para asumir que el daño podía producirse no intencionalmente<sup>5</sup>. En segundo lugar, el derecho común primitivo se basaba en el principio de que los seres humanos individuales actúan a su propio riesgo y, por tanto, son responsables de las consecuencias de sus actos<sup>6</sup>. La responsabilidad civil en el derecho primitivo, si no «absoluta», era no obstante «objetiva» y «se prestaba escasa atención a la calidad moral de la persona cuya conducta había causado el daño»<sup>7</sup>. Paulatinamente, la ley empezó a prestar más atención a las consideraciones exculpatorias y parcialmente, «bajo la influencia de la filosofía moral de la Iglesia, tendió a avanzar en la dirección del reconocimiento de la culpabilidad moral como la base adecuada del daño legal»<sup>8</sup>. Este enfoque

<sup>4</sup> John G. Fleming, *The law of Torts* (5.ª ed.), Sydney, Melbourne, Brisbane, Perth, The Law Book Company Limited, 1977, pág. 7 y nota 27 citando a *Lambert v. Bessey* (1681), T. Raymond, 421, 422.

<sup>5</sup> Fleming, *op. cit.* (nota 4 *supra*), pág. 7 y nota 29 citando a Ehrenzweig, «A psychoanalysis of negligence», *Northwestern University Law Review*, Chicago, vol. 47, 1953, pág. 855.

<sup>6</sup> Véase P. H. Winfield, «The myth of absolute liability», *The Law Quarterly Review*, Londres, vol. 42, 1926, pág. 37, citado en Fleming, *op. cit.* (nota 4 *supra*), pág. 7 y nota 30.

<sup>7</sup> Véase Fleming, *op. cit.* (nota 4 *supra*), pág. 7.

<sup>8</sup> *Ibid.*, págs. 7 y 8.

que tendía a beneficiar a la parte causante del perjuicio más que a la lesionada se aceleró en el siglo XIX como resultado de la Revolución Industrial:

Durante el siglo XIX el «avance moral» de la ley sobre daños civiles se aceleró considerablemente. Como reacción a las doctrinas del derecho natural y del *laissez faire*, los tribunales atribuyeron una mayor importancia a la libertad de actuación y en última instancia se plegaron al dogma general de «no hay responsabilidad sin falta». Este movimiento coincidió con las exigencias de la Revolución Industrial, y estuvo indudablemente influido por ellas. Se consideraba que en aras del progreso de la economía había que subordinar la seguridad de los individuos, que podían ser víctimas de la nueva edad de la máquina, más que poner trabas a la empresa cargándola con el costo de accidentes «inevitables». Se temía que la responsabilidad por causa no culposa obstaculizara el progreso al no dar al individuo la oportunidad de evitar la responsabilidad poniendo cuidado y enfrentándose de ese modo al dilema de tener que renunciar a su actividad proyectada o de apechar con el costo de cualquier lesión resultante. Sólo la culpa se consideraba que justificaba un traslado de la pérdida porque la función de los procedimientos correctivos de los daños se consideraba que tenía un carácter primordialmente de advertencia o disuasión<sup>9</sup>.

19. Este enfoque se ha revisado. De hecho, las opiniones relativas a los accidentes han cambiado radicalmente:

Cada vez se entiende más que los fallos humanos en una edad de la máquina causan un número considerable y bastante regular de muertes, lesiones y pérdidas de bienes, que no se reducen de manera significativa por medio de normas de conducta que se pueden prescribir y hacer cumplir aplicando la ley sobre daños civiles. La prevención de los accidentes se promueve con mayor eficacia mediante la presión ejercida por las sanciones penales vinculadas a los reglamentos sobre seguridad, medidas extralegales como las campañas de seguridad en carretera, la práctica de las empresas de seguros de basar las primas en el número de accidentes del asegurado y mejoras en la calidad de las carreteras y de los vehículos y de los procedimientos de producción en la industria. No obstante, a pesar de todos estos controles, sigue habiendo accidentes y se siguen produciendo daños, y es la misión del derecho moderno relativo a los actos ilícitos ocuparse de ellos [ ]. La cuestión es sencilla, ¿quién tiene que costearlos [progreso industrial], la víctima desventurada que quizá no pueda atribuir la falta convencional a ningún individuo particular, o los que se benefician de la actividad causante del accidente? El efecto de rechazar la indemnización a la víctima es que «se toma mucho de pocos y algo de todos para que un grupo especial pueda pagar menos»<sup>10</sup>.

20. Reconociendo que, en las condiciones de la vida moderna, muchas actividades pueden causar considerables pérdidas en vidas humanas, lesiones y bienes, los órganos de decisión política tienen que adoptar una decisión, sea: a) para prohibir la realización de ciertas actividades; b) para que los costos correspondan a los daños; c) para prescribir que ciertas actividades sólo se pueden realizar mediante la aplicación de ciertas medidas de seguridad preestablecidas, o d) para tolerar la actividad a condición de que pague su parte independientemente de la manera en que se lleve a cabo. La primera solución se consideró inaplicable e incompatible con una sociedad democrática libre y con sus políticas económica e industrial. La segunda se consideró incompatible con el principio de equidad y el sistema de la justicia social<sup>11</sup>.

21. La tercera solución resultaba problemática porque habría desembocado en la aplicación de una responsabilidad por culpa o negligencia a todas las actividades.

Aunque esos principios se podían aplicar a muchas actividades, no podían prescribirse con respecto a todas y cada una de las actividades. Esa solución habría provocado una proliferación de leyes y normas de seguridad y sistemas de concesión de licencias, y habría sometido a una presión considerable y a costos a la política estatal y a los organismos de administración y ejecución. Por otro lado, habría sobrecargado a los tribunales con litigios complicados y les habría obligado a determinar si existía o no culpa o negligencia con respecto a actividades sumamente técnicas y complejas. Esta solución favorecería inevitablemente a la persona que realiza la actividad que causa el perjuicio, porque la carga de la prueba incumbiría a la parte lesionada<sup>11</sup>.

22. La cuarta solución dio pie a la creación del concepto de responsabilidad civil objetiva. La persona cuya actividad causa el daño es considerada responsable «no por ninguna culpa “particular” que se haya producido durante la actividad, sino por las consecuencias inevitables de una actividad peligrosa que podría catalogarse de negligente a causa de sus posibilidades nocivas previsibles, si no fuera porque su carácter en general beneficioso nos impone la obligación de tolerarla en aras de la comunidad en general»<sup>11</sup>.

## B.—Responsabilidad objetiva

### 1. DERECHO INTERNO

23. Muchos sistemas jurídicos han mostrado una tendencia constante a reconocer el concepto de responsabilidad objetiva o no culposa, al mismo tiempo que mantienen la responsabilidad que depende de la «culpa» como el principio general<sup>12</sup>. Los códigos civiles de muchos Estados, con inclusión de Francia, Bélgica e Italia, imponen también responsabilidad objetiva al propietario de un animal, o a quien utiliza ese animal, por los daños que éste cause, tanto cuando esté bajo su custodia como cuando se haya extraviado o escapado<sup>13</sup>. El Código Civil de Alemania de 1900, modificado en 1908, sólo establece excepciones a la responsabilidad objetiva en el caso de animales domésticos que el propietario utiliza en su profesión o negocio o bajo su custodia<sup>14</sup>.

24. La responsabilidad objetiva de los propietarios o cuidadores de animales es admitida también en los códigos civiles de la Argentina (art. 1126), el Brasil (art. 1527), Colombia (art. 2353), Grecia (art. 924), Hun-

<sup>9</sup> Ibid., pág. 8.

<sup>10</sup> Ibid., págs. 8 y 9.

<sup>11</sup> Ibid., págs. 315 y 316.

<sup>12</sup> Este concepto de «responsabilidad objetiva» por los daños causados por animales se consagró en el derecho romano. De conformidad con la *actio de pauperis*, establecida en la Ley de las XII Tablas, el propietario de un animal estaba obligado a indemnizar las pérdidas sufridas por la víctima o a hacer entrega del animal causante de los perjuicios. Véase F. F. Stone, «Liability for damage caused by things», *International Encyclopedia of Comparative Law*, textos recopilados por A. Tunc, vol. XI, *Torts*, primera parte, Nijhoff, La Haya, 1983, cap. 5, pág. 11, párr. 39.

<sup>13</sup> Véase Stone, *loc. cit.* (nota 12 *supra*), pág. 12, párr. 42.

<sup>14</sup> Artículo 833 del Código Civil de Alemania, *ibid.*, pág. 3, párr. 47.

gría (art. 353), México (art. 1930), los Países Bajos (art. 1404), Polonia (art. 431) y Suiza (art. 56)<sup>15</sup>.

25. La responsabilidad objetiva por los daños causados por un incendio no está todavía generalmente reconocida en el derecho interno, y elementos como la culpa o la negligencia son fundamentales para configurar esta responsabilidad. Por ejemplo, el artículo 1384 del Código Civil francés dispone que la persona propietaria, a cualquier título, de todo o parte de un inmueble en el que se produce un incendio, o de bienes muebles que se incendian, sólo está obligada a indemnizar a terceros por los daños causados si se demuestra que el incendio es imputable a su culpa o a la culpa de una persona bajo su responsabilidad.

26. En el derecho interno, el concepto de responsabilidad objetiva en relación con actividades o cosas anormalmente peligrosas es comparativamente nuevo. El juicio que se supone sirvió de base para la elaboración de la doctrina de la responsabilidad objetiva, y que influyó en la legislación interna del Reino Unido y los Estados Unidos de América, fue el relativo al caso *Rylands c. Fletcher*<sup>16</sup>, fallado en Inglaterra en 1868. El magistrado Blackburn, del Tribunal de Hacienda, señaló lo siguiente:

Tenemos como norma auténtica de derecho la de que una persona que, para sus propios fines, introduce en su propiedad y mantiene en ella cualquier cosa capaz de producir perjuicios en el caso de que escape a su control, debe conservar esa cosa bajo su propio riesgo y, si así no lo hiciera, será responsable *prima facie* de todos los daños que sean la consecuencia natural de esa falta de control<sup>17</sup>.

27. La Cámara de los Lores restringió más tarde los alcances tan amplios que esta redacción daba a ese principio y estableció que éste se aplicaba sólo en caso de uso «no natural» de las tierras del demandado, esto es, con fines distintos de «cualquier fin compatible con el disfrute ordinario de la tierra»<sup>18</sup>. En el Reino Unido se han dictado posteriormente más de 100 decisiones ajustadas al principio establecido en este caso y la aplicación de la responsabilidad objetiva se ha limitado a cosas o actividades de carácter «extraordinario», «excepcional» o «anormal», con exclusión de las que son «habituales y normales»<sup>19</sup>. Esta doctrina no es aplicable al uso ordinario de la tierra o a usos tales que beneficien a la comunidad en general<sup>20</sup>. Para determinar lo que constituye un

«uso no natural», los tribunales británicos parecen haber tenido en cuenta no sólo el carácter de la cosa o actividad de que se trata, sino también el lugar y las condiciones en las que se mantiene la cosa o se desarrolla la actividad así como su relación con el medio ambiente<sup>21</sup>.

28. En los Estados Unidos de América, la doctrina sentada en el fallo del caso *Rylands c. Fletcher* fue aceptada por un gran número de tribunales de Nueva York, New Hampshire y Nueva Jersey. Se ha sostenido que en estas últimas instancias el principio establecido en el fallo *Rylands c. Fletcher* fue «invocado erróneamente y por ello rechazado en casos en los que, en primer término, no era en absoluto aplicable»<sup>22</sup>. El *American Restatement of the Law of Torts*, establecido por el American Law Institute<sup>23</sup>, ha adoptado el principio consagrado en el juicio *Rylands c. Fletcher*, pero limitándolo a las actividades extremadamente peligrosas del demandado. En el artículo 520 se enumeran los factores que han de considerarse para determinar si una actividad es anormalmente peligrosa:

a) Un alto grado de riesgo de lesiones o daño a las personas, la tierra o el ganado de terceros;

b) Probabilidad de que los daños sean importantes;

c) Imposibilidad de prevenir el riesgo mediante un cuidado razonable;

d) Medida en que la actividad no es una cuestión habitual;

e) Inadecuación de la actividad al lugar donde se lleva a cabo;

f) Grado en que su peligrosidad sobrepasa el valor que reporta a la comunidad.

29. Se consideran actividades extremadamente peligrosas aquellas que no son de carácter habitual y que entrañan necesariamente un riesgo grave de lesiones o daño a las personas, la tierra o el ganado ajenos, riesgo que no puede prevenirse ni siquiera mediante las precauciones más extremas. Esta definición se ha criticado porque restringe el alcance del principio establecido en el fallo *Rylands c. Fletcher* en cuanto hace hincapié más en la naturaleza de la actividad, el «peligro extremo y la imposibilidad de prevenirlo mediante todas las precauciones

<sup>15</sup> *Ibid.*, pág. 14, párrs. 51 y 52.

<sup>16</sup> *The Law Reports, Court of Exchequer*, vol. I, 1866, pág. 265. Con referencia a las consecuencias de este caso para el derecho estadounidense, véase William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 4.ª ed., Saint Paul, West Publishing Co., 1971, págs. 545 a 559. Véase también Anderson, «The Rylands v. Fletcher doctrine in America: abnormally dangerous, ultrahazardous, or absolute nuisance?», *Arizona State Law Journal*, Tempe, 1978, pág. 99.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pág. 279.

<sup>18</sup> *The Law Reports, English and Irish Appeal Cases before the House of Lords*, vol. III, 1868, págs. 330 a 338.

<sup>19</sup> Prosser, *op. cit.* (nota 16 *supra*), pág. 506 y notas 48, 50 y 51.

<sup>20</sup> La Cámara de los Lores restringió el alcance de esta doctrina en un caso en el que el demandante, un inspector público, había resultado lesionado en una explosión ocurrida en una fábrica de municiones del demandado. En este asunto, los jueces limitaron el principio de la responsabilidad objetiva a los casos en los que hubiese una emanación de sustancias peligrosas de la propiedad bajo control del demandado, y

dos jueces opinaron que no era aplicable a los casos de lesiones de personas. Esta decisión se apartó inopinadamente de la doctrina sostenida en el caso que había sentado jurisprudencia; sin embargo, es dudoso que este caso pueda cambiar la tendencia a la responsabilidad objetiva establecida por la decisión adoptada en el fallo del juicio *Rylands c. Fletcher* [véase Prosser, *op. cit.* (nota 16 *supra*), pág. 506, nota 52].

<sup>21</sup> W. T. S. Stallybrass, «Dangerous things and the non-natural user of land», *The Cambridge Law Journal*, Londres, 1929, vol. III, pág. 387. Véase también the Law Commission, *Civil Liability for Dangerous Things and Activities*, Londres, 1970.

<sup>22</sup> William L. Prosser, *Selected Topics on the Law of Torts*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1954, págs. 149 a 152.

<sup>23</sup> Véase American Law Institute, *Restatement of the Law of Torts*, Washington D.C., 1938, vol. III, cap. 21, arts. 519 a 524.

posibles», que en su relación con el medio ambiente<sup>24</sup>. Al mismo tiempo, el alcance que tiene este concepto en el *Restatement* es mayor que el del principio establecido en el fallo, puesto que no está limitado a los casos en que la cosa «se escapa» de la tierra del demandado.

30. En el derecho interno existen cuando menos dos razones subyacentes para adoptar la responsabilidad objetiva. En primer lugar, el escaso conocimiento acerca de la ciencia y tecnología cada vez más desarrollados y sus efectos<sup>25</sup>. En segundo lugar, la dificultad de determinar qué conducta es negligente y de presentar las pruebas necesarias para establecer la negligencia<sup>26</sup>.

31. Se ha sugerido asimismo que la responsabilidad objetiva es otro aspecto de la negligencia y que la base de ambos conceptos descansa en la responsabilidad por crear un riesgo anormal<sup>27</sup>. La negligencia difiere de la responsabilidad objetiva en la medida en que guarda principalmente relación con «una manera impropia de hacer las cosas que son suficientemente [...] seguras cuando se realizan de manera adecuada», mientras que la responsabilidad objetiva concierne a las «actividades que siguen siendo peligrosas a pesar de todas las precauciones razonables»<sup>28</sup>. Se sugiere que la explicación de esta opinión «estriba en el dilema consistente en que, si esa actividad se catalogara como negligente a causa de su riesgo irreductible, ello equivaldría a condenarla como ilícita»<sup>29</sup>. Por consiguiente, lo esencial de la responsabilidad objetiva es que impone la responsabilidad por actividades legítimas, no «reprehensibles»<sup>30</sup> que entrañan un riesgo extraordinario de daños para otros, sea debido a la gravedad o a la frecuencia del perjuicio potencial<sup>31</sup>. La actividad se ha autorizado a condición<sup>32</sup> y en la inteligencia de que absorberá el costo de sus accidentes potenciales como parte de sus gastos generales<sup>33</sup>. Obviamente los tribunales estadounidenses han respaldado la aplicación de la responsabilidad objetiva en relación con actividades *anormales*<sup>33</sup> y no la han aplicado en relación con actividades relativamente comunes partiendo del supuesto de que «la actividad peligrosa es bastante común y la

incidencia del daño y de la responsabilidad se corresponden con tanta regularidad que no se logrará nada imponiendo la responsabilidad objetiva»<sup>33</sup>. Algunos autores han criticado este razonamiento alegando que:

Del mismo modo que un «beneficio público» importante derivado de una actividad peligrosa (como las centrales nucleares y otras instalaciones públicas) ya no constituye una buena razón para que no se le imponga unas cargas, sino que refuerza la lógica de distribuir las pérdidas entre sus beneficiarios, de manera que el simple hecho de que esté generalizado y exponga a la comunidad a un peligro *normal* puede constituir una razón suficiente para tolerar un riesgo particularmente relacionado con peligros tan comunes como la circulación de vehículos motorizados y la aviación<sup>34</sup>.

32. La teoría de la responsabilidad objetiva ha sido incorporada a la ley de indemnización obrera de los Estados Unidos de América; el empleador es objetivamente responsable de las lesiones sufridas por sus empleados. La política que fundamenta esta responsabilidad de los empleadores es la de «seguro social», conforme a la cual se determina quién puede soportar mejor la pérdida<sup>35</sup>. Estas leyes no abarcan todas las actividades, pero en los últimos años ha habido en los Estados Unidos un fuerte movimiento en favor de la «responsabilidad objetiva», en un sentido más amplio.

33. La responsabilidad objetiva de los empleadores es admitida también en Francia. Conforme al artículo 1 de la ley concerniente a la responsabilidad en caso de accidentes del trabajo sufridos por trabajadores, de 1898, las víctimas o sus representantes tienen derecho a pedir una indemnización al empleador cuando, como resultado del accidente, el empleado no pueda trabajar por un periodo superior a cuatro días.

34. La norma de la responsabilidad objetiva por las actividades extremadamente peligrosas se entiende comprendida dentro del ámbito del párrafo 1 del artículo 1384 del Código Civil de Francia<sup>36</sup>, que estipula que:

Toda persona es responsable no sólo de los daños causados por su propia acción, sino también de los causados por las acciones de las personas bajo su responsabilidad o por las cosas bajo su cuidado

35. Conforme a lo establecido en este artículo aplicado por primera vez en junio de 1896 por el Tribunal de Casación, la responsabilidad queda determinada por el solo hecho de que el demandante demuestre que ha sufrido

<sup>24</sup> Véase Prosser, *op cit* (nota 22 *supra*), pág. 158.

<sup>25</sup> L. F. E. Goldie se expresa sobre esta cuestión indicando que en los conocimientos actuales relativos a las nuevas industrias no es posible evitar los daños por muchas medidas de previsión o factibles que se adopten. Véase «Liability for damage and the progressive development of international law», *The International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 14, parte 4, octubre de 1965, pág. 1203

<sup>26</sup> *Ibid*

<sup>27</sup> Prosser, *op cit* (nota 22 *supra*), cap. 3, págs. 135 y ss

<sup>28</sup> Fleming, *op cit* (nota 4 *supra*), pág. 316. Esto supone que la negligencia se rechaza si se han adoptado todas las precauciones razonables. Véase también párr. 21 *supra*

<sup>29</sup> *Ibid*

<sup>30</sup> Fleming utiliza este término para hacer la distinción entre negligencia y responsabilidad objetiva.

<sup>31</sup> Ivar Strahl, «Tort liability and insurance», *Scandinavian Studies in Law* (Estocolmo), edición dirigida por Folke Schmidt, vol. 3, págs. 213 a 218, 1959

<sup>32</sup> Véase Robert E. Keeton, «Conditional fault in the law of torts», *Harvard Law Review*, vol. 72, n.º 3, enero de 1959, pág. 401, citado por Fleming, *op cit* (nota 4 *supra*), pág. 316, nota 13.

<sup>33</sup> Fleming, *op cit* (nota 4 *supra*), pág. 316.

<sup>34</sup> *Ibid*, pág. 317. Véase también Goldie, *loc cit* (nota 25 *supra*), pág. 1207

<sup>35</sup> El concepto de indemnización obrera tiene su origen en la obligación que imponía antiguamente el *common law* a los amos de proteger a sus sirvientes. Véase Prosser, *op cit* (nota 16 *supra*), págs. 525 y ss, en particular pág. 531, nota 43

<sup>36</sup> Véanse H. y L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5.ª ed., edición dirigida por A. Tunc, París, Montchrestien, 1958, vol. II, pág. 342; A. von Mehren y J. R. Gordley, *The Civil Law System*, 2.ª ed., Boston, Little, Clarendon Press, 1950, págs. 46 a 50; R. Rodière, «Responsabilité civile et risque atomique», *Revue internationale de droit comparé* (París), 11.º año, 1959, pág. 505; B. Starck, «The foundation of delictual liability in contemporary French law: an evaluation and a proposal», *Tulane Law Review* (Nueva Orleans), vol. 48, 1973-1974, págs. 1044 a 1049.

daños causados por un objeto inanimado que se encontraba bajo la custodia del demandado<sup>37</sup>:

Una interpretación literal del artículo [1384] lleva sin duda a un resultado análogo —o incluso de alcances más amplios— que el principio adoptado en el fallo *Rylands c. Fletcher*, porque nada en el texto de este artículo restringe la responsabilidad a los casos en que se pruebe que el demandado ha actuado con negligencia en el cuidado de las cosas, o a los casos relativos a cosas que son intrínsecamente peligrosas<sup>38</sup>.

36. El reconocimiento del principio de la responsabilidad objetiva está también consagrado en el Código Civil polaco de 1964, cuyos artículos 435 a 437 admiten esa figura en caso de daños causados por actividades extremadamente peligrosas.

37. El artículo 178 del Código Civil egipcio, el artículo 231 del Código Civil iraquí, el artículo 291 del Código Civil jordano y el artículo 161 del Código Civil sudanés establecen la responsabilidad objetiva de las personas a cargo de máquinas u objetos que requieren un cuidado especial. El artículo 133 del Código Civil argelino va todavía más allá y admite la responsabilidad objetiva de una persona a cargo de cualquier objeto cuando ese objeto haya sido la causa del daño. El Código Civil austriaco (art. 1318) y el Código Civil mexicano aprobado en 1928 (arts. 1913 y 1932) admiten también la responsabilidad objetiva en relación con actividades o cosas peligrosas.

38. El principio de la responsabilidad objetiva se ha aplicado también en la esfera de la comercialización de productos defectuosos. Las políticas que fundamentan esta práctica se exponen en los Estados Unidos en el juicio *Escola c. Coca Cola Bottling Co.* (1944):

Las personas que sufren lesiones a causa de productos defectuosos no están dispuestas a soportar las consecuencias. El gasto inherente a una lesión, y la pérdida de tiempo o salud, pueden ser un mal abrumador para los damnificados y, además, innecesario, puesto que el fabricante puede asegurar el riesgo de lesiones y traspasar ese gasto al público como gasto comercial. Desalentar la comercialización de productos defectuosos que son una amenaza al público es un hecho que beneficia a la comunidad. Si, de todos modos, tales productos llegan al mercado, en el interés público, la responsabilidad por las lesiones de cualquier tipo que ocasionen se debe hacer recaer en el fabricante, pues éste, aun cuando no haya actuado con negligencia en la fabricación del producto, es responsable por su entrega al mercado. Independientemente de la periodicidad y el azar con que ocurran esas lesiones, el riesgo de su ocurrencia es un riesgo constante y general que requiere asimismo una protección general y constante y el fabricante es quien está mejor capacitado para brindar esa protección<sup>39</sup>.

39. Esta doctrina ha sido oficialmente aceptada en algunos Estados federados de los Estados Unidos de América. En ciertos Estados, como el de Nueva York, ha sido incluso reforzada mediante argumentos adicionales que no fue necesario invocar en el caso antes citado. En su

<sup>37</sup> Véase también *Jand'heur c. Galeries Belfortaises* (1930), Dalloz, *Recueil périodique et critique*, 1930 (París), 1.ª parte, pág. 57. En este caso se estableció también una presunción de culpa de la persona que tiene bajo su custodia el objeto inanimado que ha causado el daño.

<sup>38</sup> Véase Lawson, *op. cit.* (nota 36 *supra*), pág. 44. Para la responsabilidad no culposa en el derecho francés, véase también Marc Ancel, «La responsabilité sans faute en droit français», *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, París, Dalloz, 1947, t. II (1946), pág. 249.

<sup>39</sup> Véase *California Reports 2nd Series*, vol. 24, págs. 453 y 462.

forma modificada, la responsabilidad objetiva respecto de los productos fabricados se basa en la teoría de que el fabricante ha infringido una garantía implícita en favor del demandante de que el producto ha sido fabricado adecuadamente<sup>40</sup>. El uso del término «garantía» ha sido fuertemente desaconsejado por un importante tratadista estadounidense especialista en daños, por considerarlo «una complicación innecesaria que causa más problemas de los que soluciona»<sup>41</sup>.

40. En Francia, desde 1944, el Consejo de Estado ha establecido, en el derecho administrativo francés, un principio general de responsabilidad sin culpa basado en la teoría del riesgo. Por otro lado, los tribunales se han mostrado dispuestos a dar por supuesta la culpa por parte de la administración. Algunos consideran, como alternativa, que la base de la responsabilidad no culposa se encuentra en el principio de «igualdad ante las cargas públicas»<sup>42</sup>. El principio consiste en que lo que se hace en interés general, incluso si es legítimo, puede dar origen a una indemnización si causa perjuicio a una persona particular<sup>43</sup>. El Consejo de Estado ha impuesto la teoría del riesgo en cuatro categorías de actividades de la administración: a) los riesgos de la prestación de asistencia en el servicio público (análogo a la indemnización de los trabajadores); b) los riesgos derivados de actividades peligrosas, cuando una autoridad pública crea «un riesgo anormal en el entorno»; c) la negativa administrativa a ejecutar una decisión judicial<sup>44</sup>, y d) la responsabilidad del Estado derivada de la legislación<sup>45</sup>.

41. La ley sobre la aeronáutica de los Estados Unidos, de 1922<sup>46</sup>, admitió también la responsabilidad objetiva. Esa ley, adoptada en todo o en parte por unos 24 Es-

<sup>40</sup> Véase *Goldberg v. Kollsman Instrument Corp.* (1963), *New York Supplement 2d Series*, vol. 240, pág. 592.

<sup>41</sup> Véase Prosser, *op. cit.* (nota 16 *supra*), pág. 656. Véanse también R. M. Sachs, «Negligence or strict product liability: is there really a difference in law or economics?», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, 1978, pág. 259; y D. J. Gingerich, «The interagency task force "blueprint" for reforming product liability tort law in the United States», *ibid.*, pág. 279.

<sup>42</sup> Este principio lo explicitó Duguit en su *Traité de Droit Constitutionnel* (3.ª ed., pág. 469), citado por L. Neville Brown, J. F. Garner y J.-M. Galabert, en *French Administrative Law*, 3.ª ed., Londres, Butterworths, 1983, pág. 121.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> En el caso *Couitéas* (Consejo de Estado, 30 de noviembre de 1923) —citado por Brown *et al.*, *op. cit.* (nota 42 *supra*)—, que sentó jurisprudencia, el Consejo de Estado se negó a decidir si el Gobierno era culpable e invocó, en cambio, el principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas.

<sup>45</sup> Véase el caso *Ministre des affaires étrangères c. Consorts Burgat* (Consejo de Estado, 29 de octubre de 1976) —citado por Brown *et al.*, *op. cit.* (*ibid.*)—, en el que un propietario, debido a que el Gobierno había decretado la inmunidad diplomática que se aplicaba a su arrendatario, se veía privado del ejercicio de sus derechos normales como propietario.

<sup>46</sup> Estados Unidos de América, *Uniform Laws Annotated*, vol. 11, págs. 159 a 171. Esta ley dejó de aplicarse en 1938 por recomendación de la Conferencia nacional de comisionados encargados del estudio de leyes estatales uniformes y fue sustituida por otros textos redactados por ese órgano en los que se consagra sustancialmente la misma responsabilidad absoluta limitada. Véase *Handbook of National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 1938, pág. 318, y *Uniform Aviation Liability Act*, art. II, párrs. 201 a 202.

tados federados, dispone que el propietario de una aeronave «responde absolutamente» por las lesiones o los daños causados a las personas o los bienes situados en la superficie de la tierra o en el agua, con ocasión del despegue, aterrizaje o vuelo de la aeronave, o por cualquier objeto que se arroje o caiga de ella, salvo que los daños causados se deban en todo o en parte a la negligencia de la persona lesionada o del propietario o arrendatario de los bienes dañados. El propósito de la ley fue hacer recaer la responsabilidad por los daños causados en accidentes aeronáuticos en los explotadores de las aeronaves, a fin de proteger a las víctimas inocentes, incluso cuando el accidente no fuera imputable a la culpa del explotador<sup>47</sup>.

42. Varios países latinoamericanos y europeos han adoptado también, en el caso de accidentes aeronáuticos, el principio de «responsabilidad objetiva» análogo, en general, al contenido en el Convenio para la unificación de ciertas normas relativas a los daños causados en la superficie por aeronaves y en el Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras. La Argentina, Guatemala, Honduras y México figuran entre los países latinoamericanos que imponen la responsabilidad objetiva sobre la base del concepto de riesgo y entre los países europeos que han adoptado el mismo criterio figuran Italia, España, Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia, Suiza, Francia y Alemania<sup>48</sup>.

43. La responsabilidad objetiva se impone también a los propietarios y explotadores de fuentes de energía por los daños que se causen en relación con el almacenamiento o la producción de electricidad. Los motivos que fundamentan la responsabilidad objetiva en esta esfera varían desde el concepto de que «la electricidad es una cosa sobre la que hay que ejercer un control especial» (Francia, Código Civil, art. 1384), o de que «se presume la culpa del propietario» (Argentina, Código Civil, art. 1135) hasta el concepto de «cosa peligrosa» (Estados Unidos de América y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) o «actividad peligrosa» (Italia, Código Civil, art. 2050)<sup>49</sup>.

44. En su origen, el concepto de molestia no significaba otra cosa que daño o perturbación<sup>50</sup>. En el *common law*, los casos de molestia se ha impuesto la responsabilidad objetiva con independencia de la intención del demandado o el cuidado que haya observado. En los casos de molestia los fundamentos de la responsabilidad no se prestan casi a discusión, por las siguientes razones que se han señalado:

Una razón es la de que los juicios por molestias se suelen plantear dentro del marco de la equidad y su objetivo es lograr una orden judicial, de modo que la cuestión de que aquí se trata no es tanto la natura-

leza de la conducta del demandado si no si se le ha de permitir que persevere en ella. Pero aun cuando la demanda se entable dentro del contexto general de las acciones por daños, la conducta que la motiva ha durado ya por lo común un tiempo apreciable y se han hecho peticiones reiteradas para que se le ponga fin; y, cualquiera haya sido su intención en un primer momento, la perseverancia del demandado en su conducta, después de haber sido notificado del daño que ella causaba, reviste aspectos de daño intencional. Otra razón es la de que en los casos de molestia la amenaza del daño futuro es en sí misma un obstáculo al derecho del público o al uso y disfrute de la tierra, de modo que los posibles fundamentos de la responsabilidad tienden a confundirse y resulta más o menos imposible distinguirlos. No obstante, es evidente que una parte importante de las normas relativas a la molestia no se basan ni en el dolo ni en la negligencia<sup>51</sup>.

45. Se ha sostenido que el concepto de molestia absoluta se aproxima a la norma del fallo *Rylands c. Fletcher*. A modo de distinción se ha sostenido que en este último caso hay de por medio un acto que en sí mismo no es ilícito, por lo que no estará prohibido de antemano ni podrá dictarse previamente orden judicial para ponerle término, pero cuya ejecución hará pesar sobre el demandado la responsabilidad objetiva en el caso de que cause efectivamente un daño; en cambio en el caso de la molestia el acto es en sí mismo ilegítimo, y siempre se podrá pedir a su respecto una orden judicial de prohibición. Esa distinción es rechazada por ciertos tratadistas puesto que no existen fallos o decisiones que la fundamenten<sup>52</sup>. Se ha señalado que la relación entre el concepto de molestia absoluta y el fallo en el caso *Rylands c. Fletcher* es semejante a la intersección de dos círculos; ambos tienen una gran esfera común, pero la molestia constituye el concepto más antiguo de daño y su desarrollo histórico ha limitado su aplicación a dos tipos de daño, los obstáculos al derecho del público y al disfrute de la tierra, excluidos otros daños como las lesiones personales no relacionadas con uno u otro tipo de molestia. Así, el principio que subyace en ambos conceptos parece ser el mismo y no es posible distinguirlos más que por sus antecedentes históricos<sup>53</sup>.

46. En los Estados Unidos ha habido una evolución en las políticas y en la orientación de las leyes acerca del tratamiento de los problemas ambientales. La principal política en el decenio de 1970 se basó en la previsión de que el Gobierno promulgaría normas reguladoras y supervisaría y haría cumplir esas normas. Se prohibirían las actividades de los que no cumplan las normas reglamentarias. Se creía que esta política normativa y la aplicación de las normas obligarían a la industria a rectificar. Posteriormente se comprendió que, aunque las amenazas de la intervención estatal eran incentivos importantes para obligar a la industria a rectificar actividades ecológicamente poco racionales, no bastaban por sí solas para cambiar la actitud de la industria<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> *Ibid.*, pág. 166. Véase también Winfield, *op. cit.* (nota 6 *supra*), pág. 37.

<sup>52</sup> Véase Prosser, *op. cit.* (nota 22 *supra*), pág. 172.

<sup>53</sup> *Ibid.*, pág. 177. Véase también Winfield, «Nuisance as a tort», *The Cambridge Law Journal* (Londres), vol. 4, 1932, pág. 195.

<sup>54</sup> Muchos especialistas estadounidenses alegaron que la política del mecanismo regulador como el principal instrumento de lucha contra la contaminación es poco afortunada. Véanse, por ejemplo, Bruce A. Ackerman y R. B. Stewart, «Reforming Environmental Law», en

<sup>47</sup> Véanse E. C. Sweeney, «Is special aviation liability legislation essential?», *The Journal of Air Law and Commerce* (Chicago), vol. 19, pág. 166; *Prentiss et al. v. National Airlines, Inc.*, 112 *federal Supplement*, págs. 306 y 312.

<sup>48</sup> Véase Stone, *loc. cit.* (nota 12 *supra*), págs. 45 y 46, párrs. 178 a 181.

<sup>49</sup> *Ibid.*, págs. 48 y 49, párrs. 193 a 197.

<sup>50</sup> Véase Prosser, *op. cit.* (nota 22 *supra*), pág. 164.

Primeramente, las reglamentaciones ambientales no son suficientemente completas. El Gobierno no puede poner al descubierto todos los problemas ambientales, establecer normas reglamentarias y aportar «soluciones tecnológicamente factibles y políticamente viables»<sup>55</sup>. En segundo lugar, incluso con la dimensión considerable de los organismos encargados del cumplimiento de las normas ambientales de los Estados Unidos, la administración pública no puede supervisar y aplicar con eficacia las reglamentaciones ambientales<sup>56</sup>. En tercer lugar, esa política puede no ser la más eficiente o creativa desde el punto de vista económico. En consecuencia, se hizo referencia a la promulgación de leyes que son, por decirlo así, autoejecutivas, que crean incentivos para que las partes privadas desempeñen una importante función en la aplicación del derecho ambiental. Esta política indujo a promulgar varias leyes federales importantes, entre ellas la ley general sobre intervención, indemnización y responsabilidad en materia de medio ambiente (en lo sucesivo denominada «ley CERCLA»)<sup>57</sup>, la Ley de reautorización y modificación del «Superfondo» (en lo sucesivo denominada «ley SARA»)<sup>58</sup>, que modificó la ley CERCLA y que creó la Ley sobre planificación de emergencia y derecho a saber de la comunidad (título III de la ley SARA), la Ley de salubridad del agua (en lo sucesivo denominada «ley CWA»)<sup>59</sup>, modificada, y la Ley sobre contaminación por hidrocarburos («ley OPA»)<sup>60</sup>. «El efecto de estas nuevas leyes basadas en la responsabilidad es el designar gran parte de la responsabilidad de la planificación con respecto a un futuro ambiental peligroso e incierto al seg-

mento de la sociedad más capaz de hallar soluciones innovadoras y eficientes: el sector privado»<sup>61</sup>.

47. Estas leyes federales tienen las características comunes siguientes:

a) Imponen una responsabilidad «objetiva» o «absoluta» que sólo da margen para una defensa limitada de las personas consideradas legalmente responsables de la contaminación causada por los hidrocarburos y otras sustancias peligrosas<sup>62</sup> por los costos de eliminación y limpieza, y por los daños por lesiones o por destrucción de recursos naturales, bienes privados y otros intereses económicos de las partes pública y privada;

b) Limitan la cuantía máxima de la responsabilidad civil de la parte responsable y enumeran las circunstancias en las que no cabe limitar esa responsabilidad;

c) Imponen un deber a los que pueden ser considerados responsables de probar su responsabilidad financiera por medio de seguros o de otras garantías financieras; y

d) Establecen diversos «fondos» administrados por el Estado para sufragar los gastos de eliminación y los daños cuando la parte responsable no efectúa los pagos<sup>63</sup>.

48. A este último respecto, el inciso a del artículo 2702 de la ley OPA prescribe que, «sin perjuicio de cualquier otra disposición o norma legal, cada parte responsable de un buque o de una instalación desde la que se descarguen hidrocarburos, o que represente una amenaza sustancial de descarga de hidrocarburos en o sobre las aguas navegables o las costas contiguas o la zona económica exclusiva tendrá la obligación de sufragar los costos de eliminación y los daños tal como se especifica en el apartado b resultantes de ese accidente»<sup>64</sup>.

49. La ley define un «accidente» como «cualquier suceso o serie de sucesos que tienen el mismo origen en el que participan uno o más buques, instalaciones o combinación de buques e instalaciones, y que provoca la descarga o la amenaza sustancial de descarga de hidrocarburos [...]» (art. 2701, párr. 14). El término «descarga» se define como «cualquier emisión, entre otros, los derrames, escapes, bombeos, emisiones, vaciados o vertidos». El término «instalaciones» se define como cualquier

(Continuación de la nota 54)

*Stanford Law Review*, 1984-1985, vol. 37, mayo de 1985, págs. 1333 a 1365, Stephen Breyer, «Analyzing regulatory failure mismatches, less restrictive alternatives, and reform», *Harvard Law Review*, 1978-1979, vol. 92, n.º 3, enero de 1979, págs. 547 y ss., y Robert W. Hahn y G. L. Hester, «Marketable permits: lessons for theory and practice», *Ecology Law Quarterly* (Berkeley), vol. 16, n.º 2, 1989, págs. 361 y ss.

<sup>55</sup> Véase Adam Babich, «Understanding the new era in environmental law», *South Carolina Law Review*, vol. 41, 1990, pág. 736.

<sup>56</sup> *Ibid.*, págs. 734 a 736.

<sup>57</sup> *United States Code*, tit. 42, cap. 103, arts. 9601 y ss. Para la historia de la ley, véase en particular Frank P. Grad, «A Legislative History of the Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability ("Superfund") Act of 1980», *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 8, n.º 1, 1982, págs. 1 y ss.

<sup>58</sup> *United States Public Law 99-499*, 100 Stat. 1615, 1652, 1692, 1774.

<sup>59</sup> *United States Code*, tit. 33, cap. 26, art. 1321. Aprobada en 1972 y completada en 1972. Esta ley se complementó con la Ley sobre la calidad del agua de 1977, denominada Ley federal sobre la lucha contra la contaminación del agua (FWPCA) o Ley sobre el agua salubre (CWA).

<sup>60</sup> *Ibid.*, cap. 40, arts. 2701 y ss. Para los trabajos sobre esa ley, véase Russell V. Randle, «The Oil Pollution Act of 1990: its provisions, intent, and effects», *Environmental Law Reporter* (Washington), vol. 21, marzo de 1991, págs. 10119 a 10135, Antonio J. Rodríguez y P. A. C. Jaffe, «The Oil Pollution Act of 1990», *Tulane Maritime Law Journal* (Nueva Orleans), vol. 15, n.º 1, otoño de 1990, págs. 1 a 28; y John Strohmeier, *Extreme Conditions: Big Oil and the Transformation of Alaska*, Nueva York, Londres, Toronto, Sydney, Tokio, Singapur, Simon and Schuster, 1993.

<sup>61</sup> Véase Babich, *loc. cit.* (nota 55 *supra*), pág. 735. No todos los miembros del Congreso de los Estados Unidos de América consideran que la nueva era de la tendencia legislativa es un éxito. Véase «Domenici declares Superfund "failure", suggests revamped liability scheme», *Inside E P A Weekly Report* (Washington D.C.), vol. 10, n.º 38, 22 de septiembre de 1989, pág. 4.

<sup>62</sup> Con respecto a la ley OPA, véase art. 2710, inc. b, con respecto a la ley CERCLA, véase art. 9707, incs. e, i, y con respecto a la ley FWPCA, véase art. 1321, inc. f.

<sup>63</sup> Véase Robert Force, «Insurance and liability for pollution in the United States», *Transnational Environmental Liability and Insurance*, International Bar Association Series, compilado por Ralph P. Kroner, Londres, Dordrecht, Boston, Graham & Trotman e International Bar Association, 1993, pág. 22. Véase también William H. Rodgers Jr., *Environmental Law*, 2.ª edición, Saint Paul, West Publishing Co., 1994, pág. 685.

<sup>64</sup> Véase nota 60 *supra*.

«estructura o grupo de estructuras de equipo, o dispositivo que se utilizan para la transferencia, el procesamiento o el transporte de hidrocarburos». El término «buque» se define en sentido amplio para incluir «a cualquier categoría de embarcación o cualquier otro artefacto utilizado o capaz de ser utilizado como medio de transporte sobre el agua, distinto de un buque público». Y un «buque público» se define como un buque que es propiedad o que ha sido fletado por los Estados Unidos de América o por una nación extranjera, salvo cuando el buque se utiliza para el comercio.

50. La ley *CERCLA* se aplica a todas las sustancias peligrosas distintas de los hidrocarburos. La responsabilidad civil establecida con arreglo a esta ley es objetiva y solidaria. Se aplica a los buques y a las instalaciones costeras y marítimas desde las que se han liberado sustancias peligrosas (art. 9601, párrs. 17, 18 y 28, y arts. 9603 y 9607). Este régimen de responsabilidad se esboza en el artículo 107 de la Ley sobre el «Superfondo» y la responsabilidad financiera por las actividades de limpieza se esboza en el artículo 108.

51. El artículo 107 de la Ley sobre el «Superfondo» (inc. c, 3) proporciona fuertes incentivos para responder con rapidez a las directrices relativas a las actividades de eliminación o correctivas imponiendo daños punitivos. De acuerdo con esa disposición, «si una persona responsable de una descarga o amenaza de descarga de una sustancia peligrosa no procede de manera adecuada sin razón suficiente a la eliminación o a la adopción de medidas correctivas en respuesta a una orden del Presidente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 ó 106 de la Ley, esa persona podrá ser civilmente responsable ante los Estados Unidos por daños punitivos en una cuantía por lo menos igual y no superior al triple del importe de cualquier costo en que haya incurrido el Fondo como resultado de esa falta de adopción de las medidas adecuadas. El Presidente está autorizado a incoar una acción civil contra esa persona para recuperar los daños punitivos, que se añadirán a cualquier gasto recuperado de esa persona en cumplimiento del inciso c del artículo 112 de la Ley. Toda cantidad de dinero recibida por los Estados Unidos de conformidad con este párrafo se depositará en el Fondo.

52. La Ley sobre eliminación de los desechos sólidos (comúnmente conocida como la Ley sobre conservación y restablecimiento de los recursos [*RCRA*]) se promulgó por primera vez en 1965 y ha sido objeto de varios cambios y modificaciones. Las últimas modificaciones se llevaron a cabo en 1984 con la modificación de la regulación sobre los desechos peligrosos y sólidos (*HSWA*)<sup>65</sup> para responder a las faltas administrativas que se habían producido con sus predecesoras<sup>66</sup>.

53. El criterio de la Ley no es el «riesgo exorbitante» utilizado en la legislación ambiental anterior, sino «proteger la salud humana y el medio ambiente» como norma

que aparece «50 veces a lo largo de la Ley»<sup>67</sup>. Las modificaciones de 1984 ampliaban también la definición de desechos sólidos, señalaban las normas administrativas como un mínimo que no podía sino mejorarse y preveían una reforma administrativa en la *Environmental Protection Agency* (organismo de protección ambiental de los Estados Unidos) mediante la institución de un *ombudsman*<sup>68</sup>. El artículo 6917 de la modificación establecía una oficina del *ombudsman* para recibir reclamaciones individuales, quejas y solicitudes de información presentadas por cualquier persona con respecto a cualquier programa que se requiera con arreglo a las disposiciones pertinentes de la Ley<sup>69</sup>.

54. El Congreso de los Estados Unidos ha estado preparando una legislación sobre la contaminación producida por hidrocarburos desde 1980. El derrame del *Exxon Valdez*<sup>70</sup> en 1989 influyó sustancialmente en el Fondo de la ley *OPA* de 1990. Una parte considerable de esa Ley está dedicada a un régimen de responsabilidad aproximadamente comparable al impuesto sobre las partes responsables que liberan sustancias peligrosas a tenor de la ley *CERCLA*. El inciso a del artículo 1002 da entrada a la teoría general de la responsabilidad de la Ley (véase párr. 48 *supra*).

55. En 1990, Alemania adoptó la Ley sobre responsabilidad ambiental, en la que se prescribe la reparación de los daños civiles por muerte, lesión personal o daños a los bienes ilícitos y causados por un impacto ambiental<sup>71</sup>. Con arreglo a esta Ley, los explotadores de ciertas instalaciones indicados en la Ley son objetivamente responsables de esos daños y perjuicios. Esta ley aumenta el riesgo de responsabilidad para todas las empresas capaces de causar daños ambientales y tiene un alcance extra-territorial<sup>72</sup>.

56. La Ley sobre responsabilidad ambiental es una síntesis de recursos preexistentes relativos a los daños civiles con un alcance más amplio. El artículo 1 de la Ley define su naturaleza y ámbito:

Si alguien sufre muerte, lesión personal o daños en sus bienes debido a un impacto ambiental procedente de alguna de las instalaciones enumeradas [...], el propietario de la instalación será responsable ante la persona lesionada de los daños causados<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> *Ibid.*, pág. 536.

<sup>68</sup> *Ibid.*, pág. 535.

<sup>69</sup> *United States Code*, tit. 42, cap. 82, art. 6917, adición de 1984.

<sup>70</sup> Se ha designado al *Exxon Valdez* como el «Pearl Harbour» de los desastres ambientales estadounidenses. Véanse Randle, *loc. cit.* (nota 60 *supra*), pág. 10119; y Rodríguez y Jaffe, *loc. cit.* (*ibid.*), pág. 1.

<sup>71</sup> *Gesetz über die Umwelthaftung* (Ley sobre responsabilidad ambiental) promulgada el 7 de noviembre de 1990 y en vigor a partir del 1.º de enero de 1991. Citada por William C. Hoffman, en «Germany's new Environmental Liability Act: strict liability for facilities causing pollution», *Netherlands International Law Review*, vol. XXXVIII, n.º 1, 1991, pág. 27, nota 1. La información relativa a esta ley se basa en ese artículo.

<sup>72</sup> Hoffman, *loc. cit.* (nota 71 *supra*), pág. 28, nota 2, citando a M. Kloepper, *Umweltschutz, Textsammlung des Umweltrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1989).

<sup>73</sup> *Ibid.*, pág. 32.

<sup>65</sup> *Public Law 98-616*, 98 Stat. 3221.

<sup>66</sup> Véase Rodgers Jr., *op. cit.* (nota 63 *supra*), pág. 534.

57. La responsabilidad es objetiva con arreglo a la Ley sobre responsabilidad ambiental y la prueba del nexo causal basta para establecer la responsabilidad. Si existen varios demandados, su responsabilidad será solidaria. Una reclamación con arreglo a lo dispuesto en la Ley debe demostrar: a) que el demandado explota una instalación designada en la Ley; b) que los acontecimientos que han producido un impacto ambiental tenían su origen en esa instalación; y c) que el impacto ambiental causó el daño por el que se trataba de obtener una reparación<sup>74</sup>. La cuantía de la responsabilidad con arreglo a la Ley se limita a un máximo de 320 millones de marcos alemanes, mientras que la responsabilidad por lesiones personales y daños causados a los bienes se fija en un máximo de 160 millones de marcos alemanes en cada caso (art. 15 de la Ley)<sup>75</sup>.

58. Con arreglo a la Ley sobre responsabilidad ambiental resulta difícil probar el nexo causal con respecto a los daños ocasionados por una contaminación a larga distancia. Para superar esta dificultad, la Ley prevé la presunción de nexo causal. El párrafo 1 del artículo 6 de la Ley prescribe que el elemento de la relación causal se dará por supuesto siempre que se demuestre a primera vista que la instalación de que se trate es «innatamente propensa» (*geeignet*) a causar el daño<sup>76</sup>. La Ley prevé excepciones con respecto a la suposición del nexo causal en los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 6. Las excepciones incluyen la demostración por el explotador de que su instalación era «utilizada de manera adecuada», lo que significa que se habían cumplido todas las instrucciones reglamentarias administrativas aplicables encaminadas a prevenir la contaminación. Esas excepciones no exoneran al explotador de responsabilidad si el demandante demuestra el nexo causal.

59. La Ley sobre responsabilidad ambiental modificó el procedimiento civil alemán para posibilitar la presentación de demandas en el distrito judicial donde está situada la instalación causante del presunto perjuicio a menos que se encuentre más allá de la frontera territorial alemana. En este caso, el demandante podrá entablar un juicio ante cualquier tribunal alemán y la Ley sobre responsabilidad ambiental se aplicará en cuanto al fondo de la reclamación (art. 2 de la Ley)<sup>77</sup>.

60. El breve examen que se ha hecho anteriormente del derecho interno indica que la responsabilidad objetiva parece ahora admitida como concepto jurídico en la ma-

yoría de los sistemas jurídicos, sobre todo en los países desarrollados tecnológicamente que poseen leyes más complejas en materia de daños. La gama de actividades que dan origen a la responsabilidad objetiva es variable, siendo en algunos países más reducida que en otros. El fundamento jurídico de la responsabilidad objetiva varía también desde conceptos como el de la «presunción de la culpa» hasta conceptos como los de «riesgo», «actividad peligrosa», etc. Pero es evidente que la responsabilidad objetiva es un principio común en un gran número de países con sistemas jurídicos diferentes, que han debido tomar medidas respecto de actividades en las que ese principio es aplicable. Aun cuando la aplicación concreta pueda variar en los distintos Estados, la forma en que se entienden el principio y su formulación es sustancialmente análoga en todos ellos.

## 2. DERECHO INTERNACIONAL

61. La introducción y aplicación del concepto de responsabilidad en derecho internacional, por otro lado, son relativamente nuevas y están menos elaboradas que en el derecho interno. Un motivo de esta introducción tardía puede ser el hecho de que los tipos de actividades que producen daños transfronterizos son relativamente nuevos. La cuestión no se planteaba con la frecuencia suficiente para despertar el interés en el plano internacional. No son muchas las actividades realizadas dentro de un Estado que producen importantes efectos nocivos transfronterizos. Por supuesto, las dificultades de dar entrada al concepto de la responsabilidad en el marco de otros conceptos establecidos del derecho internacional, como la jurisdicción interna y la soberanía territorial, no pueden tampoco ignorarse. En realidad, el establecimiento de la responsabilidad objetiva en el derecho interno, como se ha explicado anteriormente, afronta dificultades análogas. Sin embargo, la necesidad socioeconómica y política en muchos Estados indujo a ajustar este nuevo concepto jurídico a otros en la forma que se consideró útil con respecto a las políticas sociales y al orden público.

62. Antes de pasar revista a los tratados multilaterales, se debe mencionar el Principio 22 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (en lo sucesivo denominada «Declaración de Estocolmo»)<sup>78</sup> y el Principio 13 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (en lo sucesivo denominada «Declaración de Río»)<sup>79</sup>, en los que se alienta a los Estados a cooperar en el desarrollo de la legislación internacional relativa a la responsabilidad y a las indemnizaciones por los efectos adversos de los daños

<sup>74</sup> *Ibid.*, pág. 33.

<sup>75</sup> *Ibid.*, págs. 32 y 33.

<sup>76</sup> El párrafo 1 del artículo 6 de la Ley de responsabilidad ambiental de Alemania reza así:

«Si una instalación está innatamente adecuada en las circunstancias concretas para causar el daño resultante, se dará por supuesto que esa instalación causó el daño. La adecuación innata en un caso concreto se determina sobre la base de la línea de conducta de la empresa, las estructuras utilizadas, la índole y la concentración de los materiales empleados y emitidos, las condiciones climáticas, el tiempo y lugar del comienzo de los daños, y cualquier otra circunstancia que influya de manera positiva o negativa en la determinación del nexo causal.» (*Ibid.*, pág. 35, nota 43.)

<sup>77</sup> *Ibid.*, pág. 38.

<sup>78</sup> *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I.

<sup>79</sup> *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* [A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I, vol. I/Corr.1, vol. II, vol. III y vol. III/Corr/1)] (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.I.8 y correcciones), vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo I.

ambientales causados por actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción. Estos Principios, aunque no son jurídicamente vinculantes para los Estados, demuestran las aspiraciones y preferencias de la comunidad internacional.

a) *Práctica de los tratados*

63. La práctica de los tratados multilaterales en lo que concierne a la cuestión de la responsabilidad puede dividirse en tres categorías. Primeramente, las convenciones relativas a la responsabilidad civil abordan la cuestión de la responsabilidad de los explotadores y en algunas circunstancias de los Estados en forma de normas sustantivas y procesales. En segundo lugar, los tratados que consideran al Estado directamente responsable. En tercer lugar, los tratados que hacen una referencia general a la responsabilidad sin especificar más las normas sustantivas o procesales correspondientes.

64. *La primera categoría* de los tratados multilaterales sobre la responsabilidad que aborda la cuestión de la responsabilidad civil está primordialmente relacionada con la navegación, los hidrocarburos y el material nuclear. Una de las primerísimas convenciones que se ocuparon de la cuestión de la responsabilidad civil en la esfera de la navegación, en 1924, es el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques de navegación marítima. Por medio de este instrumento las Partes Contratantes reconocían la utilidad de establecer ciertas normas uniformes relativas a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques. De conformidad con el artículo 1 del Convenio, la responsabilidad del *propietario* del buque se limitaba a una suma igual al valor del buque, el flete y los accesorios del buque, con respecto a:

1. La indemnización debida a terceros por los daños causados, en tierra o en el mar, *por actos o culpas* del capitán, la tripulación, el piloto o cualquier otra persona al servicio del buque;

[...]

4. Indemnización debida a causa de un *defecto*\* de navegación cometido en la ejecución de un contrato.

65. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Convenio, la limitación de responsabilidad prescrita en el artículo 1 no se aplica «a las obligaciones derivadas de *actos del propietario*\* del buque».

66. El Convenio parece haber introducido los conceptos de «culpa» y de «responsabilidad objetiva». Ambos conceptos aparecen en el artículo 1 del tratado, que prescribe que la limitación de la responsabilidad del propietario de un buque se aplica, entre otros, a los *actos o faltas* del capitán, la tripulación, el piloto o cualquier otra persona al servicio del buque y también a la indemnización debida por *faltas* de navegación cometidas en la ejecución del contrato. La limitación de la responsabilidad, sin embargo, no se aplica a la indemnización debida con respecto a obligaciones derivadas de los *actos del propietario* del buque. El párrafo 1 del artículo 2 parece introducir la responsabilidad objetiva al referirse a los perjuicios derivados de *actos* del propietario.

67. Treinta y tres años más tarde se concertó otro tratado sobre el mismo tema. El Convenio internacional sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques que naveguen por alta mar introduce también el concepto de «culpa» y «responsabilidad objetiva», pero de una manera bastante distinta de la utilizada en el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques de navegación marítima, de 1924. Con arreglo al artículo 1 del Convenio de 1957, el propietario de un buque que navegue por alta mar podrá limitar su responsabilidad con respecto a:

a) Muerte o lesiones corporales de cualquier persona que estuviere a bordo para ser transportada y pérdidas o daños de cualesquiera bienes que estuviesen a bordo del buque;

b) Muerte o lesiones corporales de cualquier otra persona en tierra o en el agua, pérdidas o daños a cualesquiera otros bienes o atentados a cualquier derecho ocasionados por acto, negligencia o culpa de cualquier persona [...] de quien el propietario es responsable [...]

68. Estos subpárrafos parecen haber impuesto la responsabilidad a los propietarios de los buques que navegan por alta mar sobre la base de la «culpa» y la «responsabilidad objetiva». La limitación de la responsabilidad no se aplica si «el acaecimiento que da origen a la reclamación ha provenido de *culpa personal del propietario*\*» (art.1). Es evidente que la cláusula se refiere a la «culpa» y que establece una excepción bastante estricta al respecto, a saber la «culpa personal» del propietario. Ninguno de los dos convenios examinados más arriba aborda la cuestión de la responsabilidad del Estado.

69. Uno de los principales objetivos del Convenio internacional sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques que naveguen por alta mar, además de limitar la responsabilidad de los propietarios de los buques, estribaba en abordar las cuestiones jurisdiccionales. El Convenio trata de asignar todos los litigios relacionados con un caso particular a la jurisdicción en la que se establece el fondo de limitación o en la que se han sufrido los daños causados por la contaminación<sup>80</sup>.

70. Gradualmente la contaminación por hidrocarburos, sea como resultado de la navegación o el transporte generales de hidrocarburos a bordo de buques, pasó a ser una gran preocupación. No obstante, hasta 1969 no existió ningún tratado multilateral que estableciera un régimen de responsabilidad general por los daños que produce la contaminación por hidrocarburos. En general, las normas de indemnización se regían por diversas reglas de la ley relativas a los delitos civiles de cada Estado<sup>81</sup>. En el Convenio internacional sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques que naveguen por alta mar se introdujeron algunos cambios menores. El incidente del *Torrey Canyon* de 1967 suministró la base necesaria y dio pie a que surgiera una presión política sobre los Estados para que acordaran un régimen de responsabilidad por los daños causados por la contaminación de pe-

<sup>80</sup> Véase David W. Abecassis y R. L. Jarashow, *Oil Pollution from Ships: International, United Kingdom and United States Law and Practice*, 2.ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1985, págs. 189, 190 y 194.

<sup>81</sup> *Ibid.*, pág. 181.

tróleo. El 29 de noviembre de 1969 se aprobó el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (en lo sucesivo denominado «Convenio de 1969 sobre responsabilidad»). Este Convenio trataba de cuatro cuestiones importantes: a) supresión de los obstáculos jurisdiccionales con respecto a los Estados ribereños para obtener indemnización; b) armonización de un régimen de responsabilidad que hasta ese momento se basaba en algunas normas generales del derecho sobre el delito civil; c) la garantía de que el contaminador pague una indemnización suficiente por los daños que causa; y d) la distribución de los costos teniendo en cuenta el Convenio internacional sobre la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques que naveguen por alta mar<sup>82</sup>.

71. La definición de «daños por contaminación» que figura en el párrafo 6 del artículo I del Convenio de 1969 sobre responsabilidad no era clara. Define los «daños por contaminación» como pérdidas o daños causados fuera del barco que transporta los hidrocarburos por la contaminación resultante de derrames o descargas procedentes del barco, donde quiera que ocurran tales derrames o descargas, e incluye el costo de las medidas preventivas y las pérdidas o daños causados por tales medidas preventivas. La interpretación de esta definición se dejaba a los tribunales internos, para quienes la restauración del medio ambiente se consideraba que se incluía en la noción de daños<sup>83</sup>. El Protocolo de 1984, que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (en lo sucesivo denominado «Protocolo de 1984 que enmienda el Convenio de 1969 sobre responsabilidad»), aclaraba el significado de «daños ocasionados por contaminación». Con arreglo a la nueva definición, la indemnización se limitaba al «costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse». La nueva definición autoriza asimismo el pago de una indemnización por pérdidas de beneficios derivadas del deterioro del medio ambiente. Aunque es más clara que la del Convenio de 1969 sobre responsabilidad, esta definición tiene un alcance bastante limitado<sup>84</sup>.

[...] se llega casi a utilizar la responsabilidad para sancionar a las personas que han causado daños al medio ambiente que no se pueden reparar, o que se consideran pérdidas de bienes o pérdidas de beneficios, o cuando el Gobierno involucrado no desea restaurar. En este sentido, los verdaderos costos ambientales del transporte de hidrocarburos por el mar siguen siendo sufragados por la comunidad en general y no por el contaminador<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Véanse Patricia W. Birnie y Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, Oxford, Clarendon Press, 1992, págs. 292 y 293, y Abecassis y Jarashow, *op. cit.* (nota 80 *supra*), págs. 181 y 182.

<sup>83</sup> Véase el asunto *Commonwealth of Puerto Rico c. S.S. Zoe Colocotroni* (U.S. Court of Appeals, 628 F.2d 652 [1st Cir. 1980]). Véase también Abecassis y Jarashow, *op. cit.* (nota 80 *supra*), págs. 209 y 210.

<sup>84</sup> Véanse Birnie y Boyle, *op. cit.* (nota 82 *supra*), pág. 295, y Abecassis y Jarashow, *op. cit.* (nota 80 *supra*), págs. 237 y 277.

<sup>85</sup> Véase Birnie y Boyle, *op. cit.* (nota 82 *supra*), pág. 296.

72. El Protocolo de 1984, que enmienda el Convenio de 1969 sobre responsabilidad, amplía los límites de la responsabilidad. Una vez que el demandante agota el procedimiento para determinar la responsabilidad con arreglo al Convenio de 1969 sobre responsabilidad, puede seguir el procedimiento relativo a la responsabilidad con arreglo al procedimiento del Fondo Internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, constituido en 1971 por el Convenio internacional sobre la constitución del Fondo. La responsabilidad con arreglo al Fondo es también objetiva a reserva de que se establezcan excepciones limitadas. Tanto el demandante como el propietario del buque pueden presentar reclamaciones con arreglo al Fondo. Éste se financia mediante el cobro de contribuciones a los países que han recibido petróleo crudo y combustible de petróleo en el territorio de los Estados contratantes. Administra el Fondo una asamblea de todas las Partes contratantes en el Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos.

73. Los propietarios de buques de Estados que no son Partes en el Convenio de 1969 sobre responsabilidad o en el Fondo de 1971 han ideado asimismo un plan para otorgar indemnizaciones adicionales<sup>86</sup>.

74. En lo que respecta a los daños nucleares, los sistemas de responsabilidad son más diversos que en el caso de la contaminación causada por hidrocarburos. Estos sistemas parecen asignar una mayor responsabilidad a los Estados, modificación que puede explicarse por el carácter extremadamente peligroso de la actividad nuclear y la posibilidad de la dispersión y duración de los daños causados<sup>87</sup>. Sin embargo, en los regímenes establecidos por tratado, la responsabilidad civil sigue siendo el principal instrumento para la asignación de los daños.

75. También se prescribe una responsabilidad objetiva en la Convención sobre la responsabilidad civil por los daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (en lo sucesivo denominada «la CRDT»). El artículo 5 de la Convención prescribe que «el transportista en el momen-

<sup>86</sup> Véase Abecassis y Jarashow, *op. cit.* (nota 80 *supra*), cap. 12. El acuerdo voluntario de los propietarios de buques cisternas relativo a la responsabilidad por la contaminación de hidrocarburos de 7 de enero de 1969 se aplica a los propietarios de buques cisternas y al contrato relativo a un suplemento provisional de la responsabilidad de los buques cisternas por la contaminación causada por hidrocarburos de 14 de enero de 1971 en el que se prevé un fondo comparable al Fondo Internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (véase, respectivamente, *International Legal Materials*, vol. VIII, n.º 3, mayo de 1969, pág. 497, y vol. X, n.º 1, enero de 1971, pág. 137).

<sup>87</sup> Véanse C. W. Jenks, «Liability for ultra-hazardous activities in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1996-I* (Leyden), t. 117, 1967, págs. 105 y ss.; B. D. Smith, *State Responsibility and the Marine Environment: The Rules of Decision*, Oxford, Clarendon Press, 1988, págs. 112 a 115; G. Handl, «Liability as an obligation established by a primary rule of international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XVI, 1985, págs. 49 y ss.; y L. F. E. Goldie, «Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk», *ibid.*, págs. 175 y ss.

to en que se produzca un accidente será responsable de los daños y perjuicios causados por cualquier mercancía peligrosa durante su transporte por carretera, ferrocarril o buques fluviales». Los párrafos 2 y 3 del mismo artículo prescriben asimismo la responsabilidad solidaria de los transportistas.

76. El mismo enfoque con respecto a la responsabilidad se ha adoptado en 1984 en el proyecto de convenio sobre responsabilidad e indemnización por daños en relación con el transporte por mar de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas<sup>88</sup>.

77. El artículo 1 del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, aprobado el 9 de marzo de 1993 por el Consejo de Europa, establece el objetivo y el propósito del Convenio como sigue:

El presente Convenio tiene por objeto garantizar el pago de una indemnización suficiente por los daños y perjuicios resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente y de prever los medios de prevención y restablecimiento.

78. El Convenio establece un régimen de responsabilidad objetiva por las «actividades peligrosas», debido a que esas actividades constituyen o plantean «un peligro importante para el hombre, el medio ambiente o los bienes». En el artículo 2 define las «actividades peligrosas» y «las sustancias peligrosas»<sup>89</sup>.

79. En lo que respecta al *nexo causal* entre los daños y la actividad, el artículo 10 del Convenio prescribe que «el tribunal tendrá debidamente en cuenta el aumento del peligro de causar los daños que son inherentes a la actividad peligrosa».

80. El artículo 8 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos establece la responsabilidad del Estado patrocinador si ese Estado no cumple determinadas obligaciones.

81. Eso constituye una manera excepcional de determinar la rendición de cuentas del Estado patrocinador, aun cuando teóricamente se deriva de la falta de cumplimiento de obligaciones (responsabilidad por actos ilegales). La diferencia entre la rendición de cuentas y la «responsabilidad» se deriva, en primer lugar, del elemento que pone en marcha la obligación de rendición de cuen-

tas, y en segundo lugar, de las consecuencias de la responsabilidad, agrupando ambos elementos la doctrina de la «responsabilidad civil» y la «responsabilidad» no clásica. En lo que al elemento de iniciación del proceso se refiere, contrariamente a la responsabilidad del Estado, el incumplimiento de una obligación no basta de por sí para acarrear una responsabilidad. Tiene que haber siempre daños o lesiones, elemento *sine qua non* de la doctrina de la responsabilidad civil. En lo que respecta a las medidas correctivas, las normales en cuanto a la responsabilidad estatal —a saber: el cese, la restitución y la indemnización—, en este caso no se obtiene satisfacción. La responsabilidad del Estado patrocinador se suele limitar únicamente a la parte de la responsabilidad no satisfecha por el explotador o, en otro caso, es una consecuencia que se deriva de la doctrina de la responsabilidad subsidiaria. Esto explica el empleo del término «responsabilidad civil» del Estado en lugar de «responsabilidad» de los Estados en la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos<sup>90</sup>.

82. Los Principios 8 y 9 de los Principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre aprobados el 14 de diciembre de 1992 por la Asamblea General en la resolución 47/68 son otro ejemplo que ilustra las diferencias entre los dos tipos de responsabilidad de los Estados. El Principio 8 prescribe una responsabilidad del Estado, a saber que los Estados serán responsables de las actividades nacionales que supongan la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre y deberán asegurar que dichas actividades nacionales se efectúen de conformidad con esos Principios. El Principio 9, titulado «Responsabilidad e indemnización», apunta a un tipo diferente de responsabilidad del Estado. Afirma que un Estado que lanza un objeto espacial, o que gestiona su lanzamiento, y cada Estado desde cuyo territorio o desde cuyas instalaciones se lance un objeto espacial serán «internacionalmente responsables» por los daños causados por esos objetos espaciales o sus componentes. Cuando dos o más Estados lanzan conjuntamente un objeto espacial, su responsabilidad es solidaria. El Principio descansa sobre el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales y se remite a él.

83. Desde que se aprobó el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, un grupo de trabajo especial de expertos jurídicos y técnicos ha venido redactando el protocolo sobre responsabilidad e indemni-

<sup>88</sup> Para el proyecto de convenio —en particular el párrafo 1 del artículo 4—, véase OMI, LEG/CONF.6/3.

<sup>89</sup> El artículo 4 del Convenio indica las excepciones en que no es aplicable. Por ejemplo, el Convenio no se aplica a los daños causados por una sustancia nuclear resultante de un accidente nuclear regulado por el Convenio sobre la responsabilidad de terceros en materia de energía nuclear y su Protocolo Adicional o por la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; ni los daños causados por una sustancia nuclear si la responsabilidad por dichos daños está regulada por el derecho interno y esa responsabilidad resulta tan favorable en lo que respecta a la indemnización como la del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente. Asimismo, el Convenio no se aplica en la medida en que resulta incompatible con las normas del derecho aplicable relativo a la indemnización de los trabajadores a los sistemas de seguridad social.

<sup>90</sup> Para una opinión distinta, véase Goldie, «Transfrontier pollution — from concepts of liability to administrative conciliation», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 12, n.º 2, invierno de 1985, págs. 185 y 186. Según esta opinión, se considera que la responsabilidad «indica un deber o denota las normas que el sistema jurídico impone al desempeño de una función social», mientras que se considera que la responsabilidad civil «designa las consecuencias de una falta de desempeño del deber, o del cumplimiento de las normas de desempeño requeridas». Por consiguiente, la «responsabilidad civil entraña la exposición a un recurso jurídico una vez que se ha establecido la responsabilidad y se han determinado los daños resultantes de una falta de cumplimiento de esa responsabilidad jurídica». Véase también Goldie, *loc. cit.* (nota 87 *supra*).

zación por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación. El objetivo del proyecto de protocolo consiste en establecer un régimen global de responsabilidad y de indemnización adecuado y expedito, comprendida la rehabilitación del medio ambiente, por los daños resultantes del movimiento transfronterizo y la eliminación de desechos peligrosos y otros desechos. El texto del proyecto de protocolo de 1994<sup>91</sup> tiene por finalidad establecer la responsabilidad objetiva. Todas las diversas variantes previstas en el artículo 4 del proyecto de protocolo imponen todas la responsabilidad objetiva.

84. La *segunda categoría* de tratados que abordan la cuestión de la responsabilidad son los tratados que sostienen que los Estados son directamente responsables. Actualmente sólo existe un tratado que corresponda plenamente a esta categoría, a saber: la Convención sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales. Esta Convención es excepcional en el sentido de que otorga a la parte lesionada la posibilidad de optar por presentar una reclamación de indemnización, bien a través de los tribunales internos, bien mediante una reclamación directa sometida al Estado. La propuesta más reciente relativa a un proyecto de protocolo del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación contiene tres variantes con respecto a la responsabilidad en virtud de una de las cuales se considera al Estado que ha otorgado la licencia responsable por los daños causados.

85. La *tercera categoría* de tratados abarca aquellos en que se hace referencia a la responsabilidad sin ninguna aclaración complementaria en cuanto a las normas sustantivas o de procedimiento relativas a la responsabilidad. Estos tratados, aun reconociendo la relevancia del principio de responsabilidad en cuanto al funcionamiento de los tratados, no resuelven la cuestión. Parecen descansar en la existencia en el derecho internacional de normas relativas a la responsabilidad o esperar que esas normas se establecerán. Pertenecen a esta categoría varios tratados. Por ejemplo el Convenio Regional de Kuwait sobre cooperación para la protección del medio marino contra la contaminación estipula que los Estados contratantes cooperarán en la formulación de normas y procedimientos relativos a la responsabilidad civil y a las indemnizaciones por los daños resultantes de la contaminación del medio marino, pero no prescribe esas normas y procedimientos<sup>92</sup>. Requisitos análogos se establecen en el Convenio sobre la prevención de la contaminación del

mar por el vertimiento de desechos y otras materias, el Convenio sobre la protección del medio marino de la zona del mar Báltico, el Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación, la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales y la Convención sobre protección y uso de los cursos de agua y lagos internacionales. Los instrumentos sobre la Antártida consideran la elaboración de normas sobre responsabilidad una condición previa para la exploración y explotación de los recursos minerales de la Antártida.

b) *Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados*

86. El concepto de responsabilidad del Estado actuante por daños ocasionados más allá de su jurisdicción o control territorial parece haber sido objeto de una cierta elaboración en la práctica de los Estados en relación con algunas actividades potencialmente perjudiciales. En algunas fuentes se hace referencia al concepto en términos generales, dejando su aplicación a acontecimientos futuros. En otros contextos se hace referencia al concepto de responsabilidad únicamente en relación con el caso concreto.

87. En el pasado el concepto de responsabilidad se consideraba como una consecuencia de no ejercitar el «debido cuidado» o la «debida diligencia». Al determinar si no se ha ejercido la debida diligencia, los análisis han adoptado un criterio de equilibrio de intereses. Este tipo de ponderación es similar al utilizado para determinar los daños y la permisibilidad de las actividades nocivas a fines de evaluación de las consecuencias. En el asunto del *Alabama claim*, en 1872, figura ya una de las primeras declaraciones acerca de la responsabilidad por no ejercer el debido cuidado. En esa controversia entre los Estados Unidos de América y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda acerca del presunto descuido del Reino Unido en el cumplimiento de su deber de neutralidad durante la guerra civil americana, ambas partes intentaron articular el contenido del concepto de «debida diligencia». Los Estados Unidos sostuvieron que la debida diligencia debía ser proporcional a la magnitud del caso y a la dignidad y fuerza de la Potencia que había de observar dicha diligencia<sup>93</sup>.

<sup>93</sup> Los Estados Unidos mantienen que:

«Las normas del tratado imponían a los neutrales la obligación de ejercer la debida diligencia para impedir ciertos actos. Los Estados Unidos no consideraron que esta declaración cambiase en modo alguno las obligaciones impuestas por el derecho internacional. Los Estados Unidos entienden que la diligencia exigida por las disposiciones del tratado de Washington [de 8 de mayo de 1871 por el cual el Reino Unido y los Estados Unidos aceptaban someter su controversia a arbitraje] es una diligencia debida, es decir, una diligencia que debe guardar proporción con la magnitud del caso y la dignidad y la fuerza de la Potencia que ha de observarla; una diligencia que, mediante el despliegue permanente de una activa vigilancia, así como de todos los demás recursos al alcance de un país neutral, impedirá que su territorio sea violado; una diligencia que, análogamente, impedirá que se cometan actos de guerra en el territorio del país neutral en contra de su voluntad, para evitar la posible consecuencia de verse arrastrado al conflicto; una diligencia que insta al país neutral a tomar medidas enérgicas para descubrir cualquier intención de

<sup>91</sup> UNEP/CHW.3/4 de 24 de octubre de 1994. La OUA redactó una Convención análoga al Convenio de Basilea: la Convención de Bamako sobre la prohibición de la importación a África, la fiscalización de los movimientos transfronterizos y la gestión dentro de África de desechos peligrosos, hecha el 29 de enero de 1991. El artículo 12 de esta Convención aborda la «responsabilidad e indemnización» y prescribe que la Conferencia de las Partes creará un órgano de expertos especial para que prepare un proyecto de protocolo en el que se establezcan normas y procedimientos adecuados con respecto a la responsabilidad y a la indemnización por los daños resultantes del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos.

<sup>92</sup> Véase el artículo XIII del Convenio.

88. Por el contrario, el Gobierno británico sostenía que para demostrar que no se había ejercido la debida diligencia, a efectos de invocar el principio de la responsabilidad de un Estado, debía probarse que el gobierno interesado, a fines de evitar el acto lesivo, no había ejercido la atención y el cuidado que los gobiernos observan ordinariamente en sus asuntos internos<sup>94</sup>.

89. El tribunal se refirió a la «debida diligencia» como un deber que surgía «en proporción directa a los riesgos a que puede quedar expuesto cualquiera de los beligerantes como consecuencia de la inobservancia de los deberes de neutralidad»<sup>95</sup>. De este modo, el concepto de debida diligencia está en función de las circunstancias concretas del caso.

90. La práctica posterior de los Estados no parece presentar demasiados ejemplos de la responsabilidad de los Estados dimanante de la falta de ejercicio del debido cuidado, excepto en la esfera de la protección de extranjeros. En esta categoría de reclamaciones se incluyen la nacionalización y la confiscación de bienes extranjeros, la protección de la policía y la seguridad de los extranjeros, etc., temas que han quedado excluidos del ámbito del presente estudio.

91. En la reclamación contra la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas por los daños causados por la caída del satélite soviético *Cosmos 954* en territorio canadiense en enero de 1978, el Canadá afirmó el principio general de «responsabilidad absoluta» por los daños resultantes de actividades de alto riesgo<sup>96</sup>.

92. Análogamente, en el arbitraje del caso de la *Fundición de Trail* se autorizó a la Fundición a continuar sus

---

perpetrar ciertos actos que su condición de país neutral le debe llevar a repudiar de buena fe, y que le impone la obligación, una vez que cobra conocimiento de la intención de cometer dichos actos, de utilizar todos los medios a su alcance para impedirlo. Ningún tipo de diligencia que deje de responder a los anteriores criterios puede considerarse como «debida», es decir, proporcional a la emergencia o la magnitud de los resultados de la negligencia.» (J. B. Moore, *International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington D.C., 1898, vol. 1, págs 572 y 573.)

<sup>94</sup> «[...] es necesario demostrar que "a fines de impedir un acto que el Gobierno debía tratar de impedir, no se observó el tipo de atención y cuidado que los gobiernos observan ordinariamente en sus asuntos internos, y que puede esperarse razonablemente que ejerza en los asuntos en que están en juego intereses y obligaciones internacionales"» (ibid., pág 610).

<sup>95</sup> Ibid., pág 654

<sup>96</sup> El Canadá alegó lo siguiente

«Se considera que la norma de responsabilidad absoluta por las actividades espaciales, en especial las actividades que implican el uso de la energía nuclear, se ha convertido en un principio general del derecho internacional. Un gran número de Estados, incluidos el Canadá y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, se han adherido a este principio que figura en el *Convenio de 1972 sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales*. El principio de responsabilidad absoluta se aplica a las esferas de actividades que tienen como factor común un alto grado de riesgo. El principio se recoge en numerosos acuerdos internacionales y es uno de "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (Art 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Por consiguiente, este principio ha sido aceptado como un principio general de derecho internacional.» (Véase *International Legal Materials*, Washington D.C., vol 18, pág 907, párr. 22.)

actividades. El tribunal de arbitraje no las prohibió, sino que simplemente las redujo a un nivel tal que los humos emitidos por la fundición ya no afectasen, según el tribunal, a los intereses de los Estados Unidos. En virtud del régimen permanente establecido por el tribunal, se preveía una indemnización por los daños causados a los intereses de los Estados Unidos como consecuencia de las emanaciones de gases, incluso aunque las actividades de la fundición se ajustaran plenamente al régimen permanente definido en la decisión:

A juicio del Tribunal el régimen prescrito eliminará probablemente las causas de la presente controversia y, como se afirmó anteriormente, impedirá probablemente que se produzcan en el futuro daños materiales en el Estado de Washington

Pero como puede suceder que los resultados deseables y previstos del régimen o medida de control, que por la presente han de ser adoptados y mantenidos por la Fundición, no se materialicen, y habida cuenta de que en su respuesta a la pregunta N° 2 el Tribunal ha pedido a la Fundición que se abstenga de ocasionar ningún daño en el Estado de Washington en el futuro, tal como se indica en dicha respuesta, el Tribunal pasa a contestar la pregunta N° 4 y decide que, habida cuenta de las decisiones emitidas por el Tribunal en sus respuestas a las preguntas N° 2 y N° 3, los pagos se efectuarán del modo siguiente: a) si se ha producido algún daño, tal como se define en la pregunta N° 2, desde el 1° de octubre de 1940, o si se produjeren daños en el futuro, bien a consecuencia del incumplimiento por la Fundición de las reglamentaciones prescritas en virtud de la presente, o a pesar del cumplimiento del régimen, se pagará una indemnización por concepto de dichos daños, pero únicamente en el caso de que ambos gobiernos concerten arreglos para el trámite de las reclamaciones de indemnización de conformidad con las disposiciones del artículo XI del Convenio, b) si como consecuencia de la decisión del Tribunal en sus respuestas a las preguntas N° 2 y N° 3 los Estados Unidos juzgan necesario mantener en el futuro a un agente o varios agentes en la zona, a fin de determinar si se han producido efectivamente daños a pesar del régimen prescrito, el costo razonable de dichas investigaciones, que no exceda los 7 500 dólares al año, se pagará a los Estados Unidos en concepto de indemnización, pero únicamente si ambos gobiernos determinan en virtud del artículo XI del Convenio<sup>97</sup> que se ha producido un daño en el año de que se trata debido al funcionamiento de la Fundición, y si se han concertado acuerdos entre ambos gobiernos sobre «el trámite de las reclamaciones de indemnización por daños», aunque la indemnización por los conceptos anteriormente mencionados en ningún caso excederá a la indemnización por daños, en el entendimiento de que, a juicio del Tribunal, dicho pago es únicamente una indemnización en virtud de las respuestas del Tribunal a las preguntas N° 2 y N° 3 (tal como se prevé en la pregunta N° 4) y no constituye una parte de la indemnización por daños que ambos gobiernos deben comprobar y determinar en virtud del artículo XI del Convenio<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> Convenio de 15 de abril de 1935 entre los Estados Unidos de América y el Canadá para un arreglo definitivo respecto a las dificultades provocadas por las reclamaciones relativas a los daños causados en el Estado de Washington por los gases procedentes de la fundición de la «Consolidated Mining and Smelting Company», Trail, Columbia Británica

93. La norma general que ha de aplicarse para imponer responsabilidad a los Estados bajo cuyo control se produce una actividad perjudicial se ve todavía más oscurecida en la decisión del *Canal de Corfú* (fondo). La CIJ consideró que Albania conocía, o debía haber conocido, la presencia de minas en sus aguas territoriales con la suficiente antelación y que debía haber advertido a otros Estados y a sus súbditos al respecto. A juicio de la Corte:

En realidad las autoridades de Albania no tomaron ninguna medida para impedir el desastre. Estas omisiones, de naturaleza grave, activan la responsabilidad internacional de Albania.

---

<sup>97</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol III (n° de venta. 1949 V2), pág 1980.

Por consiguiente, la Corte ha llegado a la conclusión de que Albania es responsable, en virtud del derecho internacional, por las explosiones que se produjeron el 22 de octubre de 1946 en aguas albanesas, así como por los daños y pérdidas de vidas que ocasionaron dichas explosiones, y que Albania tiene la obligación de pagar una indemnización al Reino Unido<sup>98</sup>.

94. Debido a la dificultad y a la naturaleza circunstancial de las pruebas de que Albania tenía conocimiento de la condición peligrosa, no está claro si la responsabilidad se basó en la transgresión del deber de ejercer el debido cuidado en advertir a los demás sujetos internacionales o en una norma de «responsabilidad estricta» sin tener en cuenta el concepto del debido cuidado.

95. En el mismo fallo la CIJ hizo algunas declaraciones generales sobre la responsabilidad de los Estados que revisten considerable importancia. En un pasaje la Corte afirma que «es obligación de todos los Estados impedir que se utilice a sabiendas su territorio para perpetrar actos contrarios a los derechos de otros Estados»<sup>99</sup>. Cabe señalar que estas observaciones se refieren a declaraciones generales de derecho y de política, que no se limitan a un caso concreto. Cuando la Corte decide sobre un caso de conformidad con el Artículo 38 del Estatuto, puede también formular declaraciones generales de derecho. Los pasajes anteriormente mencionados entran en esta categoría. Por consiguiente, cabe concluir que aunque la decisión de la Corte se refiere al punto debatido por las partes en el caso del *Canal de Corfú*, en ella se subraya una cuestión de alcance más general. Se trata de una declaración general sobre la conducta de cualquier Estado que pueda causar daños extraterritoriales.

96. Se ha alegado que los laudos relativos a la *Fundición de Trail* o la decisión sobre el *Canal de Corfú* no respaldan necesariamente la existencia de la responsabilidad objetiva en el derecho internacional. En lo que respecta a la *Fundición de Trail*, según esta opinión, «no era necesario que el Tribunal optara, en un sentido o en otro, entre la responsabilidad objetiva y la negligencia como el requisito normal de cuidado en el derecho internacional»<sup>100</sup>. La decisión sobre el *Canal de Corfú*, según la misma opinión, no aboga por «una teoría del riesgo objetivo, si por tal se entiende que un Estado es automáticamente responsable en el derecho internacional de todas las consecuencias de sus actos, sean cuales sean las circunstancias»<sup>101</sup>. Se ha sugerido asimismo que sobre la base de este fallo, «la posibilidad, por lo menos, sigue existiendo [...] de que la defensa del cuidado razonable pueda ser planteada por el Estado demandado»<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> C.I.J. Recueil 1949, pág. 23.

<sup>99</sup> Ibid., pág. 22.

<sup>100</sup> Véase M. J. L. Hardy, «International protection against nuclear risks», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 10, 4.ª parte, 1961, pág. 751. Véase también el mismo autor, «Nuclear liability: the general principles of law and further proposals», *The British Year Book of International Law, 1960* (Londres, Nueva York, Toronto), 36.º año, 1961, págs. 223 y ss.

<sup>101</sup> Véase Hardy, «International protection...» (nota 100 *supra*).

<sup>102</sup> Véase Hardy, «Nuclear liability ...» (nota 100 *supra*), pág. 229.

97. Contrariamente a esta opinión, se ha argumentado que en ambos casos la responsabilidad se impuso sin prueba de negligencia<sup>103</sup>. En lo que respecta a la opinión manifestada acerca del *Canal de Corfú* (párr. 96 *supra*), se ha señalado a la atención las opiniones disidentes de los magistrados Winiarski<sup>104</sup> y Badawi Pasha<sup>105</sup> en las que se afirmaba que Albania no había infringido ningún deber de cuidado, que había cumplido las normas vigentes del derecho internacional y que la Corte está imponiendo normas innovadoras y superiores. Se había observado que en este caso el Estado demandante no «había demostrado positivamente la negligencia o intención culposa del demandado»<sup>106</sup>.

98. Por otra parte, el Tribunal que entendió del caso del *Lago Lanós*, en respuesta al alegato de España de que los proyectos franceses entrañarían un riesgo anormal para los intereses españoles, declaró que únicamente la falta de diligencia en tomar las precauciones de seguridad necesarias hubiera comprometido la responsabilidad de Francia en el caso de que se hubieran infringido realmente los derechos españoles<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> Véase Hardy, «Nuclear liability ...» (nota 100 *supra*), pág. 229.

<sup>103</sup> Véase Goldie, *loc. cit.* (nota 25 *supra*), pág. 1231.

<sup>104</sup> C.I.J. Recueil 1949, págs. 49 a 52 y 55 y 56.

<sup>105</sup> Ibid., págs. 64 a 66.

<sup>106</sup> Goldie, *loc. cit.* (nota 25 *supra*), pág. 1230. Sohn y Baxter, en 1961, evaluaron la posición en el derecho internacional con respecto a la responsabilidad objetiva. Indicaron como cuestión de *lex ferenda*:

«El concepto de responsabilidad absoluta, o responsabilidad sin culpa, debería poder aplicarse a dos tipos generales de situaciones: la primera sería una violación del territorio del Estado A por el Estado B con daños resultantes a los bienes o a la vida en el Estado A, incluso si el Estado B no tenía la intención de violar el territorio o de causar los daños resultantes y había tomado todas las precauciones posibles contra la provocación de perjuicios. Con relación a la tecnología moderna, podría imaginarse un caso de este tipo si un misil que estaba poniendo a prueba [*sic*] el Estado B penetrara, sin deberse a intención o negligencia por parte del Estado B, en el espacio aéreo del Estado A, cayera a tierra y causara lesiones a nacionales del Estado A. El segundo ejemplo en el que podría existir una responsabilidad absoluta sería la realización de actividades extraordinariamente peligrosas con daños resultantes para extranjeros. Una prueba de ensayos nucleares en la alta mar que produjera lesiones a extranjeros podría considerarse que representaba un caso de responsabilidad absoluta, a pesar de la falta de intención de causar el daño y de la falta de negligencia en la realización de las pruebas.» (Sohn y Baxter, «Convention on the international responsibility of States for injuries to aliens» [proyecto N.º 12 con notas explicativas] de 15 de abril de 1961, págs. 70 y 71, citado por Goldie, *loc. cit.*, pág. 1231, nota 153.)

<sup>107</sup> El Tribunal declaró lo siguiente:

«La cuestión se trató de soslayo en la contramemoria de España, en que subrayaron la «extraordinaria complejidad» de los procedimientos de control, su carácter «excesivamente oneroso» y el «riesgo de daños o de negligencia en el manejo de las compuertas, y de obstrucción en el túnel». Pero nunca se ha pretendido que las obras previstas ofrezcan un carácter o representen riesgos distintos a los de otras obras del mismo género que existen actualmente en todo el mundo. No se ha afirmado claramente que las obras propuestas representarían un riesgo anormal para las relaciones de vecindad o la utilización de las aguas. Como se ha comprobado anteriormente, las garantías técnicas para la restitución de las aguas son todo lo satisfactorias que cabe pedir. Si a pesar de las precauciones que se han adoptado se produce un accidente en la restitución de las aguas, dicho accidente sólo puede ser de naturaleza casual y, en opinión de ambas partes, no constituiría una violación del artículo 9.» [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), párr. 303, párr. 6 de la sentencia.]

99. En otras palabras, no cabe hablar de responsabilidad mientras se hayan tomado todas las precauciones posibles para evitar que se produzcan los daños. Aunque la autoridad del Tribunal había sido limitada por las partes al examen de la compatibilidad de las actividades de Francia en el río Carol con un tratado, el Tribunal hizo también mención de las actividades peligrosas. En el pasaje citado anteriormente, el Tribunal declaró que: «no se había afirmado claramente que las obras propuestas [por Francia] representarían un riesgo anormal para las relaciones de vecindad o la utilización de las aguas». Este pasaje puede interpretarse en el sentido de que el Tribunal opinó que las actividades anormalmente peligrosas constituyen un problema especial, y si España hubiera determinado que el proyecto francés propuesto conllevaba un riesgo anormal de daños en España, tal vez la decisión del Tribunal habría sido distinta.

100. En el asunto de los *Essais nucléaires*, la CIJ, al dictar la Orden de 22 de junio de 1973, recogió la exposición hecha por Australia de sus preocupaciones de que

las explosiones nucleares atmosféricas llevadas a cabo por Francia en el Pacífico habían causado lluvia radiactiva generalizada en el territorio australiano y en otras partes del hemisferio sur, habían originado concentraciones mensurables de radioelementos en los productos alimentarios y en el hombre y habían aumentado la dosis de radiación de habitantes de ese hemisferio y de Australia en particular; que el material radiactivo depositado en territorio australiano podía ser potencialmente peligroso para Australia y su población y todo daño causado por el mismo sería irreparable; que la realización de los ensayos nu-

cleares franceses en la atmósfera creaba ansiedad y preocupación en la población australiana; que los efectos de los ensayos nucleares franceses en los recursos del mar o en las condiciones del medio ambiente serían irreversibles y el pago de indemnización no remediaría la situación; y que nada podía alterar el hecho de que Francia había violado los derechos de Australia y su población a la libertad de circulación por la alta mar y en el espacio aéreo suprayacente<sup>108</sup>.

En su opinión disidente, el magistrado Ignacio-Pinto, si bien expresó la opinión de que la Corte carecía de jurisdicción para ocuparse del caso, declaró que

si la Corte adoptase la tesis de la demanda de Australia se aproximaría a una nueva concepción del derecho internacional por la cual se prohibiría a los Estados el ejercicio de toda actividad que entrañara riesgos en el marco de su soberanía territorial; pero ello equivaldría a conceder a todo Estado el derecho de intervenir preventivamente en los asuntos nacionales de otros Estados.

Declaró además que

en el estado actual del derecho internacional, el «recelo» de un Estado o la «ansiedad», «el riesgo de radiación atómica», no bastan a mi juicio para constituir la justificación de un derecho superior que se imponga a todos los Estados y limite su soberanía en materia de ensayos nucleares en la atmósfera. Quienes sostienen la opinión contraria representan quizá la proa o la vanguardia de un sistema de desarrollo gradual del derecho internacional, pero no es admisible que se tengan en cuenta sus deseos para modificar el estado actual del derecho<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> *Essais nucléaires (Australia c. Francia), medidas provisionales, providencia de 22 de junio de 1973, C.I.J. Recueil 1973*, pág. 104. La Corte no se pronunció sobre el fondo del asunto.

<sup>109</sup> *Ibid.*, pág. 132.

## CAPÍTULO II

### La parte que es responsable

101. Al examinar la cuestión de la parte responsable se hizo alusión al «principio de quien contamina paga», principio elaborado inicialmente por la OCDE en 1972. Este principio es diferente al principio de la responsabilidad del explotador prescrito en muchos convenios sobre responsabilidad civil. En consecuencia, el presente capítulo presenta un cuadro general del «principio de quien contamina paga» y examina a continuación la cuestión de la parte que es responsable en el derecho internacional.

#### A.—El «principio de quien contamina paga»

##### 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

102. El Consejo de la OCDE enunció en 1972 el «principio de quien contamina paga». En su Recomendación C(72) 128, de 26 de mayo de 1972<sup>110</sup>, la OCDE aprobó los Principios directores relativos a los aspectos económicos internacionales de las políticas ambientales, en los términos siguientes:

El principio que se debe utilizar para asignar los costos de las medidas de prevención y lucha contra la contaminación con el fin de promover la utilización racional de los recursos ambientales escasos y evitar la distorsión del comercio internacional y las inversiones es el llamado «principio de quien contamina paga». Este principio significa que el contaminador

debe soportar los gastos de aplicación de las medidas mencionadas decididas por las autoridades públicas para velar por que el medio ambiente se encuentre en un estado aceptable. En otras palabras, el costo de estas medidas debe reflejar el costo de los bienes y servicios que causan contaminación en la producción y/o el consumo. Esas medidas no deben ir acompañadas de subvenciones que crearían una considerable distorsión en el comercio y en las inversiones internacionales.

103. Este principio sostiene que el contaminador que crea un daño ambiental debe responder del pago de una indemnización y el costo para remediar el daño. Este principio fue establecido por la OCDE como un principio económico y como la forma más eficaz de asignar los costos de las medidas de prevención y lucha contra la contaminación para garantizar una utilización racional de los recursos ambientales escasos y evitar distorsiones en el comercio y las inversiones internacionales. La base del principio de quien contamina paga fue la «afirmación de que, como cuestión de política económica, la internacionalización del mercado libre de los costos de las medidas técnicas impuestas por las autoridades públicas es preferible a las deficiencias y distorsiones competitivas de las subvenciones estatales»<sup>111</sup>.

<sup>110</sup> Reproducida en *OECD and the Environment*, París, 1986, págs. 27 y ss.

<sup>111</sup> Sanford E. Gaines, «The polluter-pays principle: from economic equity to environmental ethos», *Texas International Law Journal*, vol. 26, n.º 3, verano de 1991, pág. 470.

104. El principio de quien contamina paga no se estableció como una responsabilidad o un principio jurídico. El 14 de noviembre de 1974, el Consejo de la OCDE aprobó su recomendación C(74)223, sobre la aplicación del principio<sup>112</sup>, en la que, entre otras cosas, se reafirma lo siguiente:

1. El principio de quien contamina paga constituye para los países miembros el principio fundamental para asignar los costos de las medidas de prevención y lucha contra la contaminación introducidas por las autoridades públicas en los países miembros.

2. El principio de quien contamina paga, tal como se define en el principio director relativo a los aspectos económicos internacionales de la política ambiental, que tiene en cuenta los problemas particulares que pueden surgir para los países en desarrollo, significa que el contaminador debe pagar los gastos de la aplicación de las medidas, tal como se especifica en el párrafo anterior, para velar por que el medio se encuentre en un estado aceptable. En otras palabras, el costo de esas medidas debe reflejarse en el costo de los bienes y servicios que causa la introducción y/o consumo de contaminación.

105. De acuerdo con la recomendación, la aplicación uniforme de este principio por los países miembros en sus políticas ambientales es indispensable para lograr su aplicación. Se desalienta a los Estados a que proporcionen alivios financieros sea en forma de subvenciones o fiscales a sus industrias causantes de contaminación. El objetivo económico es internalizar el costo de la contaminación ambiental. La internalización, en este contexto, se refiere a la industria que causa la contaminación. Con excepción de algunos pocos casos, desalienta a los Estados a que presten asistencia a la industria en el pago de ese costo. Con arreglo a esta teoría económica, el costo de la lucha contra la contaminación será soportado por los usuarios de los bienes y servicios producidos por esa industria.

106. El 7 de julio de 1989, el Consejo de la OCDE aprobó su recomendación C(89)88<sup>113</sup> que amplió el alcance del principio de quien contamina paga más allá de la contaminación crónica causada por las actividades corrientes para cubrir la contaminación accidental. Los Principios directores relacionados con la contaminación accidental, que figuran en el apéndice de la recomendación, prescriben lo siguiente, en el párrafo 4:

En asuntos relacionados con los riesgos de contaminación accidental, el principio de quien contamina paga entraña que el explotador de una instalación peligrosa debe soportar el costo de las medidas razonables para prevenir y combatir la contaminación accidental desde esa instalación que son instituidas por las autoridades públicas en los países miembros de conformidad con el derecho interno antes de que se produzca un accidente a fin de proteger la salud humana y el medio ambiente.

107. Los Principios directores establecen que, por razones de conveniencia, el explotador o el administrador debe soportar el costo de estas medidas. Cuando un tercero es responsable del accidente, ese tercero reembolsa al explotador el costo de las medidas razonables para combatir la contaminación accidental adoptadas después de un accidente (párr. 6). Se prescribe asimismo que si la contaminación accidental es causada exclusivamente por un acontecimiento del que el explotador obviamente no

puede considerarse responsable con arreglo al derecho nacional, como un desastre natural grave que el explotador no puede razonablemente haber previsto, es compatible con el principio de quien contamina paga que las autoridades públicas no carguen el costo de las medidas de control al explotador.

108. El Consejo de las Comunidades Europeas aprobó también su propia recomendación sobre la aplicación del principio de «quien contamina paga» en 1974. La recomendación del Consejo, de 3 de marzo de 1975, relativa a la imputación de los costes y la intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente, definía al «contaminador» como «alguien que causa directa o indirectamente daños al medio ambiente o que crea unas condiciones conducentes a esos daños» (anexo, párr. 3)<sup>114</sup>. Esta es una definición amplia que se ha criticado porque puede incluir a los conductores de automóviles y a los agricultores y propietarios de fábricas así como a las plantas comunitarias de tratamiento de aguas residuales<sup>115</sup>.

109. Si no es posible determinar con claridad la categoría de los contaminadores responsables, el Consejo de las Comunidades Europeas precisa, en la recomendación arriba mencionada, que, cuando «resulta imposible o extremadamente difícil, y por tanto arbitrario, determinar quién es el contaminador, particularmente cuando la contaminación del medio ambiente tiene su origen en varias causas simultáneas, la contaminación acumulada, o en varias causas consecutivas, la cadena de la contaminación, el costo de la lucha contra la contaminación debe ser soportado por medios jurídicos o administrativos que ofrezcan la mejor solución desde los puntos de vista administrativo y económico y que aporten la contribución más eficaz a la mejora del medio ambiente» (anexo, párr. 3)<sup>114</sup>.

110. En consecuencia, en el caso de cadenas de contaminación, los costos se deberían cargar en el punto en que el número de explotadores económicos es menor y el control más fácil o, de lo contrario, en el punto en el que la aportación al mejoramiento del medio ambiente resulta más eficaz y en el que se evitan las distorsiones de la competencia.

111. En lo que concierne a lo que deben pagar los contaminadores, el Consejo de las Comunidades Europeas prescribe lo siguiente en su recomendación (anexo, párr. 5)<sup>114</sup>:

5. Los contaminadores estarán obligados a soportar [...]:

a) Los gastos de las medidas de lucha contra la contaminación (inversión en instalaciones y equipo anticontaminante, introducción de nuevos procedimientos, costo de funcionamiento de las instalaciones anticontaminantes, etc.), incluso cuando superen a las normas establecidas por las autoridades públicas;

b) Las cargas.

<sup>112</sup> Reproducida en *OECD and the Environment*, Paris, 1986, pág. 31.

<sup>113</sup> OCDE/GD(92)81.

<sup>114</sup> *Journal officiel des Communautés européennes*, 18.º año, n.º L194, 25 de julio de 1975, págs. 1 a 4.

<sup>115</sup> Véase Gaines, *loc. cit.* (nota 111 *supra*), pág. 472.

Los costos que ha de soportar el contaminador (con arreglo al principio de quien contamina paga) deben incluir todos los gastos necesarios para alcanzar un objetivo de calidad ambiental, con inclusión de los costos administrativos directamente relacionados con la aplicación de las medidas anticontaminantes.

Los costos en que incurran las autoridades públicas para construir, comprar y poner en funcionamiento instalaciones de supervisión y vigilancia de la contaminación podrán, no obstante, ser sufragados por esas autoridades.

112. La Comunidad Europea se ha adherido al principio de quien contamina paga. Así se señala en el Acta Única Europea que modificó el Tratado de Roma. El Acta otorgaba a la Comunidad Europea por primera vez la facultad expresa de regular los asuntos ambientales. El Acta se refería concretamente al principio de quien contamina paga como un principio que rige esas normas reglamentarias y establece que la «política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente [...] se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga» (art. 130 R, párr. 2). La Comunidad Europea ha venido aplicando también el principio de quien contamina paga a las fuentes de contaminación. Por ejemplo, la Comunidad ha aprobado una directiva en la que se ordena expresamente a los Estados Miembros que impongan los costos de la lucha contra los desechos al poseedor de los desechos y/o a los poseedores anteriores o al generador de los desechos de conformidad con el principio de quien contamina paga<sup>116</sup>.

113. En la práctica el principio de quien contamina paga no se ha aplicado plenamente. En 1989, la OCDE observó que los gobiernos recurrían ampliamente a subvenciones para aliviar la carga económica del contaminador. Además, en la práctica, todos los Estados Miembros de la Comunidad Europea han adoptado asimismo su propia interpretación del principio de quien contamina paga «para justificar sus sistemas de subvenciones como compatibles con el principio»<sup>117</sup>.

114. Los Estados Unidos de América no reconocen oficialmente el principio de quien contamina paga, aunque, en la práctica, aplican sus preceptos<sup>118</sup>. El Japón, otro miembro de la OCDE, parece haber ignorado el principio de quien contamina paga como un mandato de política concreto y, de hecho, aplica una política de fuerte intervención pública en el sector industrial.

115. Como se ha mencionado anteriormente, la aplicación del principio de quien contamina paga se ha extendido a la contaminación ambiental accidental que incluye la contaminación industrial tanto por la OCDE como por la Comunidad Europea<sup>119</sup>.

116. Se debe señalar, sin embargo, que la responsabilidad y los componentes de indemnización del principio de quien contamina paga sólo cubren dos tipos de costos: a) el costo de las «medidas razonables para prevenir la contaminación accidental» [recomendación C(89)88 del Consejo de la OCDE<sup>120</sup>]; y b) el costo del control y la reparación de la contaminación accidental<sup>120</sup>. El principio de quien contamina paga no parece cubrir todos los daños que son recuperables en los regímenes de responsabilidad civil. Los principios de orientación excluyen expresamente, por ejemplo, las medidas destinadas a indemnizar a las víctimas de las consecuencias económicas de un accidente, incluso cuando esas medidas son instituidas por autoridades públicas<sup>121</sup>.

117. La OCDE y la Comunidad Europea han abandonado, en cierta medida, la aplicación estricta del principio de quien contamina paga. Debido a presiones políticas y económicas, el principio se ha matizado considerablemente<sup>122</sup>.

## 2. ELEMENTOS INTEGRANTES DEL PRINCIPIO DE QUIEN CONTAMINA PAGA

### a) *El derecho a la igualdad de acceso*

118. La igualdad de acceso a las reparaciones nacionales se ha considerado una manera de aplicar el principio de quien contamina paga. Este recurso ha sido aprobado por

<sup>116</sup> Directiva del Consejo de 6 de diciembre de 1984 sobre el control dentro de la Comunidad Europea del transporte transfronterizo de desechos peligrosos, *Journal officiel des Communautés européennes*, 27.º año, n.º L326, 13 de diciembre de 1984, págs. 31 a 36.

<sup>117</sup> Véase Gaines, *loc. cit.* (nota 111 *supra*), pág. 479.

<sup>118</sup> *Ibid.*, pág. 480. Según Gaines, existe una excepción —a saber el programa de subvenciones para el tratamiento de aguas residuales de la construcción en el marco de la Ley de agua salubre (CWA)—, que prácticamente no otorga ninguna subvención para la lucha contra la contaminación. En las modificaciones de 1990 de la Ley de lucha contra la contaminación atmosférica (CAA) igualmente el Congreso estableció una estructura de derechos por obtención de un permiso que se adhiere estrechamente al principio de quien contamina paga.

<sup>119</sup> Véase la recomendación C(89)88 del Consejo de la OCDE sobre la aplicación del principio de quien contamina paga a la contaminación accidental (nota 113 *supra*). En 1991 la Comunidad Europea modificó la directiva propuesta por el Consejo de las Comunidades Europeas sobre la responsabilidad civil por los daños causados por los desechos [COM(1991) 219 final] que se basa igualmente en principios similares al de quien contamina paga. Véase Gaines, *loc. cit.* (nota 111 *supra*), págs. 482 y 483.

<sup>120</sup> Véase Gaines, *loc. cit.* (nota 111 *supra*), pág. 483. Gaines señala que parte de los costos de la lucha contra la contaminación accidental pueden tener un carácter preventivo, pero algunos otros pueden estar fuertemente orientados a la reparación. Entre los costos mencionados en las directrices sobre los principios relativos a la contaminación accidental (OCDE) figuran, por ejemplo, los costos que entraña la rehabilitación del medio ambiente contaminado. La elección y los tipos de medidas de rehabilitación ambiental alejan bastante el principio de quien contamina paga del concepto de responsabilidad por el que deben pagar los contaminadores. En la legislación de los Estados Unidos de América, por ejemplo, si una fuente de contaminación accidental es responsable de la restauración del medio ambiente, esa responsabilidad se considera una medida de indemnización del daño infligido y no una medida de prevención o de protección. Un método análogo es patente en la sección de recursos naturales de la ley de los Estados Unidos que impone la responsabilidad de los costos de reparación de la limpieza de los desechos peligrosos. Por ejemplo, en el caso *Ohio c. Departamento del Interior*, la Corte sostuvo que el costo de la restauración era la mejor medición de los daños [880 F.2d 432, en la página 444 (D.C. Cir. 1989)].

<sup>121</sup> Gaines, *loc. cit.* (nota 111 *supra*), págs. 483 a 485.

<sup>122</sup> *Ibid.*

la OCDE y tiene por finalidad dar un trato equivalente en el país de origen a las víctimas extranjeras y nacionales de los daños causados por la contaminación o a los que es probable se vean afectados por dichos daños. El derecho a la igualdad de acceso puede entrañar acceso a la información, participación en las audiencias administrativas y en los procedimientos judiciales y la aplicación de normas no discriminatorias para determinar la ilegalidad de la contaminación nacional y transfronteriza. El objetivo del derecho a la igualdad de acceso es proporcionar a los demandantes extranjeros, en pie de igualdad con los demandantes nacionales, oportunidades para influir en el proceso de iniciación, utilización y realización de actividades con repercusiones transfronterizas en lo que concierne a los daños causados por la contaminación al igual que, en última instancia, en la fase litigiosa.

119. La aplicación del principio de igualdad de acceso a las reparaciones nacionales exige que los Estados participantes eliminen las barreras jurisdiccionales a los procedimientos civiles por daños y perjuicios y a otros recursos con respecto a los daños ambientales. Por ejemplo, los tribunales de algunos Estados no entienden de casos en los que la instalación se encuentra en un territorio extranjero o en los que el acto causante del daño se haya cometido en el extranjero.

120. La recomendación C(76)55(Final) de la OCDE sobre la igualdad de acceso en materia de contaminación transfronteriza, de 11 de mayo de 1976<sup>123</sup>, señala que los principios del derecho de igualdad de acceso y de no discriminación tienen por objeto facilitar la solución de los problemas causados por la contaminación transfronteriza. En cuanto al principio de la igualdad de acceso, la OCDE define su objetivo de la manera siguiente: el principio tiene por finalidad poner a disposición de las víctimas reales o potenciales de la contaminación transfronteriza, que se encuentran en un país distinto del país donde tiene su origen la contaminación, los mismos procedimientos administrativos o legales de los que disfrutaban las «víctimas» reales o potenciales de una contaminación análoga en el país donde tiene su origen esa contaminación; la aplicación del principio conduce, en particular, a una situación en la que dos «víctimas» de la misma contaminación transfronteriza situadas en los lados opuestos de una frontera común tienen las mismas posibilidades de expresar sus opiniones o de defender sus intereses tanto en la etapa preventiva, antes de que se haya producido la contaminación, como en la etapa curativa, después de haber sufrido el daño; las «víctimas» nacionales y extranjeras podrán participar, en consecuencia, en pie de igualdad, en las investigaciones o en las audiencias públicas organizadas, por ejemplo, para examinar el impacto ambiental de una actividad contaminante dada, podrán incoar procedimientos en relación con decisiones ambientales que desean impugnar sin discriminación ante las autoridades administrativas y jurídicas competentes del país en el que tiene su origen la contaminación; por último, las víctimas podrán incoar una

acción legal para obtener una indemnización por los daños o para que éstos cesen.

121. La OCDE reconoce que el principio de la igualdad de acceso es esencialmente un principio procesal, puesto que afecta a la manera de examinar el fondo de las reclamaciones de la víctima. El principio del derecho a la igualdad de acceso se ha concebido principalmente para abordar los problemas ambientales que se producen entre Estados vecinos. La proximidad geográfica supone cierta afinidad y semejanza entre los sistemas jurídicos de los Estados vecinos y ciertas semejanzas entre sus políticas de protección del medio ambiente. Un buen ejemplo es el Convenio sobre la Protección del Medio Ambiente concertado entre los países miembros del Consejo Nórdico. La aplicación de este principio con respecto a los problemas de contaminación a larga distancia puede no resultar práctica o satisfactoria.

122. En cuanto al principio de no discriminación, la OCDE indicó que tiene principalmente por objeto velar por que se otorgue al medio ambiente por lo menos la misma protección cuando la contaminación tiene repercusiones más allá de la frontera que cuando se produce dentro del territorio en el que se origina, en igualdad de condiciones; un resultado concreto de la aplicación del principio es que un contaminador situado cerca de la frontera de un país no será sometido a restricciones menos estrictas que un contaminador situado en el interior de ese país en una situación en la que ambos contaminadores producen efectos similares en el medio ambiente, sea en el propio país o en el extranjero; el principio implica, de hecho, que las políticas ambientales, para que sean coherentes, no deben ser menos estrictas en las regiones fronterizas debido a que ello induce a los Estados a considerar en pie de igualdad a los daños ecológicos extraterritoriales y a los daños ecológicos nacionales; un segundo objetivo del principio es velar por que las víctimas de la contaminación transfronteriza situadas en un país extranjero reciban por lo menos el mismo trato que el que se otorga a las víctimas de la misma contaminación que encuentran en el país donde tiene su origen la contaminación. En concreto, ese enfoque induce a que las víctimas de la contaminación transfronteriza reciban por lo menos la misma indemnización que la que se otorga a una víctima que sufre los mismos daños en las mismas condiciones dentro del territorio nacional.

123. El principio de no discriminación apunta a la armonización de las políticas estatales de protección del medio ambiente dentro o fuera de su territorio. Apunta también a garantizar que los extranjeros que sufren los daños reciban el mismo trato que se proporciona con arreglo al derecho interno del Estado en el que tienen su origen los daños a sus propios ciudadanos. En cierta medida, existe una analogía con el trato nacional de los extranjeros en las leyes sobre la responsabilidad de los Estados. Cabe recordar que existen dos opiniones con respecto al trato de los extranjeros con arreglo al derecho internacional de la responsabilidad del Estado. Según la primera opinión se debe dar a los extranjeros el mismo trato que se da en el derecho interno del Estado receptor a sus nacionales. La otra opinión opta por una norma mínima de tratamiento que se concederá a los extranjeros cuando el derecho

<sup>123</sup> Reproducida en *OECD and the environment* (nota 110 *supra*), págs. 169 y 170.

del Estado receptor prevea una norma inferior a la norma internacional mínima. El principio de no discriminación, en el contexto de la contaminación del medio ambiente, puede compararse con el principio de igualdad de trato en el derecho relativo a la responsabilidad del Estado. El principio de no discriminación, aunque se refiere a derechos sustantivos de los demandantes, no afecta al fondo de la reclamación directamente. Sin embargo, la secretaria de la OCDE sugiere que los reclamantes deben disponer de cauces en virtud de la igualdad del derecho de acceso para pedir al gobierno y a las autoridades administrativas de los Estados donde se originó el daño que cambien su derecho sustantivo y para estimular a sus gobiernos a que negocien con el gobierno del Estado del contaminador.

124. El problema que puede plantear la aplicación del principio de no discriminación en el ámbito del medio ambiente reside en que a veces existen diferencias drásticas entre los remedios sustantivos que se proporcionan en los diversos Estados. Una vez más, como este principio estaba destinado a aplicarse entre Estados vecinos, se dio por supuesto que existirían ciertas afinidades incluso entre el derecho sustantivo de los diversos Estados involucrados o por lo menos un intento por su parte de armonizar su legislación interna con respecto a la protección del medio ambiente. Una aplicación amplia de este principio con relación a los problemas de contaminación a larga distancia así como entre Estados vecinos con políticas y leyes ambientales muy diversas crearía considerables problemas.

125. En este contexto se debe hacer mención de las diferencias entre las leyes ambientales de los Estados Unidos y México o entre las de algunos Estados de Europa occidental y sus vecinos de Europa oriental. Incluso entre Estados europeos, la aplicación del principio ha impuesto la necesidad de introducir algunos cambios en las leyes internas. La OCDE realizó un estudio comparativo sobre la aplicación del principio de la igualdad del derecho de acceso en 17 países miembros de la Organización, y llegó a la conclusión de que en algunos países se podía tropezar con dificultades para aplicar este principio. La primera dificultad estaba relacionada con la larga tradición de algunos países, en los que los tribunales administrativos no tenían jurisdicción para entender de casos relacionados con los efectos extraterritoriales de decisiones administrativas. Una segunda dificultad, que se da en unos pocos países, se deriva de conferir una jurisdicción exclusiva a los tribunales del lugar donde se produce el daño. La OCDE, aun reconociendo las dificultades, apoyaba y respaldaba la aplicación del principio de la igualdad del derecho de acceso entre sus miembros.

126. En América del Norte, el Canadá y los Estados Unidos han tratado de armonizar sus leyes para prescribir la aplicación del principio de la igualdad del derecho de acceso. Una ley uniforme de los Estados Unidos y el Canadá de interés común sobre los movimientos transfronterizos proporciona un modelo para los legisladores. La ley sobre el derecho de reciprocidad en materia de contaminación transfronteriza ha servido de modelo para algunos Estados de los Estados Unidos, con inclusión de los de Nueva Jersey, Colorado y Wisconsin. En el plano

internacional escasean más los ejemplos. No obstante, cabe mencionar el Convenio sobre la protección del medio ambiente y el Acuerdo sobre la responsabilidad de terceros en materia de energía nuclear, entre Suiza y la República Federal de Alemania. Existe por lo menos un acuerdo bilateral —el Tratado relativo a las aguas fronterizas y a cuestiones relativas a la frontera entre el Canadá y los Estados Unidos de América, firmado el 11 de enero de 1909 entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda y los Estados Unidos— que prescribe la igualdad del derecho de acceso, pero que no se limita exclusivamente a la contaminación ambiental.

127. El derecho a acceso igual no deja de plantear problemas. Algunos autores han mencionado que el acceso igual favorece los litigios contra los demandados en el Estado donde se lleva a cabo la actividad que causa el daño transfronterizo. Estos autores alegan que los tribunales del Estado de los demandados pueden tender a favorecerlos y estar menos informados acerca del alcance del daño transfronterizo. Sugieren que estas consideraciones se tuvieron en cuenta en el régimen de jurisdicción establecido con arreglo al Convenio de 1969 sobre responsabilidad, con arreglo al cual los demandantes podían optar por incoar un juicio ante sus propios tribunales. Otros problemas guardan relación con las restricciones a la entrega de la convocatoria a un proceso a demandados extrajeros, la posibilidad de que se pueda invocar la inmunidad soberana si el demandado es una empresa estatal, la norma de la posibilidad de presentar una doble acción, la renuencia de los tribunales a otorgar desagravios relacionados con actividades en otros Estados y la dificultad de obtener el cumplimiento o reconocimiento de las sentencias. Estas cuestiones es posible que haya que resolverlas en el marco de un proyecto de convenio particular, como sucede, por ejemplo, en el Convenio de 1969 sobre responsabilidad.

128. Se ha sugerido que el demandante puede optar entre la jurisdicción de sus propios tribunales o la de los tribunales del Estado en el que se ha realizado la actividad que ha provocado el daño transfronterizo. En general, las convenciones sobre la responsabilidad civil no prevén esta opción del demandante. Sólo la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares<sup>124</sup> y el Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos prevén una elección de jurisdicción. En general los convenios y convenciones sobre responsabilidad nuclear confieren jurisdicción únicamente al Estado donde se ha producido el accidente nuclear causante de los daños. Esto significa normalmente el Estado

<sup>124</sup> Un comentario de la Convención figura en P. C. Szasz, «The Convention on the liability of operators of nuclear ships», *Journal of maritime law and commerce*, Silver Springs (Md.), vol. 2, n.º 3, abril de 1971, págs. 541 a 570; y S. Cigoj, «International regulation of civil liability for nuclear risk», *The International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 14, 3.ª parte, julio de 1965, págs. 809 a 844.

donde está ubicada la instalación nuclear salvo en el caso del material nuclear en tránsito<sup>125</sup>.

129. En lo que respecta a la práctica en el plano internacional, ni la Declaración de Estocolmo<sup>78</sup> ni la Declaración de Río<sup>79</sup> reconocen el principio del derecho a la igualdad de acceso. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar parece sostener el requisito de un acceso igual en su párrafo 2 del artículo 235 que dice lo siguiente:

Los Estados asegurarán que sus sistemas jurídicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino por personas naturales o jurídicas bajo su jurisdicción.

#### b) Responsabilidad civil

130. Los regímenes de responsabilidad civil se han considerado como un método de aplicar el principio de quien contamina paga. Estos regímenes se han utilizado en relación con la contaminación nuclear y causada por los hidrocarburos. Se ha alegado que las convenciones relativas a la responsabilidad civil no aplican forzosamente el principio de quien contamina paga, puesto que los Estados y otras fuentes que aportan contribuciones voluntarias pagan por el contaminador.

### B.—Responsabilidad del explotador

131. En algunas de las leyes internas que han adoptado el concepto de la responsabilidad objetiva, el explotador de la actividad es responsable de los daños causados. La definición de explotador cambia según la índole de la actividad. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, con arreglo a la ley *OPA*<sup>126</sup>, se pueden considerar responsables las personas siguientes: a) las partes responsables como el propietario o el explotador de un buque, una instalación costera o en alta mar, un puerto de aguas profundas y tuberías; b) el «garante», la «persona distinta de la parte responsable que aporta pruebas de la responsabilidad financiera de una parte responsable»; y c) terceros (personas distintas de las mencionadas en las dos primeras categorías, sus agentes o empleados o sus contratistas independientes, cuya conducta es la causa única de los perjuicios).

132. También en los Estados Unidos la ley *CERCLA* impone la responsabilidad a los propietarios y explotadores de buques e instalaciones<sup>127</sup>. Los términos «propietario» y «explotador» se definen como:

i) en el caso de un buque, cualquier persona que sea propietaria, explote o flete ese buque;

ii) en el caso de una instalación costera o de una instalación en alta mar, cualquier persona que sea propietaria o que explote la instalación<sup>128</sup>.

133. Ambas leyes mencionadas autorizan una acción directa contra el garante financiero de la persona responsable.

134. Con arreglo al artículo 1 de la Ley de responsabilidad ambiental de Alemania de 1990, el «propietario» de las «instalaciones» que han causado el daño es objetivamente responsable<sup>129</sup>.

135. En el derecho internacional, con muy pocas excepciones, los explotadores son tenidos por responsables de los daños que causan sus actividades. Esto es particularmente evidente en la práctica de los tratados.

#### 1. PRÁCTICA DE LOS TRATADOS

136. El explotador de las actividades que causan daños extraterritoriales o la entidad aseguradora del explotador puede ser responsable de los daños causados. Esta parece ser la norma en los convenios que tratan esencialmente de actividades comerciales, como la Convención Adicional de 1966 a la Convención internacional sobre el transporte de pasajeros y mercancías por ferrocarril (CIV) de 25 de febrero de 1961, relativa a la responsabilidad de los ferrocarriles en los casos de fallecimiento y daños personales de los pasajeros. El artículo 2 de la Convención Adicional dispone lo siguiente:

1. A efectos de indemnización, la compañía de ferrocarriles será responsable del fallecimiento o daños personales, o cualquier otro tipo de perjuicio físico o mental, que sufran los pasajeros a consecuencia de un accidente, relacionado con la explotación del ferrocarril, mientras el pasajero se encontraba en el interior del tren, entrando al tren o saliendo de él.

[...]

6. A los fines de esta Convención, «compañía de ferrocarriles responsable» es aquella que, de conformidad con la lista de líneas férreas que figura en el artículo 59 de la CIV, explota la línea en que se produce el accidente. Si, de conformidad con la lista anteriormente mencionada, la línea está explotada conjuntamente por dos compañías, cada una de ellas será responsable.

137. Los explotadores de las empresas ferroviarias pueden ser entidades privadas u organismos públicos. Sin embargo, en la Convención Adicional no parece establecerse una distinción entre ambos tipos de explotadores a efectos de responsabilidad e indemnización.

138. Análogamente, en el Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras se prevé la responsabilidad del explotador de la aeronave que causa daños a terceros en la superficie<sup>130</sup>.

<sup>125</sup> Véanse, por ejemplo, el artículo 13 del Convenio sobre la responsabilidad de terceros en materia de energía nuclear y el artículo XI de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares.

<sup>126</sup> Véase nota 60 *supra*.

<sup>127</sup> Art. 9607 (A) (véase nota 57 *supra*).

<sup>128</sup> Art. 9601 (20 A) (*ibid.*).

<sup>129</sup> Hoffman, *loc. cit.* (nota 71 *supra*), pág. 32.

<sup>130</sup> En los artículos pertinentes del Convenio se estipula lo siguiente:

#### «PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD

##### »Artículo 1

»1. La persona que sufra daños en la superficie tiene derecho a reparación en las condiciones fijadas en este Convenio con sólo

139. Los explotadores de la aeronave pueden ser entidades privadas o públicas. A tenor del artículo 11 del Convenio, los explotadores disfrutaban de limitación de responsabilidad. Sin embargo, los explotadores no disfrutaban de limitación de responsabilidad si los daños fueron causados por negligencia<sup>131</sup>. En algunas circunstancias, la responsabilidad se puede imputar al asegurador de la aeronave<sup>132</sup>.

probar que los daños provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o una cosa caída de la misma.

» [...]

»Artículo 2

» [...]

»2. a) A los fines del presente Convenio se considera el «operador» a quien usa la aeronave cuando se causan los daños. Sin embargo, se considera el «operador» a quien, habiendo conferido, directa o indirectamente, el derecho a usar la aeronave se ha reservado el control de su navegación;

»b) Se considera que usa una aeronave a quien lo hace personalmente o por medio de sus dependientes en el ejercicio de sus funciones, actúen o no dentro de los límites de sus atribuciones.

»3. El propietario inscrito en el registro de matrícula se presume operador y responsable como tal, a menos que pruebe, en el juicio para determinar su responsabilidad, que otra persona es el operador y, en cuanto lo permitan los procedimientos aplicables, tome las medidas apropiadas para traerla al juicio.

»Artículo 3

»Si la persona que sea el operador cuando se causen los daños no tuviera el derecho exclusivo a usar la aeronave por un período de más de catorce días, contado a partir del momento en que nació el derecho a usarla, quien lo ha conferido es solidariamente responsable con el operador, estando obligado cada uno de ellos en las condiciones y límites de responsabilidad previstos en este Convenio.

»Artículo 4

»Si una persona usa una aeronave sin el consentimiento de la que tenga derecho al control de su navegación, esta última, si no prueba que tomó las medidas debidas para evitar tal uso, es solidariamente responsable con el usuario ilegítimo de los daños reparables según el artículo 1, cada uno de ellos en las condiciones y límites de responsabilidad previstos en este Convenio.»

<sup>131</sup> En el artículo 12 se dispone lo siguiente:

«1. Si la persona que sufre los daños prueba que éstos fueron causados por una acción u omisión deliberada del operador o sus dependientes, realizado con intención de causar daños, la responsabilidad del operador será ilimitada, a condición de que, en el caso de acción u omisión de los dependientes, se pruebe también que actuaban en el ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de sus atribuciones.

»2. Si una persona se apodera ilícitamente de una aeronave y la usa sin el consentimiento de la persona que tenga derecho a hacerlo, su responsabilidad será ilimitada.»

<sup>132</sup> Los párrafos pertinentes del artículo 16 prescriben lo siguiente:

«5. Sin perjuicio de la acción que directamente pueda ejercitar en virtud de la ley aplicable al contrato de seguro o de garantía, el tercero perjudicado puede intentar la acción directamente contra el asegurador o quien haya prestado la garantía solamente en los siguientes casos:

»a) Cuando el seguro o garantía continúe en vigor con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 1 a y b de este artículo;

»b) Quiebra del operador.

»6. En caso de acción directa intentada por la persona que sufra los daños, el asegurador, o quien preste la garantía, no podrá, aparte de las excepciones previstas en el párrafo 1 del presente artículo, prevalerse de ninguna causa de nulidad o de rescisión retroactiva.

»7. Las disposiciones del presente artículo no prejuzgan si el asegurador o el fiador tiene derecho a repetir contra otra persona.»

140. El Convenio internacional de 1969 sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos prescribe un régimen de responsabilidad objetiva del propietario del buque. El párrafo 1 del artículo III dispone lo siguiente:

1. Salvo cuando se den las circunstancias previstas en los párrafos 2 y 3 de este artículo, el propietario de un barco al ocurrir un siniestro o al ocurrir el primer acontecimiento si el siniestro consistiera en una serie de acontecimientos, será responsable de todos los daños por contaminación causados por los hidrocarburos derramados o descargados desde el barco a resultas del siniestro.

141. Sin embargo, de conformidad con el párrafo 2 del artículo V, si el siniestro ha sido causado por «una falta concreta o culpa del propietario, éste no podrá valerse del derecho a la limitación» de responsabilidad.

142. En 1969 se manifestaron preocupaciones con respecto a si el propietario del buque o el propietario de la carga o ambos deberían sufragar los costos de la responsabilidad objetiva<sup>133</sup>. El acuerdo final, que considera al propietario del buque responsable objetivo, se obtuvo al accederse a adoptar otro convenio para: a) garantizar una indemnización adecuada a la víctima y b) distribuir la carga de la responsabilidad indemnizando a los propietarios del buque por su parte de responsabilidad. Este acuerdo dio pie a la aprobación del Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación por hidrocarburos. El preámbulo de ese Convenio establece las dos metas principales más arriba mencionadas:

Considerando, sin embargo, que este régimen no permite indemnizar plenamente a las víctimas de los daños causados por la contaminación por hidrocarburos en todos los casos, al mismo tiempo que impone una carga financiera adicional a los propietarios de los buques,

Considerando además que las consecuencias económicas de los daños causados por la contaminación por hidrocarburos resultantes del derrame o descarga de hidrocarburos transportados a granel en el mar por buques no debería ser exclusivamente soportada por la industria naviera, sino que debería en parte ser soportada por las partes interesadas en la carga de hidrocarburos,

Convencidas de la necesidad de elaborar un sistema de indemnización complementario del Convenio internacional sobre la responsabilidad civil por los daños causados por la contaminación por hidrocarburos con miras a garantizar que las víctimas de accidentes causados por la contaminación por hidrocarburos recibirán una indemnización plena y que los propietarios de los buques serán al mismo tiempo resarcidos con respecto a las cargas financieras adicionales que les impone el citado Convenio.

143. Este Convenio estableció el Fondo Internacional de Indemnización por la Contaminación causada por Hidrocarburos. La aprobación del Protocolo de 1984 que enmienda el Convenio de 1969 sobre responsabilidad permitió el establecimiento de un fondo para indemnizar a las víctimas. El Protocolo de 1984 no trata de la distribución de la responsabilidad y el resarcimiento de los propietarios de los buques debido al aumento sustancial de los límites. El Protocolo de 1984 que enmienda el Convenio de 1969 sobre responsabilidad suprime todas las referencias a la indemnización de los propietarios de los buques.

<sup>133</sup> Jarashov, *op. cit.* (nota 80 *supra*), pág. 253, nota 1, citando LEG/CONF/C.2/SR.2 a 13.

144. El párrafo 4 del artículo 2 del Protocolo de 1984 amplía el alcance del «siniestro» tal como se define en el párrafo 8 del artículo 1 del Convenio de 1969 sobre responsabilidad para incluir las situaciones en las que existe una amenaza de contaminación. La nueva definición dice lo siguiente:

«Siniestro» significa cualquier acontecimiento, o serie de acontecimientos que tiene el mismo origen, que causa daños por contaminación o que crea una amenaza grave e inminente de causar esos daños.

145. El primer convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear es el Convenio sobre la responsabilidad de terceros en materia de energía nuclear (en lo sucesivo denominado «Convenio de París») de 29 de julio de 1960. La OCDE redactó este Convenio para que fuera aplicable en los Estados de Europa occidental. En el preámbulo del Convenio se fijan, como objetivos, asegurar una reparación adecuada a las víctimas de daños causados por accidentes nucleares y unificar las leyes relativas a los daños causados por accidentes nucleares en los Estados Partes.

146. El Convenio prescribe la responsabilidad absoluta, aunque limitada, del explotador de una instalación nuclear. Se considera uno de los convenios más positivos en el ámbito nuclear debido al elevado número de ratificaciones de los Estados europeos dotados de instalaciones nucleares. Se modificó en 1964 para aumentar la cuantía de la limitación de la responsabilidad que había resultado insuficiente con arreglo a lo dispuesto en el Convenio de 1960.

147. En la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (en lo sucesivo denominada «Convención de Viena») se preveía un régimen comparable a nivel mundial. Mientras que el Convenio de París no se refería directamente al concepto de responsabilidad absoluta, la Convención de Viena hacía una referencia explícita a ese concepto en el párrafo 1 del artículo IV, en el que prescribe que «la responsabilidad del explotador por daños nucleares con arreglo a la presente Convención será *objetiva*». La Convención de Viena prescribe asimismo una limitación de responsabilidad.

148. La Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares prescribe igualmente la responsabilidad objetiva del explotador de los buques nucleares<sup>134</sup>. La Convención establece un régimen de responsabilidad civil con respecto a los buques nucleares<sup>124</sup>.

149. El Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares,

aprobado en 1971, prescribe la responsabilidad civil del explotador de una instalación nuclear por los daños causados por un accidente nuclear que se produzca durante el transporte marítimo de materiales nucleares.

150. Además de prever una indemnización equitativa en favor de las víctimas de daños causados por materiales nucleares, esos cuatro tratados relativos a los daños causados por accidentes nucleares armonizan aspectos importantes de la responsabilidad en ese ámbito en las leyes nacionales. Prevé: a) la responsabilidad objetiva del explotador de la instalación nuclear, lo que significa que la prueba de la relación causal basta para atribuir la responsabilidad; b) la limitación de la responsabilidad del explotador; y c) el pago garantizado de una indemnización por medio de un seguro obligatorio. La Convención Complementaria de la Convención de París prevé también unos fondos públicos adicionales para garantizar la indemnización<sup>135</sup>. Otras convenciones no contienen esa exigencia.

151. Con arreglo a las convenciones relativas a la responsabilidad civil por los daños nucleares, se otorga a los Estados considerable margen para que adopten en sus leyes nacionales diferentes límites a la cuantía de la responsabilidad, las disposiciones relativas a los seguros, las definiciones de los daños nucleares o para que continúen considerando responsables a los explotadores en los casos de graves desastres naturales<sup>136</sup>. Alemania y Austria se han reservado el derecho de excluir el artículo 9 del Convenio de París, relativo a la exención de la responsabilidad, considerando de ese modo la responsabilidad objetiva<sup>137</sup>.

152. Actualmente el Comité Permanente del OIEA sobre responsabilidad de los daños nucleares está tratando de redactar una nueva convención sobre los daños nucleares transfronterizos. Están siendo objeto de examen cuestiones como la de los fondos suplementarios para indemnizar esos daños.

153. Con arreglo a los artículos 6 y 7 de la Convención sobre Responsabilidad Civil por los Daños resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente, el explotador es objetivamente responsable. En el preámbulo se precisa que esa Convención se basa en el «principio de quien contamina paga». Si hay más de un explotador, serán solidariamente responsables de conformidad con el artículo 6<sup>138</sup>. La Convención define al explotador en el

<sup>134</sup> El artículo II de la Convención dice lo siguiente:

«1. La responsabilidad absoluta de los daños nucleares recaerá en el explotador de un buque nuclear cuando se pruebe que esos daños han sido causados por un incidente nuclear en el que ha intervenido el combustible nuclear del buque o los productos o desechos radiactivos producidos en el mismo.

»2. Salvo cuando se disponga otra cosa en la presente Convención, ninguna persona excepto el explotador será responsable de esos daños nucleares.»

<sup>135</sup> Véanse los incisos ii) y iii) del apartado b del artículo 3 de la Convención Complementaria y también los Protocolos Adicionales del Convenio de París.

<sup>136</sup> Véanse el apartado b del párrafo 3 del artículo IV de la Convención de Viena y el artículo 9 del Convenio de París.

<sup>137</sup> Véase Birnie y Boyle, *op. cit.* (nota 82 *supra*), pág. 373, nota 187.

<sup>138</sup> La parte pertinente del artículo 6 de la Convención dice lo siguiente:

«2. Si un incidente consiste en un acontecimiento continuo, todos los explotadores que ejercen sucesivamente el control de la actividad peligrosa durante ese acontecimiento serán solidariamente responsables. Sin embargo, el explotador que demuestre que el acontecimiento producido durante el período en que él estaba

párrafo 5 del artículo 2 como «cualquier persona que ejerce el control de una actividad peligrosa». Y «persona» se define en el párrafo 6 del mismo artículo como «cualquier particular o asociación o cualquier órgano regulado por el derecho público o privado, ya sea o no una sociedad, con inclusión del Estado o de cualquier otra de sus subdivisiones».

154. Con arreglo al artículo 8 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos, la responsabilidad principal recae en el operador. El Estado patrocinador sigue siendo responsable si: a) no ha cumplido sus obligaciones con arreglo a la Convención y b) no se puede pagar una indemnización plena por intermedio del operador responsable o de otro modo.

155. Con arreglo a la CRTD, el transportista es responsable. El elemento de «control» aparece en la definición de «transportista». El párrafo 8 del artículo 1 define al «transportista» con respecto al transporte por carretera y a los buques dedicados a la navegación interior como «la persona que en el momento del accidente controla la utilización del vehículo a bordo del cual se transportan las mercancías peligrosas». A tenor de este párrafo, la persona a cuyo nombre esté inscrito el vehículo en un registro público o, a falta de esa inscripción, el propietario del vehículo se dará por supuesto que controla la utilización del vehículo a menos que demuestre que otra persona controla la utilización del vehículo y que revele la identidad de esa persona. Con respecto al transporte por ferrocarril, la persona o personas que explotan la línea ferroviaria se considerarán el «transportista». El proyecto de convención de 1995 sobre responsabilidad e indemnización en relación con el transporte de sustancias nocivas y peligrosas por mar, preparado por la OMI, ha adoptado una combinación de esta definición y la estipulada en la Convención de 1969 sobre responsabilidad con respecto al «propietario» que es responsable con arreglo al proyecto de convención.

156. El proyecto de convención de la OMI prescribe en el artículo 4 la responsabilidad del propietario del buque que transporta las sustancias peligrosas<sup>139</sup>.

157. El artículo 4 del proyecto de protocolo del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos trans-

---

ejerciendo el control de la actividad peligrosa causó sólo una parte del daño será responsable exclusivamente de esa parte del daño.

»3. Si un incidente consiste en una serie de acontecimientos que tienen el mismo origen, los explotadores en el momento en que se produce cualquiera de esos acontecimientos serán solidariamente responsables. Sin embargo, el explotador que pruebe que el acontecimiento en el momento en que él estaba ejerciendo el control de la actividad peligrosa causó sólo una parte del daño será responsable exclusivamente de esa parte del daño.

»4. Si el daño resultante de una actividad peligrosa se conoce después de que toda esa actividad peligrosa en la instalación o en el lugar haya cesado, el último explotador de esa actividad será responsable de ese daño a menos que él o la persona que ha sufrido el daño pruebe que la totalidad o parte del daño fue causada por un accidente que se produjo antes de que pasara a ser el explotador. Si así se demuestra, se aplicará lo dispuesto en los párrafos 1 a 3.»

<sup>139</sup> Véase nota 88 *supra*.

fronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación prevé diversas posibilidades con respecto a la parte responsable<sup>140</sup>. Mientras que en la primera de las dos variantes se enumera a particulares como el generador, el exportador, el eliminador, el intermediario, etc., la tercera variante considera responsable a cualquier persona que poseyera el control práctico de los desechos en el momento del accidente.

## 2. DECISIONES JUDICIALES Y PRÁCTICA DE LOS ESTADOS DISTINTA DE LOS TRATADOS

158. Las decisiones judiciales y la correspondencia oficial examinadas en este estudio no ofrecen una imagen clara de la responsabilidad del explotador. Las fuentes consultadas no han indicado ningún caso en que el explotador haya sido considerado como el único responsable a efectos de pagar indemnización por los daños resultantes de sus actividades. En algunos casos, los explotadores privados se han ofrecido voluntariamente a pagar una indemnización y han tomado medidas unilaterales para reducir al mínimo o impedir los daños sin admisión previa de responsabilidad. Resulta obvia la dificultad de determinar las verdaderas razones de estas acciones voluntarias y unilaterales. Pero no sería del todo correcto presumir que estas medidas fueron inspiradas únicamente por motivos «morales». No se debe subestimar la existencia de factores tales como la presión del gobierno nacional, la opinión pública o la necesidad de una atmósfera relajada que propicie las actividades comerciales. Todas estas presiones configuran una expectativa que es incluso más fuerte que una simple obligación moral.

159. En 1972, el petrolero *World Bond*, matriculado en Liberia, provocó el derramamiento de unos 45.000 litros de petróleo bruto en el mar cuando estaba descargando en la refinería de la Atlantic Richfield Corporation, en Cherry Point, Estado de Washington. El petróleo derramado en las aguas canadienses provocó la contaminación de unos ocho kilómetros de playas en la Columbia Británica. El derrame era relativamente pequeño, pero tuvo importantes consecuencias políticas. La refinería y las autoridades de ambos lados de la frontera tomaron inmediatamente medidas para contenerlo y reducir al mínimo los daños; por consiguiente, los daños sufridos por las líneas costeras y las aguas canadienses fueron limitarse. El explotador privado, la Atlantic Petroleum Corporation, se hizo cargo del costo de las operaciones de limpieza<sup>141</sup>.

160. En el caso de la contaminación extraterritorial causada por las actividades de la *Peyton Packing Company* y la *Casuco Company*, esas dos sociedades americanas tomaron medidas unilaterales para reparar los daños. Asimismo, la Consolidated Mining and Smelting Company del Canadá, el explotador en la controversia de la *Fundición de Trail*, tomó medidas unilaterales para remediar las consecuencias nocivas de sus actividades en el

<sup>140</sup> Véase párr. 83 *supra*.

<sup>141</sup> Véase *The Canadian Yearbook of International Law 1973* (Vancouver), vol. XI, 1973, págs. 333 y 334.

Estado de Washington. Empero, en la explotación petrolífera por un explotador privado en el Canadá, en el *mar de Beaufort*, cerca de la frontera de Alaska, el Gobierno del Canadá aceptó asumir la responsabilidad por los posibles daños que pudieran producirse en el territorio de los Estados Unidos de América si las garantías ofrecidas por el explotador privado resultaban insuficientes.

### C.—Responsabilidad de los Estados

161. Las tendencias anteriores demuestran que se ha hecho responsables a los Estados por los daños causados a otros Estados y a sus nacionales como resultado de actividades llevadas a cabo dentro de su jurisdicción territorial o bajo su control. Incluso en los tratados en que se impuso la responsabilidad a los explotadores de las actividades no se descartó en todos los casos la responsabilidad de los Estados. Este tipo de responsabilidad del Estado es una mezcla de responsabilidad del Estado y de obligación de rendición de cuentas (véase párr. 81 *supra*).

#### 1. PRÁCTICA DE LOS TRATADOS

162. En algunos tratados multilaterales los Estados han aceptado la responsabilidad por los daños causados por actividades llevadas a cabo dentro de su territorio o bajo su jurisdicción o control. En algunos convenios que regulan actividades realizadas principalmente por explotadores privados se imponen al Estado ciertas obligaciones a efectos de garantizar que los explotadores de dicho Estado acaten estas disposiciones. Cuando el Estado no ejerce esta función de control se le tiene por responsable de los daños provocados por el explotador. Por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo III de la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares se exige al explotador que mantenga un seguro u otra garantía financiera que cubra su responsabilidad por daños nucleares en la manera que fije el Estado de la licencia. Además, el Estado de la licencia ha de garantizar el pago de las indemnizaciones que haya de abonar el explotador, facilitando para ello las cantidades necesarias hasta la cuantía fijada en el párrafo 1 del artículo III, en la medida en que el seguro o las demás garantías financieras no sean suficientes. De este modo, el Estado de la licencia está obligado a garantizar que el seguro del explotador o del propietario del buque nuclear satisface los requisitos de la Convención. En su defecto, el mismo Estado es responsable y tiene que pagar la indemnización. Además, en el artículo XV de la Convención se obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para impedir que un buque nuclear que enarbole su pabellón sea explotado sin su patente o autorización. Si el Estado no observa esta obligación y un buque nuclear que enarbole su pabellón causa daños a terceros, el Estado del pabellón será considerado como Estado de la licencia y tendrá que indemnizar a las víctimas de conformidad con las obligaciones impuestas por el artículo III<sup>142</sup>.

<sup>142</sup> El artículo X de la Convención dice lo siguiente:

163. Con arreglo al párrafo 2 del artículo 8 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos,

Un explotador es objetivamente responsable por:

- a) Los daños causados al medio ambiente antártico o a sus ecosistemas dependientes o asociados [...];
- b) La pérdida o menoscabo de una utilización establecida [...];
- c) La pérdida o los daños de bienes de un tercero o la pérdida de vidas o las lesiones personales de un tercero derivadas directamente de los daños descritos en el apartado *a supra*; y
- d) El reembolso de los costos razonables de quienquiera que los haya efectuado en relación con unas medidas de respuesta necesarias [...].

164. El párrafo 3 del artículo 8 prescribe que los daños de los tipos a que se hace referencia en el párrafo 2 que no se hubieran producido o continuado si el Estado patrocinador hubiese cumplido sus obligaciones con arreglo a lo dispuesto en esta Convención con respecto a su explotador incurrirá, de conformidad con el derecho internacional, en responsabilidad que se limitará a la parte de la responsabilidad no satisfecha por el explotador o de otro modo.

165. El artículo 9 del proyecto de protocolo del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación prescribe la responsabilidad del Estado por el pago de las indemnizaciones en la medida en que la indemnización de los daños y perjuicios con arreglo al régimen de responsabilidad civil y/o al régimen del Fondo sea insuficiente o no se haya pagado.

166. En las actividades normalmente llevadas a cabo por los Estados, éstos han aceptado la responsabilidad. Cabe citar en este contexto el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales. El artículo II del Convenio prevé la respon-

---

«1. Cada uno de los Estados Contratantes se compromete a adoptar las medidas necesarias para impedir que un buque nuclear que enarbole su pabellón sea explotado sin su patente o autorización.

«2. En caso de que se produzcan daños nucleares debidos al combustible nuclear o a productos o desechos radiactivos de un buque nuclear que enarbole el pabellón de un Estado Contratante y que en el momento de ocurrir el accidente nuclear no esté explotado bajo la correspondiente patente o autorización otorgada por el Estado Contratante, el propietario del buque nuclear en el momento de ocurrir el accidente nuclear será considerado como explotador del buque nuclear a todos los efectos de la presente Convención, pero su responsabilidad no estará limitada en su cuantía.

«3. En ese caso, el Estado Contratante cuyo pabellón enarbole el buque nuclear será considerado como Estado de la licencia a los efectos de la presente Convención y, en particular, tendrá que indemnizar a las víctimas de conformidad con las obligaciones impuestas al Estado de la licencia por el artículo III y hasta la cuantía fijada en éste.

«4. Cada uno de los Estados Contratantes se compromete a no otorgar una patente u otra autorización para explotar un buque nuclear que enarbole el pabellón de otro Estado. La presente disposición no prohíbe que un Estado Contratante aplique las disposiciones de su legislación nacional relativas a la explotación de un buque nuclear en sus aguas interiores y en sus aguas territoriales.»

sabilidad absoluta del Estado de lanzamiento por los daños causados por un objeto espacial suyo:

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.

167. Cuando dos objetos espaciales provoquen un accidente y, como consecuencia, produzcan daños a un tercer Estado o a las entidades o personas bajo su jurisdicción, ambos Estados de lanzamiento serán responsables ante el tercer Estado, de conformidad con el artículo IV<sup>143</sup>.

168. Además, el artículo V dispone que, si dos o más Estados lanzan conjuntamente un objeto espacial, serán responsables solidariamente por los daños causados por dicho objeto espacial<sup>144</sup>.

169. En los párrafos 1 y 2 del artículo XXII se estipula que cuando la entidad de lanzamiento es una organización internacional, tendrá la misma responsabilidad que un Estado de lanzamiento.

170. En los párrafos 3 y 4 del mismo artículo se dispone además que, independientemente de la organización internacional de lanzamiento, aquellos de sus miembros

que sean Estados Partes en el Convenio serán mancomunada y solidariamente responsables<sup>145</sup>.

171. Finalmente, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dispone en el artículo 139 que los Estados Partes estarán obligados a velar por que las actividades en la «Zona» (es decir, los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional), ya sean realizadas por ellos mismos o por personas naturales o jurídicas que posean su nacionalidad, se efectúen de conformidad con la Convención. Si un Estado Parte incumple esta obligación será responsable por los daños causados. La misma responsabilidad se impone a la organización internacional respecto de las actividades en la Zona. En este caso, los Estados miembros de las organizaciones internacionales que actúen en común serán conjunta y solidariamente responsables. Los Estados Partes que sean miembros de organizaciones internacionales adoptarán medidas apropiadas para velar por la aplicación de los requisitos de la Convención respecto de esas organizaciones internacionales<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> El artículo IV dice lo siguiente:

«1. Cuando los daños sufridos fuera de la superficie de la Tierra por un objeto espacial de un Estado de lanzamiento, o por las personas o los bienes a bordo de ese objeto espacial, sean causados por un objeto espacial de otro Estado de lanzamiento, y cuando de ello se deriven daños para un tercer Estado o para sus personas físicas o morales, los dos primeros Estados serán mancomunada y solidariamente responsables ante ese tercer Estado, conforme se indica a continuación:

»a) Si los daños han sido causados al tercer Estado en la superficie de la Tierra o han sido causados a aeronaves en vuelo, su responsabilidad ante ese tercer Estado será absoluta;

»b) Si los daños han sido causados a un objeto espacial de un tercer Estado, o a las personas o los bienes a bordo de ese objeto espacial, fuera de la superficie de la Tierra, la responsabilidad ante ese tercer Estado se fundará en la culpa de cualquiera de los dos primeros Estados o en la culpa de las personas de que sea responsable cualquiera de ellos.

»2. En todos los casos de responsabilidad solidaria mencionados en el párrafo 1 de este artículo, la carga de la indemnización por los daños se repartirá entre los dos primeros Estados según el grado de la culpa respectiva; si no es posible determinar el grado de la culpa de cada uno de esos Estados, la carga de la indemnización se repartirá por partes iguales entre ellos. Esa repartición no afectará al derecho del tercer Estado a reclamar su indemnización total, en virtud de este Convenio, a cualquiera de los Estados de lanzamiento que sean solidariamente responsables o a todos ellos.»

<sup>144</sup> El artículo V dice lo siguiente:

«1. Si dos o más Estados lanzan conjuntamente un objeto espacial, serán responsables solidariamente por los daños causados.

»2. Un Estado de lanzamiento que haya pagado la indemnización por daños tendrá derecho a repetir contra los demás participantes en el lanzamiento conjunto. Los participantes en el lanzamiento conjunto podrán concertar acuerdos acerca de la distribución entre sí de la carga financiera respecto de la cual son solidariamente responsables. Tales acuerdos no afectarán al derecho de un Estado que haya sufrido daños a reclamar su indemnización total, de conformidad con el presente Convenio, a cualquiera o a todos los Estados de lanzamiento que sean solidariamente responsables.

»3. Un Estado desde cuyo territorio o instalaciones se lanza un objeto espacial se considerará como participante en un lanzamiento conjunto.»

<sup>145</sup> Los párrafos 3 y 4 del artículo XXII dicen lo siguiente:

«3. Si una organización intergubernamental internacional es responsable de daños en virtud de las disposiciones del presente Convenio, esa organización y sus miembros que sean Estados Partes en este Convenio serán mancomunada y solidariamente responsables, teniendo en cuenta sin embargo:

»a) que la demanda de indemnización ha de presentarse en primer lugar contra la organización;

»b) que sólo si la organización deja de pagar, dentro de un plazo de seis meses, la cantidad convenida o que se haya fijado como indemnización de los daños, podrá el Estado demandante invocar la responsabilidad de los miembros que sean Estados Partes en este Convenio a los fines del pago de esa cantidad.

»4. Toda demanda de indemnización que, conforme a las disposiciones de este Convenio, se haga por daños causados a una organización que haya formulado una declaración en virtud del párrafo 1 de este artículo deberá ser presentada por un Estado miembro de la organización que sea Estado Parte en este Convenio.»

<sup>146</sup> El artículo 139 de la Convención (Obligación de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención y responsabilidad por daños) dispone lo siguiente:

«1. Los Estados Partes estarán obligados a velar por que las actividades en la Zona, ya sean realizadas por ellos mismos, por empresas estatales o por personas naturales o jurídicas que posean su nacionalidad o estén bajo su control efectivo o el de sus nacionales, se efectúen de conformidad con esta parte. La misma obligación incumbirá a las organizaciones internacionales respecto de sus actividades en la Zona.

»2. Sin perjuicio de las normas de derecho internacional y del artículo 22 del anexo III, los daños causados por el incumplimiento por un Estado Parte o una organización internacional de sus obligaciones con arreglo a esta parte entrañarán responsabilidad; los Estados Partes u organizaciones internacionales que actúen en común serán conjunta y solidariamente responsables. Sin embargo, el Estado Parte no será responsable de los daños causados en caso de incumplimiento de esta parte por una persona a la que haya patrocinado con arreglo al apartado b del párrafo 2 del artículo 153 si ha tomado todas las medidas necesarias y apropiadas para lograr el cumplimiento efectivo de conformidad con el párrafo 4 del artículo 153 y el párrafo 4 del artículo 4 del anexo III.

»3. Los Estados Partes que sean miembros de organizaciones internacionales adoptarán medidas apropiadas para velar por la aplicación de este artículo respecto de esas organizaciones.»

172. Del mismo modo, el artículo 263 de la Convención establece que los Estados y las organizaciones internacionales competentes serán responsables de los daños causados por la contaminación del medio marino resultante de la investigación científica marina realizada por ellos o en su nombre.

## 2. DECISIONES JUDICIALES Y PRÁCTICA DE LOS ESTADOS DISTINTA DE LOS TRATADOS

173. Las decisiones judiciales, la correspondencia oficial y las relaciones interestatales examinadas en el presente estudio indican que los Estados son responsables tanto de las actividades privadas realizadas dentro de su territorio como de las actividades estatales realizadas dentro y fuera de su territorio. Incluso en los casos en que los Estados se niegan a aceptar la responsabilidad como un principio jurídico, su comportamiento en la práctica equivale a una aceptación, cualesquiera que sean los términos utilizados para describirlo. La mayoría de los casos examinados están relacionados con actividades realizadas normalmente por Estados.

174. En la sentencia de 9 de abril de 1949 relativa al asunto del *Estrecho de Corfú* (fondo), la CIJ determinó la responsabilidad de Albania por no haber notificado a los buques británicos la existencia de un peligro en sus aguas territoriales, independientemente de que el Gobierno de Albania hubiera o no causado el peligro. La Corte estimó que dicho Gobierno tenía la obligación de dar a conocer la existencia de un campo de minas en sus aguas territoriales, en beneficio de la navegación, no sólo en virtud de la Convención de La Haya de 1907, N.º VIII, sino también de «ciertos principios generales claramente establecidos, a saber las consideraciones elementales de humanidad, vinculantes en tiempo de paz aun más que en tiempo de guerra, [...] y la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas el uso de su territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de los demás Estados»<sup>147</sup>. La Corte estimó que Albania no había hecho nada por impedir el desastre y, en consecuencia, declaró a Albania «responsable, con arreglo al derecho internacional, de las explosiones [...] y de los daños a los bienes y pérdida de vidas humanas [...]»<sup>148</sup>.

175. En su reclamación formulada contra la URSS en 1979 a raíz de la caída accidental del satélite nuclear soviético *Cosmos 954* en territorio canadiense, el Canadá trató de establecer la «responsabilidad absoluta» de la Unión Soviética respecto de los daños causados por este accidente. Al declarar la responsabilidad de la Unión Soviética, el Canadá invocó no solamente los «acuerdos internacionales pertinentes», incluido el Convenio de 1972 sobre la responsabilidad internacional por daños

causados por objetos espaciales, sino también los «principios generales de derecho internacional»<sup>149</sup>.

176. Por lo que se refiere a la construcción de una autopista en México, cerca de la frontera de los Estados Unidos de América, el Gobierno estadounidense, estimando que, a pesar de los cambios técnicos introducidos a su demanda en el proyecto, la autopista no ofrecía garantías de seguridad suficientes para los bienes situados en el territorio estadounidense, se reservó sus derechos en caso de que resultasen daños debido a la construcción de esta autopista. En la nota que dirigió el 29 de julio de 1959 al Ministro de Relaciones Exteriores de México, el Embajador de los Estados Unidos de América en México señaló lo siguiente:

Habida cuenta de lo anterior, he recibido instrucciones para que reserve todos los derechos que reconozca el derecho internacional a los Estados Unidos en el caso de que se produzcan daños en su territorio a consecuencia de la construcción de la autopista<sup>150</sup>.

177. En el asunto del *Rose Street Canal*, tanto los Estados Unidos de América como México se reservaron el derecho a invocar la responsabilidad del Estado cuyas obras de construcción realizadas en su territorio podrían causar daños en el territorio del otro Estado<sup>151</sup>.

178. En la correspondencia entre el Canadá y los Estados Unidos sobre el ensayo nuclear subterráneo «Cannikin», llevado a cabo por los Estados Unidos en Amchitka, el Canadá se reservó el derecho a pedir una indemnización en el caso de que se produjesen daños<sup>152</sup>.

179. Los daños resultantes de la serie de ensayos nucleares efectuados por los Estados Unidos el 1.º de marzo de 1954 en el atolón de Eniwetok rebasaron considerablemente los límites de la zona de peligro; se causaron daños a pescadores japoneses en alta mar y se contaminaron una gran parte de la atmósfera y un número elevado de peces, causándose así perturbaciones considerables en el mercado japonés de pescado. El Japón pidió una indemnización. Evitando toda referencia a la responsabilidad legal, el Gobierno de los Estados Unidos se ofreció en una nota de 4 de enero de 1955 a pagar al Japón una indemnización por los daños causados por efecto del ensayo:

[...] El Gobierno de los Estados Unidos de América ha puesto claramente de manifiesto que está dispuesto a abonar una indemnización monetaria como expresión adicional de su preocupación y su pesar por los daños causados.

[...] Por la presente nota el Gobierno de los Estados Unidos de América ofrece, *ex gratia*, al Gobierno del Japón, sin hacer referencia a la cuestión de la responsabilidad legal, la suma de dos millones de dólares destinados a indemnizar los daños o lesiones causados por efecto de los ensayos nucleares efectuados en las Islas Marshall en 1954.

[...]

<sup>147</sup> C.I.J. Recueil 1949, pág. 22.

<sup>148</sup> *Ibid.*, pág. 36. Para diversas opiniones sobre si esta sentencia establece la responsabilidad objetiva de los Estados, véanse párrs. 96 y 97 *supra*.

<sup>149</sup> Véase nota 96 *supra*.

<sup>150</sup> Véase *Digest of International Law* (Washington D.C.), publicado bajo dirección de Marjorie M. Whiteman, vol. 6, 1968, pág. 262.

<sup>151</sup> *Ibid.* págs. 263 y ss.

<sup>152</sup> Véase *International Canada* (Toronto), vol. 2, 1971, pág. 97.

El Gobierno de los Estados Unidos de América entiende que, al aceptar la suma ofrecida de dos millones de dólares, el Gobierno del Japón considera resueltas todas las reclamaciones contra los Estados Unidos de América, sus agentes, nacionales o entidades judiciales, relativas a todos los daños, pérdidas o lesiones dimanantes del ensayo nuclear mencionado<sup>153</sup>.

180. Por lo que se refiere a los daños sufridos en 1954 por los habitantes de las Islas Marshall, entonces territorio en fideicomiso administrado por los Estados Unidos de América, este país estuvo dispuesto a pagar una indemnización. En el informe de la Comisión de asuntos interiores e insulares del Senado de los Estados Unidos, se explicó que unas 82 personas que vivían en el atolón de Rongelap en el momento de producirse un cambio inesperado del viento inmediatamente después de la realización del ensayo habían estado expuestas a fuertes radiaciones. Tras describir los daños a las personas y los bienes experimentados por los residentes y la vasta asistencia médica prestada inmediatamente por los Estados Unidos, el informe llegaba a la conclusión siguiente: «No puede, sin embargo, afirmarse que las medidas de compensación adoptadas hasta ahora sean suficientes». El informe revelaba que en febrero de 1960 se había entablado ante el tribunal superior del territorio en fideicomiso una reclamación contra los Estados Unidos por valor de 8.500.000 dólares en concepto de indemnización de los daños causados a los bienes, las enfermedades causadas por las radiaciones, las quemaduras, la agonía física y mental, la pérdida de familiares y los gastos médicos. La demanda no llegó a examinarse por falta de jurisdicción. Sin embargo, el informe llegaba a la conclusión de que la resolución 1988 de la Cámara de Representantes (destinada a facilitar el pago de una indemnización) era «necesaria para que los Estados Unidos pudiesen hacer justicia a esas personas». El 22 de agosto de 1964, el Presidente Johnson promulgó una ley por la que los Estados Unidos asumían «con compasión, la responsabilidad de dar a los habitantes del atolón de Rongelap, del territorio en fideicomiso de las islas del Pacífico, una indemnización por las radiaciones sufridas por efecto de la explosión termónuclear llevada a cabo en el atolón de Bikini, Islas Marshall, el 1.º de marzo de 1954» y autorizó el pago de 950.000 dólares, distribuidos en sumas iguales a los habitantes afectados de Rongelap<sup>154</sup>. Según otro informe, en junio de 1982, el Gobierno del Presidente Reagan estaba dispuesto a pagar al Gobierno de las Islas Marshall 100 millones de dólares para resolver todas las reclamaciones contra los Estados Unidos contempladas por los isleños cuya salud y cuyos bienes habían quedado afectados a causa de los ensayos de armas nucleares realizados por los Estados Unidos en el Pacífico entre 1946 y 1963<sup>155</sup>.

181. La sentencia arbitral pronunciada el 27 de septiembre de 1968 en el asunto de la *Presa de Gut* está relacionada también con la responsabilidad estatal. En 1874, un

ingeniero canadiense propuso a su Gobierno la construcción de una presa entre la isla de Adams, situada en territorio canadiense, y Les Galops (Estados Unidos), con el fin de mejorar la navegación en el río San Lorenzo. Tras la realización de estudios, el intercambio de numerosos informes y la aprobación oficial por ley del Congreso de los Estados Unidos, el Gobierno canadiense procedió a construir la presa en 1903. Sin embargo, pronto se puso de manifiesto que la presa era demasiado baja para el logro del objetivo deseado y, con la autorización de los Estados Unidos, el Canadá aumentó la altura de la presa. Entre 1904 y 1951, varios cambios de origen humano afectaron la corriente de las aguas en la cuenca de los Grandes Lagos y el río San Lorenzo. Aunque sin modificarse la presa en modo alguno, ascendió el nivel de las aguas del río y del lago Ontario, situado en un lugar geográficamente próximo. En 1951 y 1952, el nivel de las aguas alcanzó una altura sin precedentes que, juntamente con las tormentas y otros fenómenos naturales, originó inundaciones y la erosión del terreno, causándose daños en las orillas septentrionales y meridionales de los lagos. En 1953, el Canadá eliminó la presa como parte de las obras de construcción de la vía de navegación del río San Lorenzo, pero los Estados Unidos mantuvieron su demanda de indemnización de los daños causados por la presa de Gut durante algunos años más<sup>156</sup>.

182. Para resolver la cuestión, se estableció en 1965 el Tribunal de reclamaciones del Lago Ontario. El Tribunal reconoció la responsabilidad del Canadá sin pasar a examinar la cuestión de la culpa o negligencia de ese país. El Tribunal se basó en gran medida en los términos de la segunda condición estipulada en el instrumento de aprobación de la construcción de la presa, firmado el 18 de agosto de 1903 y el 10 de octubre de 1904 por el Secretario de Guerra de los Estados Unidos, así como en la aceptación unilateral de la responsabilidad por parte del Canadá. El Tribunal estimó que el Canadá era responsable de los daños causados por la presa no solamente a los ciudadanos de Les Galops, sino también a todos los ciudadanos de los Estados Unidos. El Tribunal estimó que la responsabilidad no se limitaba al plazo inicial para la realización de las pruebas. A juicio del Tribunal, solamente quedaba por resolver si la presa de Gut había causado los daños por los que se reclamaba y la cuantía de la indemnización.

183. Ha habido otros casos de accidentes transfronterizos relacionados con actividades realizadas por los gobiernos en sus territorios, con efectos en los Estados vecinos, sin que se originasen demandas de indemnización del Estado lesionado. Sin embargo se trata de accidentes de carácter secundario.

184. En 1949, Austria protestó oficialmente ante el Gobierno de Hungría por la colocación de minas en su territorio, en las proximidades de la frontera con Austria, y

<sup>153</sup> *The Department of State Bulletin* (Washington D.C.), vol. 32, N.º 812, 17 de enero de 1955, págs. 90 y 91.

<sup>154</sup> Véase *Digest of International Law* (nota 150 *supra*), vol. 4, 1965, pág. 567.

<sup>155</sup> Véase *International Herald Tribune*, 15 de junio de 1982, pág. 5, col. 2.

<sup>156</sup> Véase el informe del agente de los Estados Unidos de América ante el Tribunal de reclamaciones del Lago Ontario: «Canada-United States Settlement of Gut Dam Claims (September 27, 1968)», *International Legal Materials* (Washington D.C.), vol. 8, 1969, págs. 128 a 138.

pidió la eliminación de las minas, sin reclamar al mismo tiempo una indemnización por los daños causados en Austria por la explosión de los artefactos. Hungría había colocado las minas para impedir el paso ilegal de las personas a través de la frontera. Austria temía que las minas fuesen arrastradas a territorio austriaco en caso de inundación, poniendo en peligro a los ciudadanos austriacos residentes en las proximidades de la frontera. Las protestas no impidieron que Hungría mantuviese el campo de minas. En 1966, una mina húngara explotó en territorio austriaco y causó extensos daños. El embajador austriaco presentó una enérgica protesta ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Hungría y acusó al Gobierno húngaro de haber violado un principio jurídico internacional incontrovertido según el cual las medidas adoptadas en el territorio de un Estado no deben poner en peligro las vidas, la salud y los bienes de los ciudadanos de otro Estado. Al producirse poco después un segundo accidente, Austria envió a Hungría otra protesta en la que afirmó que la ausencia de una promesa pública de Hungría de adoptar todas las medidas necesarias para impedir tales accidentes en el futuro era enteramente incompatible con el principio de «buena vecindad». Posteriormente Hungría levantó los campos de minas o los situó en lugares alejados de la frontera austriaca<sup>157</sup>.

185. En octubre de 1968, en un ejercicio de tiro, una unidad suiza de artillería disparó accidentalmente cuatro veces a través de la frontera contra el territorio de Liechtenstein. Los hechos relativos a este incidente son difíciles de determinar, pero es claro que, en una nota dirigida al Gobierno de Liechtenstein, el Gobierno suizo lamentó la violación involuntaria de su territorio. En la nota, el Gobierno suizo manifestó su disposición a pagar una indemnización por los daños causados y aseguró a las autoridades de Liechtenstein que adoptaría todas las medidas necesarias para impedir nuevos incidentes<sup>158</sup>.

186. Las decisiones judiciales y la correspondencia oficial demuestran que los Estados reconocen su responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de las actividades realizadas en su territorio por entidades privadas. La base jurídica de esa responsabilidad estatal procede, al parecer, del principio de la soberanía territorial, con arreglo al cual los Estados poseen derechos exclusivos en una parte determinada de la superficie de la Tierra. En el asunto de la *Isla de Palmas*<sup>159</sup> (decisión de 4 de abril de 1958), se puso de relieve esa interpretación de la función de la soberanía territorial. Según expresión del árbitro, la soberanía territorial

[...] no puede limitarse a un concepto negativo; es decir, la exclusión de las actividades de los demás Estados, pues su efecto es dividir entre las naciones el espacio en que se realizan las actividades humanas, a

fin de asegurar en todas partes el mínimo de protección tutelado por el derecho internacional<sup>160</sup>.

187. A esta interpretación se sumó posteriormente un punto de vista más realista; a saber que el ejercicio físico del control del territorio es la base firme de la responsabilidad estatal. En la opinión consultiva pronunciada en el asunto de *Namibia*, el 21 de junio de 1971, la CIJ afirmó que

[...] el control físico de un territorio, y no la soberanía o legitimidad del título, es la base de la responsabilidad estatal respecto de los actos que afectan a otros Estados<sup>161</sup>.

188. Desde este punto de vista, la responsabilidad de los Estados por los daños extraterritoriales causados por personas privadas sometidas a su autoridad es una cuestión importante que debe examinarse en el contexto del presente estudio. Se exponen a continuación algunos ejemplos de la práctica estatal relacionada con esta fuente de la responsabilidad estatal.

189. En 1948, una fábrica de municiones situada en Arcisate (Italia), cerca de la frontera suiza, explotó, causando daños de diversa índole en varias comunidades suizas. El Gobierno suizo pidió al Gobierno italiano una indemnización por los daños causados. Invocó el principio de la buena vecindad y afirmó que Italia era responsable por haber tolerado la existencia de una fábrica de explosivos, con sus peligros correspondientes, en la vecindad inmediata de una frontera internacional<sup>162</sup>.

190. En 1956, el río Mura, frontera internacional entre la antigua Yugoslavia y Austria, quedó considerablemente contaminado cuando varias centrales hidroeléctricas austríacas vertieron el lodo y sedimentos acumulados al vaciar en parte sus embalses. Yugoslavia pidió que se indemnizasen los daños económicos causados a las pesquerías y a dos fábricas de papel. En 1959, los dos Estados convinieron en resolver la controversia; en consecuencia, Austria pagó una indemnización monetaria y entregó a Yugoslavia cierta cantidad de papel<sup>163</sup>. Aunque la solución se alcanzó en el marco de la Comisión permanente austro-yugoslava para el río Mura, es éste un caso en que el Estado lesionado invocó la responsabilidad directa del Estado bajo cuyo control se habían realizado las actividades perjudiciales, que aceptó la petición de indemnización.

191. En 1971, el petrolero liberiano *Juliana* encalló frente a Niigata, en la costa occidental de la isla japonesa de Honshu, partiéndose en dos. El petróleo se extendió hasta la costa, causando daños considerables en las pesquerías

<sup>157</sup> G. Handl, «Conduct of abnormally dangerous activities in frontier areas; The case of nuclear power plant siting», *Ecology Law Quarterly* [Berkeley (Cal.)], vol. 7, 1978, págs. 23 y 24.

<sup>158</sup> *Annuaire suisse de droit international, 1969-1970* (Zurich), vol. 26, pág. 158.

<sup>159</sup> «Países Bajos c. Estados Unidos de América», Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pág. 829.

<sup>160</sup> *Ibid.*, pág. 839.

<sup>161</sup> *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970), du Conseil de sécurité*, opinión consultiva, C.I.J. *Recueil* 1971, pág. 54, párr. 118.

<sup>162</sup> P. Guggenheim, «La pratique suisse (1956)», *Annuaire suisse de droit international, 1957* (Zurich), vol. 14, pág. 169.

<sup>163</sup> Véanse G. Handl, «State liability for accidental transnational environmental damage by private persons», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 74, 1980, págs. 545 y 546; *The Times*, Londres, 2 de diciembre de 1971, pág. 8, col. 1.

locales. Al parecer, el Gobierno de Liberia (Estado del pabellón) ofreció 200 millones de yen para indemnizar los daños sufridos por los pescadores, que aceptaron la oferta<sup>164</sup>. El Gobierno liberiano reconoció la obligación de indemnizar los daños causados por un acto realizado por una persona privada. No parece haberse cursado ninguna protesta a nivel diplomático oficial acusando a Liberia de realizar un acto ilícito.

192. A raíz del derramamiento accidental de 45.000 litros de petróleo crudo en el mar, en Cherry Point, en el Estado de Washington, y la consiguiente contaminación de las playas canadienses (véase párr. 159 *supra*), el Gobierno canadiense envió al Departamento de Estado de los Estados Unidos una nota en la que expresaba su preocupación por el «grave accidente» y manifestaba «el deseo de recibir seguridades de que las personas legalmente responsables indemnizarían plenamente los daños causados, juntamente con el costo de las operaciones de limpieza»<sup>165</sup>. Tras examinar las consecuencias jurídicas del accidente, ante el Parlamento canadiense el Secretario de Estado canadiense manifestó lo siguiente:

Nos interesa particularmente asegurar la observancia del principio establecido en 1938 en el arbitraje de la *Fundición de Trail* entre el Canadá y los Estados Unidos. Se determinó entonces que un país no puede permitir el uso de su territorio en una forma que origine daños al territorio de otro y tiene la obligación de indemnizar los daños así causados. El Canadá aceptó esa responsabilidad en el asunto de la *Fundición de Trail* y esperamos que el mismo principio se aplique en la situación actual. Es de esperar que este principio, aceptado ya por un número considerable de Estados, reciba la aprobación de la Conferencia de Estocolmo como una norma fundamental de derecho internacional del medio ambiente<sup>165</sup>.

193. Refiriéndose al asunto de la *Fundición de Trail* como a un precedente aplicable, el Canadá afirmó que los Estados Unidos eran responsables de los daños extraterritoriales causados por actos realizados en el territorio sometido a su autoridad, independientemente de que los

Estados Unidos fueran o no culpables. La solución final de la controversia no hizo referencia al principio jurídico invocado por el Canadá; el causante privado de la contaminación se ofreció a pagar los gastos de las operaciones de limpieza; no es clara la respuesta dada oficialmente por los Estados Unidos a la reclamación del Canadá.

194. En 1973 se produjo un caso importante de contaminación en el cantón suizo de la ciudad de Basilea por causa de la producción de insecticidas en una fábrica francesa de productos químicos situada al otro lado de la frontera. La contaminación causó daños a la agricultura y al medio ambiente de ese cantón e imposibilitó la producción mensual de 10.000 litros de leche<sup>166</sup>. Los hechos y las negociaciones diplomáticas correspondientes son difíciles de determinar. Al parecer, el Gobierno suizo intervino y negoció con las autoridades francesas para poner término a la contaminación y obtener una indemnización. No es clara la reacción de las autoridades francesas; sin embargo, parece ser que los damnificados han interpuesto demandas ante los tribunales franceses.

195. En negociaciones entre los Estados Unidos y el Canadá sobre la realización de prospecciones petrolíferas en el mar de Beaufort, cerca de la frontera con Alaska, el Canadá aceptó la obligación de indemnizar los daños causados en los Estados Unidos por efecto de la realización de prospecciones petrolíferas en el Canadá a cargo de una empresa privada canadiense. Cabe señalar que, si bien la empresa privada debía proporcionar garantías para la indemnización de las posibles víctimas en los Estados Unidos, el Gobierno canadiense aceptó una responsabilidad de carácter subsidiario para el caso de que las garantías existentes fuesen insuficientes para pagar el costo de los daños extraterritoriales causados por una empresa privada.

<sup>164</sup> *The Times* (Londres), 1.º de octubre de 1974; *Revue générale de droit international public*, París, t. 80, 1975, pág. 842.

<sup>165</sup> *The Canadian Yearbook...* (nota 141 *supra*), pág. 334.

<sup>166</sup> L. Cafilich, «La pratique suisse en matière de droit international public, 1973», *Annuaire suisse de droit international*, 1974 (Zurich), vol. XXX, pág. 147.

## CAPÍTULO III

## Exención de responsabilidad

196. En las leyes internas se han previsto algunas circunstancias de exoneración de la responsabilidad. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, el párrafo *a* del artículo 2703 de la ley *OPA* prevé una «exoneración completa», en el sentido de que una parte responsable no es responsable civilmente si demuestra que existen pruebas suficientes de que

La descarga y los daños resultantes o los gastos de eliminación fueron causados exclusivamente por:

1. Fuerza mayor;
2. Un acto de guerra;
3. Un acto u omisión de un tercero, distinto de un empleado o agente de la parte responsable o de un tercero cuyo acto u omisión está ligado con una relación contractual con la parte responsable [...] Pero la exoneración de un «tercero» sólo se puede alegar si la parte responsable demuestra que existen pruebas suficientes de que:

A. Ejerció la debida diligencia con respecto al hidrocarburo de que se trataba, teniendo en consideración las características del hidrocarburo y a la luz de todos los hechos y circunstancias pertinentes; y

B. Tomó precauciones contra actos u omisiones imprevisibles de cualquier tercero y contra las consecuencias imprevisibles de esos actos u omisiones;

4. Cualquier combinación de los elementos indicados más arriba<sup>167</sup>.

197. Además, el punto *d*, 1, A, del artículo 2702, sobre la responsabilidad de terceros, prescribe que, en cualquier caso en que una parte responsable demuestre que una descarga y los costos de la eliminación y daños resultantes fue causada exclusivamente por un acto u omisión de uno o más terceros descritos en el párrafo *a*, 3, del artículo 2703, el tercero será considerado como la parte responsable a los efectos de la determinación de la responsabilidad civil. La exención de un tercero de esta disposición parece ilusoria. Con arreglo a lo dispuesto en el párrafo *d*, 1, B, i y ii del artículo 2702, la parte responsable pagará los daños al demandante y podrá subrogarse en todos los derechos del Gobierno de los Estados Unidos y del demandante para recuperar los costos de eliminación y los daños del tercero.

198. Esta exención no se podrá alegar si, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo *c* del artículo 2703, la parte responsable no procede o se niega a:

1. Comunicar el accidente en la forma exigida por la ley, si la parte responsable conoce o tiene razones para conocer el accidente;
2. Proporcionar toda la cooperación y asistencia razonables exigidas por un funcionario responsable con relación a las actividades de eliminación; o
3. Cumplir, sin razones suficientes para ello, la orden emitida con arreglo a lo dispuesto en la subsección *c* o *e* de la sección 1321 [...] o la intervención con relación a la Ley sobre la alta mar<sup>168</sup>.

<sup>167</sup> Force, *loc. cit.* (nota 63 *supra*), pág. 35.

<sup>168</sup> *Ibid.*, pág. 36.

199. Con arreglo igualmente al párrafo *b* del artículo 2703 de la ley *OPA*, una parte no es responsable ante un demandante en la medida en que el accidente haya sido causado por negligencia grave o mala conducta intencional del demandante. Con arreglo a los artículos 2709 y 2710, cuando una parte responsable no tiene una exoneración absoluta, puede proceder contra un tercero para que contribuya, en caso de que la descarga estuviera causada, por lo menos en parte, por el tercero o para obtener una indemnización.

200. Causas similares de exoneración están previstas en el párrafo *f* del artículo 1321 de la Ley federal de los Estados Unidos sobre la lucha contra la contaminación del agua (en lo sucesivo denominada «ley *FWPCA*»). Incluyen las siguientes: «*a*) fuerza mayor, *b*) un acto de guerra, *c*) negligencia por parte del Gobierno de los Estados Unidos o *d*) un acto u omisión de un tercero independientemente de que ese acto u omisión fuera o no negligente, o cualquier combinación de las causas anteriores».

201. Las mismas causas de exención están previstas en el párrafo *b* del artículo 9607 de la ley *CERCLA*:

1. Fuerza mayor;
2. Un acto de guerra;
3. Un acto u omisión de un tercero que no sea un empleado o agente del demandado u otra persona distinta de aquella cuyo acto u omisión está relacionado con una relación contractual que existe directa o indirectamente con el demandado, si el demandado prueba que:

A. Ejerció la diligencia debida con respecto a la sustancia peligrosa de que se trate, teniendo en consideración las características de esa sustancia peligrosa, a la luz de todos los hechos y circunstancias pertinentes; y

B. Tomó precauciones contra actos u omisiones imprevisibles de cualquier tercero y las consecuencias que pudieran previsiblemente resultar de esos actos u omisiones; o

4. Cualquier combinación de las causas anteriores<sup>169</sup>.

202. El artículo 4 de la Ley sobre responsabilidad ambiental de Alemania prevé los motivos siguientes para exonerar de responsabilidad: *a*) daños causados por fuerza mayor (*höhere Gewalt*); y *b*) si el daño es «sólo insignificante» o «razonable de acuerdo con las condiciones locales»<sup>170</sup>. Esta exoneración se aplica exclusivamente si la instalación es «manejada de manera adecuada», lo que

<sup>169</sup> *Ibid.*, pág. 37. Cuando un propietario o explotador tiene conocimiento efectivo de un escape de un material peligroso en la instalación y posteriormente transfiere la propiedad a otra persona sin revelar esa información, el antiguo propietario o explotador sigue siendo responsable y no puede invocar la exención prevista en el apartado 3 del párrafo *b* del artículo 9607.

<sup>170</sup> Hoffman, *loc. cit.* (nota 71 *supra*), pág. 32 y nota 29.

significa que ha cumplido todas las normas de seguridad exigidas<sup>171</sup>.

203. En las relaciones interestatales, al igual que en el derecho interno, existen ciertas circunstancias en que puede quedar excluida la responsabilidad. Los principios que rigen la exoneración de responsabilidad en las relaciones interestatales son análogos a los que se aplican en el derecho interno, como la negligencia, la guerra, la insurrección civil o los desastres naturales de carácter excepcional.

#### A.—Práctica de los tratados

204. La *negligencia* de la parte que sufrió los daños contribuye a exonerar la responsabilidad total o parcial del explotador o del Estado autor en virtud de algunas convenciones multilaterales. Según el párrafo 2 del artículo IV de la Convención de Viena: «Si el explotador prueba que la persona que sufrió los daños nucleares los produjo o contribuyó a ellos por negligencia grave o por acción u omisión dolosa, el tribunal competente podrá, si así lo dispone su propia legislación, exonerar total o parcialmente al explotador de su obligación de abonar una indemnización por los daños sufridos por dicha persona».

205. En el párrafo 3 del artículo IV de la misma convención se prevé también la exoneración de responsabilidad si los daños son causados «por un accidente nuclear que se deba *directamente\** a *conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección*». Del mismo modo, salvo «en la medida en que la legislación del Estado de la instalación disponga lo contrario, el explotador no será responsable de los daños nucleares causados por un accidente nuclear que se deba directamente a una *catástrofe natural de carácter excepcional\**».

206. Un acto de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección o un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, son circunstancias que determinan la exoneración de responsabilidad, independientemente de la negligencia por parte de la persona que sufrió el daño, en el Convenio de 1969 sobre responsabilidad. En consecuencia, cuando los daños por contaminación han sido totalmente causados por la negligencia u otro acto lesivo de cualquier gobierno u otra autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación, el propietario queda exonerado de responsabilidad. De nuevo en este contexto la carga de la prueba recae sobre el propietario del buque<sup>172</sup>.

<sup>171</sup> Esta exclusión se aplica únicamente si la instalación está «manejada de manera adecuada», lo que significa que ha cumplido todas las instrucciones reglamentarias y que no ha habido ninguna interrupción en su funcionamiento. Véase Hoffman, *loc. cit.* (ibid.).

<sup>172</sup> Los párrafos 2 y 3 del artículo III del Convenio disponen lo siguiente:

«2. No podrá imputarse responsabilidad alguna al propietario si prueba que los daños por contaminación:

»a) resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, o

207. Cuando el Estado de lanzamiento demuestra que los daños causados al Estado que reclama son total o parcialmente resultado de *negligencia grave* o de un acto u omisión del Estado demandante o de sus personas físicas o morales, con la intención de causar daños, quedará exonerado de responsabilidad en virtud del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales<sup>173</sup>.

208. Con arreglo a la Convención Adicional a la CIV, si un pasajero ha sufrido lesiones a consecuencia de sus propios actos dolosos o negligentes o su conducta no conforme a la conducta normal de un pasajero, pierde su derecho a interponer un recurso contra la compañía de ferrocarriles. En tales casos la compañía es exonerada total o parcialmente de responsabilidad. Los párrafos 3 y 4 del artículo 2 de la Convención Adicional estipulan lo siguiente:

3. La compañía se verá exonerada total o parcialmente de responsabilidad en la medida en que el accidente se deba a un acto doloso o negligente del pasajero o a su conducta que no sea conforme a la conducta normal de los pasajeros.

4. La compañía se verá exonerada de responsabilidad si el accidente se debe a la conducta de un tercero que la compañía, a pesar de tomar todas las precauciones exigibles en las circunstancias especiales del caso, no pudo evitar y cuyas consecuencias no podía haber previsto.

209. Cuando los daños se producen únicamente por negligencia o por acción u omisión indebidas de la persona que sufra los daños o de sus dependientes, en virtud del Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, la indemnización se reducirá en la medida en que tal negligencia u otro acto negligente haya contribuido a los daños<sup>174</sup>.

»b) fueron totalmente causados por una acción u omisión intencionada de un tercero para causar daños, o

»c) fueron totalmente causados por la negligencia u otro acto lesivo de cualquier gobierno u otra autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación en el ejercicio de esa función.

»3. Si el propietario prueba que los daños por contaminación resultaron total o parcialmente de una acción u omisión intencionada para causar daños por parte de la persona que sufrió los daños, o de la negligencia de esa persona, el propietario podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad frente a esa persona.»

<sup>173</sup> En el párrafo 1 del artículo VI del Convenio se estipula lo siguiente:

«1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 de este artículo, un Estado de lanzamiento quedará exento de la responsabilidad absoluta en la medida en que demuestre que los daños son total o parcialmente resultado de negligencia grave o de un acto de omisión cometido con la intención de causar daños por parte de un Estado demandante o de personas físicas o morales a quienes este último Estado represente.»

<sup>174</sup> En el artículo 6 del Convenio se estipula lo siguiente:

«1. La persona que sería responsable según este Convenio estará exenta de responsabilidad si prueba que los daños fueron causados únicamente por culpa de la persona que los sufra o de sus dependientes. Si la persona responsable prueba que los daños han sido causados en parte por culpa de la persona que los sufra o de sus dependientes, la indemnización se reducirá en la medida en que tal culpa ha contribuido a los daños. Sin embargo, no habrá lugar a exención o reducción si, en caso de culpa de sus dependientes, la persona que sufra los daños prueba que actuaron fuera de los límites de sus atribuciones.

(Continuación en la página siguiente.)

210. En virtud del párrafo 3 del artículo 3 y del párrafo 5 del artículo 7 del proyecto de convenio sobre responsabilidad e indemnización relativas al transporte marítimo de sustancias nocivas y de sustancias potencialmente peligrosas<sup>175</sup>, si el propietario del buque o el expedidor de las sustancias nocivas prueba que los daños fueron total o parcialmente debidos a la acción o la omisión de la persona que lo sufrió, que actuó así con la intención de causarlos, o a la negligencia de esa persona, el propietario o el expedidor podrán verse exonerados de su responsabilidad ante esa persona.

211. En el párrafo 2 del artículo 3 de este proyecto de convenio se estipula que no se impondrá responsabilidad alguna al propietario del buque o al expedidor «si prueban que los daños resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección, o de un fenómeno natural de carácter excepcional e irresistible», o «fueron totalmente debidos a la acción o la omisión de un tercero, que actuó así con la intención de causar daño». Hubo una propuesta en el sentido de añadir otro inciso a ese artículo en virtud del cual se exoneraría de responsabilidad al propietario del buque o al expedidor si los daños fueron totalmente debidos a la negligencia o a cualquier otro acto lesivo de cualquier gobierno u otra autoridad responsable de mantener las luces u otras ayudas a la navegación. Sin embargo, no existe indicación alguna en el proyecto de artículos acerca de si el Estado negligente es o no responsable por los daños. En este artículo no parece preverse la exoneración de responsabilidad por los daños causados por un desastre natural.

212. En virtud del artículo 3 del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos, el explotador de una instalación se verá exonerado de su responsabilidad si demuestra que los daños resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; si prueba que los daños por contaminación resultaron total o parcialmente de una acción u omisión intencionada para causar daños por parte de la persona que sufrió los daños, o de la negligencia de esa persona, el propietario podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad frente a esa persona. Asimismo, el explotador no será responsable de los daños por contaminación causados por un pozo abandonado siempre que demuestre que el accidente que causó los daños se produjo más de cinco años después de la fecha en que el pozo fuera abandonado, bajo la autoridad y de conformidad con los requisitos del Estado de control. Si el pozo ha sido abandonado en otras circunstancias, la responsabilidad del explotador se regirá por la ley nacional aplicable.

(Continuación de la nota 174.)

»2. Si los daños resultantes de la muerte o lesiones de una persona sirven de fundamento a una acción de reparación intentada por otra, la culpa de aquella o de sus dependientes producirá también los efectos previstos en el párrafo anterior.»

<sup>175</sup> Véase nota 88 *supra*.

213. Con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 de la convención CRDT, el transportista no será responsable si puede demostrar que: «a) los daños resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección o un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; o b) los daños estuvieron totalmente causados por un acto u omisión de un tercero, con la intención de causar el daño; o c) el consignador o cualquier otra persona incumplió su obligación de informarle del carácter peligroso de las mercaderías, y que ni él ni sus dependientes conocían o debían conocer dicho carácter».

214. En el artículo 139 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar también se prevé la exoneración de la responsabilidad del Estado por los daños causados en caso de incumplimiento de las reglamentaciones sobre la minería oceánica por una persona a la que haya patrocinado, con arreglo al apartado b del párrafo 2 del artículo 153, siempre que el Estado haya tomado todas las medidas necesarias y apropiadas para lograr el cumplimiento efectivo de conformidad con el párrafo 4 del artículo 153 y el párrafo 4 del artículo 4 del anexo III. El apartado b del párrafo 2 del artículo 153 trata de las actividades conjuntas realizadas por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, o por personas naturales o jurídicas, o los Estados Partes para explotar los recursos de los fondos marinos. En el párrafo 4 del mismo artículo se prevé el control de la Autoridad sobre las actividades realizadas por los Estados Partes, sus empresas o sus personas naturales o jurídicas.

215. El artículo 8 de la Convención sobre la responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente estipula las causas de exoneración de responsabilidad del explotador. Entre éstas figuran los actos de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección o un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; los actos de que se consideran fuera del control del explotador, y el cumplimiento de medidas obligatorias<sup>176</sup>. Según el informe explicativo sobre la Convención, aprobado por el Consejo de Europa, la autorización administrativa para realizar la actividad o el cumplimiento de los requisitos de esa autorización no es en sí un motivo de exone-

<sup>176</sup> El artículo 8 de la Convención dice así:

«Artículo 8.—Exoneración

»El explotador no será responsable con arreglo a esta Convención por los daños que demuestre que:

»a) fueron causados por un acto de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección o un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible;

»b) fueron causados por un acto realizado con la intención de causar daños por un tercero, a pesar de las medidas de seguridad adecuadas para el tipo de actividad peligrosa de que se trate;

»c) resultaron forzosamente del cumplimiento de una orden o medida obligatoria concreta de una autoridad pública;

»d) fueron causados por contaminación a niveles tolerables teniendo en cuenta las circunstancias locales pertinentes;

»e) fueron causados por una actividad peligrosa realizada legítimamente en interés de la persona que sufrió los daños, cuando fuera razonable exponerla a los riesgos de la actividad peligrosa.»

ración de responsabilidad. La Convención estipula también que la contaminación a un nivel tolerable debería ser motivo de exención. El nivel de contaminación que se considera tolerable se determinará teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias locales: el objetivo de esta disposición es evitar la extensión del régimen de la responsabilidad objetiva a «molestias aceptables». Incumbe al tribunal competente decidir si las molestias son aceptables habida cuenta de las circunstancias locales. La Convención permite asimismo una exención de responsabilidad cuando se realiza una actividad peligrosa en interés de la persona que sufre los daños. Esta situación abarca en particular actividades realizadas en casos de emergencia y las realizadas con el consentimiento de la persona que ha sufrido los daños. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención, el tribunal podrá reducir o denegar la indemnización a una persona lesionada si «la lesión estuvo causada por culpa de la persona lesionada o por culpa de una persona de quien es responsable».

216. En algunos acuerdos bilaterales se ha estipulado la exoneración de responsabilidad. Se ha dispuesto la exoneración en relación con los daños debidos a actividades realizadas únicamente al prestar asistencia a la otra parte o en circunstancias tales como guerra, catástrofes, etc. El Convenio sobre asistencia mutua entre los servicios contra incendios y de socorro franceses y españoles<sup>177</sup> exoneró a la parte que ha de prestar asistencia de responsabilidad por los daños que pudiera causar. El Tratado sobre el aprovechamiento de los recursos hidráulicos de la cuenca del río Columbia dispone en su artículo XVIII que no se imputará a ninguna de las partes contratantes

<sup>177</sup> Madrid, 14 de julio de 1959 y 8 de febrero de 1973 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 951, pág. 135).

responsabilidad alguna por los daños debidos a la realización de actos o a omisiones o retrasos debidos a situaciones de guerra, huelga, catástrofes, caso fortuito, fuerza mayor o reducción de los servicios de mantenimiento<sup>178</sup>.

### B.—Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados

217. Las pocas decisiones judiciales y la escasa correspondencia oficial relacionadas con la responsabilidad revelan que no ha habido accidentes en los que se haya invocado una pretensión de exención de responsabilidad. En los pocos casos en que el Estado autor no pagó la indemnización por los daños causados, el Estado lesionado no parece que estuviera de acuerdo con esa conducta ni que reconociera que correspondiera al derecho del Estado autor. Incluso después de los daños causados por los ensayos nucleares que, según el Gobierno de los Estados Unidos de América, habían sido necesarios por razones de seguridad, ese Gobierno pagó una indemnización por distintos conceptos y no trató de eludir su responsabilidad.

<sup>178</sup> Los párrafos 1 y 2 del artículo XVIII dicen lo siguiente:

«1. El Canadá y los Estados Unidos de América serán mutuamente responsables y se indemnizarán debidamente en relación con todo acto, omisión o retraso que equivalgan a una violación del Tratado o de cualquiera de sus disposiciones, siempre que dicho acto, omisión o retraso no hayan sido causados por circunstancias de guerra, huelga, grandes calamidades, caso fortuito, fuerza mayor o reducción de los servicios de mantenimiento.

»2. Salvo lo dispuesto en el párrafo 1, ni el Canadá ni los Estados Unidos de América serán responsables entre sí ni frente a terceros en relación con los perjuicios, daños o pérdidas ocurridos en el territorio del otro país a consecuencia de un acto, omisión o retraso en virtud del Tratado, independientemente de que el perjuicio, daño o pérdida se deban o no a negligencia.»

## CAPÍTULO IV

### Indemnización

218. La práctica de los Estados se refiere tanto a la cantidad como al procedimiento de la indemnización. Algunos tratados prevén limitaciones de la indemnización (responsabilidad limitada) por perjuicios. Esos tratados se refieren principalmente a las actividades que, por lo general, se consideran esenciales para la civilización contemporánea, tales como el transporte de mercaderías y servicios por aire, tierra y mar. Además, los firmantes de tales tratados han convenido en tolerar dichas actividades con sus posibles riesgos cuando se acuerda indemnizar los eventuales daños. Sin embargo el importe de la indemnización por los perjuicios causados por esas actividades se fija generalmente a un nivel que no paraliza la industria económicamente ni impide la reanudación de las actividades mencionadas. Evidentemente, ésta es una decisión deliberada en materia de política, adoptada por los firmantes de los tratados que rigen dichas actividades; a falta de tales acuerdos, no parece que las decisiones

judiciales fijen límites a la indemnización. Las decisiones judiciales y la correspondencia oficial examinadas en el presente estudio no han puesto de manifiesto limitación sustancial alguna del importe de la indemnización, aunque algunas fuentes señalan que los daños deben ser «razonables» y que existe la obligación de «mitigar los daños».

### A.—Cantidad

#### 1. PERJUICIOS INDEMNIZABLES

219. En varias leyes internas, los perjuicios indemnizables incluyen como mínimo la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales causados por daños legales que provocan una responsabilidad objetiva. Por ejemplo, la Ley alemana sobre responsabilidad ambiental de 1990 prescribe en su

artículo 1 que «si alguien pierde la vida o sufre lesiones corporales o daños a sus bienes a causa de un impacto ambiental provocado desde alguna de las instalaciones indicadas en el apéndice 1, el propietario de la instalación será responsable ante la persona perjudicada por los daños causados»<sup>179</sup>.

220. En los Estados Unidos de América, algunas leyes federales van aún más lejos e incluyen también el costo de limpieza y los daños causados al medio ambiente. El apartado *a* del artículo 2707 de la ley *OPA* impone a la parte responsable el pago de los gastos de eliminación. Los «gastos de eliminación» se definen como «los gastos de eliminación en que se incurre después de una descarga de hidrocarburos, los gastos de prevención, reducción al mínimo o mitigación de la contaminación por hidrocarburos de ese accidente»<sup>179</sup>. La parte responsable puede recuperar los gastos de eliminación en que ha incurrido del Fondo Fiduciario de Responsabilidad por los Derrames de Hidrocarburos, con arreglo al cual tiene derecho a una exoneración total. El apartado *a* del artículo 9607 de la ley *CERCLA* establece que el propietario y el explotador de un buque o instalación desde la que se escapa o existe una amenaza de escape de una sustancia peligrosa que causa los gastos de intervención serán responsables de:

A) Todos los gastos de eliminación o medidas correctivas a cargo del Gobierno de los Estados Unidos o de un Estado o de una tribu india no incompatibles con el plan nacional de emergencia;

B) Cualquier gasto necesario para hacer frente al accidente en que haya incurrido cualquier otra persona siempre que sea compatible con el plan nacional de emergencia;

[...]

D) Los gastos de cualquier evaluación sanitaria o de cualquier estudio sobre los daños causados a la salud realizada con arreglo a lo dispuesto en el apartado *i* del artículo 9604 de la Ley<sup>180</sup>.

221. Algunas sentencias judiciales internas han abordado la cuestión de cómo evaluar los gastos de limpieza y restauración. Esta cuestión se examinó ya en 1908 en un tribunal inglés en el caso de *Lodge Holes Colliery Co. c. Mayor of Wednesbury*<sup>181</sup>, donde las actividades de extracción minera de los demandados provocaron el hundimiento de una carretera pública. Las autoridades locales restablecieron la carretera a su nivel anterior, pero con un gran costo. La Cámara de los Lores sostuvo que el principio de *restitutio in integrum* no daba derecho a los demandantes al costo de la restauración total, independientemente del gasto. Los demandantes tenían derecho a recuperar de los demandados sólo el costo de construcción de una carretera igualmente idónea. Esta política se aplicó en 1980 en el caso de *Dodd Properties (Kent) c. Canterbury City Council*<sup>182</sup>. Al evaluar los daños causados a los edificios de los demandantes por las activida-

des de los demandados de hincado de pilotes, el tribunal dijo:

Los demandantes no están [...] obligados a aceptar un trabajo de mala calidad o un edificio inferior en aras del ahorro de gastos para los demandados. Sin embargo, yo [el juez] no considero que tengan derecho a insistir en una restauración completa y meticulosa cuando un propietario razonable del edificio se contentaría con un trabajo menos costoso que produzca un resultado que no disminuya en medida importante el aspecto, la duración o la utilidad del edificio y cuando exista también una enorme diferencia entre el costo de ese trabajo y el costo de una restauración meticulosa<sup>183</sup>.

222. En el Tribunal de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos de América se planteó una cuestión análoga en 1980 en el caso de *Commonwealth of Puerto Rico c. S.S. Zoe Colocotroni*<sup>184</sup>. El caso concernía a un buque cisterna que quedó encallado a causa de su falta de navegabilidad, causando daños debidos a la contaminación a la costa de Puerto Rico. Primeramente se otorgaron a las autoridades portorriqueñas seis millones de dólares, de los cuales sólo hacían falta 78.000 dólares para las actividades de limpieza. La parte restante representaba el costo de la replantación de manglares y de la sustitución de organismos marinos que habían muerto debido al derrame. El Tribunal de Apelaciones no adoptó este enfoque. Insistiendo en la necesidad de un sentido de la proporción al evaluar esos costos, el Tribunal señaló:

[Los costos recuperables son costos] en que se ha incurrido razonablemente [...] para restaurar o rehabilitar el medio ambiente en la zona afectada hasta que recupere su estado anterior o el estado más cercano posible al anterior, sin que se efectúen unos gastos considerablemente desproporcionados. Al determinar ese remedio se deben tener en cuenta las medidas que un soberano u organismo razonable y prudente tomaría para mitigar el daño causado por la contaminación, prestando atención a factores como la viabilidad técnica, los efectos secundarios nocivos, la compatibilidad con esa regeneración o la duplicación de esa regeneración que se prevea naturalmente, y el grado en que los esfuerzos más allá de cierto punto resultarían redundantes o desproporcionadamente caros<sup>185</sup>.

223. El apartado *f* del artículo 311 de la ley *FWPCA* establece asimismo la recuperación de los gastos de sustitución y restablecimiento de los *recursos naturales* que han quedado dañados o destruidos.

224. El artículo 2706 de la ley *OPA* prescribe que una entidad estatal puede recuperar «el importe de los daños, la destrucción, la pérdida o la imposibilidad de utilización de recursos naturales, con inclusión de los gastos razonables de evaluación de esos daños»<sup>186</sup>. El artículo 2701 define los «recursos naturales» como «las tierras, los peces, los animales silvestres, la biota, el aire, el agua, el agua freática, los suministros de agua potable y otros recursos que pertenezcan, sean administrados, sean poseídos en fideicomiso o correspondan o sean controlados de otro modo por los Estados Unidos (con inclusión de los recursos de la zona económica exclusiva), cualquier Estado o administración local o tribu india, o cualquier gobierno extranjero, o gestionados o administrados

<sup>179</sup> Force, *loc. cit.* (nota 63 *supra*), pág. 30, nota 31.

<sup>180</sup> *Ibid.*, pág. 31.

<sup>181</sup> Citado por Colin de la Rue, en «Environmental Damage Assessment», *Transnational Environmental Liability and Insurance* (nota 63 *supra*), págs. 70 y 71 y nota 1.

<sup>182</sup> *Ibid.*, pág. 71 y nota 2.

<sup>183</sup> *Ibid.*

<sup>184</sup> U.S. Court of Appeals, 628 F.2d, pág. 652 (1st Cir., 1980). Citado por de la Rue (nota 181 *supra*), pág. 71 y nota 3.

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> Citado por Force (nota 63 *supra*), pág. 32 y nota 37.

de cualquier otra manera por ellos»<sup>187</sup>. En lo que respecta a la cuantificación de los daños, el inciso *d* del artículo 2706 de la Ley establece que procede considerar:

- A) El costo de la restauración, rehabilitación, sustitución o adquisición de una cantidad equivalente de los recursos naturales dañados;
- B) La disminución de los recursos naturales en espera de su restauración; más
- C) El costo razonable de evaluación de esos daños<sup>185</sup>.

225. El inciso *b*, 2, del artículo 2702 de la ley *OPA* autoriza al Gobierno de los Estados Unidos, y a los Estados y subdivisiones políticas, a recuperar «los daños iguales a la pérdida neta de impuestos, regalías, rentas, derechos o la parte de los beneficios netos debida a los daños, la destrucción o la pérdida de bienes reales, bienes personales o recursos naturales» y «los daños correspondientes a los gastos netos de proporcionar unos servicios públicos mayores o adicionales durante o después de las actividades de eliminación, con inclusión de la protección contra incendios, la inocuidad o los riesgos para la salud, causados por una descarga de hidrocarburos»<sup>188</sup>.

226. La ley *CERCLA* prevé también en el inciso *a* del artículo 9607 el pago de daños y perjuicios por los daños causados a los recursos naturales como «indemnizaciones por los daños causados, la destrucción o la pérdida de recursos naturales, con inclusión del gasto razonable de evaluación de esos daños, destrucción o pérdida resultante de ese derrame». Las indemnizaciones recibidas podrán utilizarse exclusivamente para restaurar, sustituir o adquirir el equivalente de los daños causados a los recursos naturales<sup>189</sup>.

227. En el caso del petrolero *Exxon Valdez*, que encalló el 24 de marzo de 1989 en Prince William Sound de Alaska y que provocó el mayor derrame de hidrocarburos en la historia de los Estados Unidos, el Gobierno estadounidense, al mismo tiempo que adoptó medidas relativas a las actividades de limpieza, realizó un estudio sobre la medición de los daños causados al medio ambiente<sup>190</sup>. Ese estudio nunca se publicó porque el caso se resolvió fuera de los tribunales. El arreglo exigía a Exxon pagar 25 millones de dólares en concepto de sanción penal y 100 millones de dólares en concepto de restitución a los organismos federales y estatales por las *reparaciones hechas en el medio ambiente lesionado de Prince William Sound*. Tomando en consideración que Exxon había gastado 2.500 millones de dólares en el momento de la conciliación para limpiar los derrames, se condonaron otros 125 millones de sanciones penales. Este arreglo sólo concernía a las autoridades federales y estatales y no incluía las reclamaciones privadas.

228. Los daños causados a particulares en forma de lesiones corporales o de pérdida de bienes han sido asimismo considerados recuperables con arreglo al derecho interno. Por ejemplo, con arreglo al inciso *b* del artículo 2702 de la ley *OPA*, cualquier persona puede recuperar los «perjuicios causados por daños o las pérdidas económicas resultantes de la destrucción de bienes reales o personales que serán recuperables por un demandante que posea o que alquile sus bienes»<sup>191</sup>. Autoriza asimismo a cualquier persona que utilice recursos naturales que hayan sido dañados, destruidos o perdidos a recuperar los daños resultantes de la pérdida de la utilización de *subsistencia* de los recursos naturales, independientemente de la propiedad o administración de los recursos. Esa disposición prescribe igualmente que cualquier persona podrá recuperar «una indemnización por un importe igual a la *pérdida de beneficios o disminución de la capacidad de adquirir ingresos* debido a los daños, la destrucción o la pérdida de bienes reales, bienes personales o recursos naturales».

229. La ley *CERCLA* no crea expresamente el derecho de incoar una acción por los daños causados a particulares salvo, en ciertas circunstancias, con respecto a los gastos de eliminación. Sin embargo, el inciso *h* del artículo 9607 de la Ley se modificó para resolver este problema. Ahora prescribe que el propietario o el explotador de un buque será responsable con arreglo a las normas legales relativas a los daños legales marítimos y tal como se prevé en el artículo 9614 de la Ley, no obstante cualquier disposición sobre la limitación de responsabilidad o la falta de cualquier daño físico a los bienes del demandante<sup>192</sup>.

230. En lo que respecta a la determinación de si ha habido pérdida de beneficios, en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la regla de la «causa remota» ha tendido a excluir reclamaciones de «puras pérdidas económicas»<sup>193</sup>. Sirva de ilustración el caso de *Weller and Co. c. Foot and Mouth Disease Research Institute*, que concernía a ganado infectado con glosopeda por un virus que se escapó de los locales de los demandados. El Gobierno del Reino Unido dio la orden de cerrar dos mercados de la zona causando una pérdida de beneficios a los subastadores demandantes. El tribunal sostuvo que el demandado tenía un deber de atención con respecto a los propietarios del ganado, pero no con respecto a los subastadores que no poseían la propiedad que podía haber sido dañada por el escape del virus. Se ha señalado que esta regla de la «causa remota» se aplica normalmente con considerable flexibilidad, teniendo en cuenta consideraciones políticas<sup>191</sup>.

#### a) Práctica de los tratados

231. En virtud de varias convenciones, los perjuicios importantes tales como la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños causados a los bienes son

<sup>187</sup> *Ibid.*, y nota 39.

<sup>188</sup> *Ibid.*, pág. 33, y notas 42 y 43.

<sup>189</sup> *Ibid.*, pág. 32.

<sup>190</sup> Véase nota 70 *supra*. Para un estudio sobre los posibles daños al medio ambiente, véase Frank B. Cross, «Natural resources damage valuation», *Vanderbilt Law Review*, vol. 42, n.º 2, marzo de 1989, págs. 270 y ss.

<sup>191</sup> Citado por Force (nota 63 *supra*), pág. 33 y nota 44.

<sup>192</sup> *Ibid.*, pág. 34.

<sup>193</sup> De la Rue, *loc. cit.* (nota 181 *supra*), pág. 73.

compensables. El artículo I de la Convención de Viena define los daños nucleares como sigue:

1 A los efectos de la presente Convención,

[...]

k) Por «daños nucleares» se entiende

- 1) la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultado directo o indirecto de las propiedades radiactivas o de su combinación con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de los combustibles nucleares o de los productos o desechos radiactivos que se encuentren en una instalación nuclear, o de las sustancias nucleares que procedan de ella, se originen en ella o se envíen a ella,

[...]

- 11) si así lo dispone la legislación del Estado de la instalación, la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultado directo o indirecto de otras radiaciones ionizantes que emanen de cualquier otra fuente de radiaciones que se encuentre dentro de una instalación nuclear

232. En la Convención Adicional a la CIV se dispone el pago de los gastos necesarios tales como tratamiento médico y transporte y la indemnización por las pérdidas debidas a la incapacidad parcial o total para trabajar y el aumento de los gastos de la persona lesionada por concepto de las necesidades personales debidas a la lesión. Además, en caso de fallecimiento del pasajero, se paga una indemnización por costo del transporte del cuerpo, el entierro y la incineración. Si el pasajero fallecido tiene la obligación jurídica de mantener a otras personas y éstas se ven privadas de dicho apoyo, pueden tener derecho a indemnización por la pérdida sufrida, al igual que las personas a quienes el difunto suministraba su apoyo en forma voluntaria<sup>194</sup>.

<sup>194</sup> Los artículos 3 y 4 de la Convención Adicional dicen lo siguiente:

*«Artículo 3 — Daños y perjuicios en caso de fallecimiento del pasajero*

»1. En caso de fallecimiento del pasajero, los daños y perjuicios comprenderán:

»a) todos los gastos necesarios incurridos a raíz del fallecimiento, en particular el costo del transporte del cuerpo, el entierro y la incineración;

»b) si el pasajero no fallece inmediatamente, los daños y perjuicios definidos en el artículo 4

»2. Si, debido al fallecimiento del pasajero, las personas respecto de las cuales tenía, o habría tenido en el futuro, la obligación jurídica de mantener se ven privadas de su apoyo, dichas personas también recibirán una indemnización por la pérdida sufrida. La legislación nacional registrará los derechos de recurso por daños de las personas a quienes el pasajero mantenía sin tener la obligación jurídica de hacerlo

*»Artículo 4 — Daños y perjuicios en caso de daños personales del pasajero*

»En el caso de daños personales o de cualquier otro daño físico o mental sufrido por el pasajero, los daños y perjuicios comprenderán.

»a) todos los gastos necesarios, en particular el costo del tratamiento médico y del transporte,

»b) indemnización por las pérdidas debidas a la incapacidad total o parcial para trabajar, o al aumento de los gastos por concepto de las necesidades personales del pasajero debidas a la lesión sufrida.»

233. Además de los daños de contaminación, en virtud del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos, también se puede recibir indemnización por las medidas preventivas (art. 1, párr. 6). Las medidas preventivas se definen como «toda medida razonable adoptada por una persona en relación con un accidente para evitar o minimizar los daños de contaminación, salvo las medidas de control de pozos y las medidas adoptadas para proteger, reparar o reemplazar una instalación» (art. 1, párr. 7).

234. El Protocolo de 1984 que enmienda el Convenio de 1969 sobre responsabilidad tenía por objeto aumentar la cuantía máxima de la indemnización prevista en el Convenio de 1969. El Protocolo ampliaba asimismo el concepto de «daños ocasionados por contaminación», tal como se definía en el Convenio de 1969<sup>195</sup>. Con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 del Protocolo de 1984, por «daños ocasionados por contaminación» se entiende:

a) pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, donquiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien la indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse,

b) el costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas

235. El Convenio sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente define los daños en el párrafo 7 del artículo 2 como sigue:

a) pérdida de vidas humanas o lesiones personales,

b) pérdidas o daños causados a los bienes distintos de la propia instalación o de bienes sometidos al control del explotador, en el lugar de la actividad peligrosa,

c) pérdidas o daños debidos al menoscabo del medio ambiente en la medida en que no se consideren daños en el sentido de los incisos a o b, a condición de que la indemnización por los daños causados al medio ambiente distintos de la pérdida de beneficios resultantes se limite a los costos de las medidas de restauración efectivamente tomadas,

d) los costos de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas, en la medida en que las pérdidas o daños a que se hace referencia en los incisos a a c del presente párrafo se deriven o resulten de las propiedades peligrosas de las sustancias peligrosas, los organismos o microorganismos genéticamente modificados o se deriven o resulten de los desechos

236. El párrafo 7 del artículo 2 define las medidas de restauración como «cualquier medida razonable destinada a restaurar o a restablecer los componentes dañados o destruidos del medio ambiente o a introducir, cuando sea razonable, el equivalente de esos componentes en el

<sup>195</sup> El párrafo 6 del artículo 1 del Convenio define los «daños ocasionados por contaminación» como «pérdidas o daños causados fuera del buque que transporta los hidrocarburos mediante la contaminación resultante de fugas o descargas de hidrocarburos del buque, donquiera que puedan producirse esas fugas o descargas, e incluye los costos de las medidas preventivas y las pérdidas o daños causados por tales medidas preventivas»

medio ambiente». El párrafo 9 define las «medidas preventivas» como «cualquier medida razonable tomada por cualquier persona después de que se haya producido un accidente para prevenir o reducir al mínimo las pérdidas o daños [...]».

237. El Convenio no aborda la cuestión del umbral de los daños causados al medio ambiente en el artículo 2. Trata de abordar la cuestión en el artículo 8 relativo a las exenciones, cuyo inciso *d* exonera al explotador de responsabilidad si el explotador puede demostrar que los daños «fueron causados por una contaminación de niveles tolerables en las circunstancias pertinentes locales».

238. Si la persona que sufrió los daños era responsable de esos daños o contribuyó a esos daños, la «indemnización se podrá reducir o denegar teniendo en cuenta todas las circunstancias» (artículo 9 del Convenio).

239. El párrafo 2 del Principio 9 (Responsabilidad e indemnización) de los Principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre, aprobados el 14 de diciembre de 1992 por la Asamblea General en su resolución 47/68, prescribe la *restitutio in integrum*. La parte pertinente del párrafo dice lo siguiente: «[el Estado responsable estará obligado] a reparar el daño de manera tal que la [parte dañada] quede en la misma situación en que habría estado de no haber ocurrido el daño».

240. Con arreglo al artículo 8 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos, el operador es responsable de la «pérdida o daño a los bienes de un tercero, o muerte o lesiones personales de un tercero» (párr. 2, inc. *c*). Asimismo, el operador es también responsable del «daño al medio ambiente antártico o los ecosistemas dependientes o asociados [...] en el caso que no haya restauración al *status quo ante*» (párr. 2, apdo. *a*).

241. El mismo artículo prescribe además que el operador responsable «procederá al reembolso, a quien hubiera incurrido en ellos, de los gastos razonables relacionados con las medidas de respuesta necesarias, incluyendo prevención, contención, limpieza y remoción, y las medidas tomadas para restablecer\* el *status quo ante*, cuando cualesquiera actividades sobre recursos minerales antárticos llevadas a cabo por dicho operador causen o amenacen con causar daño al medio ambiente antártico o a ecosistemas dependientes o asociados» (párr. 2, apdo. *d*).

242. El concepto de «daños» se ha definido asimismo en el párrafo 10 del artículo 1 de la Convención CRTD como: «*a*) la muerte o lesiones personales [...]; *b*) la pérdida o daños causados a los bienes [...]; *c*) la pérdida o daños causados por la contaminación al medio marino por las mercaderías peligrosas, con la reserva de que la indemnización por el menoscabo del medio ambiente distinto de pérdida de beneficios resultante de ese menoscabo se limitará a los gastos de las medidas razonables de restauración efectivamente adoptadas o que se

han de adoptar; *d*) los gastos de las medidas preventivas». Con arreglo a la última cláusula del artículo, cuando no es «razonablemente posible separar los daños causados por las mercaderías peligrosas de los causados por otros factores, los daños se considerará que han sido causados por las mercaderías peligrosas». La misma definición de «daños» se ha adoptado en el párrafo 6 del artículo 1 del proyecto de convención internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas<sup>196</sup>.

243. El proyecto de protocolo del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación<sup>197</sup> define en el artículo 2 los «daños» como: *a*) la muerte o las lesiones corporales; *b*) las pérdidas o daños materiales según los términos del Protocolo; *c*) las pérdidas de beneficios resultantes del menoscabo del medio ambiente; *d*) el menoscabo del medio ambiente cuando no se considere que constituye daños o pérdidas en el sentido de los apartados anteriores; *e*) el costo de las medidas preventivas; *f*) las pérdidas o daños causados por las medidas preventivas.

244. El artículo 4 del proyecto de protocolo autoriza al demandante a invocar las formas o modalidades de la indemnización con respecto a los daños definidos en el artículo 2. Con respecto a los daños causados al medio ambiente, el artículo 4 *ter* prescribe lo siguiente. Si el medio ambiente se puede rehabilitar, la indemnización se limitará a los costos de las medidas de rehabilitación que se hayan adoptado efectivamente o que hayan de adoptarse, o bien a los costos de devolver el medio ambiente a un estado comparable, cuando sean razonables. Si el medio ambiente no se puede rehabilitar, la indemnización se limitará a una suma calculada como si el medio ambiente se pudiera rehabilitar o devolver a un estado comparable, o bien se calculará teniendo en cuenta elementos como el valor intrínseco de los sistemas ecológicos afectados (con inclusión de sus valores estéticos y culturales) y en particular la pérdida potencial de valor que entraña la destrucción de una especie o subespecie de flora o fauna (los daños punitivos no forman parte del cálculo previsto). Cuando se reciba una indemnización por daños causados al medio ambiente que no se pueda rehabilitar, los fondos se utilizarán para restaurar, por ejemplo, un medio ambiente comparable en otra zona. Por último, la legislación nacional podrá determinar quién tiene derecho a adoptar las medidas de rehabilitación y a recibir la indemnización prevista.

245. Algunas convenciones relativas a materiales nucleares han incorporado disposiciones explícitas en relación con los daños distintos de los daños nucleares originados por un accidente nuclear o conjuntamente por un accidente nuclear y otras causas. En la medida en que dichos perjuicios no puedan diferenciarse con certeza de los daños nucleares, se les considera daños nucleares y, en

<sup>196</sup> Véase nota 88 *supra*.

<sup>197</sup> Véase párr. 83 *supra*.

consecuencia, compensables en virtud de las convenciones<sup>198</sup>.

246. Los perjuicios no materiales también pueden ser indemnizables. Se establece claramente en el artículo 5 del Convenio adicional a la CIV que, de conformidad con la legislación nacional, cabe exigir indemnización por dolor y sufrimiento mental y físico y por las deformidades sufridas<sup>199</sup>.

247. En el artículo I de la Convención de Viena también se prevén los daños indemnizables en virtud de la ley del tribunal competente. Por ello, cuando la ley del tribunal competente admite la posibilidad de indemnizar *perjuicios no materiales*, este tipo de daños puede ser objeto de indemnización con arreglo a la Convención. Conforme al apartado ii) del inciso *k* del párrafo 1 del artículo I de la Convención, se entiende por daños nucleares «los demás daños y perjuicios que se produzcan u originen de esta manera en cuanto así lo disponga la ley del tribunal competente».

248. Asimismo, el párrafo 3 del Principio 9 de los Principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre prescribe que «la in-

demnización incluirá el reembolso de los gastos debidamente justificados que se hayan realizado en operaciones de búsqueda, recuperación y limpieza, incluidos los gastos por concepto de asistencia recibida de terceros».

b) *Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados*

249. Las decisiones judiciales y la práctica de los Estados al parecer indicarían que sólo se pueden indemnizar los perjuicios materiales. En este caso, los perjuicios materiales se refieren a perjuicios físicos, tangibles o cuantitativos, en contraposición con daños intangibles a la dignidad del Estado. Los daños materiales que han sido indemnizados en el pasado comprenden la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños o perjuicios materiales. No obstante, ello no ha impedido que los Estados exigieran indemnización por perjuicios no materiales.

250. En algunas prácticas de los Estados relativas a la contaminación nuclear, potencial o real, o a otros daños ocasionados por accidentes nucleares que han producido ansiedad, no se ha concedido ni pedido reparación por daños no materiales. Los ejemplos más importantes son el accidente de Palomares (1966) y el caso de las Islas Marshall. En el accidente de Palomares un bombardero nuclear norteamericano B-52G chocó contra un avión de reabastecimiento de combustible KC-135 frente a las costas de España y perdió cuatro bombas de plutonio-uranio-235-hidrógeno, con una potencia destructiva de 1,5 megatón (75 veces la potencia de la bomba de Hiroshima)<sup>200</sup>. Ese accidente no sólo causó daños físicos considerables sino que también produjo temores y disturbios en la cuenca occidental del mar Mediterráneo por dos meses hasta que se eliminaron las posibilidades de daños. Dos de las bombas que cayeron en tierra se abrieron y dejaron escapar su TNT, esparciendo partículas de uranio y plutonio cerca de la aldea costera española de Palomares, y causaron un peligro inminente al bienestar de los habitantes y la ecología de la zona. Los Estados Unidos de América y España emprendieron medidas correctivas inmediatas y se dice que los Estados Unidos enterraron 1.750 toneladas de suelo español ligeramente radiactivo en los Estados Unidos<sup>201</sup>. La tercera bomba llegó a la superficie intacta, pero la cuarta se perdió en algún lugar del Mediterráneo. Tras dos meses de búsqueda con submarinos y el temor cada vez mayor de las naciones de la región del Mediterráneo, se localizó la bomba pero volvió a perderse durante la operación por otros nueve días. Finalmente, después de 80 días de amenaza de detonación de la bomba, se recuperó el aparato.

251. Al parecer, los Estados Unidos *no pagaron* indemnización alguna por la zozobra causada por el accidente y no hubo un «debate abierto» oficial entre España y los Estados Unidos acerca de la responsabilidad jurídica. No obstante, el accidente es único; si no se hubiera recuperado la bomba, la extensión de los daños no se habría

<sup>198</sup> Por ejemplo, el párrafo 4 del artículo IV de la Convención de Viena dice lo siguiente:

«4. Cuando los daños nucleares y otros daños que no sean nucleares hayan sido originados por un accidente nuclear, o conjuntamente por un accidente nuclear y otra u otras causas diversas, se considerará, a los efectos de la presente Convención, que los daños no nucleares, en la medida en que no puedan diferenciarse con certeza de los daños nucleares, son daños nucleares originados por el accidente nuclear. Sin embargo, cuando los daños nucleares hayan sido causados conjuntamente por un accidente nuclear cubierto por la presente Convención y por una emisión de radiaciones ionizantes que no esté cubierta por ella, ninguna cláusula de la presente Convención limitará ni modificará la responsabilidad que, sea respecto de cualquier persona que haya sufrido los daños nucleares, sea como consecuencia de la interposición de un recurso o de una demanda de repetición, recaiga en las personas a quienes incumba la responsabilidad por esa emisión de radiaciones ionizantes.»

Asimismo el artículo IV de la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares dice lo siguiente:

«Cuando haya daños nucleares y daños de otra índole originados por un accidente nuclear o conjuntamente por un accidente nuclear y otra u otras causas directas, y no pueda determinarse con certeza cuáles son los daños nucleares y cuáles los de otra índole, se considerará, a los efectos de la presente Convención, que todos los daños son daños nucleares debidos exclusivamente al accidente nuclear. Sin embargo, cuando los daños nucleares hayan sido causados conjuntamente por un accidente nuclear previsto en la presente Convención y por una emisión de radiaciones ionizantes de una fuente de radiaciones no cubierta por ella, o por un accidente nuclear previsto en la presente Convención y por una emisión de radiaciones ionizantes en combinación con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de dicha fuente de radiaciones, ninguna cláusula de la presente Convención limitará ni modificará la responsabilidad que, sea respecto de las víctimas, sea como consecuencia de la interposición de un recurso o de una demanda de repetición, recaiga en las personas a quienes incumba la responsabilidad por la emisión de radiaciones ionizantes o las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de la fuente de radiaciones no cubierta por la presente Convención.»

<sup>199</sup> El artículo 5 de la Convención Adicional dice lo siguiente:

«La legislación nacional determinará en qué medida la compañía de ferrocarriles deberá pagar indemnización por perjuicios distintos de los previstos en los artículos 3 y 4, en particular, el dolor y el sufrimiento físico o mental (*pretium doloris*) y las deformidades sufridas.»

<sup>200</sup> Para más detalles sobre este accidente, véanse T. Szuld, *The Bombs of Palomares*, New York, Viking Press, 1967, y F. Lewis, *One of our H-bombs is Missing*, New York, McGraw Hill, 1967.

<sup>201</sup> «Radioactive Spanish earth is buried 10 feet deep in South Carolina», *The New York Times*, 12 de abril de 1966, pág. 28, col. 3.

podido medir en términos monetarios. Los Estados Unidos no habrían podido dejar el «instrumento» dañino, resultado de sus actividades, en España o en sus inmediaciones ni haber asumido su responsabilidad mediante el pago de una indemnización.

252. A raíz de los ensayos nucleares de los Estados Unidos en el medio ambiente realizados en el atolón de Eniwetok en las Islas Marshall (véase párr. 179 *supra*), el Gobierno del Japón no pidió indemnización por perjuicios no materiales. En una nota del Gobierno de los Estados Unidos relativa al pago de daños por medio de un acuerdo global, el Gobierno de los Estados Unidos se refirió al acuerdo final con el Gobierno del Japón por «todos los perjuicios, pérdidas o daños ocasionados por dichos ensayos nucleares». Se dejó a discreción del Gobierno del Japón decidir qué perjuicios particulares merecían compensación:

A raíz de los ensayos nucleares realizados el 1.º de marzo de 1954 en el campo de pruebas de Eniwetok, el Gobierno del Japón anunció que en esa fecha la tripulación de una nave pesquera japonesa, *Diago Fukuryu Maru*, que en el momento del ensayo se encontraba fuera de la zona de peligro definida anteriormente por los Estados Unidos, había sufrido lesiones debido a la precipitación radiactiva. El 23 de septiembre de 1954 falleció Aikichi Kuboyama, principal operador de radio del buque pesquero. Mediante un acuerdo efectuado por canje de notas el 4 de enero de 1955, que entró en vigor el mismo día, los Estados Unidos, «como una expresión más de su preocupación y pesar por las lesiones sufridas» por los pescadores japoneses a consecuencia de los ensayos nucleares de 1954 en las Islas Marshall, entregaron a título graciable el monto de 2 millones de dólares a los efectos de indemnizar por las lesiones o daños sufridos y en respuesta a todas las reclamaciones del Japón por todos los perjuicios, pérdidas o daños resultantes de dichos ensayos nucleares. En virtud del acuerdo, la suma pagada había de distribuirse en la forma equitativa que dispusiera el Gobierno del Japón e incluía el desagravio de cada uno de los pescadores japoneses afectados y la satisfacción de las reclamaciones presentadas por el Gobierno del Japón por sus gastos médicos y de hospitalización.<sup>202</sup>

253. En el caso de la *Fundición de Trail*, el Tribunal rechazó la propuesta de los Estados Unidos de que se impusieran *daños y perjuicios* al explotador de la fundición en los casos en que las emisiones superaran los límites prefijados, independientemente de los perjuicios causados. El Tribunal, estimando que únicamente debían indemnizarse los *perjuicios efectivos sufridos*, declaró:

El Tribunal ha examinado cuidadosamente las sugerencias formuladas por los Estados Unidos de un régimen por medio del cual se pagaría una suma prefijada en los casos en que las concentraciones registradas superaran una cierta intensidad por un cierto período de tiempo o una intensidad mayor durante un período de 20 minutos.

El Tribunal no ha podido aprobar esa sugerencia. A su juicio, y en el de sus asesores científicos, tal régimen obstruiría indebida e innecesariamente el funcionamiento de la *Fundición de Trail* y no sería una «solución justa para todas las partes interesadas».<sup>203</sup>

254. Por consiguiente, cabe suponer que el concepto de perjuicio no material no ha sido aceptado en las relaciones entre los Estados respecto de las actividades que entrañan perjuicios extraterritoriales. Los Estados no han concedido indemnización monetaria o material por daños no materiales.

255. Sin embargo, los Estados han pedido reparación por perjuicios no materiales. Por lo menos en un caso un Estado ha pedido indemnización por la violación de su soberanía territorial. En relación con la colisión del *Cosmos 954* en territorio canadiense, el Canadá pidió indemnización por los perjuicios sufridos a consecuencia del choque, incluidas la entrada ilegal del satélite y la violación de su soberanía territorial. El Canadá basó su reclamación en «precedentes internacionales» y declaró:

La entrada del satélite *Cosmos 954* en el espacio aéreo del Canadá y la caída en territorio canadiense de desechos radiactivos peligrosos del satélite constituyen una violación de la soberanía del Canadá. Esta violación queda establecida por el solo hecho de la entrada ilegal del satélite y las consecuencias perjudiciales de esa entrada son los daños causados al Canadá por la presencia de desechos radiactivos peligrosos y la interferencia con el *derecho soberano del Canadá*\* de decidir los actos que se han de realizar en su territorio. En los *precedentes internacionales se reconoce que una violación de la soberanía da lugar a una obligación de pagar indemnización*.<sup>204</sup>

256. En el arbitraje de la *Fundición de Trail*, en respuesta a la solicitud de los Estados Unidos de reparación por perjuicios morales y la violación de su soberanía territorial, el Tribunal sostuvo que *carecía de jurisdicción*. El Tribunal dispuso que no era necesario decidir si los hechos comprobados constituían o no una usurpación o violación de la soberanía de los Estados Unidos en virtud del derecho internacional, independientemente de la Convención de arbitraje.<sup>205</sup>

257. La práctica entre los Estados ha incluido casos de *posibles daños materiales*. Esta categoría de práctica es paralela a la función de las *órdenes judiciales* en decisiones tales como el caso de los *ensayos nucleares*. Definitivamente, no puede haber perjuicio material anterior a la realización de una actividad perjudicial particular. No obstante, en algunas prácticas anteriores pertinentes se han llevado a cabo negociaciones para obtener medidas protectoras e incluso se han hecho solicitudes de poner fin a la actividad. La gravedad de los posibles daños es la base de esas solicitudes. Cabe prever que los Estados deben adoptar medidas protectoras razonables a fin de asegurar, más allá de su soberanía territorial, la seguridad e inocuidad de sus actividades lícitas. Desde luego, el posible daño debe ser accidental y no intencional; no obstante, los Estados que se verían posiblemente lesionados tienen el derecho de exigir que se adopten medidas protectoras.

258. La práctica de los Estados en relación con la responsabilidad de reparación de los daños efectivos está mejor establecida. Hay una aceptación más clara de la responsabilidad explícita o implícita en la conducta de los Estados. En algunos casos los Estados también han aceptado la responsabilidad de reparación de *daños efectivos* causados por actividades de particulares en su jurisdicción territorial o bajo su control. En el caso del río Mura (véase párr. 190 *supra*), la antigua Yugoslavia exigió el pago por Austria de daños por *pérdidas económicas* ocasionadas en dos molinos de papel y dos pesque-

<sup>202</sup> Véase *Digest of International Law* (nota 154 *supra*), pág. 565.

<sup>203</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 97 *supra*), pág. 1974.

<sup>204</sup> Véase *International Legal Materials* (nota 96 *supra*), párr. 21.

<sup>205</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 97 *supra*), pág. 1932.

rías a consecuencia de la extensa contaminación causada por las instalaciones hidroeléctricas austríacas. En el caso del petrolero *Juliana*, el Estado del pabellón, Liberia, ofreció 200 millones de yen a los pescadores japoneses por los daños que sufrieron al encallar el *Juliana* y verterse su petróleo hasta las costas japonesas.

259. Se ha pagado indemnización en los casos en que una actividad realizada en el dominio compartido ha exigido la *reubicación de personas*. En relación con los ensayos nucleares de los Estados Unidos en el atolón de Eniwetok, la indemnización entrañó el pago del uso provisional del territorio y de los *costos de reubicación*.

260. El Tribunal en el caso de la *Fundición de Trail* concedió a los Estados Unidos una indemnización por daños en relación con los daños físicos ocasionados a la tierra desbrozada, a la tierra sin desbrozar y a las urbanizaciones, por la disminución de las cosechas y del valor de arrendamiento de la tierra y de las urbanizaciones y, en un caso, por el *deterioro del suelo*. Al parecer, la denegación del pago de daños por otros perjuicios se debió principalmente a la *falta de pruebas*. En relación con los daños ocasionados a la tierra desbrozada utilizada para cultivos, el Tribunal concluyó que los daños ocasionados por la disminución de la productividad de los cultivos, debido a las emanaciones de humo y gases, se había producido en distintos grados durante cada uno de los años comprendidos entre 1932 y 1936 y no encontró pruebas de daños que se hubieren producido en 1937. Los Estados Unidos dividieron los terrenos de propiedad de distintos agricultores que supuestamente habían sufrido daños en tres clases: a) propiedades de «agricultores que residen en sus explotaciones»; b) propiedades de «agricultores que no residen en sus explotaciones»; a, b) propiedades de «agricultores que fueron expulsados de sus explotaciones», y c) propiedades de grandes terratenientes. El Tribunal no adoptó esa división y aprobó como medida de la indemnización que se aplicaría por daños causados al terreno destinado al cultivo la indemnización por daños que los tribunales estadounidenses aplicarían respecto de los perjuicios o intrusiones del caso, es decir, el monto equivalente a la reducción del valor de uso o del valor de arrendamiento del terreno causada por las emanaciones de humo<sup>206</sup>.

261. El Tribunal decidió que en el caso de las tierras destinadas a la producción agrícola la reducción del valor de uso era, en general, el monto de la reducción de la productividad de los cultivos resultantes de los perjuicios menos el costo de la comercialización de los mismos<sup>207</sup>. A juicio del Tribunal, también se podía tener en cuenta el hecho de que los agricultores *dejasen* de extender el terreno cultivado en las zonas afectadas en proporción con un aumento similar en otros sitios. Este es un ejemplo de la *obligación de mitigar el perjuicio*.

262. En relación con los problemas de abandono de las propiedades por sus dueños, el Tribunal observó que casi todas las propiedades enumeradas parecían haber sido

abandonadas antes del año 1932. A fin de hacer frente a ese problema, así como al problema producido por la falta de ampliación del terreno cultivado, el Tribunal decidió calcular los perjuicios sobre la base de los *datos estadísticos* disponibles, el *promedio del área en acres* en que era razonable creer que se habrían plantado semillas y obtenido cosechas durante el período en examen de no haber sido por las emanaciones<sup>208</sup>.

263. En cuanto a las reclamaciones por *deterioro del suelo* debido al aumento de la acidez, causado por el contenido de dióxido sulfúrico de los arroyos y otros cursos de aguas, el Tribunal opinó que las pruebas presentadas en apoyo de esa afirmación no avalaban la existencia de esa condición salvo en una zona pequeña para la cual se otorgó indemnización por la *disminución del valor*<sup>206</sup>. Asimismo, el Tribunal otorgó indemnización por la *disminución del valor* de las explotaciones agrícolas que se encontraban en las cercanías de la línea fronteriza debido a su exposición a las emanaciones de humo y gases<sup>208</sup>.

264. En relación con los daños causados al crecimiento y la reproducción de la madera que se afirmaba que se debían a las emanaciones, el Tribunal adoptó el criterio de daños aplicado por los tribunales de los Estados Unidos, es decir, la disminución del valor del terreno por semejante destrucción y deterioro:

En relación con los daños debidos a la destrucción y el deterioro de la madera en proceso de crecimiento (no de tamaño comercial), el Tribunal ha adoptado el mismo criterio para evaluar los daños que se aplican en los tribunales norteamericanos, es decir, la disminución del valor del terreno debido a semejante destrucción y deterioro. El bosque en crecimiento tiene un valor de uso como leña, madera para cercas, etc., así como un valor de cambio como fuente de madera comercializable. Los Estados Unidos no han presentado pruebas de la ubicación o de las cantidades totales de esa madera en crecimiento al 1.º de enero de 1932, o de su distribución en tipos de coníferas—pino amarillo, abeto de Douglas, alerce u otros árboles—. Aunque desde esa fecha sin duda la zona ha sufrido un cierto grado de destrucción o deterioro, con el consiguiente atraso del crecimiento, es imposible calcular con alguna exactitud la extensión de los daños. Sin embargo, el Tribunal ha tenido en cuenta esos daños al conceder la indemnización por los daños ocasionados a los bosques de árboles maderables en crecimiento<sup>209</sup>.

265. Los Estados Unidos *no aportaron pruebas* de los daños a la ganadería<sup>210</sup>. Asimismo, las pruebas de daños a la propiedad en el poblado de Northport que se presentaron fueron insuficientes<sup>211</sup>.

<sup>208</sup> *Ibid.*, pág. 1926.

<sup>209</sup> *Ibid.*, pág. 1929.

<sup>210</sup> «En relación con los daños a la ganadería reclamados por los Estados Unidos, el Tribunal estima que los Estados Unidos no han demostrado que la existencia de emanaciones de humo y gases de la fundición de Trail haya causado daños a la ganadería o a la productividad de leche o lana desde el 1.º de enero de 1932, debido al menoscabo de la calidad de los cultivos o del pasto. En tanto en cuanto los daños a la ganadería se deben a una menor producción de los cultivos o la pastura, los daños se compensan con la indemnización que se concede en el presente documento por dicha disminución de la productividad.» (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* [nota 97 *supra*], pág. 1931.)

<sup>211</sup> «En relación con los daños a la propiedad en el poblado de Northport, los principios jurídicos que se aplican al cálculo de la indemnización que corresponde a los propietarios de lotes urbanos

<sup>206</sup> *Ibid.*, págs. 1924 y 1925.

<sup>207</sup> *Ibid.*, pág. 1925.

266. En relación con los daños a las empresas comerciales, los Estados Unidos afirmaron que los empresarios habían sufrido restricciones en sus actividades y la disminución de la plusvalía debido al empeoramiento de la situación económica de los residentes de la zona afectada. El Tribunal decidió que dichos daños eran demasiado indirectos, remotos e inciertos para que pudieran evaluarse y su naturaleza no era tal que justificara el pago de una indemnización. A juicio del Tribunal, el argumento de que se debería obtener una indemnización por daños y perjuicios ocasionados al negocio de una persona, o por la disminución de la actividad mercantil debido a la pérdida de la capacidad de compra de sus clientes —dicha incapacidad o empobrecimiento debidos a un perjuicio, aun cuando se demostrara la existencia de dicho perjuicio—, era demasiado indirecto y remoto para servir de base jurídica a efectos de conceder una indemnización<sup>212</sup>.

267. Los Estados Unidos *no demostraron la contaminación de los cursos de agua* y, como el Tribunal se consideraba sujeto a las condiciones establecidas en la convención de arbitraje, no entró a examinar la cuestión planteada por los Estados Unidos, que solicitaban una indemnización por los *gastos realizados en la investigación* que llevaron a cabo debido a los problemas que causó la fundición. Los Estados Unidos plantearon esa cuestión en relación con la reclamación por *violación de soberanía*. No obstante, al parecer el Tribunal reconoció la posibilidad de *indemnización por los gastos de tramitación de las reclamaciones*. El Tribunal convino en que en algunos casos de arbitraje internacional se concedía el reembolso de dichos gastos, no en concepto de indemnización por la violación de la soberanía territorial, sino como indemnización por los gastos realizados por los distintos demandantes en la presentación de sus reclamaciones por actos perjudiciales cometidos por el gobierno infractor. El Tribunal parecía tener dificultades no tanto por el fondo de la reclamación cuanto por su caracterización como daños por la violación de la soberanía territorial. Por ello decidió que «lo que los Estados Unidos denominan “violación de la soberanía” no debía ser objeto de indemnización alguna ni como una partida separada de los daños ni como parte inherente de otros daños»<sup>213</sup>.

268. En el examen del asunto del *Alabama claim*, el Tribunal otorgó daños y perjuicios en relación con los fletes netos perdidos y otros daños indefinidos resultantes de la falta de ejercicio de la «debida diligencia» por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda. No obstante, se negaron daños y perjuicios en relación con los costos de persecución de los cruceros confederados abastecidos en puertos británicos, puesto que dichos costos no podían

---

son los mismos que se aplican a los propietarios de explotaciones agrícolas y otros terrenos desbrozados, a saber la disminución del valor de uso o del valor de arrendamiento de la propiedad, debida a las fumigaciones. El Tribunal estima que no hay pruebas de daños a dichas propiedades urbanas; que, incluso si existieran dichos daños, no hay pruebas suficientes para que el Tribunal pueda calcular la disminución del valor de uso o del valor de arrendamiento de dicha propiedad, y que no puede adoptar el método de cálculo de los daños a la propiedad urbana, a favor del cual arguyen los Estados Unidos.» (Ibid.)

<sup>212</sup> Ibid.

<sup>213</sup> Ibid., págs. 1932 y 1933.

diferenciarse de los gastos corrientes de la guerra, tales como los daños en relación con utilidades futuras, puesto que dependían de acaecimientos futuros e inciertos<sup>214</sup>.

269. Las reclamaciones del Canadá contra la Unión Soviética por perjuicios debidos al choque del satélite de energía nuclear soviético *Cosmos 954* en el territorio del Canadá incluían la obligación de *mitigar los daños*:

En virtud de los principios generales del derecho internacional, el Canadá tenía la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar y disminuir las consecuencias perjudiciales de los daños y, por lo tanto, mitigarlos. Así pues, en relación con los desechos, era necesario que el Canadá emprendiera sin demora operaciones de búsqueda, recuperación, remoción, ensayo y limpieza. Estas operaciones también se llevaron a cabo a fin de cumplir con los requisitos de la legislación nacional del Canadá. Además, el artículo VI del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales impone al Estado demandante la obligación de observar las normas razonables de cuidado en relación con los daños ocasionados por un objeto espacial<sup>215</sup>.

270. En la reclamación del Canadá también se señalaba que la indemnización que se pedía era razonable, causada directamente por el accidente y capaz de calcularse con un grado razonable de seguridad:

Al calcular la indemnización solicitada, el Canadá ha aplicado los criterios pertinentes establecidos en los principios generales del derecho internacional, de acuerdo con los cuales se ha de pagar una indemnización justa, al incluir en su reclamación únicamente los costos que son razonables, causados directamente por la intrusión del satélite y el depósito de desechos, y capaces de calcularse con un grado razonable de seguridad<sup>216</sup>.

271. La Atlantic Richfield Corporation (ARCO), que estaba encargada del funcionamiento de la refinería en *Cherry Point*, Estado de Washington, donde en 1972 se produjo un derramamiento de 45.000 litros de petróleo crudo en el mar (véase párr. 159 *supra*), pagó una primera *factura de limpieza* de 19.000 dólares presentada por la municipalidad de Surrey por sus actividades. Posteriormente, la ARCO convino en pagar un monto adicional de 11.606,50 dólares que sería remitido por los Estados Unidos al Gobierno del Canadá por los *gastos efectuados en relación con la operación de limpieza*, pero no convino en reembolsar una partida adicional de 60 dólares designada «pérdida de aves (30 aves a 2 dólares cada una)». Esto se hizo «sin admitir responsabilidad alguna en el hecho y sin perjuicio de sus derechos y posición jurídica»<sup>217</sup>.

## 2. FORMAS DE INDEMNIZACIÓN

272. En la práctica de los Estados se han compensado los daños extraterritoriales causados por actividades realizadas dentro de la jurisdicción territorial o bajo el control de los Estados mediante el pago de una suma fija al Estado lesionado para hacer frente a las distintas reclamaciones o directamente a los diversos demandantes. Las for-

<sup>214</sup> Moore, *op. cit.* (nota 93 *supra*), pág. 658.

<sup>215</sup> Véase *International Legal Materials* (nota 96 *supra*), págs. 905 y 906, párr. 17.

<sup>216</sup> Ibid., pág. 907, párr. 23.

<sup>217</sup> Véanse nota 141 *supra* y *Montreal Star*, 9 de junio de 1972.

mas de indemnización en las relaciones internacionales parecen similares a las que existen en la legislación nacional. En efecto, en algunas convenciones se dispone que las cuestiones de indemnización se rigen por las leyes nacionales. Cuando los daños son susceptibles de evaluación monetaria, se ha tratado de escoger una moneda que sea fácilmente transferible.

a) *Práctica de los tratados*

273. Si bien es cierto que en convenciones multilaterales se ha hecho referencia a las formas de indemnización, estas cuestiones no se han detallado de forma adecuada. En las convenciones se ha tratado de lograr que la indemnización sea útil a la parte lesionada desde el punto de vista de la moneda y de su transferibilidad de un Estado a otro. En virtud del Convenio de París, por ejemplo, la naturaleza, la forma y extensión de la indemnización, así como el *reparto equitativo* de la misma, se regirán por el *derecho nacional*. Además, la indemnización será *transferible* libremente entre las partes contratantes<sup>218</sup>.

274. En la Convención Adicional a la CIV también se dispone que por algunas lesiones se puede conceder indemnización mediante el pago de una suma fija. No obstante, si el *derecho nacional* permite el pago de una *pensión* o si así lo solicita el pasajero lesionado, se concederá la indemnización en forma de una pensión. Tales formas de indemnización por daños y perjuicios también están previstas para las lesiones sufridas por otras personas a quienes el pasajero fallecido tenía la responsabilidad jurídica de mantener, así como para el tratamiento médico y el transporte del pasajero lesionado y las pérdidas debidas a la incapacidad total o parcial para el trabajo del pasajero<sup>219</sup>.

<sup>218</sup> Las disposiciones pertinentes del Convenio son las siguientes:

«Artículo 7

» [...]

»g) Los intereses y gastos liquidados por el Tribunal ante el cual se haya entablado una acción con el fin de obtener indemnización en virtud del presente Convenio, no se considerarán indemnizaciones en el sentido del presente Convenio y se deberán por el explotador además del importe de las indemnizaciones que pudieran deberse en virtud del presente artículo.

» [...]

«Artículo 11

»La naturaleza, la forma y extensión de la indemnización así como el reparto equitativo de la misma, se regirán por el derecho nacional, dentro de los límites previstos por el presente Convenio.

«Artículo 12

»Las indemnizaciones que se paguen conforme al presente Convenio, las primas de seguro y de reaseguro, así como las sumas que provengan del seguro, del reaseguro o de otra garantía financiera, en virtud del artículo 10, y los intereses y gastos previstos en el artículo 7 g, serán transferibles libremente entre las zonas monetarias de las Partes Contratantes.»

<sup>219</sup> Las disposiciones pertinentes de la Convención dicen lo siguiente:

«Artículo 6.—Forma y limitación de los daños y perjuicios en caso de fallecimiento o lesiones del pasajero

»1. Los daños y perjuicios en virtud del artículo 3, 2) y del artículo 4 b se indemnizarán mediante el pago de una suma fija; no

275. La Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares establece el valor en oro del franco, moneda en que se debe pagar la indemnización. En este instrumento se dispone asimismo que los pagos podrán convertirse en moneda nacional en cifras redondeadas y que la conversión en monedas nacionales que no sean moneda oro se efectuará con arreglo a su valor en oro<sup>220</sup>.

276. Si así llega a convenirse entre las partes interesadas, la indemnización en virtud del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales se pagará en cualquier moneda. De lo contrario, la indemnización se pagará en la moneda del *Estado demandante*. Si el Estado demandante está de acuerdo, la indemnización podrá pagarse en la *moneda del Estado que deba pagarla*<sup>221</sup>.

b) *Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados*

277. En las decisiones judiciales y la correspondencia oficial no se ha hecho referencia alguna a estos aspectos de la indemnización, salvo en algunos casos tales como la indemnización concedida al Japón por los Estados Unidos de América por los perjuicios resultantes de los ensayos nucleares en el Pacífico y la indemnización exigida al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda en el asunto del *Alabama* (véase párr. 87 *supra*). En ambos casos había de efectuarse el pago de una suma fija a fin de que los Estados lesionados pudieran, a su vez, pagar una indemnización equitativa a cada una de las personas afectadas.

obstante, si el derecho nacional permite el pago de una pensión, los daños se indemnizarán de esta forma si así lo solicitan el pasajero lesionado o los demandantes designados en el artículo 3, 2).

» [...]

«Artículo 9.—Interés y devolución de la indemnización

»1. El demandante tendrá derecho a pedir el pago de interés por concepto de la indemnización, el cual se calculará al 5% anual. Dicho interés comenzará a devengarse desde la fecha de la reclamación o, si no se ha presentado una reclamación, desde la fecha en que se dé inicio al procedimiento judicial, con la excepción de que, en relación con la indemnización que se ha de pagar en virtud de los artículos 3 y 4, el interés se devengará únicamente desde el día en que ocurrieron los acontecimientos pertinentes a la evaluación de los daños, si ese día es posterior a la fecha de la reclamación o a la fecha en que se dio inicio al procedimiento judicial.

»2. Toda indemnización obtenida en forma indebida será devuelta.»

<sup>220</sup> El párrafo 4 del artículo III de la Convención dice lo siguiente:

«4. El franco mencionado en el párrafo 1 del presente artículo es una unidad monetaria constituida por sesenta y cinco miligramos y medio de oro fino de novecientas milésimas de ley. La suma asignada, redondeada, se podrá convertir en las distintas monedas nacionales. La conversión en monedas nacionales que no sean moneda oro se efectuará con arreglo al valor en oro de esas monedas en la fecha del pago.»

<sup>221</sup> El artículo XIII del Convenio dice lo siguiente:

«A menos que el Estado demandante y el Estado que debe pagar la indemnización de conformidad con el presente Convenio acuerden otra forma de indemnización, ésta se pagará en la moneda del Estado demandante o, si ese Estado así lo pide, en la moneda del Estado que deba pagar la indemnización.»

278. Además de la indemnización monetaria, a veces se ha pagado la indemnización mediante la remoción del peligro o *restitutio in integrum*. Por ejemplo ese fue el caso del accidente de Palomares, en 1966, en que como resultado del choque de un bombardero estadounidense con un avión de reabastecimiento de combustible se produjo la pérdida de bombas nucleares en España y cerca de sus costas. En los casos en que los daños o la amenaza de daños son tan graves, la indemnización primaria tiene el carácter de *restitución*, eliminando el instrumento dañino y restableciendo la zona a su condición normal anterior al accidente. Los Estados Unidos eliminaron el peligro en España mediante la recuperación de las bombas y el entierro del suelo español contaminado en su propio territorio (véase párr. 250 *supra*).

279. En los ensayos nucleares en las islas Marshall también se informó que los Estados Unidos habían gastado casi 110 millones de dólares para limpiar varias de las islas del atolón de Eniwetok de modo que pudieran repoblarse. Sin embargo, como parte de ese proyecto se utilizó una isla en el atolón de Runit para depositar desechos nucleares y se declaró su aislamiento por 20.000 años<sup>155</sup>. La operación de limpieza no constituye una restitución, pero la intención de las partes y la política de la operación son análogas a las de la restitución. En el caso del río Mura, además de la indemnización monetaria por los perjuicios ocasionados a los recursos pesqueros y los molinos de papel en Yugoslavia, Austria también entregó una cierta cantidad de papel a la antigua Yugoslavia.

280. En 1981 el Canadá aceptó una suma global de tres millones de dólares canadienses por parte de la Unión Soviética en liquidación plena y total de todas las demandas relacionadas con la desintegración del satélite soviético *Cosmos 954* en el Canadá<sup>222</sup>.

### 3. LIMITACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

281. En forma análoga al derecho nacional, la práctica de los Estados ha fijado limitaciones a la indemnización. Ello es particularmente importante para las actividades que, aunque importantes para la civilización contemporánea, tienen grandes posibilidades de causar perjuicios, así como las actividades que corren el riesgo de causar perjuicios devastadores, tal como el uso de materiales nucleares. Las disposiciones respecto de la limitación de indemnización se han ideado cuidadosamente para cumplir dos objetivos: *a*) proteger a las industrias de la responsabilidad ilimitada que paralizaría su existencia financiera y desalentaría su futuro desarrollo y *b*) ofrecer una indemnización razonable y justa a quienes sufren perjuicios a consecuencia de la realización de esas actividades peligrosas.

282. La Ley sobre contaminación por hidrocarburos de los Estados Unidos prevé la limitación de respon-

sabilidad. Sin embargo, la limitación no puede invocarse si, con arreglo al apartado *c*, 1, del artículo 2704, el accidente estuvo inmediatamente causado por:

A) Negligencia grave o dolo, o

B) La violación de una reglamentación federal aplicable sobre seguridad, construcción o funcionamiento de la parte responsable, un agente o empleado de la parte responsable o una persona que actúa de conformidad con una relación contractual con la parte responsable [...] <sup>223</sup>.

283. Con arreglo al apartado *c* del artículo 2704 de la misma ley, la parte responsable no tiene derecho a limitar su responsabilidad si «no procede o se niega» a:

A) Comunicar el accidente en la forma requerida por la ley y la parte responsable conoce o tiene razones para conocer el accidente;

B) Proporcionar toda la cooperación y asistencia razonables exigidas por un funcionario responsable en relación con las actividades de eliminación; o

C) Sin razón suficiente, cumplir con una orden emitida con arreglo a lo dispuesto en el apartado *c* o *e* del artículo 1321 [...] o de la Ley relativa a la intervención en alta mar <sup>222</sup>.

284. De conformidad con el apartado *c* del artículo 2714 de la ley, la parte responsable puede perder su derecho de invocar la limitación de responsabilidad prevista en el apartado *a* del artículo 2714 a causa de la mala conducta intencional o de la violación de una norma de seguridad por uno de sus empleados o por un contratista independiente que presta servicios en la parte responsable.

285. También en los Estados Unidos, la ley *CERCLA* contiene, en el apartado *c*, 1, de su artículo 9607, disposiciones relativas a la limitación de la responsabilidad. Esta subsección autoriza asimismo la imposición de *daños punitivos* si una persona responsable no procede, sin causa suficiente, a aplicar las medidas de eliminación o correctivas adecuadas por orden del Presidente en una cuantía por lo menos igual y no mayor que el triple de la cuantía de los gastos en que se ha incurrido como resultado de la falta de adopción de medidas adecuadas. Al igual que la ley *OPA*, el derecho a limitar la responsabilidad se pierde si el demandado no coopera con los funcionarios públicos y no les presta asistencia.

286. Por su parte, la Ley sobre responsabilidad ambiental de Alemania establece igualmente, en su artículo 15, limitaciones de responsabilidad<sup>71</sup>.

#### a) Práctica de los tratados

287. El Convenio de París se ha redactado para tratar sistemática y uniformemente de la cuestión de la responsabilidad e indemnización en materia de energía nuclear. El artículo 7 del Convenio limita la responsabilidad del explotador. Prescribe también que la indemnización global que se ha de pagar con respecto a los daños causados por un accidente nuclear no excederá de la responsabili-

<sup>222</sup> Véase «Canada-Union of Soviet Socialist Republics: Protocol on settlement of Canada's claim for damages caused by "Cosmos 954"», *International Legal Materials* (Washington D.C.), vol. XX, n.º 3, mayo de 1981, pág. 689.

<sup>223</sup> Citado por Force (nota 63 *supra*), pág. 40.

dad máxima establecida de conformidad con el artículo<sup>224</sup>.

288. En virtud del Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, si el importe total de las indemnizaciones fijadas excede del límite de responsabilidad, en relación con las indemnizaciones que se refieren solamente al caso de muerte o lesiones, o solamente a daños en los bienes, las indemnizaciones serán reducidas en proporción a sus importes respectivos. Pero si las indemnizaciones se refieren tanto a muerte o lesiones como a daños a los bienes, la mitad de la suma total se destinará a cubrir las indemnizaciones por muerte o lesiones, distribuyéndose proporcionalmente entre las reclamaciones de que se trate. El remanente se prorrateará entre las indemnizaciones relativas a daños a los bienes y la parte no cubierta de las demás indemnizaciones por muerte o lesiones<sup>225</sup>.

289. En la Convención Adicional 1966 a la CIV se prevé la limitación de responsabilidad. Sin embargo, cuando se ocasionan los daños como resultado de conducta dolosa o negligencia grave del ferrocarril, se elimina la limitación de responsabilidad<sup>226</sup>.

<sup>224</sup> En el párrafo a del artículo 7 del Convenio se indican los límites mínimo y máximo de la indemnización:

«El total de las indemnizaciones que se hayan de pagar por un daño causado por un accidente nuclear no podrá exceder del importe máximo de la responsabilidad fijado con arreglo al presente artículo.»

<sup>225</sup> En el artículo 14 del Convenio se estipula lo siguiente:

«Si el importe de las indemnizaciones fijadas excede del límite de responsabilidad aplicable según las disposiciones de este Convenio, se observarán las siguientes reglas, teniendo en cuenta lo previsto en el párrafo 2 del artículo 11:

»a) Si las indemnizaciones se refieren solamente al caso de muerte o lesiones, o solamente a daños en los bienes, serán reducidas en proporción a sus importes respectivos;

»b) Si las indemnizaciones se refieren tanto a muerte o lesiones como a daños a los bienes, la mitad de la cantidad a distribuir se destinará preferentemente a cubrir las indemnizaciones por muerte y lesiones, y de ser insuficiente dicha cantidad, se distribuirá proporcionalmente entre los créditos del caso. El remanente de la cantidad total a distribuir se prorrateará entre las indemnizaciones relativas a daños a los bienes y la parte no cubierta de las demás indemnizaciones.»

<sup>226</sup> En los artículos 7 y 8 de la Convención Adicional se dispone lo siguiente:

«Artículo 7.—Límite de la responsabilidad por daños a los objetos personales o pérdida de éstos

»Cuando, en virtud de lo dispuesto en la presente Convención, la compañía de ferrocarriles sea responsable de pagar daños y perjuicios por los daños a cualquier objeto, o la pérdida total o parcial del mismo, que el pasajero que haya sufrido un accidente llevaba puesto o traía consigo como equipaje de mano, incluido cualquier animal que lo acompañara, se podrá solicitar indemnización por los daños por un importe máximo de 2.000 francos por pasajero.

»Artículo 8.—Importe de los daños en caso de dolo o negligencia grave

»Lo previsto en los artículos 6 y 7 de la presente Convención o las disposiciones del derecho nacional que limiten la indemnización a una suma fija, dejará de aplicarse si los daños se deben a la conducta dolosa o a negligencia grave imputables a la compañía de ferrocarriles.»

290. El artículo 10 de la Convención Adicional anula todo acuerdo entre los pasajeros y la compañía de ferrocarriles en que la responsabilidad del ferrocarril se haya excluido o limitado a un importe inferior al previsto en la Convención<sup>227</sup>.

291. En el preámbulo del Convenio internacional sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques que naveguen por alta mar se indican claramente los objetivos de las partes contratantes, a saber: adoptar ciertas reglas uniformes en relación con la limitación de responsabilidad de los propietarios de buques que naveguen por alta mar.

292. El artículo 1 del Convenio sólo reitera el preámbulo. En virtud del párrafo 3 de ese artículo, el derecho de un propietario del buque de limitar su responsabilidad cesará si se demuestra que el perjuicio fue ocasionado por negligencia del propietario del buque o de las personas de cuya conducta sea responsable. La cuestión de quién tiene la obligación de demostrar si ha mediado culpa se regirá por la ley del foro.

293. El Convenio de 1969 sobre responsabilidad estipula asimismo la limitación de responsabilidad. Con arreglo al artículo V del Convenio, «el propietario de un buque tendrá derecho a limitar la responsabilidad que le corresponda [...], respecto de cada suceso, a una cuantía global de 2.000 francos por cada tonelada de arqueo del buque». La cuantía de la limitación de la responsabilidad se consideró que era demasiado reducida. En consecuencia, el Protocolo de 1984 modificó el Convenio para aumentar la cuantía máxima de indemnización en los casos de contaminación por hidrocarburos con el objetivo de atraer a algunos Estados, en particular a los Estados Unidos, a adherirse al Protocolo. El Protocolo no se ocupa de la distribución de responsabilidad y de la exoneración de los propietarios de los buques debido al aumento sustancial de los límites. El Protocolo suprime toda referencia a la indemnización de los propietarios del buque. El artículo 6 del Protocolo modificó el párrafo 2 del artículo V del Convenio prescribiendo que «el propietario no tendrá derecho a limitar su

<sup>227</sup> Los artículos 10 y 12 de la Convención Adicional disponen lo siguiente:

«Artículo 10.—Prohibición de la limitación de responsabilidad

»Cualquier término o condición de transporte o acuerdo especial concertados entre el ferrocarril y el pasajero en que se procure exonerar a la compañía de ferrocarriles por adelantado, ya sea total o parcialmente, de la responsabilidad en virtud de la presente Convención, o que tengan por objeto invertir la carga de la prueba que recae sobre la compañía, o que prevean límites inferiores a los establecidos en el artículo 6, 2) y el artículo 7, serán nulos e inválidos. No obstante, dicha nulidad no invalidará el contrato de transporte, que seguirá estando sujeto a las disposiciones de la CIV y de la presente Convención.

»Artículo 12.—Presentación de recursos no previstos en la Convención

»No se presentará recurso alguno contra la compañía de ferrocarriles en relación con su responsabilidad en virtud del párrafo i) del artículo 2 de la presente Convención, salvo con sujeción a las condiciones y limitaciones establecidas en la presente Convención.

»Lo mismo se aplicará a cualquier recurso presentado contra las personas de quienes es responsable la compañía en virtud del artículo 11.»

responsabilidad en virtud del presente Convenio si se prueba que los daños ocasionados por contaminación se debieron a una acción o a una omisión suyas, y que actuó así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños\*».

294. Sin embargo, en marzo de 1989 cuando el *Exxon Valdez* encalló en Prince William Sound, Alaska, se desató una fuerte reacción pública. Esto indujo al Congreso de los Estados Unidos a rechazar el Protocolo y a promulgar la ley *OPA* de 1990, que introduce límites a la responsabilidad sustancialmente superiores a los del Protocolo de 1984 que modifica el Convenio de 1969 sobre responsabilidad y también estipula una responsabilidad ilimitada en más circunstancias que el Protocolo de 1984, en situaciones de negligencia grave, mala conducta culposa y violaciones de las reglamentaciones federales aplicables<sup>228</sup>.

295. La responsabilidad del explotador está limitada en virtud del artículo 6 del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos. Según el párrafo 4 del mismo artículo, el explotador perderá el derecho a limitar su responsabilidad si se demuestra que los daños de contaminación ocurrieron como resultado de un acto u omisión del propio explotador, cometidos deliberadamente con conocimiento de que ocurrirían daños de contaminación. Se requieren pues dos elementos para eliminar la limitación de responsabilidad: uno es el acto u omisión del explotador y el otro es el conocimiento efectivo de que ocurrirán daños de contaminación. Por consiguiente, en virtud de este Convenio la negligencia del explotador no elimina la limitación de responsabilidad.

296. La CRTD limita la responsabilidad del transportista (art. 9). Esta limitación de responsabilidad no es aplicable si, con arreglo al párrafo 1 del artículo 10 de la Convención, «se demuestra que los daños ocurrieron como resultado de un acto u omisión personal o de un acto u omisión de sus dependientes o agentes, cometido con la intención de causar esos daños o temerariamente y con conocimiento de que esos daños probablemente ocurrirían, a condición de que, en el caso de un acto u omisión de un dependiente o agente, se demuestre también que estaba actuando dentro del ámbito de su competencia». El artículo 13 de la Convención exige un seguro obligatorio del transportista que debe equivaler a la cuantía máxima de la responsabilidad<sup>229</sup>. El artículo 14 estipula

<sup>228</sup> Véase Birnie y Boyle, *op. cit.* (nota 82 *supra*), pág. 296.

<sup>229</sup> El artículo 13 de la Convención dice lo siguiente:

«1. La responsabilidad del transportista se cubrirá con un seguro o con otras garantías financieras, como una garantía bancaria, si las mercancías peligrosas se transportan por el territorio de un Estado Parte.

»2. El seguro u otra garantía financiera cubrirá todo el período de responsabilidad del transportista con arreglo a la presente Convención en las sumas fijadas aplicando los límites de responsabilidad prescritos en el artículo 9 y cubrirá la responsabilidad de la persona nombrada en el certificado como transportista o, si esa persona no es el transportista tal como se define en el párrafo 8 del artículo 1, la

que «todo Estado Parte designará una o varias autoridades competentes para que emitan o aprueben los certificados en los que se indique que el transportista [...] tiene un seguro [...] válido».

297. El proyecto de convenio sobre responsabilidad e indemnización por daños en relación con el transporte por mar de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas<sup>230</sup> prescribe asimismo, en el artículo 6, la limitación de responsabilidad civil siguiendo las líneas del artículo V del Convenio de 1969 sobre responsabilidad. El artículo 10 del proyecto de convenio sigue al artículo VII del Convenio de 1969 sobre responsabilidad y exige un seguro obligatorio del propietario. El proyecto de convención prevé también un plan financiero para garantizar el pago de toda la indemnización. El plan de creación de un fondo es análogo al plan establecido por el proyecto de protocolo del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, que no prescribe ninguna limitación de responsabilidad. El artículo 5 del proyecto de protocolo prescribe que no habrá ningún límite financiero fijo a la responsabilidad.

298. El proyecto original de convenio sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente contenía una disposición sobre limitación de la responsabilidad. Esta disposición se suprimió en el proyecto definitivo.

#### b) *Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados*

299. Las decisiones judiciales y la correspondencia oficial no revelan limitaciones en materia de indemnización aparte de las convenidas en tratados. Se hace referencia al carácter equitativo, justo y adecuado de la indemnización. Con una interpretación amplia, cabe considerar que la limitación de la indemnización es a veces compatible con la indemnización justa y equitativa.

#### B.—Autoridades competentes para la concesión de una indemnización

300. El párrafo 1 del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas permite escoger entre una amplia gama de modos de arreglo pacífico de controversias, del más oficial al más oficial:

1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

persona que incurre en responsabilidad con arreglo a lo dispuesto en la Convención.

»3. Todas las sumas previstas por el seguro o por otra garantía financiera de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo sólo se pondrán a disposición para satisfacer las reclamaciones que se hagan con arreglo a lo dispuesto en la presente Convención.»

<sup>230</sup> Véase nota 88 *supra*.

301. La práctica estatal revela que esos modos de arreglo de las controversias se han utilizado para resolver cuestiones de responsabilidad e indemnización relativas a actos con consecuencias perjudiciales extraterritoriales. Las decisiones relativas a esas cuestiones emanan de tribunales internacionales, tribunales arbitrales, comisiones mixtas y tribunales nacionales. En términos generales, el TPJI, la CIJ y los tribunales arbitrales examinan las controversias relativas a las actividades realizadas en la plataforma continental, el mar territorial, etc., y a su utilización, basándose en convenios concertados anteriormente por los Estados. Cuando se trata de actividades regulares, generalmente entre Estados vecinos, tal como la utilización de aguas compartidas, para las que hay instituciones constituidas por los Estados, las denuncias derivadas de esas actividades se envían normalmente a la institución o comisión mixta correspondiente. Se ha recurrido a tribunales internos en cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil y en particular con la responsabilidad del explotador.

## 1. TRIBUNALES Y AUTORIDADES LOCALES

### a) *Práctica de los tratados*

302. Algunos convenios multilaterales reconocen a las autoridades y tribunales locales competencia para resolver las cuestiones de responsabilidad e indemnización. Por lo que se refiere a las actividades de carácter generalmente comercial, en que los sujetos son entidades privadas y la responsabilidad corresponde al explotador, se reconoce la competencia de los tribunales nacionales para adoptar decisiones. Es el caso habitualmente de los convenios relativos a la responsabilidad civil. Por ejemplo, el Convenio de París reconoce *únicamente* la jurisdicción de los tribunales del Estado contratante en cuyo territorio esté situada la instalación nuclear del explotador responsable. Cuando el accidente nuclear tiene lugar durante el transporte de las sustancias nucleares, entra en juego la competencia de los tribunales nacionales del Estado contratante en cuyo territorio se hallen esas sustancias en el momento de producirse el accidente, salvo estipulación en contrario de las partes. El artículo 13 del Convenio distribuye detalladamente la jurisdicción entre los tribunales *locales* de las Partes Contratantes, atendiendo al lugar en que se produjo el accidente nuclear.

303. Con arreglo al artículo VIII de la Convención de Viena, sin perjuicio de lo dispuesto en la Convención, «la naturaleza, forma e importancia de la indemnización, así como la distribución equitativa de la misma, se regirán por la legislación del tribunal competente».

304. Además, con arreglo al artículo XI de la Convención, la jurisdicción corresponde a los tribunales nacionales de la Parte Contratante en cuyo territorio tenga lugar el accidente nuclear; cuando éste se produzca fuera del territorio de cualquiera de las Partes Contratantes, o cuando no sea posible determinar con certeza el lugar del accidente nuclear, la jurisdicción corresponderá a los tribunales del Estado de la instalación del explotador responsable.

305. Con arreglo al artículo X de la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares,

las demandas de resarcimiento de daños nucleares se incorporen ante los tribunales del Estado de la licencia o ante los tribunales del Estado o de los Estados contratantes en cuyo territorio se hayan ocasionado los daños nucleares.

306. Con arreglo al Convenio de 1969 sobre responsabilidad, sólo los tribunales del Estado o Estados contratantes en cuyo territorio, incluido el mar territorial, se produzcan los daños causados por la contaminación o se adopten medidas preventivas encaminadas a impedir los daños o a reducirlos al mínimo tendrán competencia para conocer de las acciones entabladas en materia de indemnización. Así, cada Estado contratante deberá otorgar a sus tribunales la jurisdicción necesaria para ello. Una vez establecido un fondo en conformidad con los requisitos del artículo V del Convenio, los tribunales del Estado en que el fondo esté establecido serán los *únicos competentes* para pronunciarse sobre toda cuestión relativa al prorrateo o distribución del fondo.

307. Con arreglo al artículo XI del Convenio, la jurisdicción de los tribunales nacionales se aplica también a los buques pertenecientes a un Estado contratante que se usen con fines comerciales.

308. Asimismo, con arreglo al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, los tribunales nacionales de las Partes Contratantes serán competentes para conocer de las acciones contra el fondo y se obliga a los Estados contratantes a otorgar a sus tribunales la jurisdicción necesaria para conocer de esas acciones.

309. Salvo cuando los Estados acuerden una norma diferente, o así se estipule en la licencia del ferrocarril, los tribunales nacionales del Estado en cuyo territorio sufra un pasajero un accidente serán competentes para conocer de las acciones de indemnización entabladas con arreglo a la Convención Adicional a la CIV<sup>231</sup>.

310. Con arreglo al Convenio sobre la protección del medio ambiente, los perjuicios causados en el territorio de otro Estado contratante se equiparan a los perjuicios causados en el Estado en que la actividad se realice. En consecuencia, las personas que sufran los perjuicios podrán entablar una acción de indemnización ante los tribunales y autoridades administrativas de ese Estado. Las normas sobre indemnización no serán menos favorables para la parte lesionada que las normas existentes en el Estado en que la actividad se realice. El Convenio establece la *igualdad de acceso* a las autoridades competentes y la *igualdad de trato* de las partes lesionadas nacionales y extranjeras<sup>232</sup>.

<sup>231</sup> El artículo 15 de la Convención Adicional dice lo siguiente:

«Artículo 15.—*Jurisdicción*

»Las acciones entabladas con arreglo a esta Convención podrán solamente interponerse ante el tribunal competente del Estado en cuyo territorio sufra el pasajero el accidente, salvo cuando los Estados acuerden una regla diferente en un convenio, o cuando así se estipule en la licencia y demás documentos que autoricen el funcionamiento del ferrocarril de que se trate.»

<sup>232</sup> Los artículos pertinentes del Convenio disponen lo siguiente:

311. Con arreglo al artículo 11 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos, las autoridades competentes para resolver las cuestiones de responsabilidad e indemnización serán los tribunales nacionales del Estado que ejerza el control o el Estado en cuyo territorio se causen los daños. Cada parte contratante tendrá la obligación de otorgar a sus tribunales la jurisdicción necesaria para conocer de las acciones de indemnización. Los tribunales nacionales aplicarán, al parecer, tanto el Convenio como el derecho interno: el Convenio para resolver las cuestiones de responsabilidad e indemnización y el derecho interno en materia de prueba y procedimiento. Sin embargo, los tribunales del Estado Parte en que se constituya el fondo serán únicamente competentes para resolver todas las cuestiones relacionadas con el prorrateo y la distribución del fondo. Además, cuando se abandone un pozo en circunstancias distintas de las previstas en el Convenio, la responsabilidad del explotador se regirá por el derecho interno aplicable de conformidad con el párrafo 4 del artículo 3 del Convenio.

312. Con arreglo al artículo 232 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, «los Estados serán responsables de los daños y perjuicios que les sean imputables y dimanen de las medidas tomadas de conformidad con la sección 6 [de la parte XII, para la protección y preservación del medio marino], cuando esas medidas sean ilegales o excedan lo razonablemente necesario». En consecuencia, los Estados tienen la obligación de otorgar a sus tribunales la jurisdicción necesaria para conocer de las acciones entabladas respecto de dichos daños y perjuicios.

313. La Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos prescribe en

«Artículo 2

»Al examinar la licitud de las actividades perjudiciales para el medio ambiente, los perjuicios que tales actividades causen en el territorio de otro Estado contratante se equiparán a los perjuicios que causen en el Estado en que se realicen dichas actividades.

»Artículo 3

»Las personas que sufran perjuicios causados por actividades perjudiciales para el medio ambiente en otro Estado contratante tendrán derecho a impugnar ante el tribunal o autoridad administrativa pertinente de ese Estado la licitud de tales actividades, incluida la cuestión de las medidas encaminadas a prevenir los daños, y a apelar contra la decisión del tribunal o autoridad administrativa en la misma forma y medida que las entidades legales del Estado en que las actividades se realicen.

»Las disposiciones del primer párrafo de este artículo se aplicarán igualmente al caso de las acciones entabladas para obtener indemnización por los daños causados por actividades perjudiciales para el medio ambiente. La cuestión de la indemnización se resolverá con arreglo a normas que no serán menos favorables a la parte lesionada que las normas de indemnización del Estado en que se realicen las actividades

» [ ]

»Protocolo

» [ ]

»El derecho que el artículo 3 reconoce a las personas que sufran perjuicios causados por actividades perjudiciales para el medio ambiente realizadas en un Estado vecino a entablar una acción para obtener una indemnización ante un tribunal o autoridad administrativa de ese Estado incluirá, en principio, el derecho a pedir la compra de sus bienes inmuebles »

su artículo 8 (párr. 7, apdo. a) que las normas y los procedimientos relativos a la responsabilidad se elaborarán por medio de un protocolo separado. Ese protocolo no se ha aprobado todavía. Con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 10 del artículo 8, cada Estado Parte en la Convención está obligado, hasta tanto se apruebe el Protocolo, a asegurar que «el acceso a sus tribunales nacionales esté disponible para decidir las demandas sobre responsabilidad en virtud de los párrafos 2, 4 y 6 [del artículo 8], contra operadores que estén llevando a cabo prospección. Tal acceso permitirá la decisión respecto de las demandas contra cualquier operador que [dicho Estado] Parte hubiera patrocinado».

314. El párrafo 11 del artículo 8 de esta Convención prescribe que nada de lo dispuesto en ese artículo será interpretado en el sentido de que excluye la aplicación de normas internacionales existentes o futuras sobre la responsabilidad del Estado o del explotador.

315. Con arreglo al párrafo 1 del artículo 19 de la Convención sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente:

1 Las demandas de indemnización [ ] sólo se podrán presentar dentro de un Estado Parte ante el tribunal del lugar.

- a) donde se sufrieron los daños,
- b) donde se realizó la actividad peligrosa, o
- c) donde el demandado tiene su residencia habitual

De conformidad con el artículo 21 de la misma Convención,

1 Cuando se aplican procedimientos que entrañan la misma línea de acción y entre las mismas partes en los tribunales de diferentes Estados Partes, cualquier tribunal distinto del tribunal que haya entendido primero en la causa, por su propia iniciativa, mantendrá su procedimiento hasta que se establezca la jurisdicción del tribunal que ha entendido primero en la causa

2 Cuando se haya establecido la jurisdicción del primer tribunal, el tribunal que haya entendido en la causa en segundo lugar renunciará a su jurisdicción

316. Con arreglo al párrafo 1 del artículo 19 de la CRTD, las demandas de iniciación sólo podrán presentarse ante los tribunales de cualquier Estado Parte:

- a) en que se produjeron daños continuos como resultado del accidente,
- b) en que ocurrió el accidente,
- c) en que se tomaron medidas preventivas para evitar o reducir al mínimo los daños, o
- d) en que el transportista tiene su residencia habitual

El artículo impone asimismo, en el párrafo 3, la obligación de que cada Estado Parte vele por que sus tribunales posean la jurisdicción necesaria para entender de esas demandas de indemnización.

317. Con arreglo al artículo 10 del proyecto de protocolo del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación<sup>233</sup>, las reclamaciones de indemnización sólo

<sup>233</sup> Véase párr. 83 *supra*

podrán presentarse en los tribunales de una Parte Contratante en la que se sigan produciendo los daños, o en la que los daños tuvieran su origen o en la que la persona supuestamente responsable resida, esté domiciliada o tenga su principal sede comercial.

b) *Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados*

318. En las decisiones judiciales y la correspondencia oficial no se reconoce la competencia de las autoridades y tribunales locales para adoptar decisiones en materia de responsabilidad e indemnización, salvo tal vez a fines de distribución de los beneficios procedentes del pago de una suma fija.

2. TRIBUNALES INTERNACIONALES, TRIBUNALES ARBITRALES Y COMISIONES MIXTAS

a) *Práctica de los tratados*

319. Por lo que se refiere a las actividades de carácter no exclusivamente comercial, en las que las entidades que actúan son principalmente Estados, la competencia para la adopción de decisiones en materia de responsabilidad e indemnización corresponde en general a tribunales arbitrales. Con arreglo al Convenio de 1972 sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, la cuestión de la indemnización se resolverá en forma de arbitraje cuando las partes no lleguen a un acuerdo por vía de negociaciones diplomáticas. En consecuencia, se constituirá a instancia de cualquiera de las partes una Comisión de Reclamaciones constituida por tres miembros: un miembro designado por el Estado demandante, otro designado por el Estado de lanzamiento y el presidente de la Comisión<sup>234</sup>.

<sup>234</sup> Los artículos pertinentes del Convenio estipulan lo siguiente.

»Artículo VIII

»1. Un Estado que haya sufrido daños, o cuyas personas físicas o morales hayan sufrido daños, podrá presentar a un Estado de lanzamiento una reclamación por tales daños

»2. Si el Estado de nacionalidad de las personas afectadas no ha presentado una reclamación, otro Estado podrá presentar a un Estado de lanzamiento una reclamación respecto de daños sufridos en su territorio por cualquier persona física o moral

»3. Si ni el Estado de nacionalidad de las personas afectadas ni el Estado en cuyo territorio se ha producido el daño han presentado una reclamación ni notificado su intención de hacerlo, otro Estado podrá presentar a un Estado de lanzamiento una reclamación respecto de daños sufridos por sus residentes permanentes.

»Artículo IX

»Las reclamaciones de indemnización por daños serán presentadas al Estado de lanzamiento por vía diplomática. Cuando un Estado no mantenga relaciones diplomáticas con un Estado de lanzamiento, podrá pedir a otro Estado que presente su reclamación a este Estado de lanzamiento o que de algún otro modo represente sus intereses conforme a este Convenio. También podrá presentar su reclamación por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, siempre que el Estado demandante y el Estado de lanzamiento sean ambos Miembros de las Naciones Unidas

» [...]

»Artículo XI

»1. Para presentar a un Estado de lanzamiento una reclamación de indemnización por daños al amparo del presente Convenio no

320. La parte XV de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar alienta a las partes a resolver sus controversias por medios pacíficos y les pide que así lo hagan. La Convención establece una amplia gama de posibles formas de arreglo de las controversias y un complejo sistema en el que se reconoce competencia para adoptar decisiones, según el carácter de las controversias, al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, a la CIJ y a los tribunales arbitrales. Los artículos 278 a 285 ofrecen modos de arreglo de las controversias compatibles con el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

será necesario haber agotado los recursos locales de que puedan disponer el Estado demandante o las personas físicas o morales que éste represente

»2. Nada de lo dispuesto en este Convenio impedirá que un Estado, o una persona física o moral a quien éste represente, hagan su reclamación ante los tribunales de justicia o ante los tribunales u órganos administrativos del Estado de lanzamiento. Un Estado no podrá, sin embargo, hacer reclamaciones al amparo del presente Convenio por los mismos daños respecto de los cuales se esté tramitando una reclamación ante los tribunales de justicia o ante los tribunales u órganos administrativos del Estado de lanzamiento, o con arreglo a cualquier otro acuerdo internacional que obligue a los Estados interesados

» [ . ]

»Artículo XIV

»Si no se logra resolver una reclamación mediante negociaciones diplomáticas, conforme a lo previsto en el artículo IX, en el plazo de un año a partir de la fecha en que el Estado demandante haya notificado al Estado de lanzamiento que ha presentado la documentación relativa a su reclamación, las partes interesadas, a instancia de cualquiera de ellas, constituirán una Comisión de Reclamaciones.

»Artículo XV

»1. La Comisión de Reclamaciones se compondrá de tres miembros: uno nombrado por el Estado demandante, otro nombrado por el Estado de lanzamiento y el tercer miembro, su Presidente, escogido conjuntamente por ambas partes. Cada una de las partes hará su nombramiento dentro de los dos meses siguientes a la petición de que se constituya la Comisión de Reclamaciones.

»2. Si no se llega a un acuerdo con respecto a la selección del Presidente dentro de los cuatro meses siguientes a la petición de que se constituya la Comisión, cualquiera de las partes podrá pedir al Secretario General de las Naciones Unidas que nombre al Presidente en un nuevo plazo de dos meses.

»Artículo XVI

»1. Si una de las partes no procede al nombramiento que le corresponde dentro del plazo fijado, el Presidente, a petición de la otra parte, constituirá por sí solo la Comisión de Reclamaciones

»2. Toda vacante que por cualquier motivo se produzca en la Comisión se cubrirá con arreglo al mismo procedimiento adoptado para el primer nombramiento

»3. La Comisión determinará su propio procedimiento.

»4. La Comisión determinará el lugar o los lugares en que ha de reunirse y resolverá todas las demás cuestiones administrativas.

»5. Exceptuados los laudos y decisiones de la Comisión constituida por un solo miembro, todos los laudos y decisiones de la Comisión se adoptarán por mayoría de votos.

» [ . ]

»Artículo XVIII

»La Comisión de Reclamaciones decidirá los fundamentos de la reclamación de indemnización y determinará, en su caso, la cuantía de la indemnización pagadera »

b) *Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados*

321. La mayoría de las decisiones judiciales pronunciadas en la materia fueron resueltas por el TPJI, la CIJ y otros tribunales arbitrales basándose en acuerdos entre las partes o en una obligación contractual previa. Existe por lo menos el precedente de un tribunal arbitral, el tribunal que conoció del asunto de la *Fundición de Trail*, que dispuso, en su decisión, el establecimiento de un mecanismo arbitral para el caso de que los Estados Partes no pudieran convenir en llegar a un acuerdo sobre la modificación o enmienda del régimen propuesto por una parte.

3. DERECHO APLICABLE

a) *Práctica de los tratados*

322. El Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales regula las actividades espaciales actualmente controladas por los Estados. Dispone que la ley aplicable es el derecho internacional y los principios de justicia y equidad, con arreglo a los cuales se determinarán la indemnización y reparación de los daños «a fin de reparar esos daños de manera tal que se reponga a la persona, física o moral, al Estado o a la organización internacional en cuyo nombre se presente la reclamación en la condición que habría existido de no haber ocurrido los daños» (art. XII).

323. En forma análoga, el artículo 293 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dispone que, cuando un tribunal (es decir la CIJ o el Tribunal Internacional del Derecho del Mar) o un tribunal competente, en virtud de la sección 2 de la parte XV de la Convención, juzgue una controversia relativa a la aplicación o interpretación de la Convención, aplicará la Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella. Sin embargo, cuando las partes convengan en ello, la corte o tribunal podrá dirimir un litigio *ex aequo et bono*.

324. Por otra parte, la Convención Adicional a la CIV, que regula fundamentalmente una actividad mercantil, dispone en el párrafo 2 del artículo 6 la aplicación de la *ley nacional*<sup>235</sup>.

325. Igualmente, la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares dispone, en

forma análoga, en el artículo VI la aplicación de la *ley nacional*<sup>236</sup>.

326. Con arreglo al párrafo 5 del artículo 5 del Convenio Internacional sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques que naveguen por alta mar, las acciones de responsabilidad e indemnización se entablan ante los tribunales nacionales competentes de las partes contratantes. Además, se decidirá el plazo aplicable para presentar esas reclamaciones y para el juicio de conformidad con el *derecho nacional* del Estado Contratante en que tenga lugar el proceso.

327. El Convenio estipula además en el párrafo 6 del artículo 1 que la *ley nacional* determinará a quién corresponde la carga de la prueba respecto de si el accidente que causó el daño fue o no culposo.

328. El Convenio sobre el derecho aplicable a la responsabilidad por los productos que tiene por finalidad resolver la cuestión de la jurisdicción y del derecho aplicable con respecto a los litigios relacionados con la responsabilidad por los productos prevé en su artículo 4 que:

El derecho aplicable será el derecho interno del Estado del lugar donde se producen los daños, si ese Estado es también:

- a) el lugar de la residencia habitual de la persona que sufre directamente los daños, o
- b) el lugar principal de actividad comercial de la persona que se pretende es responsable, o
- c) el lugar donde la persona que sufre directamente los daños adquirió el producto.

329. El artículo 5 del mismo Convenio estipula lo siguiente:

No obstante lo dispuesto en el artículo 4, el derecho aplicable será el derecho interno del Estado de la residencia habitual de la persona que sufre directamente los daños, si ese Estado es también:

- a) el lugar principal de actividad comercial de la persona que se pretende es responsable, o
- b) el lugar donde la persona que sufre directamente los daños adquirió el producto.

330. Por último, el artículo 6 del Convenio establece que:

Cuando no se aplica ninguna de las leyes designadas en los artículos 4 y 5, el derecho aplicable será el derecho interno del Estado del lugar principal de actividad comercial de la persona que se pretende es responsable, a menos que el demandante base su reclamación en el derecho interno del Estado del lugar de los daños.

<sup>235</sup> El párrafo 2 del artículo 6 (Forma y limitación de la indemnización en caso de fallecimiento o lesiones del pasajero) dice lo siguiente:

«La cuantía de la indemnización que habrá de otorgarse con arreglo al párrafo 1 se determinará de conformidad con la ley nacional. Sin embargo, en el caso de que la ley nacional establezca un límite máximo inferior a 200.000 francos, el límite por pasajero se fijará, a los fines de esta Convención, en 200.000 francos abonados en forma de una suma fija o una pensión correspondiente a esa suma.»

<sup>236</sup> El artículo VI de la Convención dice lo siguiente:

«Cuando las disposiciones de los regímenes nacionales de seguro de enfermedad, de seguridad social, de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales dispongan la indemnización de los daños nucleares, los derechos de los beneficiarios de esos regímenes y los derechos de subrogación o de recurso contra el explotador que puedan interponer en virtud de dichos regímenes los especificará la legislación del Estado Contratante que haya establecido dichos regímenes. No obstante, si la legislación de ese Estado Contratante autoriza a los beneficiarios de esos regímenes a entablar demandas y a ejercitar el derecho de subrogación y recurso contra el explotador con arreglo a la presente Convención, la responsabilidad del explotador no podrá exceder de la cantidad fijada en el párrafo 1 del artículo III.»

331. El artículo 11 del proyecto de protocolo del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación<sup>237</sup> prescribe que todos los asuntos de fondo o procesales relativos a reclamaciones presentadas ante un tribunal competente que no están específicamente regulados en el protocolo se regirán por la legislación de ese tribunal, incluida cualquier disposición de esa legislación relativa a los conflictos de competencias.

b) *Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados*

332. Con arreglo al Artículo 38 del Estatuto de la CIJ —así como el del TPJI—, la función de la Corte es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas; las fuentes del derecho internacional son:

a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

333. Con arreglo al mismo Artículo, si las partes así lo conviniere, la Corte tendrá facultades para decidir su litigio *ex aequo et bono*. Las decisiones de los tribunales internacionales sobre cuestiones de responsabilidad y daños extraterritoriales se han adoptado dentro de los límites de ese marco jurídico.

334. Las decisiones de los tribunales arbitrales se han adoptado también de conformidad con las obligaciones contractuales entre las partes contratantes, el derecho internacional y, en algunos casos, las leyes internas de los Estados. El tribunal que conoció del asunto de la *Fundición de Trail* examinó las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América y otras fuentes jurídicas y llegó a la conclusión de que «con arreglo a los principios del derecho internacional y del derecho de los Estados Unidos, ningún Estado tiene derecho a usar su territorio, o a permitir el uso del mismo, en forma tal que se causen daños derivados de la emisión de vapores o gases al territorio de otro Estado [...]»<sup>238</sup>.

335. En su correspondencia oficial, los Estados hacen referencia al derecho internacional y a los principios gene-

rales del derecho, así como a las obligaciones contractuales. La demanda presentada por el Canadá en relación con los daños causados por la caída del satélite soviético *Cosmos 954* hacía referencia a las obligaciones contractuales y a los «principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas»<sup>239</sup>. En las relaciones interestatales se consideran también aplicables los principios o normas de comportamiento regionales. El Gobierno de los Países Bajos se refirió en 1973 a los principios aceptados en Europa, respecto a la obligación de los Estados cuyas actividades son susceptibles de causar perjuicio, de celebrar previamente negociaciones con los Estados vecinos, en relación con la intención del Gobierno belga de construir una refinería en las proximidades de su frontera con los Países Bajos. Análogamente, en una carta oficial dirigida a México con respecto a la adopción de medidas de protección encaminadas a impedir las inundaciones, el Gobierno de los Estados Unidos se refirió al «principio de derecho internacional» que obliga a todos los Estados a respetar plenamente la soberanía de los demás Estados»<sup>239</sup>.

336. Además de las leyes internas, las decisiones de los tribunales nacionales hacen referencia a la aplicabilidad del derecho internacional, la cortesía internacional, etc. Por ejemplo, refiriéndose a una decisión provisional relativa al curso de las aguas del Danubio en el asunto de la *Donauversinkung* (1927), el Tribunal Constitucional alemán midió la interferencia con la corriente de los ríos internacionales con arreglo al derecho internacional, afirmando que «sólo una interferencia considerable con la corriente natural de los ríos internacionales puede suministrar la base para una acción con arreglo al derecho internacional»<sup>240</sup>. El tribunal italiano de casación se refirió también al derecho internacional en el asunto de la *Roya* (1939), afirmando que un Estado «no puede ignorar el deber internacional [...] ni dificultar o impedir [...] la oportunidad de otros Estados de servirse de la corriente de agua para sus propias necesidades nacionales»<sup>241</sup>. Finalmente, en el fallo pronunciado en el asunto *Estados Unidos c. Arjona* (1887), la Corte Suprema de los Estados Unidos se refirió al *derecho de las naciones*, que «exige que todos los gobiernos nacionales usen de la debida diligencia para impedir que se cause un daño a otra nación dentro de su territorio»<sup>242</sup>.

<sup>239</sup> Véase *Digest of International Law* (nota 150 *supra*), pág. 265.

<sup>240</sup> *Württemberg y Prusia c. Baden* (1927), *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Berlín, 1927, vol. 116, apéndice, pág. 18; *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927-1928* (Londres), 1931, vol. 4, pág. 128, asunto n.º 86.

<sup>241</sup> Asunto de la *Société d'énergie électrique du littoral méditerranéen c. Compagnia impresa elettrica liguri* en *Il Foro Italiano* (Roma), vol. 64, 1939, primera parte, col. 1036.

<sup>242</sup> *United States Reports*, vol. 120, pág. 484.

<sup>237</sup> Véase párr. 83 *supra*.

<sup>238</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 97 *supra*), pág. 1965.

## CAPÍTULO V

## Prescripción

337. Con arreglo al artículo 18 de la CRTD, el demandante debe presentar una demanda contra el transportista o su garante en un plazo de tres años a partir de la fecha en que la persona que sufrió los daños tuvo conocimiento o tenía razonablemente que haber tenido conocimiento de los daños y de la identidad del transportista. Este plazo se podrá prolongar, si las partes así lo convienen después del accidente. Sin embargo, en ningún caso se presentará una demanda después de transcurridos diez años a partir de la fecha del accidente que causó los daños.

338. El artículo 17 de la Convención sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente prevé una prescripción de tres años «a partir de la fecha en que el demandante tuvo conocimiento o debía razonablemente haber tenido conocimiento de los daños y de la identidad del explotador». No obstante, «en ningún caso se presentarán demandas después de transcurridos 30 años a partir de la fecha del accidente que causó los daños. Cuando el accidente consista en una serie de acontecimientos, el plazo de 30 años se contará a partir de la fecha del último de esos acontecimientos. Con respecto a un lugar que sea un depósito permanente de desechos, el plazo de 30 años se contará, a más tardar, a partir de la fecha en que se cerró el lugar de conformidad con el derecho interno».

339. De conformidad con el artículo 10 del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos, el derecho a entablar una acción de indemnización prescribirá a los 12 meses desde la fecha en que la persona que ha sufrido los daños tuvo conocimiento, o razonablemente debía haber tenido conocimiento, de los daños producidos:

El derecho a exigir una indemnización en virtud de este Convenio prescribirá a no ser que, dentro de los 12 meses a partir de la fecha en que la persona que ha sufrido los daños tuvo conocimiento, o razonablemente debía haber tenido conocimiento, de los daños, el reclamante haya notificado por escrito su reclamación al explotador o haya interpuesto la acción correspondiente. No obstante, bajo ningún concepto se interpondrá una acción después de los cuatro años a partir de la fecha del accidente que causó los daños. Cuando el accidente consista en una serie de acontecimientos, el plazo de cuatro años se contará a partir de la fecha del último acontecimiento.

340. En algunas circunstancias se exime de responsabilidad al explotador o al Estado. Algunos acuerdos multilaterales prevén una exención de esa índole. Un caso típico de exención es el que se produce por efecto de la prescripción. Con arreglo al artículo 21 del Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, las acciones fundadas en el Convenio prescriben a los dos años contados a partir de la fecha en que ocurrió el accidente que dio lugar a los daños. La suspensión o interrupción de ese plazo se rige por la ley del tribunal ante el cual se interponga la acción. Sin embargo, el plazo máximo para la interposición de una ac-

ción no excederá de tres años contados a partir de la fecha del accidente<sup>243</sup>.

341. Los artículos 16 y 17 de la Convención Adicional a la CIV prevén un plazo al expirar, el cual se extinguirá el derecho a interponer una acción<sup>244</sup>.

<sup>243</sup> El artículo 21 dice así

«1 Las acciones fundadas en este Convenio prescribirán a los dos años contados a partir de la fecha en que ocurrió el hecho que dio lugar a los daños

»2. Las causas de suspensión o interrupción del período previsto en el párrafo 1 de este artículo serán las determinadas por la ley del tribunal que conozca del juicio, pero en todo caso la acción caducará pasados tres años a partir de la fecha en que ocurrió el hecho que dio lugar a los daños »

<sup>244</sup> En esos artículos se dispone lo siguiente

«Artículo 16 —Extinción de los derechos de acción

»1. Un demandante perderá su derecho de acción si no notifica el accidente ocurrido a un pasajero a una de las compañías de ferrocarriles a quienes pueda presentarse una reclamación de conformidad con el artículo 13 en un plazo de tres meses contados a partir de la fecha en que adquirió conocimiento de los daños

»Cuando el demandante comunique el accidente en forma oral, la compañía de ferrocarriles a la que se notifique el accidente deberá dar al demandante una confirmación de la notificación oral

»2 Sin embargo, el derecho de acción no se extinguirá

»a) si, en el plazo previsto en el párrafo 1, el demandante presenta una reclamación a una de las compañías de ferrocarriles indicadas en el párrafo 1 del artículo 13,

»b) si el demandante prueba que el accidente fue causado por culpa o negligencia de la compañía de ferrocarriles,

»c) si el accidente no se notificó, o se notificó con retraso, por efecto de circunstancias de que el demandante no es responsable,

»d) si, en el plazo previsto en el párrafo 1, la compañía de ferrocarriles responsable —o una de las dos compañías si hay dos responsables con arreglo al párrafo 6 del artículo 2— tiene conocimiento por otro conducto del accidente ocurrido al pasajero.

»Artículo 17 —Plazo para la presentación de las acciones

»1. Los plazos para la presentación de las acciones de indemnización interpuestas con arreglo a la presente Convención son los siguientes:

»a) en el caso del pasajero que ha sido víctima de un accidente, tres años contados a partir del día en que se produjo el accidente,

»b) en el caso de otros demandantes, tres años a partir del fallecimiento del pasajero, o cinco años a partir del día del accidente, en caso de transcurrir este plazo antes que el anterior

»2. Cuando se presente una reclamación a la compañía de ferrocarriles de conformidad con el artículo 13, los tres plazos previstos en el párrafo 1 se suspenderán hasta la fecha en que la compañía de ferrocarriles rechace la reclamación, notificándolo así por escrito, y devuelva los documentos adjuntos a la reclamación. Si se acepta una parte de la reclamación, el plazo comenzará a correr de nuevo solamente respecto de la parte controvertida de la reclamación. La carga de la prueba de la recepción de la reclamación, de la respuesta y de la devolución de los documentos recaerá en la parte que se base legalmente en esos hechos para argumentar su caso

(Continuación en la página siguiente)

342. En las disposiciones relativas a la prescripción de la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares se prevé un plazo de diez años a partir de la fecha del accidente nuclear. El derecho interno del Estado de la licencia puede fijar un plazo más largo<sup>245</sup>.

343. En la Convención de Viena también se prevé un período de prescripción de diez años<sup>246</sup>.

(Continuación de la nota 244.)

»El transcurso del plazo de prescripción no se suspenderá por efecto de la presentación de nuevas reclamaciones relacionadas con el mismo caso.

»3. El derecho de acción extinguido por efecto de la prescripción no podrá ejercerse ni siquiera en forma de excepción.

»4. Con sujeción a las disposiciones anteriores, la prescripción de las acciones se regirá por la ley nacional.»

<sup>245</sup> En el artículo V de la Convención se estipula lo siguiente:

«1. El derecho a reclamar una indemnización se extinguirá si no se entabla la correspondiente acción dentro del plazo de diez años a contar desde la fecha en que se produjo el accidente nuclear. No obstante, si en virtud de la legislación del Estado de la licencia la responsabilidad del explotador estuviese cubierta por un seguro u otra garantía financiera o por una indemnización estatal por un período superior a diez años, la legislación nacional pertinente podrá disponer que el derecho a reclamar una indemnización al explotador sólo se extinguirá transcurrido un período que podrá ser superior a diez años pero no superior al período durante el cual la responsabilidad del explotador esté cubierta de la forma indicada en virtud de la legislación del Estado de la licencia. La prórroga del plazo de extinción no perjudicará en ningún caso el derecho a indemnización que, en virtud de esta Convención, corresponda a una persona que antes de haber vencido el plazo de diez años haya entablado acción contra el explotador para reclamar una indemnización por pérdida de vida o lesiones corporales.

»2. Cuando los daños nucleares se hayan debido a combustibles nucleares, productos o desechos radiactivos que hubiesen sido objeto de robo, pérdida, echazón o abandono, el plazo fijado en el párrafo 1 del presente artículo se contará a partir de la fecha en que tuvo lugar el accidente nuclear que produjo los daños nucleares, pero en ningún caso podrá ser superior a 20 años contados a partir de la fecha en que tuvo lugar el robo, la pérdida, la echazón o el abandono.

»3. La legislación nacional pertinente podrá fijar un plazo de extinción o prescripción de ese derecho, que se contará desde la fecha en que la persona que alegue haber sufrido daños nucleares tuvo conocimiento o hubiera debido razonablemente tener conocimiento de dichos daños y de la persona responsable de ellos, y que no podrá ser inferior a tres años ni superior a los plazos fijados en los párrafos 1 y 2.

»4. Toda persona que alegue haber sufrido daños nucleares y que haya entablado una acción por daños y perjuicios dentro del plazo que corresponda en virtud del presente artículo, podrá modificar su demanda para que comprenda cualquier agravación de esos daños, aunque haya expirado dicho plazo, siempre que no haya recaído todavía sentencia definitiva.»

<sup>246</sup> El artículo VI de la Convención dice lo siguiente:

«1. El derecho a reclamar una indemnización en virtud de la presente Convención se extinguirá si no se entabla la correspondiente acción dentro del plazo de diez años a contar desde la fecha en que se produjo el accidente nuclear. Sin embargo, si según la legislación del Estado de la instalación la responsabilidad del explotador está cubierta por un seguro u otra garantía financiera o con fondos públicos durante un plazo superior a diez años, la legislación del tribunal competente podrá disponer que el derecho a reclamar una indemnización al explotador sólo se extinguirá después de un plazo que podrá ser superior a diez años pero que no excederá del plazo en que su responsabilidad esté cubierta según la legislación del Estado de la instalación. La prórroga del plazo de extinción no perjudicará en ningún caso los derechos a indemnización que, en virtud de la presente Convención, correspondan a una persona que

344. El mismo plazo de prescripción se prevé en el Convenio de París<sup>247</sup>.

antes de haber vencido el plazo de diez años haya entablado acción contra el explotador para reclamar una indemnización por pérdidas de vida o lesiones corporales.

»2. Cuando los daños nucleares se hayan debido a un accidente nuclear en el que intervengan sustancias nucleares que en el momento de ocurrir el accidente nuclear hubiesen sido objeto de robo, pérdida, echazón o abandono, el plazo fijado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo se contará a partir de la fecha en que ocurrió dicho accidente nuclear, pero en ningún caso podrá ser superior a 20 años a partir de la fecha en que tuvo lugar el robo, la pérdida, la echazón o el abandono.

»3. La legislación del tribunal competente podrá fijar otro plazo de extinción o prescripción de ese derecho, que se contará a partir de la fecha en que la víctima de los daños nucleares tuvo o hubiera debido tener conocimiento de dichos daños y del explotador responsable de ellos, y que no podrá ser inferior a tres años ni superior a los plazos fijados de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

» [...]»

<sup>247</sup> Los artículos 8 y 9 del Protocolo Adicional al Convenio estipulan lo siguiente:

«Artículo 8

»a) Las acciones para la obtención de indemnizaciones, en virtud del presente Convenio, deberán entablarse, bajo pena de prescripción, en el plazo de diez años a contar de la fecha del accidente nuclear. Sin embargo, la legislación nacional podrá fijar un plazo de prescripción superior a diez años, si la Parte en cuyo territorio esté situada la instalación nuclear de la cual sea responsable el explotador adopta medidas convenientes con el fin de cubrir la responsabilidad del explotador con respecto a cualesquiera acciones para la obtención de indemnizaciones entabladas después de la expiración del plazo de diez años y durante el período de prórroga de dicho plazo. Sin embargo, dicha prórroga del plazo de prescripción no podrá afectar en ningún caso a los derechos a indemnización en virtud del presente Convenio de las personas que hayan entablado contra el explotador una acción por haber ocurrido defunciones o daños a personas antes de la expiración de dicho plazo de diez años.

»b) En el caso de daños causados por un accidente nuclear en que intervengan combustibles nucleares, productos o desechos radiactivos que se hubiesen robado, perdido, echado por la borda o abandonado en el momento del accidente y no se hubiesen recuperado, el plazo a que se refiere el párrafo a de este artículo se calculará a partir de la fecha de dicho accidente nuclear, pero no podrá en ningún caso ser superior a 20 años a contar de la fecha del robo, de la pérdida, de la echazón o del abandono.

»c) La legislación nacional podrá fijar un plazo de vencimiento o de prescripción de dos años como mínimo, bien a partir del momento en que el perjudicado haya tenido conocimiento del daño y del explotador responsable, bien a partir del momento en que haya debido tener razonablemente conocimiento del mismo, sin que pueda excederse del plazo establecido en virtud de los párrafos a y b de este artículo.

»d) En los casos previstos en el artículo 13 c ii), no habrá prescripción de la acción para la obtención de indemnización si, en el plazo previsto en el párrafo a del presente artículo,

»i) se hubiere entablado una acción, antes de que el Tribunal a que se refiere el artículo 17 hubiere tomado una resolución, ante uno de los Tribunales entre los cuales puede elegir dicho Tribunal; si el Tribunal designase como Tribunal competente a otro Tribunal distinto de aquel ante el cual se hubiere ya entablado la acción, podrá fijar un plazo durante el cual deberá entablarse la acción ante el Tribunal competente así designado;

»ii) se ha presentado una demanda ante una Parte Contratante interesada al objeto de designar el Tribunal competente por el Tribunal a que se refiere el artículo 13 c ii), con la condición de que se entable una acción después de dicha designación en el plazo que haya fijado dicho Tribunal.

345. En el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales se establece un plazo de un año para presentar las correspondientes reclamaciones por daños. El plazo empieza a correr a partir de la fecha en que se produzcan los daños o en que se haya identificado al Estado de lanzamiento que sea responsable. Empero, en ningún caso será ese plazo superior a un año a partir de la fecha en que se podría esperar razonablemente que el Estado hubiera llegado a tener conocimiento de los hechos<sup>248</sup>.

346. En virtud del Convenio de 1969 sobre responsabilidad se puede interponer una acción dentro del plazo de tres años a partir de la fecha en que ocurrió el daño. No podrá interponerse ninguna acción después de transcurridos seis años desde la fecha del siniestro que causó el daño<sup>249</sup>.

347. Las disposiciones del Convenio no se aplicarán a buques de guerra u otros barcos cuya propiedad o explotación corresponda a un Estado y destinados exclusivamente a servicios no comerciales del gobierno<sup>250</sup>.

348. En el artículo 6 del Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos se establece un régimen de prescripción idéntico<sup>251</sup>.

349. El artículo 6 del proyecto de protocolo del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación<sup>252</sup> estipula que las reclamaciones de indemnización se presentarán en un plazo de cinco años a partir de la fecha en la que el demandante tuvo conocimiento o debía razonablemente haber tenido conocimiento de los daños, sus fuentes y la persona responsable de ellos. En ningún caso se aceptará una reclamación de indemnización después de 30 años de la fecha del accidente.

---

»e) Salvo disposición en contrario del derecho nacional, una persona que haya sufrido un daño causado por un accidente nuclear y que haya entablado una acción para la obtención de indemnizaciones en el plazo previsto en el presente artículo podrá presentar una demanda complementaria en el caso de que se agrave el daño después de la expiración de dicho plazo, siempre y cuando no se haya dictado una sentencia definitiva.

»Artículo 9

»El explotador no será responsable de los daños causados por un accidente nuclear si dicho accidente se debe directamente a actos derivados de un conflicto armado, de hostilidades, de guerra civil, de insurrección o, salvo disposición en contrario de la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio se encuentre situada su instalación nuclear, a cataclismos naturales de carácter excepcional.»

<sup>248</sup> El artículo X del Convenio dice lo siguiente:

«1. La reclamación de la indemnización por daños podrá ser presentada a un Estado de lanzamiento a más tardar en el plazo de un año a contar de la fecha en que se produzcan los daños o en que se haya identificado al Estado de lanzamiento que sea responsable.

»2. Sin embargo, si el Estado no ha tenido conocimiento de la producción de los daños o no ha podido identificar al Estado de lanzamiento, podrá presentar la reclamación en el plazo de un año a partir de la fecha en que lleguen a su conocimiento tales hechos; no obstante, en ningún caso será ese plazo superior a un año a partir de la fecha en que se podría esperar razonablemente que el Estado hubiera llegado a tener conocimiento de los hechos mediante el ejercicio de la debida diligencia.

»3. Los plazos mencionados en los párrafos 1 y 2 de ese artículo se aplicarán aun cuando no se conozca toda la magnitud de los daños. En este caso, no obstante, el Estado demandante tendrá derecho a revisar la reclamación y a presentar documentación adicional una vez expirado ese plazo, hasta un año después de conocida toda la magnitud de los daños.»

<sup>249</sup> En el artículo VIII del Convenio se establece lo siguiente:

«Los derechos a indemnización previstos en este Convenio prescribirán si la acción intentada en virtud del mismo no es interpuesta dentro de los tres años a partir de la fecha en que ocurrió el daño. Sin embargo, no podrá interponerse ninguna acción después de transcurridos seis años desde la fecha del siniestro que causó el daño. Cuando este siniestro consista en una serie de acontecimientos, el plazo de seis años se contará desde la fecha del primer acontecimiento.»

---

<sup>250</sup> El párrafo 1 del artículo XI dice lo siguiente:

«Las disposiciones de este Convenio no se aplicarán a buques de guerra u otros barcos cuya propiedad o explotación corresponda a un Estado y destinados exclusivamente, en el momento considerado, a servicios no comerciales del gobierno.»

<sup>251</sup> El artículo 6 del Convenio dice lo siguiente:

«1. El derecho a las indemnizaciones señaladas en el artículo 4 o a las compensaciones señaladas en el artículo 5 caducará a los tres años de producido el daño si con anterioridad no se hubiera iniciado acción judicial en aplicación de dichos artículos, o no se hubiera efectuado la notificación prevista en el artículo 7, párrafo 6. En todo caso, transcurrido un plazo de seis años desde la fecha del siniestro no podrá intentarse ninguna acción judicial.

»2. No obstante las disposiciones del párrafo precedente, el derecho del propietario o de su fiador a reclamar del Fondo una compensación en los términos del Artículo 5, párrafo 1, no se extinguirá en ningún caso antes de los seis meses desde la fecha en que hayan tenido conocimiento de la acción judicial iniciada contra ellos en virtud del Convenio de Responsabilidad.»

<sup>252</sup> Véase párr. 83 *supra*.

## CAPÍTULO VI

**Seguros y otros planes financieros de previsión para garantizar la indemnización**

350. Cuando se toma la decisión de permitir la ejecución de determinadas actividades a sabiendas de que pueden causar perjuicios, se toman medidas para prever, por anticipado, garantías de pago de la indemnización. En el caso de determinadas actividades, se exige al empresario que suscriba una póliza de seguros o dé garantías financieras. Las exigencias de ese tipo son análogas a las estipuladas en las leyes internas de muchos Estados en relación con el funcionamiento de industrias complejas, así como en actividades más rutinarias como el manejo de un vehículo.

351. Por ejemplo, el apartado *a* del artículo 2716 de la ley *OPA* prescribe que los propietarios y explotadores de buques y de instalaciones de producción de hidrocarburos deben aportar la prueba de su responsabilidad financiera para cubrir la cuantía máxima de la responsabilidad civil a que pueda estar sometido el responsable. Con arreglo al apartado *b* del mismo artículo, si esa prueba de responsabilidad financiera no se aporta, la autorización del buque se revocará o el buque no obtendrá un permiso de entrada en los Estados Unidos. Todo buque sometido a esta exigencia que se encuentre en aguas navegables sin las pruebas necesarias de responsabilidad financiera con respecto al buque estará sometido a incautación y confiscación por los Estados Unidos. Con arreglo a lo dispuesto en el apartado *e* del artículo 2716, el requisito de la responsabilidad financiera se podrá satisfacer aportando pruebas de un seguro, un acta de garantía, una carta de crédito, una cláusula especial de un autoasegurador u otra prueba de responsabilidad financiera. El requisito del artículo 2716 de la ley *OPA* se aplica asimismo en relación con la ley *FWPCA*<sup>253</sup>.

352. Con arreglo al apartado *f* del artículo 2716 de la ley *OPA* cualquier reclamación de los gastos de eliminación o de daños autorizada de conformidad con la Ley podrá ser presentada directamente contra el garante de la parte responsable. El garante podrá hacer valer contra el demandante todos los derechos y excepciones de que disponga una parte responsable, con inclusión de la exoneración en el caso de que el accidente haya sido causado por la mala conducta intencionada de la parte responsable. El garante, sin embargo, no podrá objetar a la reclamación incluso si la parte responsable ha obtenido un seguro por medio de fraude o falsedad<sup>252</sup>.

353. Análogamente, la ley *CERCLA* exige, en el apartado *c* de su artículo 9608, la prueba de la responsabilidad financiera que se podrá establecer por medio de un seguro, una garantía, un bono de garantía o condiciones especiales de un autoasegurador. Si el propietario o el explotador no aporta la garantía exigida, el requisito de la certificación se retendrá o revocará y se denegará la entrada en cualquier puerto o lugar o aguas navegables en los Estados Unidos o se detendrá al buque<sup>252</sup>.

354. El apartado *c* del artículo 9608 autoriza la presentación de una demanda directa contra el garante. Al igual que ocurre con la ley *OPA*, el garante puede invocar una exoneración si el accidente fue causado por mala conducta intencionada del propietario o del explotador. Con arreglo al apartado *d* del artículo 9608 de la ley *CERCLA*, la responsabilidad de un garante se limita a la cuantía de la póliza de seguros, etc. Sin embargo, esta norma no prohíbe la recuperación adicional con arreglo a cualquier otra ley estatal o federal, contrato, o responsabilidad del derecho común de un garante, con inclusión de la responsabilidad civil por mala fe en la negociación o en la falta de negociación de un acuerdo extrajudicial con respecto a una reclamación<sup>252</sup>.

355. La Ley sobre responsabilidad ambiental de Alemania enumera, en el apéndice 2, tres tipos de instalaciones que deben proporcionar la prueba de que cuentan con una capacidad financiera para indemnizar en caso de responsabilidad civil con arreglo a la Ley. Los requisitos de esa prueba de capacidad financiera se cumplen, con arreglo al artículo 19 de la Ley, de alguna de las formas siguientes: *a*) comprando un seguro; *b*) obteniendo una liberación de responsabilidad o una garantía de indemnización del Estado o del Gobierno federal; o *c*) obteniendo esa garantía de alguna institución de crédito concreta<sup>254</sup>.

**A.—Práctica de los tratados**

356. En algunos acuerdos multilaterales se incluyen disposiciones para garantizar el pago de indemnización en caso de responsabilidad por daños. La mayoría de los acuerdos multilaterales relativos a las actividades nucleares entran en esta categoría. En virtud de esos acuerdos se exige la suscripción de un seguro u otra garantía financiera para el pago de indemnización en caso de responsabilidad. La Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares exige tales garantías. Las condiciones y la cuantía de los seguros que deben mantener los explotadores de buques nucleares son determinadas por el Estado de la licencia. Aunque el Estado de la licencia no está obligado a mantener un seguro u otra garantía financiera, está obligado a «garantizar» el pago de la indemnización por daño nuclear si el seguro o las garantías del explotador resultan insuficientes<sup>255</sup>.

<sup>254</sup> Véase Hoffman, *loc. cit.* (nota 71 *supra*), pág. 39.

<sup>255</sup> Los párrafos pertinentes del artículo III de la Convención disponen lo siguiente:

«1. Por lo que se refiere a un determinado buque nuclear la responsabilidad del explotador se limitará a mil quinientos millones de francos para un accidente nuclear determinado, aunque el accidente haya sido causado por una falta personal del explotador; en dicha cantidad no quedarán incluidos los intereses devengados ni las costas que determine el tribunal que sustancie las demandas de indemnización con arreglo a la presente Convención.

»2. El explotador habrá de mantener un seguro u otra garantía financiera que cubra su responsabilidad por daños nucleares. La

<sup>253</sup> Force, *loc. cit.* (nota 63 *supra*), pág. 41.

357. El artículo VII de la Convención de Viena establece una exigencia análoga. El explotador tiene la obligación de mantener un seguro u otras garantías financieras exigidas por el Estado de la instalación. Si bien el Estado de la instalación no está obligado a mantener un seguro u otras garantías financieras por los perjuicios que pueda causar el funcionamiento de la planta nuclear, deberá garantizar el pago de la indemnización que haya de abonar el explotador, aportando para ello los fondos necesarios si los seguros resultaren insuficientes<sup>256</sup>.

358. Del mismo modo, el artículo 10 del Convenio de París impone al explotador de instalaciones nucleares la obligación de mantener un seguro u otra garantía financiera en la forma determinada por el Convenio<sup>257</sup>.

---

cuantía, naturaleza y condiciones del seguro o de la garantía serán fijadas por el Estado de la licencia. El Estado de la licencia garantizará el pago de las indemnizaciones por daños nucleares que haya de abonar el explotador, facilitando para ello las cantidades necesarias hasta la cuantía fijada en el párrafo 1, en la medida en que el seguro o las demás garantías financieras no sean suficientes.

»3. Ninguna de las cláusulas del párrafo 2 obliga a los Estados Contratantes ni a ninguna de sus subdivisiones políticas, tales como Estados, Repúblicas o Cantones, a mantener un seguro u otra garantía financiera para cubrir su responsabilidad como explotadores de buques nucleares.»

<sup>256</sup> El artículo VII de la Convención dispone lo siguiente:

«1. El explotador deberá mantener un seguro u otra garantía financiera que cubra su responsabilidad por los daños nucleares. La cuantía, naturaleza y condiciones del seguro o de la garantía serán fijadas por el Estado de la instalación. El Estado de la instalación garantizará el pago de las indemnizaciones por daños nucleares que se reconozca ha de abonar el explotador, aportando para ello las cantidades necesarias en la medida en que el seguro o la garantía financiera no basten para cubrir las indemnizaciones, pero sin rebasar el límite que se haya podido fijar de conformidad con lo dispuesto en el artículo V.

»2. Ninguna de las disposiciones del párrafo 1 obliga a las Partes Contratantes ni a ninguna de sus subdivisiones políticas, tales como Estados o Repúblicas, a mantener un seguro u otra garantía financiera para cubrir su responsabilidad como explotadores.

»3. Los fondos correspondientes al seguro, a la garantía financiera o a la indemnización del Estado de la instalación que se prevén en el párrafo 1 del presente artículo se destinarán exclusivamente al resarcimiento de los daños cubiertos por la presente Convención.

»4. El asegurador o la persona que haya dado una garantía financiera de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no podrá suspender ni cancelar el seguro o la garantía sin avisar por escrito a la autoridad pública competente con dos meses de antelación por lo menos, o si el seguro o la garantía se refieren al transporte de sustancias nucleares, mientras dure dicho transporte.»

<sup>257</sup> El artículo 10 del Convenio dice lo siguiente:

«a) Todo explotador quedará obligado, para hacer frente a la responsabilidad prevista en este Convenio, a tener y mantener, hasta el importe de la cuantía fijada con arreglo al artículo 7, un seguro u otra garantía financiera correspondiente al tipo y a las condiciones determinadas por la autoridad pública competente.

»b) El asegurador o cualquier otra persona que haya prestado la garantía financiera, no podrá suspender el seguro o la garantía financiera prevista en el párrafo a del presente artículo, o poner fin a los mismos sin un preaviso de dos meses de antelación por lo menos, dado por escrito a la autoridad pública competente, o, en la medida en que dicho seguro o garantía financiera se refieran al transporte de sustancias nucleares, mientras dure dicho transporte.

359. Además de los convenios relativos a los materiales nucleares, en otros convenios destinados a regular actividades distintas se exigen también garantías para el pago de la indemnización en caso de daños. Con arreglo al artículo 15 del Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, los operadores de aeronaves matriculadas en otro Estado Contratante deberán mantener un seguro u otra garantía por los posibles daños que puedan causar en la superficie. Conforme al apartado c del párrafo 4 del artículo 15, un Estado Contratante «podrá aceptar como garantía del pago de indemnización, en vez del seguro, la garantía del otro Estado Contratante donde esté matriculada la aeronave si dicho Estado se compromete a no invocar la inmunidad en cualquier acción entablada con respecto a dicha garantía».

360. El Convenio de 1969 sobre responsabilidad dispone, en el párrafo 1 del artículo VII, que «el propietario de un barco que esté matriculado en un Estado contratante y transporte más de 2.000 toneladas de hidrocarburos a granel como cargamento deberá suscribir un seguro u otra garantía financiera».

361. El párrafo 3 del artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dispone también que los Estados cooperarán en la elaboración de procedimientos para el pago de una indemnización adecuada.

362. El artículo 12 del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente impone a las Partes en el Convenio la obligación, cuando proceda, de garantizar que los explotadores tengan una «garantía financiera para cubrir la responsabilidad con arreglo al Convenio y determinar su alcance, condiciones y forma». Esa garantía financiera estará sometida a ciertos límites. Con arreglo a ese artículo, las Partes, al determinar qué actividades deben estar sometidas al requisito de la garantía financiera, deben tener en cuenta los riesgos de la actividad.

363. Análogamente, el artículo 10 del proyecto de convenio de 1995 sobre responsabilidad e indemnización por daños en relación con el transporte por mar de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas<sup>258</sup> prescribe un seguro obligatorio del propietario del buque y el naviero. El artículo 11 del proyecto prescribe un plan para conceder indemnización, en la medida en que la protección otorgada en los artículos anteriores incluido el artículo 10 sea insuficiente o inaplicable.

#### **B.—Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados**

364. En algunos casos, el Estado que inicia actividades susceptibles de ocasionar daños a otros Estados ha garantizado unilateralmente la reparación de los posibles da-

---

»c) Las sumas que provengan del seguro, del reaseguro o de otra garantía financiera no podrán servir más que para la indemnización de los daños causados por un accidente nuclear.»

<sup>258</sup> Véase párr. 155 *supra*.

ños. Los Estados Unidos de América han adoptado medidas legislativas que garantizan la reparación de los daños ocasionados por ciertos accidentes nucleares. El 6 de diciembre de 1974, mediante la *Public Law 93-513* adoptada como resolución conjunta del Congreso, los Estados Unidos garantizaron la indemnización de los daños que pudieran causar los accidentes nucleares ocasionados por el reactor nuclear de un buque de guerra estadounidense<sup>259</sup>.

365. La *Public Law 93-513* fue complementada posteriormente por la orden ejecutiva 11918 de 1.º de junio de 1976, a fin de prever una indemnización pronta, adecuada y suficiente para el caso de determinados accidentes nucleares<sup>260</sup>.

<sup>259</sup> Los párrafos pertinentes de esta ley dicen lo siguiente

«Considerando que en interés de la seguridad nacional es esencial facilitar la libre entrada de los buques de guerra de propulsión nuclear de los Estados Unidos a los puertos y bahías de países amigos, y

»Considerando que la aparición de los reactores nucleares ha motivado que en distintas partes del mundo se tomen medidas con el fin de establecer un régimen jurídico adecuado para la indemnización de quienes experimenten daños en el caso de que se produzca un accidente como consecuencia de la operación de reactores nucleares, y

»Considerando que los Estados Unidos han tomado la iniciativa en el establecimiento de medidas legislativas destinadas a garantizar una indemnización pronta y equitativa en el caso de que se produzca un accidente nuclear debido a la operación de un reactor nuclear de los Estados Unidos, según se desprende, en especial, del artículo 170 de la Ley de Energía Atómica, de 1954, en su forma modificada, y

»Considerando que la existencia de algún tipo de garantía en cuanto a la pronta indemnización de los daños en el caso improbable de un accidente nuclear ocasionado por un reactor nuclear de un buque de guerra de los Estados Unidos, así como el nivel de seguridad sin precedentes logrado en el funcionamiento de los buques de guerra de propulsión nuclear de los Estados Unidos en todo el mundo, contribuyen a la mayor efectividad de esos buques. Por consiguiente,

»El Senado y la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América, reunidos en Congreso Pleno, deciden que será política de los Estados Unidos proceder al pago en caso de reclamaciones o fallos por lesiones corporales, muerte, daños o pérdida de bienes inmuebles o muebles siempre que se compruebe que dichos perjuicios sean el resultado de un accidente nuclear relacionado con un reactor nuclear de un buque de guerra de los Estados Unidos, y siempre que las lesiones, muerte, daños o pérdidas no hayan sido causados por actos de guerra de un ejército o sean el resultado de una insurrección civil. El Presidente podrá autorizar el pago en caso de esas reclamaciones o fallos, en la forma y condiciones que estime conveniente y con cargo a cualesquiera fondos de emergencia de que disponga el Gobierno, o podrá refrendar dichas reclamaciones o fallos y remitirlos al Congreso para que éste consigne los fondos necesarios.»

*Public Law 93-513, United States Statutes at Large, 1974, vol 88, parte 2, págs 1610 y 1611*

<sup>260</sup> La orden ejecutiva dice lo siguiente

«En virtud de la autoridad conferida mediante la resolución conjunta aprobada el 6 de diciembre de 1974 [Ley 93-513, 88 Stat 1601.42 U.S.C. 2211], de la sección 301 del Título 3 del *Código de los Estados Unidos*, y con miras a prever una indemnización pronta, adecuada y suficiente en el caso improbable de lesiones o daños resultantes de un accidente nuclear relacionado con un reactor nuclear de un buque de guerra de los Estados Unidos, el Presidente de los Estados Unidos de América dispone lo siguiente.

»Sección 1 a) Para los efectos del arreglo administrativo de las reclamaciones o el cumplimiento de los fallos en caso de lesiones

366. En un canje de notas entre los Estados Unidos de América y España en relación con el Tratado de amistad y de cooperación celebrado en 1976 entre ambos países, los Estados Unidos dieron nuevas garantías en el sentido de que «procurarían, en caso necesario, obtener la aprobación legislativa para el arreglo en términos análogos de las reclamaciones por lesiones corporales, muerte, daños o pérdida de bienes inmuebles o muebles que se compruebe sean el resultado de un accidente nuclear relacionado con cualquier elemento nuclear de los Estados Unidos que haya dado origen a esas reclamaciones en el territorio español»<sup>261</sup>.

367. En otros términos, los Estados Unidos ampliaron unilateralmente el alcance de su responsabilidad y se comprometieron a promulgar, en caso necesario, las leyes relativas a esa obligación contraída con España.

368. Análogamente, en una declaración del Departamento de Estado de los Estados Unidos relativa a las actividades de modificación de las condiciones meteorológicas se hace alusión también a un acuerdo previo con los Estados potencialmente perjudicados. En las audiencias celebradas en 1966 por el Senado de los Estados Unidos con motivo de la tramitación de leyes concernientes a un programa destinado a incrementar las precipitaciones aprovechables en los Estados Unidos, el Departamento de Estado emitió la siguiente declaración:

Al Departamento de Estado le preocupa exclusivamente la posibilidad de que las zonas experimentales seleccionadas se sitúen cerca de las fronteras nacionales y puedan dar origen a problemas con los países vecinos del Canadá y México. Ante esa posibilidad, el Departamento desea asegurarse de que se tomen medidas para concertar

corporales, muerte, daños o pérdida de bienes inmuebles o muebles que se compruebe sean el resultado de un accidente nuclear relacionado con un reactor nuclear de un buque de guerra de los Estados Unidos, se faculta al Secretario de Defensa para autorizar, de conformidad con la Ley 93-513, el pago de esas reclamaciones y fallos, en la forma y condiciones que estime conveniente, con cargo a los fondos de emergencia de que dispone el Departamento de Defensa.

»b) El Secretario de Defensa, cuando así lo considere conveniente, refrendará las reclamaciones o fallos a que se refiere el párrafo a) y comunicará al Director de la Oficina de Gestión y Presupuesto su recomendación de que el Congreso consigne las sumas adicionales que sean necesarias.

»Sección 2 Nada de lo dispuesto en la sección 1 se entenderá que cambia, modifica o restringe las atribuciones legales y demás atribuciones conferidas al Procurador General, o a los jefes de cualquier otro organismo, con respecto a los juicios entablados contra los Estados Unidos y los fallos o soluciones de avenencia resultantes de esos juicios.

»Sección 3. Las funciones que se delegan por la presente orden se ejercerán en consulta con el Secretario de Estado en el caso de accidentes que den origen a reclamaciones de un país extranjero o sus nacionales, y las negociaciones internacionales relacionadas con la Ley 93-513 serán celebradas por el Secretario de Estado, o bajo su dirección.»

*Federal Register* (Washington D.C.), vol. 41, n.º 108, 3 de junio de 1976, pág. 22329.

<sup>261</sup> *Digest of United States Practice in International Law 1976* (Washington D.C.), pág. 441

acuerdos previos con cualquiera de los países afectados antes de que se lleven a cabo los experimentos<sup>262</sup>.

369. Al menos en un caso un Estado tomó medidas para garantizar la indemnización de los perjuicios potenciales que pudieran causarse al país vecino como consecuencia de las actividades realizadas por una empresa privada en su territorio. Así, el Canadá y los Estados Unidos celebraron negociaciones relativas a la exploración de petróleo

<sup>262</sup> Carta dirigida por el Departamento de Estado al Senador Magnuson, Presidente de la Comisión Senatorial de Comercio, «Weather Modification», *Hearings before the Committee on Commerce, United States Senate, 89th Congress, 2nd session, parte 2, 1966, pág. 321.*

prevista por una empresa privada canadiense en el mar de Beaufort, frente al delta del río Mackenzie. Este proyecto suscitó vivas inquietudes en el territorio vecino de Alaska, especialmente respecto a las medidas de seguridad previstas y a los fondos destinados a indemnizar a las víctimas potenciales en los Estados Unidos. Como resultado de las negociaciones, se pidió a la empresa canadiense que constituyese un fondo para asegurar el pago de la indemnización correspondiente. Por su parte, el Gobierno canadiense se comprometió a garantizar el pago de la indemnización<sup>263</sup>.

<sup>263</sup> *International Canada* (Toronto), vol. 7, n.º 3, págs. 84 y 85.

## CAPÍTULO VII

### Aplicación de las sentencias

370. Un elemento esencial para la protección de los derechos de las partes lesionadas es la fuerza ejecutoria de los fallos y sentencias pronunciados en materia de indemnización. La práctica estatal hace referencia al principio de que los Estados no deben oponerse a las acciones judiciales relativas a controversias derivadas de daños extraterritoriales causados por actividades realizadas dentro de los límites de su jurisdicción, ni reclamar inmunidad frente a dichas acciones. En consecuencia, los Estados consienten en ejecutar los fallos pronunciados por órganos competentes con respecto a controversias dimanantes de tales daños.

#### A.—Práctica de los tratados

371. Esta última medida de protección de los derechos de las partes lesionadas ha quedado incorporada a los acuerdos multilaterales, con arreglo a los cuales los fallos definitivos sobre indemnización se ejecutarán en el territorio de las Partes Contratantes que no invocarán sus inmunidades jurisdiccionales. Por ejemplo, el Convenio de París establece, en los incisos *d* y *e* de su artículo 13, que las sentencias firmes pronunciadas por los tribunales competentes en virtud de ese Convenio tendrán fuerza ejecutoria en el territorio de cualquiera de las Partes Contratantes, y que, si se entabla una acción para obtener indemnización contra una Parte Contratante, en tanto que explotador responsable con arreglo al presente Convenio, ésta no podrá alegar inmunidad de jurisdicción<sup>264</sup>.

<sup>264</sup> Los párrafos pertinentes del artículo 13 dicen lo siguiente:

«*d*) Cuando las sentencias pronunciadas en procedimiento contradictorio o en rebeldía por el tribunal competente en virtud de las disposiciones del presente artículo fuesen ejecutorias con arreglo a las leyes aplicadas de dicho Tribunal, serán ejecutorias en el territorio de cualquier otra Parte Contratante desde el momento en que se cumplan las formalidades prescritas por la Parte Contratante interesada. No se admitirá a nuevo examen el fondo del asunto. Esta disposición no se aplicará a las sentencias que sean ejecutorias únicamente a título provisional.

«*e*) Si se entablare una acción para la obtención de indemnizaciones contra una Parte Contratante, en virtud del presente Convenio, dicha Parte Contratante no podrá invocar su inmunidad de juris-

372. El Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras contiene disposiciones análogas. En él se estipula que las sentencias firmes pronunciadas por los tribunales competentes tendrán fuerza ejecutoria en el territorio de cualquier Estado Contratante cuando se ajusten a los procedimientos requeridos por ese Estado para su ejecución<sup>265</sup>.

373. Las sentencias firmes pronunciadas por tribunales competentes con arreglo a la Convención Adicional a la CIV tendrán fuerza ejecutoria en cualquier Estado Contratante<sup>266</sup>.

dición ante el tribunal competente en virtud del presente artículo, salvo en lo que se refiere a las medidas de ejecución.»

<sup>265</sup> El párrafo pertinente del artículo 20 del Convenio dice así:

«4. Cuando una sentencia pronunciada, incluso en rebeldía, por el tribunal competente en virtud de las disposiciones del presente Convenio, sea ejecutoria de acuerdo con la ley de tal tribunal, se ejecutará, cumplidas las formalidades prescritas por la ley del Estado Contratante, o de cualquiera de sus territorios, Estados o provincias [...].»

<sup>266</sup> El artículo 20 de la Convención estipula lo siguiente:

«Artículo 20.—Ejecución de las sentencias.  
Garantía de las costas

»1. Las sentencias dictadas por tribunales competentes en virtud de las disposiciones de la presente Convención a consecuencia de un juicio, o en rebeldía, tendrán fuerza ejecutoria en cualquiera de los Estados Contratantes en cuanto se hayan cumplido las formalidades requeridas en el Estado interesado, cuando tengan fuerza ejecutoria con arreglo a la ley aplicada por el tribunal, sin que pueda examinarse de nuevo el fondo del asunto.

»Las disposiciones anteriores no se aplicarán a las sentencias provisionales ni a las decisiones judiciales por las que se otorgue una indemnización además de las costas, contra un demandante cuya acción no haya prosperado.

»Los acuerdos concertados por las partes ante un tribunal competente para poner término a una controversia, inscritos en las actas del tribunal, tendrán la misma fuerza ejecutoria que las sentencias de ese tribunal.

»2. No se requerirá una garantía de las costas en los procedimientos dimanantes de las disposiciones de la presente Convención.»

374. El artículo XII de la Convención de Viena se expresa en forma semejante<sup>267</sup>.

375. Con arreglo al artículo 12 del Convenio sobre responsabilidad civil por daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos, las sentencias dictadas por un tribunal nacional competente de una parte contratante, que no estén sujetas a las formas ordinarias de revisión y tengan fuerza ejecutoria en el Estado de origen, serán reconocidas en el territorio de los demás Estados Partes. Sin embargo, cuando las sentencias se obtengan por medios fraudulentos y cuando no se haya dado al demandado un plazo razonable y oportunidad suficiente para defenderse, las sentencias no se ejecutarán. Ese artículo dispone también que las sentencias reconocidas tendrán fuerza ejecutoria en el territorio de cualquier Estado Parte cuando se hayan cumplido las «formalidades» requeridas por ese Estado. Con arreglo a esas formalidades, sin embargo, no se litigará de nuevo sobre el mismo asunto ni se planteará la cuestión de la ley aplicable<sup>268</sup>.

376. Con arreglo al artículo 13 del mismo convenio, si el explotador es un Estado Parte, dicho Estado estará sometido al tribunal nacional del Estado que ejerza el control o el Estado en cuyo territorio se haya causado el daño.

En tal caso, el Estado explotador deberá renunciar a todas las excepciones fundadas en la inmunidad estatal<sup>269</sup>.

377. Asimismo con arreglo al Convenio de 1969 sobre responsabilidad, las sentencias firmes dictadas en cualquier Estado contratante gozarán de fuerza ejecutoria en cualquier otro Estado contratante. Además, con arreglo al párrafo 2 del artículo XI del Convenio, los Estados deberán renunciar a todas las defensas en que pudieran ampararse por su condición de Estados soberanos<sup>270</sup>.

378. Los términos utilizados en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales respecto del carácter ejecutorio de las sentencias son diferentes. Con arreglo al artículo XIX de ese Convenio, las decisiones de la Comisión de Reclamaciones serán firmes y obligatorias cuando las partes así lo convengan. En otro caso, las decisiones de la Comisión de Reclamaciones tendrán el carácter de recomendaciones que las partes considerarán de buena fe. La fuerza ejecutoria de las sentencias depende, pues, por entero del consenso de las partes<sup>271</sup>.

379. El Convenio sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente establece lo siguiente en su artículo 23 (Reconocimiento y ejecución):

<sup>267</sup> El artículo XII de la Convención dice lo siguiente:

«1. La sentencia definitiva dictada por un tribunal al que corresponda la competencia en virtud del artículo XI de la presente Convención será reconocida en el territorio de cualquier otra Parte Contratante a menos que:

- »a) la sentencia se haya obtenido mediante fraude;
- »b) no se le haya dado a la parte contra la que se dicte la sentencia la posibilidad de presentar su causa en condiciones equitativas;
- »c) la sentencia sea contraria al orden público de la Parte Contratante en la que se gestione su reconocimiento, o no se ajuste a las normas fundamentales de la justicia.

»2. Toda sentencia definitiva que sea reconocida tendrá fuerza ejecutoria, una vez trasladada para su ejecución de conformidad con las formalidades exigidas por la legislación de la Parte Contratante en la que se gestione la ejecución, como si se tratase de una sentencia dictada por un tribunal de esa Parte Contratante.

»3. Una vez que se haya dictado la sentencia no podrá revisarse el litigio en cuanto al fondo.»

<sup>268</sup> El artículo 12 del Convenio dice lo siguiente:

«1. Las sentencias dictadas por un tribunal que posea jurisdicción con arreglo al artículo 11, que tengan fuerza ejecutoria en el Estado de origen, en el que no puedan ser objeto de recurso ordinario de revisión, serán reconocidas en cualquier Estado Parte, excepto:

- »a) cuando se haya obtenido la sentencia por medios fraudulentos; y
- »b) cuando no se hayan dado al demandado un plazo razonable y oportunidad suficiente para comparecer.

»2. Las sentencias reconocidas con arreglo al párrafo 1 del presente artículo tendrán fuerza ejecutoria en cualquier Estado Parte a partir del momento en que se cumplan las formalidades requeridas en ese Estado. Las formalidades no permitirán que se juzgue de nuevo el fondo del asunto ni que se vuelva a plantear la cuestión de la ley aplicable.»

<sup>269</sup> El artículo 13 dice lo siguiente:

«Cuando el explotador sea un Estado Parte, dicho Estado estará sometido a la jurisdicción mencionada en el artículo 11 y deberá renunciar a todas las excepciones fundadas en su condición de Estado soberano.»

<sup>270</sup> Los artículos X y XI del Convenio dicen así:

«Artículo X

»1. Todo fallo pronunciado por un tribunal con jurisdicción en virtud del artículo IX que sea ejecutorio en el Estado de origen en el cual ya no pueda ser objeto de recurso ordinario será reconocido en cualquier otro Estado contratante, excepto:

- »a) si el juicio se obtuvo fraudulentamente; o
- »b) si el demandado no fue notificado en un plazo razonable dándosele oportunidad bastante para presentar su defensa.

»2. Los fallos reconocidos en virtud del párrafo 1 de este artículo serán ejecutorios en todos los Estados contratantes tan pronto como se hayan cumplido las formalidades requeridas en esos Estados. Esas formalidades no permitirán ninguna revisión del fondo de la controversia.»

«Artículo XI

«[...]

»2. Con respecto a barcos cuya propiedad corresponda a un Estado contratante y afectados a servicios comerciales, cada Estado podrá ser perseguido ante las jurisdicciones señaladas en el artículo IX y deberá renunciar a todas las defensas en que pudiera ampararse por su condición de Estado soberano.»

<sup>271</sup> El artículo XIX del Convenio dice así:

«1. La Comisión de Reclamaciones actuará de conformidad con lo dispuesto en el artículo XII.

»2. La decisión de la Comisión será firme y obligatoria si las partes así lo han convenido; en caso contrario, la Comisión formulará un laudo definitivo que tendrá carácter de recomendación y que las partes atenderán de buena fe. La Comisión expondrá los motivos de su decisión o laudo.

»[...]

1. Cualquier decisión adoptada por un tribunal con jurisdicción en virtud del artículo 19, cuando ya no esté sometida a formas ordinarias de revisión, será reconocida en cualquier Parte, a menos que:

a) ese reconocimiento sea contrario a la política pública en el Estado en el que se trata de obtener el reconocimiento;

b) sea pronunciado en rebeldía y no se haya presentado al demandado el documento en el que se incoa el procedimiento o un documento equivalente con tiempo suficiente para que pueda disponer su defensa;

c) la decisión es irreconciliable con una decisión adoptada en una controversia entre las mismas partes en el Estado en el que se trata de obtener el reconocimiento;

d) la decisión es irreconciliable con una decisión precedente adoptada en otro Estado y relativa a la misma causa de la acción y entre las mismas partes, a reserva de que esta última decisión cumpla las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado al que se dirige.

2. Una decisión reconocida con arreglo al párrafo 1 que sea ejecutoria en el Estado de origen será ejecutoria en cada Estado Parte tan pronto como se hayan completado las formalidades exigidas por las leyes de esa Parte. Las formalidades no permitirán que el fondo del caso se vuelva a examinar.

380. Las disposiciones del presente artículo se basan en la Convención sobre jurisdicción y aplicación de las sentencias en asuntos civiles y comerciales de la Comunidad Europea.

381. En lo que respecta a la relación entre la Convención sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente y otros tratados que se ocupan de la aplicación de las sentencias, el artículo 24 de esta convención prescribe que «cuando dos o más Estados Partes están vinculados por un Tratado que establece normas de jurisdicción o que prescribe el reconocimiento y la aplicación en un Estado de las decisiones adoptadas en otro Estado, las disposiciones de ese Tratado sustituyen a las disposiciones correspondientes de [los artículos pertinentes] de esta Convención».

382. En lo que concierne a la relación entre la Convención y el derecho interno de los Estados Partes interesados, el artículo 25 de la Convención estipula que la Convención no menoscaba las leyes internas de los Estados Partes o cualquier otro acuerdo que puedan haber concertado. En lo que respecta a las Partes miembros de la Comunidad Económica Europea, las normas comunitarias serán las normas reguladoras y las disposiciones de la Convención se aplicarán únicamente en la medida en que la Comunidad no cuente con ninguna norma que regule una cuestión particular<sup>272</sup>.

<sup>272</sup> El artículo 25 de la Convención dice lo siguiente:

*«Artículo 25.—Relación entre la presente Convención y otras disposiciones*

»1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que limita o deroga ninguno de los derechos de las personas que han sufrido los daños o que limita las disposiciones relativas a la protección o restauración del medio ambiente que se pueda prescribir con arreglo a las leyes de cualquier Parte o con arreglo a cualquier otro acuerdo de que sea Parte.

»2. En sus relaciones mutuas, las Partes que son miembros de la Comunidad Económica Europea aplicarán las normas de la Comunidad y, por consiguiente, no se aplicarán las normas derivadas de la presente Convención salvo en la medida en que no exista ninguna norma comunitaria que rija la cuestión particular de que se trate.»

383. El artículo 20 de la CRTD estipula lo siguiente:

1. Cualquier sentencia dictada por un tribunal con jurisdicción de conformidad con la Convención, que sea aplicable en el Estado de origen cuando ya no esté sometida a formas ordinarias de revisión, será reconocida en cualquier Estado Parte, salvo:

a) cuando la sentencia se obtuvo por fraude;

b) cuando no se dio al demandado aviso razonable y una oportunidad equitativa de presentar sus argumentos;

c) cuando la sentencia es irreconciliable con una sentencia anterior dictada en el Estado en el que se trata de obtener el reconocimiento o en otro Estado Parte con jurisdicción de conformidad con el artículo 19 y ya reconocida en el Estado en el que se trata de obtener el reconocimiento, relativa a la misma causa de la acción y entre las mismas partes.

2. Cualquier sentencia reconocida con arreglo al párrafo 1 será aplicable en cada Estado Parte tan pronto como se hayan cumplido las formalidades exigidas en ese Estado. Las formalidades no permitirán que el fondo del asunto se vuelva a examinar.

384. El artículo 12 del proyecto de protocolo del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación<sup>273</sup> prescribe que, cuando sean ejecutables en el Estado de origen, las sentencias de los tribunales competentes serán reconocidas en cualquiera de las Partes Contratantes y serán ejecutables sin necesidad de examinar el fondo del caso.

#### **B.—Decisiones judiciales y práctica de los Estados distinta de los tratados**

385. La cuestión de la aplicación de los laudos y sentencias de los tribunales arbitrales y los tribunales ordinarios no es objeto de las decisiones judiciales. La correspondencia oficial entre los Estados conduce generalmente a la aceptación de fórmulas de transacción entre ellos y, en la mayoría de los casos, los Estados se ajustan a estas decisiones. El contenido de esa correspondencia fue objeto de examen en los capítulos anteriores.

<sup>273</sup> Véase párr. 83 *supra*.



# LA LEY Y LA PRÁCTICA EN MATERIA DE RESERVAS A LOS TRATADOS

[Tema 6 del programa]

## DOCUMENTO A/CN.4/470\*

### Primer informe sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados, por el Sr. Alain Pellet, Relator Especial

[Original frances]  
[30 de mayo de 1995]

#### INDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe	134
Obras citadas en el presente informe	135
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCION	1-7 137
<i>Capítulo</i>	
I LA LABOR ANTERIOR DE LA COMISION RESPECTO DE LAS RESERVAS Y SUS RESULTADOS	8-90 138
A El derecho de los tratados	10-61 138
1 La labor de la Comision de 1950 a 1961	12-33 139
a) Examen de los informes de James L. Brierly, 1950-1951	12-22 139
b) Los informes de Sir Hersch Lauterpacht, 1953 y 1954	23-29 141
c) El primer informe de Sir Gerald Fitzmaurice (1956)	30-33 142
2 La labor de la Comision de 1962 a 1965	34-57 142
a) Examen del primer informe de sir Humphrey Waldock (1962)	35-46 142
b) Aprobacion del proyecto de articulos sobre el derecho de los tratados (1965-1966)	47-57 144
3 La Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1968-1969) y la cuestion de las reservas	58-60 146
Conclusion	61 148
B La sucesion de Estados en materia de tratados	62-71 148
C Los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o mas organizaciones internacionales	72-90 149
II INVENTARIO SUCINTO DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR EL TEMA	91-149 153
A Las ambigüedades de las disposiciones relativas a las reservas en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados	96-125 153
1 La licitud de las reservas	97-114 154
2 El regimen de las objeciones a las reservas (oponibilidad de las reservas)	115-125 156
B Lagunas en las disposiciones relativas a las reservas en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados	126-149 158
1 Algunas lagunas de alcance general	127-135 158
a) Reservas a los tratados bilaterales y «declaraciones interpretativas»	127-129 158
b) Efectos de las reservas sobre la entrada en vigor de un tratado	130-131 159
c) Problemas no resueltos por la Convencion de Viena de 1978 sobre la sucesion de Estados en materia de tratados	132-135 159

\* Incorpora los documentos A/CN.4/470/Corr.1 y Corr.2

<i>Capítulos</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
2 Problemas relacionados con el objeto específico de ciertos tratados o de ciertas disposiciones	136-144	160
<i>a)</i> Reservas a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales	137	160
<i>b)</i> Reservas a los tratados de derechos humanos	138-142	160
<i>c)</i> Reservas a las disposiciones que codifican normas consuetudinarias	143-144	161
3 Problemas derivados de algunas técnicas convencionales específicas	145-149	161
<i>a)</i> Reservas y protocolos adicionales	146	161
<i>b)</i> Las reservas y la técnica de bilateralización	147-149	162
III EL ALCANCE Y LA FORMA DE LOS TRABAJOS FUTUROS DE LA COMISION	150-179	163
A La preservación del acervo jurídico	153-169	163
B La forma que podrían revestir los resultados de los trabajos de la Comisión	170-179	166
CONCLUSION	180-182	167

#### Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Ginebra, 30 de octubre de 1947)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 55, pag 188
Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Internacional (Ginebra, 6 de marzo de 1948)	Ibid, vol 289, pag 3
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Ibid, vol 78, pag 296
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibid, vol 213, pag 221 En español vease España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 243, 10 de octubre de 1979
Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Ibid, vol 189, pag 137
Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Nueva York, 31 de enero de 1967)	Ibid, vol 606, pag 288
Convención Única sobre Estupefacientes (Nueva York, 30 de marzo de 1961)	Ibid, vol 520, pag 167
Protocolo de modificación de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 (Ginebra, 25 de marzo de 1972)	Ibid, vol 976, pag 59
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibid, vol 993, pag 3, y 999, pag 241
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibid, vol 1155, pag 443
Convención americana sobre derechos humanos (San José [Costa Rica], 22 de noviembre de 1969)	Ibid, vol 1144, pag 124
Convención relativa a la competencia judicial y a la ejecución de sentencias en materia civil y comercial (La Haya, 1.º de febrero de 1971)	Ibid, pag 250
Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974)	Ibid, vol 1511, pag 3 Naciones Unidas, <i>Anuario jurídico 1974</i> , pag 102

## Fuente

- Convencion de Viena sobre la sucesion de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978) *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesion de Estados en materia de Tratados Viena 4 de abril a 6 de mayo de 1977 y 31 de julio a 23 de agosto de 1978* vol III (publicacion de las Naciones Unidas, n° de venta S 79 V 10)
- Convencion de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986) Doc A/CONF 129/15

## Obras citadas en el presente informe

- BASTID, Suzanne  
*Les traites dans la vie internationale conclusion et effets*, Paris, Economica, 1985
- BAXTER, R R  
 «Treaties and Custom», *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye 1970-I* (Leyden, Sijthoff), vol 129, pags 25 a 106
- BLAY, Samuel K N, y TSAMENYI, B M  
 «Reservations and declarations under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees», *International Journal of Refugee Law*, vol 2, n° 4, octubre de 1990, pags 527 y ss
- BONIFAZI, Angela  
 «La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *Les clauses facultatives de la Convention europeenne des droits de l'homme*, Bari, Levante, 1974, vol 3, pags 301 a 319
- BOURGUIGNON, Henry J  
 «The Belilos case New light on reservations to multilateral treaties», *Virginia Journal of International Law*, vol 29, n° 4, verano de 1989, pags 347 a 386
- BOWETT, D W  
 «Reservations to non-restricted multilateral treaties», *The British Year Book of International Law 1976-1977*, 48° año, 1978, pags 67 a 92  
 «The arbitration between the United Kingdom and France concerning the continental shelf boundary in the English Channel and south-western approaches», *ibid* 1978, 49° año, 1979, pags 1 y ss
- BOYLE, A E  
 «The law of treaties and the Anglo-French continental shelf arbitration», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol 29, partes 2 y 3, abril a julio de 1980, pags 498 a 507
- BROWN, E D  
 «The Anglo-French continental case», *The Year Book of World Affairs 1979* (Londres), pags 304 a 327
- CAMERON, Ian, y HORN, F  
 «Reservations to the European Convention on Human Rights the Belilos case», *German Yearbook of International Law*, vol 33, 1990, pags 69 a 129
- CASSESE, Antonio  
 «A new reservations clause (Article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)», *Recueil d'etudes de droit international – En hommage a Paul Guggenheim*, Ginebra, Institut universitaire de hautes etudes internationales, 1968, pags 266 a 304
- «Una nuova sulle riserve», *Rivista di diritto internazionale*, vol L, n° 3-4, 1967, pags 584 y ss
- «Su alcune "riserve" alla convenzione sui diritti politici della donna», *ibid*, vol LI, 1968, n° 2, pags 294 y ss
- CLARK, Belinda  
 «The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women», *American Journal of International Law*, vol 85, 1991, pags 281 y ss
- COCCIA, Massimo  
 «Reservations to multilateral treaties on human rights», *California Western International Law Journal*, vol 15, n° 1, invierno de 1985, pags 1 y ss
- COHEN-JONATHAN, Gerard  
 «Les reserves a la Convention europeenne des droits de l'homme (a propos de l'arrêt Belilos du 29 avril 1988)», *Revue generale de droit international public*, t 93/1989/2, pags 273 a 315
- «Note sur les decisions et constatations du Comite des droits de l'homme des Nations Unies relatives a la France (1989)», *Annuaire français de droit international*, vol XXXV, 1989, pags 424 y ss
- COHEN-JONATHAN, Gerard, y JACQUE, J-P  
 «Activité de la Commission europeenne des droits de l'homme», *Annuaire français de droit international*, vol XXVIII, 1982, pags 513 y ss
- «Activites de la Commission europeenne des droits de l'homme», *ibid*, vol XXXVII, 1991, pags 561 a 580
- COLELLA, Alberto  
 «Les reserves a la Convention de Geneve (28 juillet 1951) et au Protocole de New York (31 janvier 1967) sur le statut des refugees», *Annuaire français de droit international*, vol XXXV, 1989, pags 446 a 475
- COMBACAU, Jean  
*Le droit des traites*, Paris, Presses Universitaires de France (Que sais-je?, n° 2613), 1991
- COOK, Rebecca  
 «Reservations to the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women», *Virginia Journal of International Law*, vol 30, n° 3, primavera de 1990, pags 643 y ss
- COX, William W  
 «Reservations to multipartite conventions», *Proceedings of the American Society of International Law at its Forty-Sixth An-*

- mial Meeting*, Washington D C, 24 a 26 de abril de 1952, pags 26 y ss
- DALTON, Robert E  
 «The Vienna Convention on the Law of Treaties Consequences for the United States», *Proceedings of the 78th Annual Meeting*, Washington D C, American Society of International Law, 12 a 14 de abril de 1984, pags 276 y ss
- DEHAUSSY, Jacques  
 «Le probleme de la classification des traites et le projet de convention etabli par la Commission du droit international des Nations Unies», *Recueil d etudes de droit international – En hommage a Paul Guggenheim*, Ginebra, Institut universitaire de hautes etudes internationales, 1968, pags 305 a 326
- DE VISSCHER, Ch  
 «Une reserve de la Republique arabe de Syrie a la Convention de Vienne (1969) sur les traites», *Revue belge de droit international*, vol VIII, 1972-2, pags 416 a 418
- EDWARDS JR, Richard W  
 «Reservations to treaties», *Michigan Journal of International Law*, vol 10, n º 2, primavera de 1989, pags 362 a 405
- ELIAS, Taslim O  
*The Modern Law of Treaties*, Dobbs Ferry (Nueva York), 1974
- FENWICK, C G  
 «When is a treaty not a treaty?», *American Journal of International Law*, vol 46, n º 2, abril de 1952, pags 296 a 298
- FITZMAURICE, G G  
 «Reservations to multilateral conventions», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol 2, parte 1, enero de 1953, pags 1 a 26
- FLAUSS, Jean-François  
 «Le contentieux de la validite des reserves a la CEDH devant le Tribunal federal suisse requiem pour la declaration interpretative relative a l'article 6 § 1», *Revue universelle des droits de l homme* vol 5, n º 9-10, 20 de diciembre de 1993, pags 297 y ss
- FROWEIN, Jochen Abr  
 «Reservations to the European Convention on Human Rights», *Protecting human rights The human dimension*, Colonia, Carl Heymanns, 1988, pags 193 a 200
- GAJA, Giorgio  
 «Unruly treaty reservations», *International Law at the Time of Codification Etudes en l honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, vol 1, 1987, pags 307 a 330
- GAMBLE JR, John King  
 «Reservations to multilateral treaties A macroscopic view of state practice», *American Journal of International Law*, vol 74, 1980, pags 372 a 394
- HAN, Henry H  
 «The UN Secretary General's treaty depositary function Legal implications», *Brooklyn Journal of International Law*, n º 3, 1988, pags 562 a 565
- IMBERT, Pierre-Henn  
 «A l'occasion de l'entree en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traites – Reflexions sur la pratique suivie par le Secretaire general des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de depositaire», *Annuaire français de droit international*, vol XXVI, 1980, pags 524 a 541
- «La question des reserves dans la decision arbitrale du 30 juin 1977 relative a la delimitation du plateau continental entre la Republique française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», *ibid*, vol XXIV, 1978, pags 29 a 58
- «La question des reserves et les conventions en matiere de droits de l'homme», *Actes du cinquieme colloque international sur la Convention europeenne des droits de l homme – Organise conjointement par le Gouvernement de la Republique federale d'Allemagne et le Secretariat general du Conseil de l'Europe (Francfort 9-12 avril 1980)*, Paris, A. Pedone, 1982, pags 97 y ss
- «Les reserves a la Convention europeenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (affaire *Temeliasch*)», *Revue generale de droit international public*, t 87/1983/3, p 580 a 625
- Les reserves aux traites multilateraux evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donne par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951* Paris, A. Pedone, 1978
- KOH, Jean K  
 «Reservations to multilateral treaties How international legal doctrine reflects world vision», *Harvard International Law Journal*, vol 23, n º 1, 1982, pags 71 y ss
- MACDONALD, R St J  
 «Reservations under the European Convention on Human Rights», *Revue belge de droit international*, vol XXI, 1988-2, pags 429 a 450
- MAJOROS, Ferenc  
 «Le regime de reciprocite de la Convention de Vienne et les reserves dans les Conventions de La Haye», *Journal du droit international*, 101 º año, n º 1, enero-febrero-marzo de 1974, pags 73 a 109
- MARCUS-HELMONS, S  
 «L'article 64 de la Convention de Rome ou les reserves a la Convention europeenne des droits de l'homme», *Revue de droit international et de droit compare*, 45 º año, n º 1, 1968, pags 7 y ss
- MARKS, Susan  
 «Reservations unhinged the Belilos case before the European Court of Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, vol 39, parte 2, abril de 1990, pags 300 y ss
- MARCOFF, Marco G  
*Accession a l'indpendance et succession d Etats aux traites internationaux*, Friburgo, Editions universitaires, 1969
- McNAIR (lord)  
*The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961
- MCRAE, D M  
 «The legal effects of interpretative declarations», *The British Year Book of International Law* 1978, 49 º año, 1979, pags 155 a 173
- MENDELSON, M H  
 «Reservations to the constitutions of international organisations», *The British Year Book of International Law*, 1971 45 º año, 1973, pags 137 y ss
- NISOT, Joseph  
 «Les reserves aux traites et la Convention de Vienne du 23 mai 1969», *Revue generale de droit international public*, terccra serie, t LXXVII, 1973, pags 200 a 206
- PILLOUD, Claude  
 «Les reserves aux Conventions de Geneve de 1949», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, julio de 1957, pags 409 a 437, *ibid*, 47 º año, n º 553, enero de 1965, pags 315 a 324, e *ibid*, 58 º año, n º 685, enero de 1976, pags 131 a 149 y 195 a 221
- PIPER, Catherine Logan  
 «Reservations to multilateral treaties The goal of universality», *Iowa Law Review*, vol 71, n º 1, octubre de 1985, pags 295 a 322
- QUENEUDEC, Jean-Pierre  
 «L'affaire de la delimitation du plateau continental entre la France et le Royaume-Uni», *Revue generale de droit international public*, t 83/1979/1, pags 53 a 103

- REDGWELL, Catherine  
«Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», *The British Year Book of International Law* 1993 64º año, 1994, págs 245 a 282
- REUTER, Paul  
*Introduction au droit des traites*, 3º ed revisada y aumentada por Philippe Cahier, Paris, Presses Universitaires de France (Publicaciones del Institut universitaire de hautes études internationales, Ginebra), 1995
- RIGALDIÈS, Francis  
«L'affaire de la delimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», *Journal du droit international*, 106º año (1979), nº 3, julio-agosto-septiembre de 1979, págs 506 a 531
- ROSENNE, Shabtai  
*Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, Cambridge, Nueva York, New Rochelle, Melbourne, Sydney, Cambridge University Press, 1989
- RUDA, J M  
«Reservations to treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1975-III* (Leyden, Sijthoff), 1977, t 146, págs 95 a 218
- RUIZ MORENO, Isidoro  
«Reservations to treaties relating to human rights», *Report of the Fifty-fourth Conference held at The Hague August 23rd to August 29th 1970*, Londres, International Law Association, 1971, págs 642 a 645
- SCHABAS, William A  
«Reservations to human rights treaties Time for innovation and reform», *Canadian Yearbook of International Law*, vol XXXII, 1994, págs 39 y ss
- SCHACHTER, Oscar  
«The question of treaty reservations at the 1959 General Assembly», *American Journal of International Law*, vol 54, 1960, págs 372 a 379
- SCIIMIDT, Markus G  
«Reservations to United Nations human rights treaties – The case of the two Covenants», *Human Rights as General Norms and a State's Right to opt out Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, publicado bajo dirección de J P Gardner, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 1997, págs 20 a 34
- SHELTON, D  
«State practice on reservations to human rights treaties», *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, págs 205 y ss
- SINCLAIR, sir Ian  
*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2ª ed, Manchester University Press, 1984
- «The Vienna Convention on the Law of Treaties The consequences of participation and nonparticipation», *Proceedings of the 78th Annual Meeting*, Washington D C, American Society of International Law, 12 a 14 de abril de 1984, págs 271 y ss
- TEBOUL, Gerard  
«Remarques sur les réserves aux conventions de codification», *Revue generale de droit international public*, t 86, 1982/4, págs 679 a 717
- TOMUSCHAT, C  
«Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties – Comments on arts 16, 17», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht Comments on the International Law Commission's 1966 draft articles on the law of treaties*, vol 27, 1967, págs 463 a 482
- ZANGHI, Claudio  
«La déclaration de la Turquie relative à l'art 25 de la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue generale de droit international public*, t XCIII, vol 1, 1989, págs 69 a 95
- ZEMANEK, K  
«Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Etudes de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, publicados bajo dirección de Jerzy Makarczyk, La Haya, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff (Instituto del Estado y de derecho de la Academia de Ciencias de Polonia), 1984, págs 323 a 336
- ZOLLER, E  
«L'affaire de la delimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord – Decision du 30 juin 1977», *Annuaire français de droit international*, vol XXIII, 1977, págs 359 a 407

## Introducción

1. En 1992, durante el 44.º período de sesiones de la Comisión, el grupo de planificación de la Mesa Ampliada creó un grupo de trabajo para examinar un número limitado de temas cuya inclusión en el programa de trabajo de la Comisión se recomendaría a la Asamblea General<sup>1</sup>. Entre esos temas figuraba el de la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados, que varias delegaciones habían sugerido como posible tema de reflexión en el cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea<sup>2</sup>.

2. Sobre este tema, que había suscitado particular interés entre los miembros de la Comisión<sup>3</sup>, se preparó, de conformidad con el procedimiento que adoptara la Comisión por recomendación del grupo de planificación<sup>4</sup>, un esquema explicativo en el que se indicaban a) las principales cuestiones que planteaba; b) los tratados, principios generales o leyes nacionales aplicables y las resoluciones judiciales correspondientes; c) la doctrina, y d) las ventajas e inconvenientes de preparar un informe, un estudio o un proyecto de convención si la Comisión decidiera incluir el tema en su programa de trabajo<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Véase *Anuario* 1992, vol II (segunda parte), pag 58, parr 368

<sup>2</sup> Véase A/CN.4/L.469, parr 422

<sup>3</sup> Véase A/CN.4/L.473/Rev.1, parr 23

<sup>4</sup> Véase *Anuario* 1992, vol II (segunda parte), pag 58, parr 369

<sup>5</sup> Véase *Anuario* 1993, vol II (primera parte), págs 254 a 263, doc A/CN.4/454

3. Examinado dicho esquema, el grupo de trabajo creado por el Grupo de Planificación recomendó que se incluyera en el programa de la Comisión el tema titulado «La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados». Por razones que se puntualizarán y analizarán más adelante, la Comisión aprobó dicha recomendación en su 45.º período de sesiones y decidió que el tema se incluiría en el programa a reserva de la aprobación de la Asamblea General<sup>6</sup>.

4. En los debates sostenidos en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante el cuadragésimo octavo período de sesiones se aprobó, en general, la decisión de la CDI de incluir el tema en su programa. Se indicó que el tema tenía el mérito de la precisión, respondía a necesidades claras y actuales de la comunidad internacional y ofrecía a la CDI la oportunidad de contribuir, en un plazo realista, a la formación y el desarrollo de la práctica de los Estados<sup>7</sup>.

5. En consecuencia, la Asamblea General hizo suya, por la resolución 48/31, de 9 de diciembre de 1993, la decisión de la CDI de incluir en su programa el tema titulado «La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados», en la inteligencia de que «la forma definitiva que se dará a la labor sobre la cuestión se decidirá después de que se presente un estudio preliminar a la Asamblea General».

<sup>6</sup> *Ibid.*, vol. II (segunda parte), págs. 104 y 105, párrs. 427 a 430 y 440.

<sup>7</sup> Véase A/CN.4/457, párr. 433.

6. En su 46.º período de sesiones la Comisión nombró al Relator Especial para ese tema<sup>8</sup>.

7. El presente informe preliminar no tiene ninguna pretensión doctrinal, en el sentido de que su finalidad es reseñar los principales problemas planteados por el tema sin prejuzgar para nada de las soluciones que pueda darles la Comisión en cuanto al fondo. En cambio, como la Asamblea General ha manifestado el deseo de disponer de un estudio preliminar a fin de determinar «la forma definitiva que se dará a la labor sobre la cuestión», se ha considerado oportuno presentar a la Comisión unas propuestas relativamente precisas a ese respecto. Además, siendo así que el tema ya ha sido abordado en varias ocasiones por la Comisión, con motivo de estudios anteriores de carácter más general, se procura en el presente informe exponer brevemente esa labor y sugerir soluciones que no pongan en entredicho lo ya logrado hasta la fecha, permitiendo al mismo tiempo la codificación y el desarrollo progresivo del derecho relativo a las reservas a los tratados. Con ese fin, el informe constará de tres capítulos que se referirán sucesivamente a la labor anterior de la Comisión en materia de reservas (cap. I), los problemas aún pendientes de solución (cap. II) y el alcance y la forma del resultado de la labor futura de la Comisión (cap. III).

<sup>8</sup> *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 189, párr. 381.

## CAPÍTULO I

### La labor anterior de la Comisión respecto de las reservas y sus resultados

8. Tres de los temas examinados por la Comisión desde su creación la han llevado a estudiar, desde puntos de vista diferentes, la cuestión de las reservas a los tratados; así ocurrió en el marco de su labor de codificación:

- a) Del derecho de los tratados;
- b) De la sucesión de Estados en materia de tratados; y
- c) De la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales.

9. El estudio de esos tres temas desembocó en la aprobación, por conferencias diplomáticas, de las tres convenciones siguientes: la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en lo sucesivo denominada Convención de Viena de 1969), la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (en lo sucesivo denominada Convención de Viena de 1978) y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (en lo sucesivo denominada Convención de Viena de 1986). En esos tres instrumentos figuran disposiciones relativas a las reservas.

#### A.—El derecho de los tratados

10. Los relatores especiales de la Comisión para el tema relativo al derecho de los tratados, a saber el Sr. James Brierly, sir Hersch Lauterpacht, sir Gerald Fitzmaurice y sir Humphrey Waldock, abordaron el estudio del problema de las reservas a los tratados. Todos insistieron, de manera privilegiada, en el problema de la admisibilidad de las reservas.

11. Ahora bien, se produjo un giro en la postura de la Comisión sobre este extremo en 1962, a raíz del primer informe de sir Humphrey Waldock<sup>9</sup>. A partir de ese momento la Comisión se apartó de la norma de la unanimidad que había propugnado hasta entonces y se mostró partidaria del sistema flexible que adoptara la CIJ en la opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, relativa a

<sup>9</sup> Véase *Anuario... 1962*, vol. II, págs. 36 a 40, 69 a 79 y 84 a 93, doc. A/CN.4/144, apartado I del artículo 1 y artículos 17 a 19, y apéndice (Reseña histórica de la cuestión de las reservas a las convenciones multilaterales). Sinclair señaló un cambio fundamental en el planteamiento de la Comisión respecto de las reservas en *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, págs. 58 a 61.

las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<sup>10</sup>.

## 1. LA LABOR DE LA COMISIÓN DE 1950 A 1961

### a) Examen de los informes del Sr. James L. Brierly (1950-1951)

12. En su primer informe sobre el derecho de los tratados, presentado a la Comisión en su segundo período de sesiones, en 1950, el primer relator especial encargado del tema expuso brevemente la cuestión de las reservas y se pronunció de manera muy clara a favor de la norma de la unanimidad, formulada en los términos siguientes en el párrafo 3 del proyecto de artículo 10 propuesto a la Comisión:

La aceptación de un tratado con sujeción a una reserva carecerá de efectos a menos que hayan consentido en ella, o hasta que hayan consentido en ella, todos los Estados u organizaciones internacionales cuyo consentimiento sea necesario para la efectividad de esa reserva<sup>11</sup>.

13. La Comisión hizo suyo ese principio casi sin debates y, en su informe a la Asamblea General sobre su segundo período de sesiones, indicó que:

[ ] la reserva [requeriría] al menos el consentimiento de todas las partes para llegar a ser efectiva. Se estimó, sin embargo, que la aplicación concreta de este principio a la gran diversidad de situaciones que pueden surgir al concertar tratados multilaterales requiere mayor estudio<sup>12</sup>.

14. No obstante, el problema volvió a plantearse el mismo año. A raíz de los debates sostenidos en la Sexta Comisión de la Asamblea General acerca de las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Asamblea General aprobó el 16 de noviembre de 1950 la resolución 478 (V), en la que, por una parte, pedía a la CIJ una opinión consultiva sobre la cuestión y, por otra, invitaba a la CDI:

a) A que, en su trabajo de codificación del derecho relativo a los tratados, estudie la cuestión de las reservas a las convenciones multilaterales desde el punto de vista del desarrollo progresivo del derecho internacional, y a que dé prioridad a ese estudio e informe sobre esta cuestión, especialmente en lo que se refiere a las convenciones multilaterales de las que el Secretario General es depositario, para que la Asamblea estudie ese informe en su sexto período de sesiones,

b) A que, en relación con ese estudio, tome en cuenta todas las opiniones expresadas en el quinto período de sesiones de la Asamblea General y, especialmente, en la Sexta Comisión.

15. De conformidad con esa petición, se sometió a la Comisión en su tercer período de sesiones un informe del Relator Especial, el Sr. James L. Brierly<sup>13</sup>, así como dos

memorandos, presentados respectivamente por los Sres. Gilberto Amado y Georges Scelle<sup>14</sup>.

16. En su informe, el Relator Especial, el Sr. Brierly, señaló:

[ ] La Comisión habrá de tomar en cuenta dos principios fundamentales. En primer lugar, la conveniencia de mantener la integridad de las convenciones internacionales multilaterales. Es preferible que se mantenga cierto grado de uniformidad en las obligaciones de todas las partes en un instrumento multilateral. Uno de los métodos de desarrollo del derecho internacional consiste en establecer reglas de aplicación general en las convenciones multilaterales (o en lo que prácticamente equivale a ellas, es decir, en una serie de convenciones bilaterales estrechamente análogas). Puede tomarse como ejemplo, al respecto, la regla ahora aceptada con bastante generalidad, aunque de origen enteramente contractual, de que los cónsules de carrera disfruten de ciertas inmunidades personales, aunque originariamente, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, ninguna tenían. El desarrollo del derecho internacional se entorpece cuando los Estados formulan numerosas o frecuentes reservas a las convenciones multilaterales de interés internacional, ya que impiden el afianzamiento de reglas consecuentes y de aplicación general.

[.] En segundo lugar, y por otra parte, es conveniente que las convenciones multilaterales se apliquen tan ampliamente como sea posible. Por el hecho mismo de ser multilaterales, puede presumirse que las materias a que se refieren son de interés internacional, es decir, que no sólo son susceptibles de ser reguladas internacionalmente, sino que también, respecto de ellas, es conveniente reformar o modificar el derecho existente. Si realmente han de ser eficaces, las convenciones multilaterales deben tener vigencia y aceptación general tan amplias como sea posible. Puede considerarse como ejemplo al respecto la Convención de la Cruz Roja, de 1949, firmada por unos 60 Estados. Es claramente conveniente que tales convenciones obtengan el mayor número posible de ratificaciones<sup>15</sup>.

17. El Relator Especial llegaba a la conclusión de que la mejor solución consistiría en incluir disposiciones explícitas adaptadas a los diversos tipos de tratados, de las que daba ejemplos en el anexo E de su informe<sup>13</sup>. Por lo demás, consideraba necesario prever la hipótesis en que los Estados no aceptasen esa recomendación y dar directrices al depositario para el caso en que el tratado no contuviera ningún precepto sobre este extremo; sin embargo, tras comprobar que la doctrina distaba mucho de ser unánime y que la práctica no era nada homogénea<sup>16</sup>, consideraba que convenía esperar, para ultimar las formulaciones, a que la CIJ emitiera la opinión consultiva que le había pedido la Asamblea General.

18. La Corte emitió su opinión el 28 de mayo de 1951<sup>10</sup> y las deliberaciones de la Comisión versaron ampliamente sobre ella; el Sr. Scelle la criticó duramente en su memorando<sup>14</sup> que recogió escaso apoyo entre los demás miembros de la Comisión durante los debates.

19. En su informe sobre la labor de su tercer período de sesiones, la Comisión indicó lo siguiente:

el criterio de la compatibilidad de una reserva con el objeto y propósito de una convención multilateral, aplicado por la Corte Internacional de Justicia a la Convención sobre el Genocidio, no es adecuado como criterio general aplicable a las convenciones multilaterales. Implica una clasificación de las disposiciones de una convención en dos cate-

<sup>10</sup> *CIJ Recueil 1951*, pág. 15.

<sup>11</sup> Texto original inglés publicado en *Yearbook 1950*, vol. II, págs. 238 a 242, doc. A/CN.4/23, en particular pág. 240.

<sup>12</sup> Texto original inglés publicado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento N° 12 (A/1316)*, pág. 21, párr. 164.

<sup>13</sup> Texto original inglés publicado en *Yearbook 1951*, vol. II, pág. 1, doc. A/CN.4/41. Ese informe tenía cinco anexos (A. Resumen de los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General, B. Opiniones de especialistas en derecho internacional, C. Ejemplos de cláusulas de convenciones relativas a las reservas, D. La práctica en materia de reservas, E. Proyectos de artículos relativos a las reservas).

<sup>14</sup> *Ibid.*, respectivamente págs. 17 y 23, docs. A/CN.4/L.9 y A/CN.4/L.14.

<sup>15</sup> *Ibid.*, págs. 3 y 4, doc. A/CN.4/41, párrs. 11 y 12.

<sup>16</sup> *Ibid.*, págs. 2 a 4, párrs. 8 a 11.

gorías las que forman parte de su objeto y propósito, y las demás. Parece razonable suponer que, por lo menos normalmente, las partes consideran las disposiciones de una convención como un todo integral y que puede entenderse que una reserva a una de ellas menoscaba el objeto y el propósito de aquélla<sup>17</sup>.

Asimismo, declaró que se

[ ] ha dado cuenta cabal de la complejidad del trabajo que el Secretario General tendría que realizar si los Estados que formulan reservas a una convención multilateral pudiesen llegar a ser partes en ella a pesar de las objeciones de algunas de las Partes a sus reservas<sup>18</sup>

20. Si bien señaló «que las convenciones multilaterales son de un carácter y un objeto tan diversos que cuando los Estados negociadores no han incluido en el texto de una convención nada relativo a la admisibilidad o a cualquier otro aspecto de las reservas, ninguna regla única de aplicación uniforme puede ser enteramente satisfactoria»<sup>19</sup>, la Comisión sugirió que

a falta de estipulaciones en contrario en una convención multilateral y a falta de un procedimiento orgánico aplicable, se adoptara con respecto a las reservas a las convenciones multilaterales, especialmente a aquellas de las cuales era depositario el Secretario General de las Naciones Unidas, la siguiente práctica

1) Al recibir cada reserva, el depositario de una convención multilateral deberá comunicarla a todos los Estados que sean Partes en la Convención o que tengan derecho a llegar a serlo

2) Al comunicar una reserva a un Estado que tenga derecho a oponerse a ella, el depositario de una convención multilateral deberá pedir al propio tiempo a ese Estado que exprese, dentro de un plazo especificado, su actitud respecto de la reserva, tal plazo podrá ser ampliado si así se juzgara necesario. Se considerará que el Estado que no da a conocer al depositario su actitud respecto de la reserva dentro del plazo especificado o ampliado, o que firma, ratifica o acepta de otro modo la convención, dentro de ese plazo, sin expresar ninguna objeción a la reserva, ha dado su consentimiento a la reserva

3) El depositario de una convención multilateral deberá comunicar a todos los Estados que sean Partes en ella misma o que tengan derecho a llegar a serlo todas las respuestas recibidas a sus comunicaciones relativas a cualquier reserva a la convención.

4) Si una convención multilateral ha de entrar en vigor como consecuencia de la simple firma, sin necesidad de ningún otro requisito, el Estado que presente una reserva en el momento de la firma sólo podrá llegar a ser parte en la convención si ninguno de los Estados que han firmado anteriormente la convención formula objeciones, si la convención está abierta a la firma durante un plazo limitado y fijo, únicamente si ninguno de los Estados que lleguen a ser signatarios durante ese período formula objeciones.

5) Si para que entre en vigor una convención multilateral se requiere la ratificación o la aceptación en alguna otra forma después de la firma

a) La reserva hecha por un Estado en el momento de la firma no surtirá efecto, a menos que sea repetida o incorporada por referencia en la ulterior ratificación o aceptación de ese Estado.

b) El Estado que presente una ratificación o aceptación con una reserva sólo podrá llegar a ser parte en la convención si no formula objeción ninguna de que los Estados que, en el momento de presen-

tarse la ratificación o la aceptación, hayan firmado, ratificado o aceptado en otra forma la convención, si la convención está abierta a la firma durante un plazo limitado y fijo, sólo podrá llegar a ser parte en la convención si tampoco formulan objeciones los Estados que firmen o ratifiquen o acepten en cualquier otra forma la convención después de presentarse la ratificación o aceptación con reserva, pero antes de la expiración de ese período, entendiéndose, sin embargo, que si formula objeciones un Estado que no haya hecho sino firmar la convención, tales objeciones dejarán de tener el efecto de impedir al Estado que formule la reserva llegar a ser parte, si dentro de un período de 12 meses a contar desde la fecha en que se hizo la objeción, el Estado que formulara ésta no hubiere ratificado o aceptado en otra forma la convención<sup>20</sup>.

21. Tras largas deliberaciones, la Sexta Comisión de la Asamblea General aprobó, por escasa mayoría, el texto que pasaría a ser la resolución 598 (VI), de 12 de enero de 1952<sup>21</sup>. Con arreglo al párrafo 3 de la resolución, la Asamblea General:

Pide al Secretario General que

a) En lo que concierne a las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, se atenga a la opinión consultiva de la Corte [Internacional de Justicia], de fecha 28 de mayo de 1951,

b) Respecto a las convenciones que en el porvenir se concluyan bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de las cuales sea depositario

1) Continúe ejerciendo, cuando se depositen documentos que contengan reservas u objeciones, sus funciones de depositario, sin pronunciarse sobre los efectos jurídicos de esos documentos, y

ii) Comunique a todos los Estados interesados el texto de tales documentos concernientes a reservas u objeciones, dejando que cada Estado deduzca las consecuencias jurídicas de esas comunicaciones.

22. Esta «no decisión», que fue muy mal recibida por la doctrina<sup>22</sup>, no por ello dejó de constituir la pauta que el Secretario General siguió en su práctica como depositario<sup>23</sup> hasta 1959, año en que volvió a plantearse el problema respecto de la declaración que hizo la India en ocasión del depósito de su instrumento de adhesión a la Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental<sup>24</sup>. Una vez más, las delibe-

<sup>20</sup> *Ibid.*, párr. 34

<sup>21</sup> Aprobada por 23 votos contra 18 y 7 abstenciones. Los debates figuran en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexto período de sesiones, Sexta Comisión, sesiones 274.ª a 278.ª e *ibid.*, Anexos, tema 49 del programa, págs. 9 a 12, doc. A/2047.*

<sup>22</sup> Véase en particular Fenwick, «When is a Treaty not a Treaty?», en especial pág. 296 «No puede decirse que la decisión tomada el 12 de enero por la Asamblea General de las Naciones Unidas en lo que respecta a la cuestión de las reservas a los tratados multilaterales haya aclarado mucho la situación. Antes bien, parece haber aumentado la confusión y nos deja en presencia de una norma que no es una norma en absoluto.»

<sup>23</sup> Véase el «Précis de la pratique du Secrétaire général dépositaire d'accords multilatéraux» (ST/LEG/7), en particular pág. 37, párr. 80

<sup>24</sup> Sobre este problema véanse, en particular, el informe del Secretario General presentado en el decimocuarto período de sesiones de la Asamblea General (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimocuarto período de sesiones, Anexos, págs. 2 y ss., doc. A/4235*), las actas de los debates de la Sexta Comisión en el decimocuarto período de sesiones de la Asamblea (*ibid.*, *decimocuarto período de sesiones, Sexta Comisión, sesiones 614.ª a 629.ª*), así como el informe del Secretario General presentado de conformidad con la resolución 1452 B (XIV) de la Asamblea General (doc. A/5687). Véase también

<sup>17</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexto período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/1858)*, pág. 7, párr. 24. De manera general, cabe señalar que la posición mayoritaria en la Comisión de Derecho Internacional en aquel entonces se acercaba mucho a la expresada en la opinión disidente común de los magistrados Guerrero, sir Arnold McNair, Sr. Read y Sr. Hsu Mo, adjunta a la opinión consultiva de la CIJ de 28 de mayo de 1951 (*CIJ Recueil 1951*, págs. 31 a 48).

<sup>18</sup> *Documentos Oficiales (ibid.)*, párr. 25.

<sup>19</sup> *Ibid.*, párr. 28.

raciones no fueron muy concluyentes y su única consecuencia concreta consistió en invitar al Secretario General, en la resolución 1452 B (XIV) de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 1959, a que aplicara el apartado b del párrafo 3 de la citada resolución 598 (VI) a todas las convenciones de las que es depositario que no contengan disposiciones en contrario, aun las celebradas antes de 1952.

b) *Los informes de sir Hersch Lauterpacht (1953-1954)*

23. La postura adoptada por la Comisión en 1951 iba a influir considerablemente en sus trabajos respecto de las reservas a los tratados durante los años siguientes.

24. En su primer informe sobre el derecho de los tratados (1953), sir Hersch Lauterpacht, que sucedió al Sr. Brierly como Relator Especial, abordó de nuevo el problema de las reservas. Procedió de manera bastante poco usual proponiendo un proyecto de artículo *de lege lata*, pero combinándolo con cuatro variantes posibles *de lege ferenda*, lo cual induce a pensar que el eminente Relator Especial consideraba que las normas vigentes no eran satisfactorias y esperaba modificarlas convenciendo a la Comisión de que hiciera obra de desarrollo progresivo del derecho internacional<sup>25</sup>.

25. En el proyecto de artículo 9 se sentaba muy claramente el principio de la unanimidad:

Son nulos la firma, la ratificación, la adhesión o cualquier otro medio de aceptación de un tratado multilateral, si van acompañados de una o más reservas no aceptadas por todas las demás Partes en el tratado<sup>26</sup>.

El Relator Especial precisaba que

[...] el artículo 9, en la forma en que aquí está redactado, sigue probablemente representando el derecho vigente.

[...]

No obstante, aunque no ha ocurrido nada decisivo que permita prescindir del principio del consentimiento unánime como regla de derecho internacional en vigor, la Comisión, por las razones que se exponen en el comentario que va a continuación, no es ya de opinión de que ese principio constituya una norma aceptable ni de que pueda –o deba– mantenerse<sup>27</sup>.

26. Por ello, las cuatro propuestas de variantes servían para atenuar la rigidez del principio. El Relator Especial presentaba de la manera siguiente las «consideraciones principales en que se basan los proyectos alternativos»:

A. Es conveniente reconocer el derecho de los Estados a formular reservas a un tratado y a ser al mismo tiempo partes en él con la condición de que la naturaleza de dichas reservas no provoque la oposición de un número considerable de los Estados que hayan aceptado en definitiva las obligaciones del tratado;

B. No es posible ni compatible con los principios reconocer a ningún Estado un derecho ilimitado a llegar a ser parte en un tratado al cual formule reservas generales, arbitrarias o destructivas del propósito razonablemente concebido del tratado y de los intereses y esperanzas legítimas de las demás partes;

C. La aceptación unánime de las reservas por todas las partes en un tratado como condición para que participe en él un Estado que haya formulado reservas es contraria a las exigencias y a la flexibilidad de las relaciones internacionales<sup>28</sup>.

27. No es necesario presentar detalladamente cada una de esas variantes, algunas de las cuales proponían soluciones audaces<sup>29</sup>. Como señaló Ruda, «la característica principal de esas variantes era que se presentaban como propuestas nuevas, como una transacción entre la norma de unanimidad y el principio del derecho soberano a formular reservas. Tenían la flexibilidad de las reglas panamericanas, pero ofrecían más garantías contra el recurso abusivo a las reservas [...] El peso de la nueva realidad de la vida internacional y la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia habían empezado a quebrantar la base de una norma de derecho internacional bien establecida»<sup>30</sup>.

28. Con una muy ligera diferencia de redacción, en lo que se refiere al proyecto de artículo *de lege lata*, el Relator Especial reiteró en 1954 sus propuestas del año anterior<sup>31</sup>. En su segundo informe sobre el derecho de los tratados abogaba decididamente por el desarrollo progresivo de las normas existentes y observaba con no poca ironía:

Es digno de señalar que la Corte Internacional de Justicia, cuya función es aplicar el derecho vigente, en su opinión consultiva sobre *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, se dedicó principalmente al desarrollo del derecho en esta esfera, estableciendo el nuevo principio de la compatibilidad de las reservas con el objeto del tratado, en tanto que la Comisión de Derecho Internacional, cuya misión es tanto codificar como desarrollar el derecho internacional, se ha limitado prácticamente a exponer el derecho en vigor<sup>32</sup>.

29. Por otra parte, el Relator Especial ponía de relieve las deliberaciones en curso acerca de las reservas al futuro pacto internacional de derechos humanos y, en particular, acerca de la propuesta británica que se inspiraba muy de cerca en las reflexiones de sir Gerald Fitzmaurice –el cual sucedería el año siguiente al Sr. Lauterpacht a raíz de la elección de éste como magistrado de la CIJ–, expuestas en un artículo publicado en 1953<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> *Ibid.*, pág. 125.

<sup>29</sup> Por ejemplo, la que consistía en confiar a la sala de procedimiento sumario de la CIJ la decisión sobre la admisibilidad de una reserva (variante D) (*ibid.*, pág. 134).

<sup>30</sup> Ruda, «Reservations to treaties», pág. 158.

<sup>31</sup> Véase el texto original inglés del informe en *Yearbook... 1954*, vol. II, págs. 131 a 133, doc. A/CN.4/87. El Relator Especial proponía que se antepusiera al proyecto de artículo 9 (párr. 25 *supra*) la expresión: «A menos que el tratado disponga otra cosa».

<sup>32</sup> *Ibid.*, pág. 131, párr. 3.

<sup>33</sup> Fitzmaurice, «Reservations to multilateral conventions».

Schachter, «The question of treaty reservations at the 1959 General Assembly».

<sup>25</sup> Véase el texto original inglés del informe en *Yearbook... 1953*, vol. II, págs. 91 y 123 a 136, doc. A/CN.4/63. Cabe señalar que, como la Comisión no se pronunció sobre el informe, este sólo refleja las opiniones del Relator Especial.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pág. 91.

<sup>27</sup> *Ibid.*, págs. 123 y 124.

c) *El primer informe de sir Gerald Fitzmaurice (1956)*

30. Como la Comisión, por falta de tiempo, no había podido examinar los informes de sir Hersch Lauterpacht, el nuevo Relator Especial, sir Gerald Fitzmaurice, abordó nuevamente, en su primer informe sobre el derecho de los tratados, redactado en 1956, la cuestión de las reservas, a la que se referían los artículos 37 a 40 del código cuya aprobación proponía<sup>34</sup>.

31. Las propuestas del Relator Especial, que se inspiran estrechamente en el artículo antes citado (párr. 29 *supra*), al que se refería expresamente, no se apartan mucho, en su espíritu general, de las de su antecesor. Como éste, partía del principio de la unanimidad que aplicaba estrictamente a los tratados bilaterales y «plurilaterales»<sup>35</sup>, pero cuya rigidez trataba asimismo de atenuar, si bien, al mismo tiempo, se mostraba bastante tímido a este respecto, puesto que el sistema que proponía descansaba en una base totalmente consensual: si no hay ninguna disposición al respecto en el tratado, la reserva sólo surte efecto en los casos siguientes:

a) si la intención de formularla se ha mencionado de manera expresa durante la negociación del tratado y no ha suscitado ninguna objeción; o

b) si los Estados interesados<sup>36</sup>, a los que debe comunicarse la reserva, no han formulado ninguna reserva; pero

Si una reserva suscita alguna objeción [...], el Estado que formula la reserva [...] no podrá llegar a ser parte en el tratado [...] a menos que retire la reserva<sup>37</sup>.

32. Además, el Relator Especial se esforzó por definir con rigor la noción de reserva:

Sólo las reservas que implican apartarse, en una u otra forma, de las disposiciones de fondo del tratado deben considerarse en rigor como reservas, y en el presente Código el término reserva deberá entenderse limitado en ese sentido<sup>38</sup>.

33. Las disposiciones referentes a las reservas propuestas en el primer informe del Relator Especial no fueron examinadas por la Comisión, y el Relator Especial tampoco tuvo ocasión de insistir en ellas antes de su elección como magistrado de la CIJ en 1961.

## 2. LA LABOR DE LA COMISIÓN DE 1962 A 1965

34. El primer informe de sir Gerald Fitzmaurice constituye el canto del cisne del principio de la unanimidad,

que fue desechado por la Comisión después de los informes de su sucesor como Relator Especial, sir Humphrey Waldock.

a) *Examen del primer informe de sir Humphrey Waldock (1962)*

35. El primer informe de sir Humphrey Waldock trata de la celebración, la entrada en vigor y el registro de los tratados y contiene exposiciones muy pormenorizadas dedicadas a los comentarios de tres proyectos de artículos relativos a las reservas<sup>39</sup>. Además, en el párrafo 1 del proyecto de artículo 1 el Relator Especial proponía una definición de la palabra «reserva» que caracterizaba —en contraposición a una «declaración explicativa o la declaración de intenciones o de la interpretación»— por el hecho de que «variará los efectos jurídicos del tratado en su aplicación entre [el Estado que hace la reserva] y la otra parte o las otras partes en el tratado».

36. Basándose en la distinción, que ya hiciera sir Gerald Fitzmaurice<sup>40</sup>, entre tratados bilaterales y plurilaterales<sup>41</sup>, por una parte, y los tratados multilaterales, por otra, el Relator Especial se concentra en las reservas a esta última categoría de instrumentos y se muestra firmemente partidario de un sistema «flexible», aduciendo, en particular, los argumentos siguientes<sup>39</sup>:

a) Las propuestas formuladas en 1951 por la Comisión, que se apartaban de la opinión de la CIJ emitida el mismo año<sup>10</sup>, no habían recibido en la Asamblea General el apoyo de la mayoría de los Estados;

b) La propia comunidad internacional ha sido objeto de una rápida expansión desde 1951, de suerte que el número mismo de participantes potenciales en los tratados multilaterales parece ahora hacer menos apropiado y menos practicable el principio de la unanimidad;

c) Desde la aprobación de la resolución 598 (VI) de la Asamblea General (véase párr. 21 *supra*), el sistema que se ha aplicado *de facto* para todos los tratados multilaterales de los que es depositario el Secretario General se ha aproximado al sistema «flexible» preconizado por el más nutrido de los dos grupos principales de Estados que se pronunciaron en la Asamblea General en 1951;

d) Los intereses esenciales de cada Estado quedan salvaguardados por un sistema flexible puesto que el Estado que se opone a la reserva, al formular su objeción, puede impedir que el tratado entre en vigor entre él mismo y el Estado que formula la reserva en virtud de la disposición a que se refiere dicha reserva;

<sup>34</sup> *Anuario... 1956*, vol. II, págs. 114, 115 y 126 a 128, doc. A/CN.4/101.

<sup>35</sup> Artículo 38 (*ibid.*, págs. 115 y 127). El Relator Especial definía tratados plurilaterales como los «concertados entre un número limitado de Estados para fines que interesan particularmente a dichos Estados».

<sup>36</sup> Esta noción era objeto de disquisiciones bastante complicadas.

<sup>37</sup> Artículo 39, párr. 3 (nota 34 *supra*), págs. 115 y 127.

<sup>38</sup> Artículo 37, párr. 1 (*ibid.*, pág. 114); véase también el artículo 13, inc. 1 (*ibid.*, pág. 109).

<sup>39</sup> Véanse el proyecto de artículos y los comentarios presentados por el Relator Especial (*Anuario... 1962*, vol. II, págs. 35 a 84, doc. A/CN.4/144), en particular los artículos 17 (Poder para formular y retirar reservas), 18 (El consentimiento a las reservas y sus efectos) y 19 (La objeción a las reservas y sus efectos); véase asimismo la «Reseña histórica de la cuestión de las reservas a las convenciones multilaterales» (*ibid.*, apéndice, págs. 84 a 93).

<sup>40</sup> Véase párr. 31 *supra* y nota 35.

<sup>41</sup> Que, según el Relator Especial, no plantean problemas particulares: las reservas a estas categorías de acuerdos deben ser aceptadas, en principio, por la otra parte o las otras partes.

e) Tal sistema no debería tener sino escasa influencia en la elaboración de tratados multilaterales cuyo texto, de todos modos, debe ser aprobado por mayoría de dos tercios de los Estados que participan en la negociación;

f) La integridad del tratado sólo quedaría afectada de modo considerable si formularan una reserva de carácter un tanto sustancial cierto número de Estados, si quiera sea en razón de la posibilidad de que los demás Estados amenacen con formular objeciones;

g) Por lo demás, tal vez una regla encaminada a facilitar la aceptación más amplia posible del acuerdo mayor o menor que pueda lograrse y expresarse en un tratado multilateral sea la más indicada para las necesidades inmediatas de la comunidad internacional.

37. Partiendo de esas premisas, el Relator Especial proponía un sistema que se diferenciaba, en muchos de sus puntos, de los ideados por sus antecesores.

38. Se basaba en el principio de que, siempre que ello no esté prohibido por el propio tratado, explícita o implícitamente, «en el momento de firmar, ratificar o aceptar un tratado, o de adherirse a él, el Estado está en libertad de formular<sup>42</sup> una reserva [...]»<sup>43</sup>, pero debe «tener en cuenta la compatibilidad de la reserva con el objeto y propósito del tratado»<sup>44</sup>.

39. El Relator Especial se refería así, por primera vez ante la Comisión, al criterio adoptado por la CIJ en 1951 y rechazado por la CDI en el mismo año. No obstante, aunque opinaba también «que el principio de la Corte tiene un valor como concepto general», el Relator Especial expresaba dudas respecto de esta noción eminentemente subjetiva y se negaba a usarla «como criterio para determinar la situación de Estado reservante en cuanto parte en un tratado en combinación con el criterio objetivo de la aceptación o rechazo de la reserva por otros Estados»<sup>45</sup>. En consecuencia en el proyecto de artículo 18 se disponía lo siguiente:

1. Como su objeto declarado es modificar las estipulaciones del tratado tal como ha sido adoptado, la reserva sólo surtirá efectos frente al Estado que ha dado, o se presume que ha dado, su consentimiento a ella [...]<sup>46</sup>,

En el apartado *b* de su párrafo 3 el mismo artículo precisaba que esta presunción puede deducirse del silencio observado durante 12 meses por los Estados partes en el tratado o con derecho a ser partes.

40. Ahora bien, la principal originalidad del proyecto de sir Humphrey Waldock no tenía que ver con esta presunción<sup>46</sup>. Guardaba relación, más bien, con los efectos de la aceptación, expresa o tácita, de una reserva, ya que, según el inciso ii) del apartado *b* del párrafo 4 del proyecto de artículo 18,

El consentimiento expreso o implícito de cualquier otro Estado que sea parte efectiva o presunta en un tratado multilateral bastará para establecer, entre tal Estado y el Estado que hace la reserva, la admisibilidad de una reserva no expresamente autorizada por el tratado y constituirá inmediatamente al Estado autor de la reserva en parte en el tratado con respecto a ese Estado<sup>47</sup>.

41. A la inversa, si bien, cuando se hace una objeción a una reserva en el caso de un tratado bilateral, «el tratado no se realiza» y queda excluida la participación del Estado que formula la reserva a dicho tratado bilateral, según el apartado *c* del párrafo 4 del proyecto de artículo 19<sup>48</sup>:

en el caso de un tratado multilateral, la objeción impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que oponga la objeción y el Estado autor de la reserva, pero no impedirá su entrada en vigor entre éste y todo otro Estado que no oponga objeción a la reserva.

42. A pesar de que los debates de la Comisión evidenciaron las profundas divergencias que existían entre sus miembros, la mayoría llegó a la conclusión de que:

en el caso de tratados multilaterales generales, los razonamientos en favor de un procedimiento flexible, que deje al arbitrio de cada Estado el decidir sobre la aceptación de la reserva y el considerar al Estado que la formula como parte en el tratado en cuanto a las relaciones entre los dos Estados, son de más peso que los aducidos en favor de conservar el procedimiento «colegiado», según el cual el Estado que formula una reserva puede ser parte en el tratado si la reserva es aceptada por una determinada proporción de los demás Estados interesados<sup>48</sup>.

43. No obstante, en cuanto a los detalles, las propuestas del Relator Especial quedaron modificadas de manera importante por la Comisión:

a) Se prescindía de la distinción entre tratados «plurilaterales» –tratados multilaterales que no tienen carácter general– y tratados multilaterales generales. Por consiguiente, las normas propuestas por la Comisión «se aplican a todos los tratados multilaterales, excepto a los celebrados entre unos pocos Estados, para los cuales se conserva la norma de la unanimidad»<sup>48</sup>;

b) Los proyectos de artículo aprobados por la Comisión<sup>49</sup> ya no se referían a las reservas a los tratados bilaterales, las cuales «no plantean problema alguno porque equivalen a una nueva propuesta que hace que se

<sup>42</sup> El Relator Especial señalaba con razón que decir que un Estado «puede “hacer” una reserva [...] es implícitamente equivoco, pues precisamente la cuestión que se plantea es la de si una reserva formulada por un Estado puede considerarse como “hecha” efectivamente mientras no haya recibido el asentimiento de los demás Estados interesados» (art. 19 del proyecto de artículos [nota 39 *supra*], pág. 71, comentario, párr. 1).

<sup>43</sup> Artículo 17 del proyecto de artículos, párr. 1, inc. *a* (nota 39 *supra*), pág. 69.

<sup>44</sup> *Ibid.*, párr. 2, inc. *a* (pág. 69).

<sup>45</sup> *Ibid.*, pág. 75, comentario, párr. 10.

<sup>46</sup> Los dos Relatores Especiales anteriores habían propuesto plazos más cortos, de tres meses.

<sup>47</sup> Esta regla sólo debía aplicarse a falta de normas en sentido contrario previstas en el propio tratado y, respecto de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, a reserva del consentimiento del órgano competente.

<sup>48</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 207, doc. A/5209, párr. 23, proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, arts. 18 a 20, comentario, párr. 14.

<sup>49</sup> El texto del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, en su forma aprobada por la Comisión, figura en *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 195 a 205, doc. A/6309/Rev.1.

reanuden las negociaciones entre los dos Estados acerca de las estipulaciones del tratado»<sup>50</sup>;

c) Se introdujeron leves modificaciones de forma, en general en el sentido de una simplificación, en los proyectos de artículo propuestos por el Relator Especial;

d) Dichos artículos propuestos, que eran tres, pasaron a ser cinco, dedicados, respectivamente, a la formulación de reservas (art. 18), la aceptación de reservas y objeción a las reservas (art. 19), el efecto de las reservas (art. 20), la aplicación de las reservas (art. 21) y la retirada de reservas (art. 22)<sup>51</sup>.

44. Sin embargo, la variación principal introducida por la Comisión en el sistema propuesto por el Relator Especial estriba en el vínculo, establecido en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 20, entre el principio de la compatibilidad entre el objeto y finalidad del tratado —compatibilidad que cobra así el rango de verdadero «criterio» (véase párr. 39 *supra*)— y el efecto de las objeciones a las reservas, ya que

Toda objeción hecha a una reserva por un Estado que la considere incompatible con el objeto y finalidad del tratado impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que hubiere formulado la reserva y el que hubiere formulado la objeción, salvo que este último hubiere manifestado la intención contraria<sup>50</sup>.

45. El sistema puramente consensual adoptado por el Relator Especial quedó, pues, modificado por la inclusión de un criterio eminentemente subjetivo sin que se definiese de manera clara la función respectiva de uno y otro y a pesar de que la propia Comisión, en su comentario dedicado al artículo 20, reconocía lo siguiente:

El criterio de la «compatibilidad con el objeto y finalidad del tratado» [...] es hasta cierto punto una cuestión de apreciación subjetiva y [...]

Esto envuelve necesariamente la posibilidad de que se den interpretaciones divergentes de la compatibilidad de una reserva con el objeto y la finalidad de un tratado<sup>52</sup>.

Esta ambigüedad, que nunca se despejó del todo, dio origen posteriormente a muchas discusiones y suscitó cierto número de dificultades, pero sin duda permitió la adopción del sistema y quizá constituya la explicación de su relativo éxito.

46. Pese a esta ambigüedad —o quizá gracias a ella— el proyecto de la Comisión fue acogido favorablemente durante las deliberaciones de la Asamblea General<sup>53</sup>. Al amparo de esta aprobación por una amplia mayoría, el sistema «flexible» desplazó en adelante al sistema «tradicional»; ya no iba a ser puesto en tela de juicio.

<sup>50</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 203, doc. A/5209, párr. 23, proyecto de artículos, arts. 18 a 20, comentario, párr. 1.

<sup>51</sup> Los artículos 18 a 20 figuran en *ibid.*, pág. 202; los artículos 21 y 22, en *ibid.*, págs. 209 y 210.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pág. 209, comentario al artículo 20, párr. 22.

<sup>53</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimo-séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, sesiones 736.<sup>a</sup> a 744.<sup>a</sup>, e *ibid.*, *Anexos*, tema 76 del programa, doc. A/5287, pág. 14, párr. 24.

b) *Aprobación del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (1965-1966)*

47. En 1965, sir Humphrey Waldock presentó a la Comisión su cuarto informe sobre el derecho de los tratados<sup>54</sup>, en el cual proponía que se revisara el proyecto de artículos, habida cuenta de las observaciones de los gobiernos. Además de este informe, la Comisión disponía también de los documentos siguientes: «Resoluciones de la Asamblea General que son de interés para el derecho de los tratados: Memoria preparada por la Secretaría»<sup>55</sup>, y «Práctica seguida por los depositarios en relación con las reservas: informe del Secretario General»<sup>56</sup>.

48. El cuarto informe del Relator Especial se refería, entre otras cosas, a las disposiciones relativas a las reservas<sup>57</sup>, disposiciones que proponía modificar en el sentido indicado por ciertos Estados.

49. El Relator Especial se mostraba dispuesto a atender a una crítica del Gobierno de Dinamarca<sup>58</sup> referente a la estructura general de los artículos del proyecto relativos a las reservas, estructura que se consideraba inútilmente complicada y que podía dar lugar a confusiones, en particular porque podía dar a pensar que el procedimiento de aprobación tácita de las reservas (véase párr. 39 *supra*) era aplicable a las reservas prohibidas por el tratado. Por consiguiente, se modificaron el título y el contenido de los tres primeros artículos (véase párr. 43 *supra*) a fin de establecer una distinción clara entre el caso de los «tratados que permiten o prohíben la formulación de reservas» (art. 18) y el de los «que no contienen disposiciones sobre las reservas» (art. 19), dedicando el artículo 20 al «procedimiento relativo a las reservas», sin cambiar los títulos de los artículos 21 (Aplicación de las reservas) y 22 (Retirada de las reservas).

50. Es indudable que, en conjunto, los gobiernos han aprobado, aunque con matices, el sistema «flexible» adoptado por la Comisión en 1962, y el Relator Especial podía con razón pensar que,

en las observaciones de los gobiernos, consideradas en su conjunto, aun cuando se critican ciertos aspectos de las propuestas de la Comisión, se apoya la decisión adoptada por la Comisión de tratar de hallar una solución al problema de las reservas hechas a los tratados multilaterales sobre la base del sistema flexible seguido en los actuales textos de los artículos 18 a 20<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 1, doc. A/CN.4/177 y Add.1 y 2.

<sup>55</sup> Véase *Anuario... 1963*, vol. II, págs. 21 a 31, doc. A/CN.4/154, párrs. 106 a 124.

<sup>56</sup> *Anuario... 1965*, vol. II, págs. 78 y ss., doc. A/5687. Véanse en especial págs. 110 a 114, anexos I (Cuestionario anexo a la carta del Secretario General de 25 de julio de 1962 relativa a la práctica seguida por los depositarios en relación con las reservas [resolución 1452 B (XIV) de la Asamblea General], II (Ejemplos de cláusulas de reservas que aparecen en convenciones concluidas con los auspicios de las Naciones Unidas) y III (Resoluciones de la Asamblea General en las que se fija la práctica que ha de seguir el Secretario General con respecto a las reservas).

<sup>57</sup> *Anuario... 1965*, vol. II, doc. A/CN.4/177 y Add.1 y 2, pág. 14 (art. 1, párr. 1, apdo. f) y 46 a 59 (arts.18 a 22).

<sup>58</sup> *Ibid.*, págs. 47 y 48, y 52 y ss.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pág. 51.

51. No por ello deja de ser patente que los gobiernos se mostraron perplejos en cuanto a la función exacta del criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y finalidad del tratado en el mecanismo globalmente consensual adoptado por la Comisión (véase párr. 45 *supra*). Sus observaciones, con todo, se basan en consideraciones sumamente diferentes, que los llevaron a conclusiones muchas veces contrapuestas:

a) Según algunos, este criterio puede llevar a restringir de manera abusiva el derecho a formular reservas<sup>60</sup>;

b) Para otros, es demasiado vago<sup>61</sup> o inútil<sup>62</sup>;

c) Para otros aun, debería más bien reforzarse y, de ser posible, «objetivizarse»<sup>63</sup>.

52. Frente a esas divergencias, el Relator Especial mantuvo firmemente el principio adoptado por la Comisión, argumentando, por una parte, que una reserva incompatible con el objeto y finalidad del tratado sería contraria al principio de la buena fe y, por otra, que parecía improbable que este criterio ejerciera una influencia considerable induciendo a los Estados a no participar en los tratados multilaterales<sup>64</sup>. En consecuencia, propuso una nueva redacción para el párrafo 1 del proyecto de artículo 19, la cual se limitaba a reafirmar de manera positiva el principio enunciado en 1962:

Cuando un tratado no contuviere disposición alguna acerca de las reservas, podrá proponerse toda reserva que sea compatible con el objeto y la finalidad del tratado [...]<sup>65</sup>.

Sin embargo, esta limitación explícita del derecho de formular reservas no se menciona expresamente en el párrafo 4 del proyecto de artículo 19, que se refiere al efecto de la aceptación o de la objeción, lo cual, según el Relator Especial, significa que las reservas «incompatibles» están prohibidas, mientras que las reservas «compatibles» pueden dar lugar a la formulación de objeciones<sup>66</sup>.

53. El párrafo 4 del nuevo proyecto de artículo propuesto por el Relator Especial decía así:

[...]

a) La aceptación de una reserva por una de las partes constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con la parte que la hubiere aceptado;

b) La objeción hecha a una reserva por una de las partes impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que hubiere hecho la objeción y el Estado autor de la reserva<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> *Ibid.*, pág. 48 (Polonia).

<sup>61</sup> *Ibid.*, pág. 47 (Dinamarca).

<sup>62</sup> *Ibid.*, pág. 49 (Argentina).

<sup>63</sup> *Ibid.*, págs. 47 a 50 (Canadá, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Estados Unidos de América).

<sup>64</sup> *Ibid.*, pág. 53.

<sup>65</sup> *Ibid.*, pág. 52.

<sup>66</sup> Esto se desprende, en particular, del párrafo 10 del comentario al artículo 19 (*ibid.*, pág. 54), cuyo significado, sin embargo, no está claro ni fue aclarado en las deliberaciones.

54. En cuanto al resto de los artículos, los cambios propuestos por el Relator Especial eran bastante leves, a saber:

a) Se exigía la aceptación unánime de las partes «cuando de la naturaleza del tratado, del reducido número de sus partes o de las circunstancias de su celebración se dedujere que la aplicación de sus disposiciones entre todas las partes se ha de considerar condición esencial del tratado»<sup>67</sup>;

b) La obligación de hacer, en su caso, objeciones a una reserva en un plazo de 12 meses se circunscribía a los Estados partes únicamente<sup>68</sup>;

c) Se introdujeron varias simplificaciones de procedimiento o de redacción.

55. En cambio, el Relator Especial desestimó la sugerencia del Gobierno del Japón<sup>69</sup> y del Gobierno del Reino Unido<sup>70</sup> que pedían que se incluyera una disposición por la que se enunciara claramente la distinción que existe entre una reserva, por una parte, y una declaración interpretativa, por otra, argumentando que estas declaraciones «no son reservas y se refieren a la interpretación de los tratados y no a la celebración de los mismos»<sup>71</sup>. Aunque algunos miembros habían vuelto a plantear este extremo durante los debates de la Comisión<sup>71</sup>, el Relator Especial mantuvo su posición<sup>72</sup>. Sin embargo, en su comentario al proyecto de artículo 2 definitivo, la Comisión puntualiza que la «declaración» hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar, aprobar un tratado o adherirse a él puede «ser equivalente a una reserva según modifique o no la aplicación de las cláusulas del tratado ya aprobado o la excluya»<sup>73</sup>.

56. Con unas modificaciones finales de redacción introducidas en 1966<sup>74</sup>, el texto definitivo de los artículos referentes a las reservas<sup>75</sup> quedó aprobado de forma provisional en 1965<sup>76</sup>, aunque el comentario definitivo sólo se publicó el año siguiente con la totalidad del proyecto de artículos<sup>77</sup>. La Comisión no reexaminó la economía general del proyecto y no se puso en tela de juicio el

<sup>67</sup> Art. 19, párr. 2 (*ibid.*, pág. 56).

<sup>68</sup> Art. 20, párr. 4 (*ibid.*, pág. 57).

<sup>69</sup> *Ibid.*, pág. 48, y A/CN.4/175 y Add.1 a 4.

<sup>70</sup> *Ibid.*, pág. 48.

<sup>71</sup> Véanse, en particular, las intervenciones de los Sres. Verdross y, Ago, *Anuario... 1965*, vol. I, sesiones 797.<sup>a</sup> y 798.<sup>a</sup>, respectivamente, págs. 158, párrs. 36 y ss., y 168, párrs. 68 y ss.

<sup>72</sup> *Ibid.*, 799.<sup>a</sup> sesión, pág. 172, párrs. 11 y ss.

<sup>73</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 209, doc. A/6309/Rev.1, art. 2 del proyecto de artículos, comentario, párr. 11.

<sup>74</sup> *Ibid.*, vol. I (parte II), sesiones 887.<sup>a</sup> y 892.<sup>a</sup>, respectivamente, pág. 298 y 299, párrs. 64 a 67, y págs. 333 y 334, párrs. 101 a 106.

<sup>75</sup> La numeración de esos artículos se modificó de la siguiente manera: artículo 16 (Formulación de reservas); artículo 17 (Aceptación de las reservas y objeción a las reservas); artículo 18 (Procedimiento relativo a las reservas); artículo 19 (Efectos jurídicos de las reservas); y artículo 20 (Retiro de reservas).

<sup>76</sup> *Anuario... 1965*, vol. I, sesiones 796.<sup>a</sup> a 800.<sup>a</sup>, 813.<sup>a</sup>, 814.<sup>a</sup> y 816.<sup>a</sup>, págs. 149 a 185, 274 a 284 y 294 a 296.

<sup>77</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 209 (nota 73 *supra*) y 222 a 231, doc. A/6309/Rev.1, arts. 16 a 21 del proyecto de artículos.

sistema «flexible», adoptado en 1962. En cambio, tras unos prolongados y difíciles debates, se introdujeron modificaciones importantes en las nuevas propuestas del Relator Especial.

57. Los cambios más notables son los siguientes:

a) El proyecto de artículo 16, ahora limitado a la «formulación de reservas», hace de la compatibilidad con el objeto y la finalidad del tratado una de las condiciones generales a las que está supeditado el derecho de formular una reserva<sup>49</sup>; el mismo principio adoptado por la CIJ en su opinión consultiva de 1951 relativa a las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*<sup>10</sup>. Ahora bien, la ambigüedad que se señala anteriormente (párr. 45 *supra*) dista mucho de quedar despejada puesto que la Comisión, en su comentario, argumenta que

la admisibilidad o no admisibilidad de una reserva según el apartado c [en el que se enuncia la condición de la compatibilidad] es en todo caso materia que depende en gran medida de la apreciación de la aceptabilidad de la reserva por los demás Estados contratantes, y este párrafo tiene por consiguiente que ser considerado en estrecha relación con las disposiciones del artículo 17 relativas a la aceptación de las reservas y a la objeción a las reservas<sup>78</sup>.

b) En el párrafo 2 del proyecto de artículo 17<sup>79</sup> la expresión «número reducido de partes en el tratado\*» se sustituye por «número reducido de Estados negociadores\*»; ya no se trata, pues, de las «circunstancias de la celebración del tratado» y, lo que es más importante, se sustituye la noción de «naturaleza del tratado» por la de su objeto y finalidad.

c) Se introduce un elemento de precisión en el apartado b del párrafo 4 del artículo 17, que dispone:

La objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que ha hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste la intención contraria<sup>80</sup>.

Ello equivalía a admitir la posibilidad de que el Estado que hace la reserva y el Estado que formula la objeción queden obligados por el tratado. De la misma manera, la Comisión admitía que una objeción podía no estar necesariamente motivada por la incompatibilidad de la reserva con el objeto y la finalidad del tratado<sup>81</sup>.

### 3. LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (1968-1969) Y LA CUESTIÓN DE LAS RESERVAS

58. Convocada en cumplimiento de la resolución 2287 (XXII) de la Asamblea General, de 6 de diciembre de

1967, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados celebró sus dos períodos de sesiones en Viena del 26 de marzo al 24 de mayo de 1968 y del 6 de abril al 22 de mayo de 1969. Aunque en definitiva el texto aprobado reproduce en gran parte las propuestas de la Comisión, puede considerarse sin exagerar que la cuestión de las reservas provocó, junto con las de la cláusula «todo Estado» y del *jus cogens*, uno de los principales debates que se sostuvieron entre los Estados participantes y a los que más tiempo dedicó la Conferencia<sup>82</sup>.

59. Aunque durante la Conferencia ciertos Estados expresaron su preferencia no ya por el sistema tradicional, sino por una fiscalización más estricta de las reservas, y hasta propusieron enmiendas en ese sentido, el texto que finalmente se aprobó sanciona el sistema «flexible», cuya flexibilidad incluso acrecienta en algunos puntos importantes. Por ejemplo, la Conferencia aprobó una enmienda propuesta en un principio por Polonia al apartado b del artículo 16<sup>83</sup>, que tenía por objeto autorizar, en su caso, reservas suplementarias al tratado que enumera ciertas reservas implícitas, si dicha enumeración no es limitativa; también se modificó el apartado c en consecuencia; además, y esto es más importante, a raíz de una enmienda propuesta por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas<sup>84</sup>, la presunción enunciada en el apartado b del párrafo 4 del proyecto de artículo 17 (véase también párr. 57, inc. c, *supra*) quedó invertida en el artículo correspondiente de la Convención de Viena de 1969<sup>85</sup>, que hace suyo el principio según el cual la objeción a una reserva no impide que el tratado entre en vigor entre el Estado autor de la reserva y el Estado que hace la

<sup>82</sup> Véanse *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.68.V.7), págs. 118 a 152, sesiones 21.ª a 25.ª de la Comisión Plenaria; *ibid.*, *Segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1969, 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), págs. 1 a 46, sesiones plenarias primera a sexta, págs. 190 y 191, 33.ª sesión plenaria, y págs. 233 y 234, 85.ª sesión de la Comisión Plenaria; e *ibid.*, *Períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.5), informes de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/14 y A/CONF.39/15), págs. 120 a 122, 142 a 152, y 257 y 258. Véanse también las propuestas y enmiendas presentadas a la Conferencia en sesión plenaria, *ibid.* (doc. A/CONF.39/14), págs. 287 a 289, así como la compilación analítica de los comentarios y observaciones hechos en 1966 y 1967 respecto del proyecto definitivo de artículos sobre el derecho de los tratados, preparada por la Secretaría [A/CONF.39/5 (vol. I), págs. 158 a 172].

<sup>83</sup> Que corresponde al apartado b del artículo 16 del proyecto de la Convención de Viena de 1969. Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.5), informes de la Comisión plenaria (A/CONF.39/14), pág. 145.

<sup>84</sup> *Ibid.*, pág. 288, propuestas y enmiendas presentadas en la sesión plenaria de la Conferencia (doc. A/CONF.39/L.3). La Comisión Plenaria había rechazado anteriormente enmiendas de finalidad similar propuestas por Siria, Checoslovaquia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (*ibid.*, págs. 133 y 135).

<sup>85</sup> Apartado b del párrafo 4 del artículo 20.

<sup>78</sup> *Ibid.* pág. 227, comentario del proyecto de artículo 16, párr. 17.

<sup>79</sup> Que corresponde al párrafo 2 del artículo 19 del proyecto de artículos presentado por el Relator Especial.

<sup>80</sup> Véase nota 49 *supra*. El propio Relator Especial había sugerido esta adición (*Anuario... 1965*, vol. II, pág. 57, doc. A/CN.4/177 y Add.1 y 2).

<sup>81</sup> A veces «se hacen objeciones a las reservas por razones de principio o de política, pero sin intención de impedir la entrada en vigor del tratado entre el Estado que hace la objeción y el Estado autor de la reserva.» (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 228, doc. A/6309/Rev.1, comentario del proyecto de artículo 17, párr. 21).

objeción, a menos que éste «manifieste inequívocamente» la intención contraria. También se modificó en consecuencia el párrafo 3 del artículo 21. Curiosamente, el consultor técnico, sir Humphrey Waldock, no se opuso a ese cambio, pues consideraba que «el problema consiste simplemente en formular una norma de una manera o de otra»<sup>86</sup>.

60. En definitiva, los artículos de la Convención de Viena de 1969 que guardan relación con las reservas son los siguientes:

#### PARTE I INTRODUCCIÓN

[ ]

##### Artículo 2 TERMINOS EMPLEADOS

1. Para los efectos de la presente Convención

[ . ]

a) Se entiende por «reserva» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado,

[ ]

#### PARTE II CELEBRACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS

[ . ]

##### SECCION 2 RESERVAS

##### Artículo 19 FORMULACION DE RESERVAS

Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

a) Que la reserva esté prohibida por el tratado,

b) Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate, o

c) Que, en los casos no previstos en los apartados a y b, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado

##### Artículo 20 ACEPTACION DE LAS RESERVAS Y OBJECION A LAS RESERVAS

1. Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga.

2. Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes

3. Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización.

4. En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa

a) La aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con el Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados,

b) La objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria,

c) Un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante

5. Para los efectos de los párrafos 2 y 4, y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando este no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior

##### Artículo 21 EFECTOS JURIDICOS DE LAS RESERVAS Y DE LAS OBJECIONES A LAS RESERVAS

1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23

a) Modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma, y

b) Modificará, en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva

2. La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*.

3. Cuando un Estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera ésta no se aplicarán entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva

##### Artículo 22 RETIRO DE LAS RESERVAS Y DE LAS OBJECIONES A LAS RESERVAS

1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado que la haya aceptado

2. Salvo que el tratado disponga otra cosa, una objeción a una reserva podrá ser retirada en cualquier momento

3. Salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa.

a) El retiro de una reserva solo surtirá efecto respecto de otro Estado contratante cuando ese Estado haya recibido la notificación,

b) El retiro de una objeción a una reserva sólo surtirá efecto cuando su notificación haya sido recibida por el Estado autor de la reserva

##### Artículo 23 PROCEDIMIENTO RELATIVO A LAS RESERVAS

1. La reserva, la aceptación expresa de una reserva y la objeción a una reserva habrán de formularse por escrito y comunicarse a los Estados contratantes y a los demás Estados facultados para llegar a ser partes en el tratado

2. La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso, se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación

3. La aceptación expresa de una reserva o la objeción hecha a una reserva, anteriores a la confirmación de la misma, no tendrán que ser a su vez confirmadas.

4. El retiro de una reserva o de una objeción a una reserva habrá de formularse por escrito »

<sup>86</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Segundo periodo de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1969* (publicación de las Naciones Unidas, n° de venta: S.70.V.6), décima sesión plenaria, párr. 74. Sin embargo, el cambio de sentido de la presunción debería parecer menos anodino.

## CONCLUSIÓN

61. Esta breve reseña de los trabajos preparatorios de las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 relativas a las reservas suscita las siguientes observaciones:

a) Su gestación fue laboriosa y difícil; las oposiciones, a veces muy vivas, entre los miembros de la Comisión y entre los Estados y grupos de Estados sólo pudieron superarse gracias a compromisos a menudo basados en sabias ambigüedades;

b) La más notable de esas ambigüedades tiene que ver con la función exacta del «criterio» de la compatibilidad de la reserva con el objeto y finalidad del tratado, al que la Convención rinde tributo «doctrinalmente» pero del que no saca ninguna consecuencia clara;

c) Pese a las resistencias y reticencias, la historia de esas disposiciones se orienta claramente en el sentido de una afirmación cada vez más clara del derecho de los Estados a formular reservas;

d) Más que «flexible», el sistema que finalmente se adoptó podría llamarse «consensual», en el sentido de que, en definitiva, los Estados contrayentes pueden modular a su antojo, y casi sin límite, el juego de las reservas y las objeciones, bien en el propio tratado, bien, cuando en éste no hay disposiciones al respecto y exceptuando los tratados cuya integridad, por alguna razón, debe preservarse y los actos constitutivos de organizaciones internacionales, mediante el juego de instrumentos unilaterales cruzados.

### B.—La sucesión de Estados en materia de tratados

62. Poco tiempo después de la adopción de la Convención de Viena de 1969, sir Humphrey Waldock, quien en 1967 había sido nombrado relator especial sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, presentó a la Comisión su tercer informe sobre este tema<sup>87</sup>. Ese documento comprendía un proyecto de artículo 9 titulado «Sucesión respecto de las reservas a los tratados multilaterales». Se trataba de determinar la posición del Estado sucesor respecto de las reservas, aceptaciones y objeciones<sup>88</sup>.

63. Tras haber enunciado ciertos principios lógicos y comprobado que la práctica de los depositarios, por lo demás evolutiva, no era enteramente congruente con ellos, el Relator Especial concluía que era «preferible un enfoque flexible y pragmático del problema de la sucesión con respecto a las reservas»<sup>89</sup>.

64. En consecuencia, proponía la adopción de las reglas siguientes:

a) La presunción de sucesión en las reservas del Estado predecesor, salvo si éste ha expresado la intención

contraria o si, por razón de su objeto y fin, la reserva es apropiada únicamente en relación con el Estado predecesor (art. 9, párr. 1);

b) La posibilidad de que el Estado sucesor formule nuevas reservas en caso de que i) se considere que el Estado sucesor ha retirado las reservas diferentes hechas por el Estado predecesor y de que ii) las disposiciones del propio tratado y de la Convención de Viena de 1969 sean aplicables a las reservas del Estado sucesor (párr. 2);

c) La aplicación *mutatis mutandis* de estas reglas a las objeciones a las reservas (párr. 3, apdo. a) precisándose que «en el caso de un tratado que se rija por el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de Viena, el nuevo Estado no podrá formular objeciones a las reservas que hayan sido aceptadas por todas las partes en el tratado» (párr. 3, apdo. b)<sup>88</sup>.

65. Estas propuestas no fueron examinadas hasta 1972 y no suscitaron reñidos debates<sup>90</sup>. La Comisión respaldó el criterio pragmático y flexible para tratar las reservas y las objeciones a éstas<sup>91</sup> propugnado por su Relator Especial (véanse párrs. 63 y 64 *supra*). Dejando aparte los cambios de redacción, la Comisión no aportó al proyecto más que una sola modificación realmente sustancial: en el apartado a del párrafo 1 del proyecto de artículo 15 (que ocupaba el lugar del artículo 9 del proyecto) se precisaba que sólo una reserva «incompatible» con la del Estado predecesor sobre la misma materia (y ya no una reserva «diferente») sustituía a ésta<sup>92</sup>.

66. No obstante, asumiendo una propuesta formulada por Zambia y el Reino Unido, sir Francis Vallat, nombrado relator especial, en su primer informe, en 1974, volvió si no a la letra al menos al espíritu de la propuesta de Waldock, pero calificando esta modificación de menor<sup>93</sup>. Mediante un nuevo cambio de redacción, la Comisión le siguió en este punto<sup>94</sup>.

67. Por lo demás, de su examen por el Comité de Redacción el texto salió profundamente «simplificado»<sup>95</sup>. En particular se suprimió el apartado b del párrafo 3 antes citado (véase párr. 64 *supra*), del que se dijo, con razón, que trataba del derecho general aplicable a las reservas y no se refería a un problema específico de la sucesión de Estados.

68. Es interesante señalar que, en cambio, el Relator Especial no dio curso a las otras dos series de propuestas formuladas con insistencia por algunos Estados. Se trata, por una parte, de las propuestas formuladas en particular por los Gobiernos de Austria, Bélgica, el Canadá y Polonia tendientes a invertir la presunción (de continuidad)

<sup>90</sup> Véase *Anuario... 1972*, vol. I, sesiones 1166.<sup>a</sup>, 1167.<sup>a</sup> y 1187.<sup>a</sup>, págs. 97 a 104 y 230 y 231.

<sup>91</sup> *Ibid.*, vol. II, pág. 287, doc. A/8710/Rev.1.

<sup>92</sup> *Ibid.*, pág. 283.

<sup>93</sup> *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 1, doc. A/CN.4/278 y Add.1 a 6, en particular pág. 55, párr. 287.

<sup>94</sup> *Ibid.*, doc. A/9610/Rev.1, pág. 224 (art. 19).

<sup>95</sup> *Ibid.*, vol. I, págs. 118 a 123, 1272.<sup>a</sup> sesión, y págs. 243 a 245, 1293.<sup>a</sup> sesión.

<sup>87</sup> *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 27, doc. A/CN.4/224 y Add.1.

<sup>88</sup> *Ibid.*, págs. 50 a 56.

<sup>89</sup> *Ibid.*, págs. 50 y 54, comentario, párrs. 2 y 11.

que figura en el párrafo 1; y, por otra parte, del deseo expresado por el Gobierno polaco de que una disposición previera expresamente que el Estado sucesor no sucede automáticamente en las objeciones del Estado predecesor contra las reservas formuladas por terceros Estados<sup>96</sup>. La Comisión tampoco aceptó esta sugerencia<sup>97</sup>.

69. Esta disposición fue objeto de pocos debates en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, celebrada en Viena del 4 de abril al 6 de mayo de 1977 y del 31 de julio al 23 de agosto de 1978. Aunque algunos Estados hubieran propuesto de nuevo invertir la presunción del párrafo 1 del proyecto de artículo 9 en nombre del principio de la «tabla rasa»<sup>98</sup>, la Comisión Plenaria y luego la propia Conferencia aprobaron el artículo relativo a las reservas (que pasó a ser el artículo 20) propuesto por la CDI con levísimas modificaciones de redacción.

70. El artículo pertinente de la Convención de Viena de 1978 dice lo siguiente:

*Artículo 20.—Reservas*

1. Cuando un Estado de reciente independencia haga constar, mediante una notificación de sucesión, su calidad de parte o de Estado contratante en un tratado multilateral en virtud de los artículos 17 ó 18, se entenderá que mantiene cualquier reserva relativa a ese tratado que fuera aplicable en la fecha de la sucesión de Estados respecto del territorio al que se refiera la sucesión de Estados, a menos que, al hacer la notificación de sucesión, exprese la intención contraria o formule una reserva que concierna a la misma materia que aquella reserva.

2. Al hacer una notificación de sucesión por la que haga constar su calidad de parte o de Estado contratante en un tratado multilateral en virtud de los artículos 17 ó 18, un Estado de reciente independencia podrá formular una reserva, a menos que ésta sea una de aquellas cuya formulación quedaría excluida en virtud de lo dispuesto en los apartados *a*, *b* o *c* del artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

3. Cuando un Estado de reciente independencia formule una reserva de conformidad con el párrafo 2, se aplicarán respecto de esa reserva las normas enunciadas en los artículos 20 a 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

71. Es interesante destacar que este artículo, cuya elaboración suscitó pocos debates, enuncia de manera concisa las reglas propias de la sucesión de los Estados en las reservas (sin abordar la cuestión de la suerte de las objeciones a las reservas formuladas por el Estado predecesor) (véase párr. 68 *supra*); por lo demás, se limita a remitir a los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969 (véase párr. 60 *supra*)<sup>99</sup> cuya autoridad resulta

<sup>96</sup> *Ibid.*, vol. II (primera parte) (nota 93 *supra*), respectivamente págs. 54 y 55, párrs. 278 a 286, y pág. 55, párr. 289.

<sup>97</sup> *Ibid.*, vol. I (nota 95 *supra*), pág. 123, y vol. II (primera parte) (nota 94 *supra*), pág. 228.

<sup>98</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, 4 de abril a 6 de mayo de 1977 y 31 de julio a 23 de agosto de 1978*, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.79.V.10), págs. 123 y 124. Véase también la recopilación analítica de las observaciones formuladas por los gobiernos sobre el proyecto de artículos definitivos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados establecido por la Secretaría (A/CONF.80/5 y Corr.1, págs. 227 a 230).

<sup>99</sup> Sin embargo, el procedimiento mismo de revisión fue duramente criticado en el seno de la Comisión; si bien esta objeción se refería a la metodología y no al fondo: véase *Anuario... 1972*, vol. I, págs. 103

pues reforzada y confirma el planteamiento a la vez abierto, flexible y consensual adoptado en 1969 (véase párr. 61 *supra*).

**C.—Los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales**

72. De conformidad con la recomendación contenida en la resolución aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, relativa al artículo primero de la Convención de Viena de 1969<sup>100</sup>, y la resolución 2501 (XXIV) de la Asamblea General, de 12 de noviembre de 1969, la Comisión decidió, en 1970, incluir en su programa general la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales y, en 1971, nombró a Paul Reuter relator especial sobre este tema.

73. En 1975, el Relator Especial presentó a la Comisión su cuarto informe, el primero que contenía elementos sustanciales sobre las reservas<sup>101</sup>. En el comentario general de la sección 2 (Reservas), el Relator Especial hacía observaciones de carácter general que merecen reproducirse detalladamente porque aclaran todos los debates ulteriores.

74. En una primera fase, el Relator Especial partía del principio de que la inclusión de disposiciones relativas a las reservas en el proyecto de artículos respondía a una necesidad de lógica jurídica pero no debería tener más que un interés práctico limitado:

Los artículos 19 a 23 de la Convención de 1969, consagrados a las reservas, son evidentemente una de las piezas maestras de esta Convención, tanto por su precisión técnica como por la gran flexibilidad que han introducido en el régimen de las convenciones multilaterales. Esta comprobación obliga a admitir desde luego que las disposiciones análogas elaboradas en función del objeto del presente proyecto de artículos sólo tienen por lo pronto un interés práctico restringido. En efecto, como se ha dicho y debe repetirse incesantemente, los tratados celebrados por organizaciones internacionales son casi siempre tratados bilaterales, respecto de los cuales las reservas pueden operar en teoría, pero carecen de interés en la práctica. Los pocos tratados multilaterales en que son partes las organizaciones internacionales quedan comprendidos en su totalidad en las disposiciones del párrafo 2 del artículo 20, es decir, sólo admiten un funcionamiento muy restringido del mecanismo de reservas. El verdadero ámbito práctico de las reservas lo constituyen los tratados multilaterales abiertos y se sabe que, en la actualidad, existen siempre obstáculos muy serios al acceso de las organizaciones internacionales a esos tratados. Por lo tanto, al consagrar proyectos de artículos sobre reservas se satisface una necesidad lógica que apenas comienza a expresarse en el plano de las realidades concretas<sup>102</sup>.

y 104, 1168.ª sesión, y págs. 230 y 231, 1187.ª sesión; *ibid.*, vol. II, págs. 287 y 288, doc. A/8710/Rev.1; y *Anuario... 1974*, vol. I, págs. 121 a 123, 1272.ª sesión.

<sup>100</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados... (nota 82 supra)*, doc. A/CONF.29/26, págs. 281 y ss.

<sup>101</sup> Véase *Anuario... 1975*, vol. II, pág. 27, doc. A/CN.4/285, en particular págs. 38 a 41.

<sup>102</sup> *Ibid.*, comentario general de la sección 2, párr. 1.

75. Partiendo de esta observación, el Relator Especial consideraba también que no había ninguna razón válida para negar a las organizaciones internacionales el derecho a formular reservas en las mismas condiciones que los Estados, ya que en el régimen del tratado eran plenamente admitidas como «Partes», a fin de permitirles defender sus intereses específicos. El Relator Especial no ocultaba que de este principio podría nacer «toda suerte de complicaciones», pero estimaba que esto dependía de un problema más general, a saber: el de los riesgos de la superposición de competencias entre las organizaciones y sus Estados miembros, lo que explica que «no se pueda admitir sin precauciones que una organización sea Parte en un tratado al mismo tiempo que sus miembros»<sup>103</sup>.

76. En consecuencia, el Relator Especial presentó, sin comentario particular, los proyectos de artículo 19 a 23 directamente calcados de las disposiciones correspondientes de la Convención de Viena de 1969, con leves modificaciones de redacción<sup>104</sup>.

77. El debate de estos proyectos de artículo en el 27.º período de sesiones de la Comisión<sup>104</sup> reveló toda la dificultad de los problemas que planteaban. Los dos principales fueron resumidos por el Relator Especial en su quinto informe, presentado en 1976, y enteramente dedicado a las reservas:

El primero puede enunciarse en la forma siguiente: ¿es necesario prever en algunos casos y sobre algunos aspectos un régimen fundamentalmente distinto del previsto en la Convención de 1969? El segundo, que rebasa el problema de las reservas, pero surge claramente en relación con éstas, es el siguiente: ¿qué disposiciones deben preverse para delimitar claramente los respectivos ámbitos de aplicación del proyecto de artículos y de la Convención de 1969, especialmente en el caso en que un tratado inicialmente destinado a establecer relaciones convencionales entre Estados y organizaciones internacionales pierde ese carácter total o parcialmente?<sup>105</sup>

78. Sobre la primera cuestión, baste recordar que, finalmente, la Comisión renunció a adoptar una posición de principio rígida. Como indicó en su comentario definitivo del proyecto de artículos, la Comisión trató de adoptar

una postura equilibrada prescindiendo, en lo que concierne a las organizaciones, de ciertas facilidades que la Convención de Viena concede a los Estados y precisando, en el caso de las organizaciones, ciertas normas cuya flexibilidad sólo era admisible en lo que concierne a los Estados. Por otra parte, ha mantenido en favor de las organizaciones internacionales las normas generales del consensualismo cada vez que ello no presentaba ningún inconveniente y parecía corresponder a ciertas tendencias que se manifiestan en el mundo contemporáneo<sup>106</sup>.

79. La respuesta dada por la Comisión al primer problema señalado por el Relator Especial (véase párr. 77 *supra*) refleja este planteamiento pragmático, equilibrado, sin otra condición previa que la de responder a las necesidades del «mundo contemporáneo».

80. En una primera fase, el Relator Especial, sensible a ciertas opiniones categóricas expresadas por algunos miembros de la Comisión<sup>107</sup>, revisó en profundidad sus proyectos de artículos 19 y 20 en un sentido mucho menos favorable a la libertad de formular reservas<sup>108</sup>, ya que el nuevo proyecto de artículo 19 invertía la presunción y establecía, en principio, que estaba prohibida toda reserva salvo:

a) Si estaba autorizada expresamente por el tratado;

b) Si era aceptada expresamente por la totalidad de los Estados y organizaciones internacionales partes en el tratado (párr. 1, apdo. b);

c) Si las organizaciones internacionales participaban en el tratado en igual calidad que los Estados, en las condiciones previstas por la Convención de Viena de 1969.

81. La Comisión no adoptó una posición definitiva en 1975<sup>109</sup> y, al año siguiente, el Relator Especial hizo nuevas propuestas que volvían al principio de «la libertad de las reservas combinada con algunas excepciones en relación con los tratados celebrados entre dos organizaciones internacionales y la aplicación a las reservas de un régimen de autorización expresa, con algunas excepciones, respecto de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales»<sup>110</sup> a fin de tener en cuenta la diferencia de naturaleza existente entre los Estados y las organizaciones y evitar que éstas no formulen reservas que afecten a los derechos o a las obligaciones de los Estados<sup>111</sup>.

82. El espíritu de estas propuestas fue aceptado por la Comisión al término de largos debates sostenidos en su 29.º período de sesiones<sup>112</sup>. Pero en los detalles el sistema aceptado fue profundamente transformado y complicado<sup>113</sup>, puesto que de él ha resultado una disociación entre el régimen aplicable a las reservas a los tratados celebrados entre varias organizaciones, que sigue el modelo establecido en la Convención de Viena de 1969, y el relativo a las reservas a los tratados celebrados entre organizaciones y Estados, que es restrictivo para las primeras y extensivo para los segundos (artículos 19 y 19 *bis*); esta misma dicotomía reaparece en lo que concierne a las objeciones (artículo 19 *ter*) y a la aceptación de las reservas (artículos 20 y 20 *bis*).

83. Tras la adopción de este proyecto en primera lectura, el Relator Especial tuvo que reexaminarlo a la luz de las observaciones de los Estados y de las organizaciones

<sup>103</sup> *Ibid.*, párr. 4.

<sup>104</sup> Véase *Anuario... 1975*, vol. I, págs. 254 a 268, sesiones 1348.ª a 1350.ª.

<sup>105</sup> Véase *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), pág. 149, doc. A/CN.4/290 y Add.1, en particular pág. 151, párr. 11.

<sup>106</sup> Véase *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 14, párr. 43.

<sup>107</sup> En particular el Sr. Ushakov: véase *Anuario... 1975*, vol. I (nota 104 *supra*), págs. 256 y 257, 1348.ª sesión.

<sup>108</sup> *Ibid.*, págs. 264 y 265, 1350.ª sesión.

<sup>109</sup> *Anuario... 1975*, vol. II, pág. 182, doc. A/10010/Rev.1, párr. 135.

<sup>110</sup> *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte) (nota 105 *supra*), párr. 12, inc. c.

<sup>111</sup> *Ibid.*, pág. 152, párr. 15.

<sup>112</sup> Véase *Anuario... 1977*, vol. I, págs. 75 y ss., sesiones 1429.ª a 1435.ª, 1446.ª, 1448.ª, 1451.ª y 1464.ª.

<sup>113</sup> *Ibid.*, vol. II (segunda parte), págs. 99, 100 y 108 a 118.

internacionales, cosa que hizo en su décimo informe, en 1981<sup>114</sup>. Negándose a examinar más hipótesis que las contempladas en el proyecto de artículos, como le invitaban a hacerlo algunos Estados, «porque esa búsqueda no corresponde al espíritu de la Convención de Viena que ha querido dejar a la práctica un margen de libertad para concretar la aplicación de los principios generales que establece»<sup>115</sup>, el Relator Especial optaba por mantener el proyecto de artículos, haciendo algunas aclaraciones y simplificaciones en su redacción.

84. No obstante, a raíz de debates de nuevo difíciles<sup>116</sup>, la Comisión volvió en lo esencial a las disposiciones propuestas originalmente por el Relator Especial (véase párr. 76 *supra*) que tendían a adoptar las reglas establecidas en los proyectos de artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969 (véase párr. 60 *supra*), con una adición en el apartado *a* del artículo 19<sup>117</sup>, salvo tres diferencias de fondo relativas al artículo 20<sup>118</sup>:

*a)* La eliminación en el párrafo 2 de toda referencia al número reducido de Estados negociadores;

*b)* La supresión del párrafo 3 relativo a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales;

*c)* La ausencia de todo plazo en lo que concierne a la aceptación de una reserva por una organización internacional, dejando a la práctica los remedios a los inconvenientes resultantes de ese silencio.

85. Tras nuevos debates<sup>119</sup> y por razones derivadas de la adopción de un proyecto de artículo 5 correspondiente al artículo 5 de la Convención de Viena de 1969<sup>120</sup>, la Comisión restableció el párrafo 3 del proyecto de artículo 20, pero por lo demás aprobó en 1982 el proyecto de artículos de 1981<sup>121</sup>. Este proyecto fue transmitido, con los comentarios al mismo, a la Asamblea General, la cual, por la resolución 39/86, de 13 de diciembre de 1984, convocó a una Conferencia de las Naciones Unidas

sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y las Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, que se celebró en Viena del 18 de febrero al 21 de marzo de 1986.

86. Además, en el anexo a la resolución 40/76 de 11 de diciembre de 1985, la Asamblea General transmitió a la Conferencia «una lista de los proyectos de artículo de la propuesta básica que se considera necesario examinar como cuestiones de fondo» (se trata del proyecto de artículos de la CDI). Esta lista comprendía los artículos 19 (Formulación de reservas) y 20 (Aceptación de las reservas y objeción a las reservas), que habían sido objeto de diversos comentarios y observaciones de parte de los Estados y organizaciones internacionales<sup>122</sup>.

87. Durante la propia Conferencia se presentaron varias enmiendas a los artículos 19 y 20. Las enmiendas tenían por objeto:

*a)* Suprimir la nueva mención agregada al apartado *a* del artículo 19 (véase párr. 60 *supra*);

*b)* Limitar el derecho de las organizaciones internacionales a formular reservas en la esfera de su competencia propia o en función de su compatibilidad con el instrumento constitutivo;

*c)* Fijar un plazo durante el cual las organizaciones pueden formular objeciones a las reservas;

*d)* Restablecer, en el párrafo 2 del artículo 20, la idea de que se exige la unanimidad de las aceptaciones cuando esto se desprende no sólo del objeto y el fin del tratado, sino también del número reducido de los participantes en la negociación.

88. Al término de los debates, que giraron esencialmente en torno a la cuestión de saber en qué medida, a los efectos de estas disposiciones, las organizaciones internacionales podían asimilarse a los Estados, gozar de los mismos derechos y tener las mismas obligaciones, la Conferencia adoptó unos artículos que reflejaban una asimilación más acusada de las organizaciones a los Estados<sup>123</sup> que en los proyectos de artículo de la Comisión, y estaban más directamente calcados de los de la Convención de Viena de 1969.

89. Los artículos correspondientes de la Convención de Viena de 1986 dicen lo siguiente:

#### PARTE I. INTRODUCCIÓN

[...]

#### Artículo 2. TÉRMINOS EMPLEADOS

1. Para los efectos de la presente Convención:

[...]

<sup>114</sup> Véase *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 49, doc. A/CN.4/341 y Add.1, en particular págs. 63 a 72.

<sup>115</sup> *Ibid.*, pág. 67, párr. 64.

<sup>116</sup> Véase *Anuario... 1981*, vol. I, págs. 29 a 55 y 265 a 267, sesiones 1648.<sup>a</sup> a 1651.<sup>a</sup> y 1692.<sup>a</sup>.

<sup>117</sup> Se precisaba que el Estado podría formular una reserva, «a menos que la reserva esté prohibida por el tratado o cuando conste de otro modo que los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras han convenido que la reserva esté prohibida» [véase *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 144, proyecto de artículo 19, párr. 1, inc. *a*]. En el comentario del proyecto de artículo no se explica esta modificación; no obstante, véanse las explicaciones dadas por el Sr. Reuter en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, en 1986 [A/CONF.129/16 (Vol. I), 11.<sup>a</sup> sesión, párrs. 29 a 32].

<sup>118</sup> Véase *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), págs. 144 a 146.

<sup>119</sup> Véase *Anuario... 1982*, vol. I, págs. 187, 188, 335 y 336, sesiones 1727.<sup>a</sup> y 1748.<sup>a</sup>.

<sup>120</sup> El artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 está redactado como sigue: «La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización».

<sup>121</sup> Véase *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 34 a 39.

<sup>122</sup> Véase la recopilación analítica de comentarios y observaciones de los Estados y de las principales organizaciones intergubernamentales internacionales respecto del proyecto definitivo de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, preparado por la Secretaría (A/CONF.129/5 y Add.1, págs. 144 a 153).

<sup>123</sup> En particular véase lo relativo al plazo de aceptación (art. 20, párr. 5).

d) Se entiende por «reserva» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización,

[ . ]

## PARTE II CELEBRACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS

### SECCION 2 RESERVAS

#### Artículo 19 FORMULACION DE RESERVAS

Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, a menos que

- a) Que la reserva este prohibida por el tratado,
- b) Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figura la reserva de que se trate, o
- c) Que, en los casos no previstos en los apartados a y b, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado

#### Artículo 20 ACEPTACION DE LAS RESERVAS Y OBJECION A LAS RESERVAS

1 Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los Estados contratantes y de las organizaciones contratantes o, según el caso, de las organizaciones contratantes, a menos que el tratado así lo disponga

2 Cuando del número reducido de Estados negociadores y organizaciones negociadoras o, según el caso, de organizaciones negociadoras y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes

3 Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización

4 En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa

a) La aceptación de una reserva por un Estado contratante o por una organización contratante constituirá al Estado o a la organización internacional autor de la reserva en parte en el tratado en relación con el Estado o la organización que haya aceptado la reserva si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para el autor de la reserva y el Estado o la organización que ha aceptado la reserva,

b) La objeción hecha por un Estado contratante o por una organización contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado o la organización internacional que haya hecho la objeción y el Estado o la organización autor de la reserva, a menos que el Estado o la organización autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria,

c) Un acto por el que un Estado o una organización internacional manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos un Estado contratante o una organización contratante.

5. Para los efectos de los párrafos 2 y 4, y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado o una organización internacional cuando el Estado o la organización internacional no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior.

#### Artículo 21 EFECTOS JURIDICOS DE LAS RESERVAS Y DE LAS OBJECIONES A LAS RESERVAS

1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23.

a) Modificará con respecto al Estado o a la organización internacional autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma, y

b) Modificará, en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado o con la organización internacional autor de la reserva

2. La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*

3 Cuando un Estado o una organización internacional que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el Estado o la organización autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera esta no se aplicarán entre el autor de la reserva y el Estado o la organización que ha formulado la objeción en la medida determinada por la reserva

#### Artículo 22 RETIRO DE LAS RESERVAS Y DE LAS OBJECIONES A LAS RESERVAS

1 Salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado o de la organización internacional que la haya aceptado

2 Salvo que el tratado disponga otra cosa, una objeción a una reserva podrá ser retirada en cualquier momento

3 Salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa:

a) El retiro de una reserva sólo surtirá efecto respecto de un Estado contratante o de una organización contratante cuando ese Estado o esa organización haya recibido la notificación,

b) El retiro de una objeción a una reserva sólo surtirá efecto cuando su notificación haya sido recibida por el Estado o la organización internacional autor de la reserva.

#### Artículo 23 PROCEDIMIENTO RELATIVO A LAS RESERVAS

1 La reserva, la aceptación expresa de una reserva y la objeción a una reserva habrán de formularse por escrito y comunicarse a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado

2 La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, acto de confirmación formal, aceptación o aprobación habrá de ser confirmada formalmente por el Estado o por la organización autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso, se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación

3 La aceptación expresa de una reserva o la objeción hecha a una reserva, anteriores a la confirmación de la misma, no tendrán que ser a su vez confirmadas.

4. El retiro de una reserva o de una objeción a una reserva habrá de formularse por escrito

90. Las principales dificultades encontradas en los trabajos preparatorios de estas disposiciones fueron, o bien de naturaleza técnica, y en este caso dimanaban de las dificultades de trasladar a las organizaciones internacionales las reglas aplicables a los Estados o de combinarlas, o bien de naturaleza ideológica y doctrinal, como consecuencia de la hostilidad de algunos Estados, esencialmente los países industrializados que entonces tenían economía de planificación central, a reconocer amplias competencias a las organizaciones, hostilidad que, por lo demás, pareció disminuir a medida que avanzaban los trabajos. En cambio, en principio, en ningún momento se cuestionaron las normas propias de las reservas enunciadas por la Convención de Viena de 1969. Su reafirmación en la Convención de Viena de 1986 refuerza de nuevo su autoridad.

## CAPÍTULO II

Inventario sucinto de los problemas planteados por el tema<sup>124</sup>

91. En su primer informe sobre el derecho de los tratados, sir Hersch Lauterpacht revelaba que «el tema de las reservas a los tratados multilaterales es un problema de una complejidad poco común –verdaderamente desconcertante– y de nada serviría simplificar artificialmente un problema esencialmente complejo»<sup>125</sup>. Haciéndose eco de estas palabras, casi 30 años más tarde, el Sr. Paul Reuter, Relator Especial, señalaba a su vez que la cuestión de las reservas siempre ha sido una cuestión difícil y controvertida, e incluso las disposiciones de la Convención de Viena no han puesto fin a todas las dificultades<sup>126</sup>.

92. Por regla general, los autores comparten esta opinión y subrayan que las Convenciones de Viena de 1969, de 1978 y de 1986 han dejado subsistir importantes incertidumbres en cuanto al régimen jurídico de las reservas. Estas incertidumbres, por lo demás, han sido puestas en evidencia por la práctica, a menudo fluctuante e incierta, de los Estados y las organizaciones internacionales, en particular cuando éstas han tenido que hacer frente a difíciles problemas concretos como depositarias<sup>127</sup>.

93. La abundancia misma de las publicaciones sobre las reservas a los tratados demuestra la constante perplejidad de la doctrina ante problemas de alto nivel técnico y suma complejidad, pero que tienen una importancia práctica excepcional. A este respecto no es necesario recordar el lugar que ocupa el tema de las reservas en las obras

relativas al derecho de los tratados en su conjunto<sup>128</sup> e incluso en los tratados y manuales de derecho internacional general. A esto se añaden numerosas monografías dedicadas a las prácticas nacionales en materia de reservas, a reservas a una convención determinada o a un tipo particular de tratados o a ciertos problemas específicos. La bibliografía pertinente da fe de la abundancia de esta producción doctrinal, a menudo de gran calidad científica, y cuyo «caudal» no ha disminuido desde 1969 sino todo lo contrario.

94. Dicho en otros términos, aunque quepa legítimamente sostener que el régimen de las reservas, tal como se desprende de la Convención de Viena de 1969 y de las convenciones posteriores, constituye un éxito (véase cap. III *infra*), no por ello dejan de subsistir importantes interrogantes y su aplicación no siempre ha estado exenta de dificultades; además, desde hace un cuarto de siglo, las soluciones encontradas por la práctica y la jurisprudencia a estas cuestiones ciertamente han contribuido a complicar aún más la problemática del tema.

95. En términos pragmáticos y sin intentar ahora integrar estos elementos en una problemática global, el presente informe se esfuerza por presentar en las secciones siguientes un inventario de los problemas pendientes a causa de las ambigüedades de las disposiciones relativas a las reservas en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados o de sus lagunas.

#### A.—Las ambigüedades de las disposiciones relativas a las reservas en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados

96. Se ha repetido hasta la saciedad que la cuestión de las reservas a los tratados multilaterales ha sido uno de los temas más controvertidos del derecho internacional contemporáneo<sup>129</sup>. Estas controversias han sido tanto de orden doctrinal como político<sup>130</sup> y como se indicó anteriormente (véanse párrs. 45, 51, 57 y 61 *supra*), las divergencias de opinión no han podido superarse más que

<sup>124</sup> Este capítulo constituye una versión revisada, corregida y aumentada de la segunda parte del esquema presentado en 1993 (véase nota 5 *supra*), págs. 254 a 263.

<sup>125</sup> Véase el texto original inglés del informe en *Yearbook... 1953*, vol. II (nota 25 *supra*), pág. 124.

<sup>126</sup> *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte) (nota 114 *supra*), pág. 63, párr. 53. Véase también *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 34, comentario general de la sección 2 del proyecto de artículos, párr. 1.

<sup>127</sup> Conforme a los métodos de trabajo habituales de la Comisión, el Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, a petición del Relator Especial, envió el 14 de diciembre de 1994 una carta a sus colegas del conjunto de organismos especializados, el Consejo de Europa, la Organización de los Estados Americanos y la Organización de la Unidad Africana, pidiéndoles que tuvieran a bien comunicarle todas las informaciones pertinentes sobre la práctica de su organización en materia de reservas. Al 15 de mayo de 1995 habían tenido la amabilidad de responder a esa petición las organizaciones siguientes: Consejo de Europa, Fondo Monetario Internacional, Organización de la Aviación Civil Internacional, Organización de los Estados Americanos, Organización Internacional del Trabajo, Organización Marítima Internacional, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación y Unión Internacional de Telecomunicaciones. A esto se agrega una abundante documentación sobre la práctica del Secretario General de las Naciones Unidas compilada por la Secretaría. En el marco del presente informe no ha sido posible utilizar todas estas informaciones que revelan que siguen planteándose numerosos problemas en materia de reservas y que serán de particular utilidad en la continuación del examen del tema.

<sup>128</sup> Entre las obras más corrientes sobre el derecho de los tratados véanse en particular, y sólo a título de ejemplo: Bastid, *Les traités dans la vie internationale: conclusion et effets*, págs. 71 a 77; Combacau, *Le droit des traités*, págs. 53 a 63; Elias, *The Modern Law of Treaties*, págs. 27 a 36; McNair, *The Law of Treaties*, págs. 158 a 177; Reuter, *Introduction au droit des traités*, págs. 71 a 85; Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, págs. 424 a 436; y Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, págs. 51 a 82.

<sup>129</sup> Véase Ruda, *loc. cit.*, pág. 101. Véase también Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 77.

<sup>130</sup> Como sugirió Cox ya en 1952, es apenas dudoso que la fuente de muchos de los desacuerdos doctrinales que siguieron a la opinión de la Corte en 1951 hay que buscarla de hecho en la «guerra fría», «Reservations to Multipartite Conventions», pág. 29.

mediante transacciones basadas en ambigüedades o silencios cuidadosamente calculados. Evidentemente es en lo relativo a la licitud de las reservas y sus efectos donde la ambigüedad es más evidente, ya que el segundo problema, el de los efectos, está íntimamente relacionado con el régimen de las objeciones.

#### 1. LA LICITUD DE LAS RESERVAS

97. En el esquema de 1993 sobre el derecho y la práctica en materia de reservas a los tratados, el actual Relator Especial había indicado que en su opinión la determinación de la validez de las reservas era probablemente el punto sobre el cual «la ambigüedad de las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 ha quedado ya demostrada de manera obvia»<sup>131</sup>. En aquella ocasión la expresión «validez de las reservas» fue criticada por el Sr. D. W. Bowett, quien estimó que esta noción crea confusión entre dos cuestiones diferentes, a saber la de la licitud de una reserva y la de la oponibilidad de una reserva (es decir, el hecho de saber si puede ser invocada contra otra parte).

98. Dado que la Comisión utilizó esta expresión en su informe sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones<sup>132</sup>, el representante del Reino Unido ante la Sexta Comisión, el 2 de noviembre de 1993, declaró:

Sorprende un tanto a la delegación del Reino Unido que la CDI se refiera a la «validez de las reservas» en el párrafo 428 de su informe. Si el contexto indica el pensamiento de la CDI, los términos utilizados pueden interpretarse en el sentido de que favorecen la posibilidad de que una declaración a la cual se subordine el consentimiento del Estado para quedar vinculado por el tratado pueda de alguna manera considerarse nula. En realidad, el apartado *d* del artículo 2 de la Convención de Viena, que define una reserva no sólo como declaración «unilateral» por la cual un Estado se propone excluir o modificar los efectos jurídicos de determinadas disposiciones del tratado, y *a fortiori* los artículos 19 y siguientes, así como las referencias prudentes a la «formulación» de las reservas que en ellos figuran, demuestran claramente que una definición de esa índole constituye automáticamente una «reserva» pero que sus efectos jurídicos han de determinarse por la aplicación de las reglas enunciadas a continuación. Esto se desprende con toda claridad del comentario de la CDI sobre los artículos 17 y 19 del proyecto de 1962 y explica por qué, en la Convención de Viena, incluso los casos expresamente prohibidos o los que son incompatibles con el objeto y el fin de un tratado, son denominados «reservas» en el artículo 19, y también por qué el artículo 21 se refiere a una reserva «efectiva» con respecto a una tercera parte<sup>133</sup>.

99. A decir verdad, en la opinión del actual Relator Especial, la palabra «validez» era bastante neutra y englobaba de hecho la cuestión de la oponibilidad de la reserva que, a su juicio, está íntimamente ligada con la del régimen jurídico de las objeciones, aunque no dependa forzosamente de forma exclusiva de ella. Por lo demás, si la palabra «licitud» parece más apropiada, no hay inconveniente en utilizarla. En efecto, es más precisa.

<sup>131</sup> Véase *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte) (nota 5 *supra*), pág. 258, párr. 21.

<sup>132</sup> La Comisión precisó que la cuestión de la «validez de las reservas [...] incluía las condiciones de licitud de las reservas y su aplicabilidad a otro Estado» [véase *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 104, párr. 428].

<sup>133</sup> Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones*, Sexta Comisión, 24.ª sesión, párr. 42, y corrección.

100. Sin embargo, conviene tener clara conciencia de que las explicaciones propuestas tanto por el Sr. Bowett como por el Gobierno británico en apoyo de su oposición al uso de la palabra «validez» dan resuelto por adelantado el problema central de las controversias suscitadas. Este problema es el siguiente: ¿la cuestión de la licitud o ilicitud de una reserva puede zanjarse «objetivamente» e *in abstracto* o, en definitiva, depende de la apreciación subjetiva de los Estados contratantes? Para poner un ejemplo concreto: una reserva que sea evidentemente contraria al objeto y el fin del tratado, incluso una reserva prohibida por el tratado pero aceptada por todas las demás partes en el mismo ¿puede ser calificada de reserva «ilícita»?

101. La respuesta que implícitamente se desprende de las explicaciones antes citadas es afirmativa: para el Sr. Bowett y para el Gobierno británico, tal reserva en sí misma es nula, lo que significa que es ilícita y la cuestión de la oponibilidad a la misma sólo se plantea en segundo lugar y, al parecer, sólo con respecto a las reservas lícitas. Por lo demás, esta era la tesis sostenida desde 1977 por el profesor Bowett:

El problema de la «permisibilidad»<sup>134</sup> es la cuestión preliminar. Debe resolverse mediante referencia al tratado y es esencialmente una cuestión de interpretación del mismo; no tiene nada que ver con la cuestión de saber si, en principio, las demás partes consideran las reservas aceptables o no. La consecuencia de declarar «no permisible» una reserva puede ser: o bien que la reserva por sí sola constituye una nulidad que significa que la reserva no pueda ser aceptada por una parte que la considere no permisible, o bien que la reserva no permisible anule la aceptación por el Estado del tratado en su conjunto<sup>135</sup>.

102. Esta opinión, particularmente prestigiosa, representa la esencia de la opinión de una parte de la doctrina que se ha llamado la «escuela de la permisibilidad» frente a la «escuela de la objetabilidad»<sup>136</sup>. Para los autores que adoptan esta segunda opinión, en el sistema establecido por la Convención de Viena, la validez de una reserva depende exclusivamente de su aceptación por otro Estado contratante. En consecuencia, el apartado *c* del artículo 19 aparece como una simple afirmación doctrinal que puede servir de guía a los Estados en lo que concierne a la aceptación de las reservas, pero nada más que eso<sup>137</sup>.

<sup>134</sup> No es evidente que «permisibilidad» y «licitud» sean términos absolutamente sinónimos.

<sup>135</sup> Véase Bowett, «Reservations to non-restricted multilateral treaties», pág. 88. El Gobierno británico parece excluir la segunda posibilidad.

<sup>136</sup> Véase Koh, «Reservations to multilateral treaties: How international legal doctrine reflects world vision», págs. 71 a 116, *passim*, en particular págs. 75 a 77; véanse también Redgwell, «Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», en particular págs. 263 a 269, y Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 81, nota 78.

<sup>137</sup> Ruda, *loc. cit.*, pág. 190. Opiniones parecidas pueden verse en Combacau, *op. cit.*, pág. 60; Gaja, «Unruly treaty reservations», págs. 313 a 320; Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux: évolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*, págs. 134 a 137; Reuter, *op. cit.*, pág. 74, o Zemanek, «Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», págs. 331 a 333.

103. Sería ciertamente prematuro que la Comisión tomara posición a favor de una de estas tesis o tratara de conciliarlas. Se han expuesto sucintamente aquí para mostrar la importancia del debate doctrinal que han suscitado y continúan suscitando las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 en materia de reservas.

104. Es cierto que si cualquiera de estas tesis se llevara a sus extremos, tendrían consecuencias prácticas muy diferentes. Por ejemplo, en virtud de la tesis de la «objetabilidad», cabría sostener que los órganos de solución de controversias, sean judiciales o no, deberían abstenerse de pronunciarse sobre la licitud de una reserva en ausencia de objeción de las demás partes<sup>138</sup>. A la inversa, la tesis de la «admisibilidad» podría hacer pensar que la objeción a una reserva, incompatible con el objeto y el fin del tratado o prohibida por éste, no tiene ningún efecto particular, ya que en cualquier caso la reserva es nula de pleno derecho.

105. Las cuestiones que suscitan las divergencias doctrinales sucintamente expuestas en los párrafos precedentes son difíciles y, repetimos, no pueden zanjarse en esta fase preliminar, aun admitiendo que es necesario hacerlo. Por lo demás, cabe preguntarse si los analistas<sup>136</sup>, al destacar las divergencias entre las dos «escuelas», la de la «objetabilidad» y la de la «admisibilidad», no han exagerado la oposición existente entre ellas. Es cierto que parten de un análisis divergente de los artículos 19 y 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 pero: *a*) coinciden en varias posiciones comunes, que conducen a los partidarios de una y otra tesis a plantearse cuestiones a menudo idénticas; *b*) las respuestas a estas cuestiones difieren esencialmente por el hecho de que los partidarios de la «objetabilidad» estiman que la licitud y la objetabilidad corren parejas (de ahí el uso frecuente de la palabra «validez»), en tanto que los partidarios de la «admisibilidad» estiman que se trata de problemas claramente separados, que deben examinarse sucesivamente; *c*) en todos los casos, sin embargo, se trata de hacer prevalecer la voluntad de los Estados contratantes pero según la perspectiva que se adopte, se hará hincapié en la

voluntad inicial de los negociadores o bien en la voluntad ulterior de los Estados autores de reservas u objeciones.

106. Todos los autores que han estudiado el problema admiten que existe una presunción a favor de la licitud de las reservas. Por lo demás esto se ajusta al texto claro del artículo 19 de las dos Convenciones de Viena, de 1969 y de 1986, y lo confirma el estudio de los trabajos preparatorios (véanse párrs. 38 y 53 *supra*).

107. Todos coinciden también en considerar que esta presunción no es indiscutible y que desaparece si el tratado prohíbe la reserva de forma explícita (art. 19, apdo. *a*) o implícita (art. 19, apdo. *b*), o si es «incompatible con el objeto y el fin del tratado» (art. 19, apdo. *c*)<sup>139</sup>.

108. Queda por saber, y es aquí donde surgen los verdaderos problemas, por una parte, cómo apreciar si se cumplen estas condiciones y, por la otra, cuáles son los efectos de una reserva que, en función de esos criterios, sea ilícita.

109. En lo que concierne al primer punto —la compatibilidad de la reserva con las disposiciones del tratado relativas a las reservas (art. 19, apdos. *a* y *b*)—, pueden surgir problemas en particular cuando la reserva sea vaga y general<sup>140</sup>. Pero sobre todo es la apreciación de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado lo que plantea problemas. Como ha escrito Reuter, en caso de silencio del tratado, las reservas prohibidas son las incompatibles con el objeto y el fin del tratado. La Convención de Viena se refiere así una vez más a esta noción cuya interpretación está sujeta a ciertas incertidumbres que la opinión de la Corte de 1951, de la que está tomada, no aclara<sup>141</sup>. Por tanto, sería sin duda apropiado que la Comisión emprendiera el estudio de la noción misma de objeto y fin del tratado<sup>142</sup>.

110. Igualmente desde este punto de vista, cabe señalar además que estas incertidumbres no se disipan sino todo lo contrario en el párrafo 2 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, ya que en ese artículo se vuelve a introducir la noción del objeto y el fin del tratado a propósito de los tratados multilaterales restringidos (tratados «plurilaterales») y parece indicar, *a contrario sensu*, que una reserva contraria al objeto y el fin del tratado puede ser autorizada por la aceptación de todas las partes<sup>143</sup>. Además, la definición misma de estos trata-

<sup>138</sup> Aunque en la práctica no sucede así. Véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Belilos* (*Serie A: Sentencias y decisiones*, vol. 132, sentencia de 29 de abril de 1988, Registro del Tribunal, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1988, párrs. 50 a 60); el asunto *Weber* (*ibid.*, vol. 177, sentencia de 22 de mayo de 1990, Registro del Tribunal, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1990), o el asunto *Loizidou c. Turquía* (*Excepciones preliminares*) (*ibid.*, vol. 310, sentencia de 23 de mayo de 1995, Registro del Tribunal, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1995) o la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *Chrysostomos et al. (Décisions et rapports*, marzo de 1991, *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 3, n.º 3, 1991, pág. 193). Véase también la observación general n.º 24 (1994) del Comité de Derechos Humanos sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N.º 40 (A/50/40)*, vol. 1, anexo V, en particular párr. 18], aprobado por el Comité el 2 de noviembre de 1994. Sin embargo, el carácter particular de los tratados relativos a los derechos humanos podría limitar el valor de estos precedentes.

<sup>139</sup> Cabría agregar que la presunción desaparece también si la integridad del tratado es condición esencial para su aplicación o si todas las partes no han aceptado la reserva (art. 20, párr. 2), o si el órgano competente de una organización internacional no ha aceptado la reserva a su instrumento constitutivo (art. 20, párr. 3); pero en estos dos últimos casos es indiscutible que la licitud de la reserva depende exclusivamente de su aceptación.

<sup>140</sup> Véase Schabas, «Reservations to human rights treaties: Time for innovation and reform», págs. 39 a 82.

<sup>141</sup> *Op. cit.*, pág. 63.

<sup>142</sup> Expresión que aparece también en otras disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, como los artículos 18, 31 (párr. 1) o 60 (párr. 1).

<sup>143</sup> Reuter, *op. cit.*, pág. 75. Véase también Tomuschat, «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties – Comments on arts. 16, 17», pág. 479.

dos y, por tanto, de las condiciones de aplicación del párrafo 2 del artículo 20 sigue siendo sumamente incierta<sup>144</sup>.

111. Sin embargo, es en el umbral de esta primera categoría de problemas donde surgen las cuestiones más difíciles y que suscitan más debates doctrinales (véanse párrs. 100 a 104 *supra*).

112. Si se supone que una reserva parece «ilícita», bien porque está prohibida por el tratado, bien porque es incompatible con su fin o su objeto, se plantean las siguientes preguntas:

a) ¿Debe considerarse nula la reserva pero válida la expresión del consentimiento en las obligaciones del tratado?

b) O al contrario, ¿la ilicitud de la reserva afecta a la regularidad de la propia expresión del consentimiento a obligarse por el tratado?

c) ¿La licitud de la reserva produce efectos independientemente de las objeciones que puedan hacerse?

d) En un supuesto extremo, ¿los demás Estados (u organizaciones internacionales contratantes) tienen en tal circunstancia la obligación de objetar a una reserva ilícita?

e) O, por el contrario, ¿pueden aceptar tal reserva expresa o tácitamente?

113. Estas son, al parecer, algunas de las principales cuestiones que se plantean en lo relativo a la licitud de las reservas y que tal vez merecerán la atención de la Comisión.

114. No obstante, se imponen cuatro precisiones:

a) Las cuestiones antes planteadas (párrs. 109, 110 y 112) son, a juicio del Relator Especial, las principales y las más difíciles, pero no son forzosamente las únicas; hay otras cuestiones que siguen resueltas imperfectamente. Por ejemplo, cabe preguntarse quién es competente para apreciar la licitud de una reserva (en particular en lo relativo a una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional), o la cuestión de si una reserva puede ser parcialmente ilícita, o también la cuestión de si un Estado que haya hecho una reserva ilícita puede, una vez establecida esta ilicitud, considerarse desligado de sus obligaciones convencionales o bien formular una nueva reserva<sup>145</sup>;

b) El objeto del presente informe no es esbozar respuestas a estas cuestiones, sino simplemente señalar que se plantean y que convendría ciertamente reflexionar en el futuro sobre las respuestas que podrían darse a las mismas;

<sup>144</sup> Véase Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux...*, págs. 109 a 120, o Dehaussy, «Le problème de la classification des traités et le projet de Convention établi par la Commission du droit international des Nations Unies».

<sup>145</sup> Cf. las consecuencias del asunto *Belilos* (nota 138 *supra*). Véase en particular Redgwell, *loc. cit.*, págs. 267 y 268.

c) Con este fin, el Relator Especial se propone, si la Comisión está de acuerdo, emprender un estudio sistemático de la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales. Ahora bien, no se excluye que este estudio resulte decepcionante. Un primer examen superficial parece indicar que esta práctica es relativamente rara y revela, a primera vista, incertidumbres;

d) Por lo demás, el debate dista mucho de ser puramente doctrinal y, cualesquiera que sean las incertidumbres de la práctica o a causa de ellas, estas cuestiones preocupan a los Estados y a las organizaciones internacionales en cuanto depositarios<sup>127</sup>. Así, por ejemplo, muy recientemente, el Comité de Asesores Jurídicos sobre el Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, reunido en Estrasburgo en marzo de 1995, ha abordado la cuestión de las reservas a los tratados multilaterales. Los debates, introducidos por un documento de trabajo austríaco, de nuevo han girado esencialmente en torno de la cuestión de la licitud de las reservas y de los efectos de una reserva ilícita<sup>146</sup>.

## 2. EL RÉGIMEN DE LAS OBJECIONES A LAS RESERVAS (OPONIBILIDAD DE LAS RESERVAS)

115. Las controversias doctrinales de las que se ha tratado más arriba (párr. 114) tienen repercusiones importantes en el régimen de las objeciones a las reservas. Sin duda, no resulta exagerado decir que, para los defensores de la tesis de la oponibilidad (véase párr. 102 *supra*), las respuestas a las preguntas referentes a la licitud de las reservas (véase párr. 112 *supra*), que son totalmente subjetivas, se hallan en las disposiciones del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986:

La validez de una reserva depende, según el sistema de la Convención, de que sea o no sea aceptada por otro Estado, y no del cumplimiento de la condición relativa a la admisión de la reserva basada en la compatibilidad de ésta con el objeto y la finalidad del tratado<sup>147</sup>.

En cambio, los partidarios de la tesis de la «admisibilidad» dan por sentado que una reserva ilícita no puede oponerse a los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes; por ende,

El problema de la «oponibilidad» es la cuestión secundaria y presupone que la reserva es permisible. El que una Parte opte por aceptar la reserva, oponerse a la reserva u oponerse tanto a la reserva como a la entrada en vigor del tratado entre el Estado autor de la reserva y el Estado que hace la objeción es una decisión política y, como tal, no está sujeta a los criterios que rigen la permisibilidad ni tampoco a fiscalización judicial<sup>148</sup>.

116. Sea cual fuere el fundamento (o la ausencia de fundamento) de cada una de esas tesis, lo cierto es que esas contraposiciones traducen el malestar de la doctrina, malestar que parece compartido por los representantes de los Estados (véase en particular párr. 114, inc. *d*, *supra*)

<sup>146</sup> Al término de la reunión, el Comité convino en que la Secretaría del Consejo de Europa transmitiera el documento de trabajo austríaco, así como un ejemplar del informe de la reunión, al Relator Especial de la CDI, señalando al propio tiempo que el CAHDI tenía un vivo interés por la cuestión y estaba dispuesto a contribuir a su estudio [CAHDI (95)5, 18 de abril de 1995, párr. 34].

<sup>147</sup> Ruda, *loc. cit.*, pág. 190.

<sup>148</sup> Bowett, «Reservations...», pág. 88.

en cuanto al régimen de la aceptación de las reservas y de las objeciones a las reservas instituido por los artículos 20 y 21 de la Convención de Viena de 1969 y recogido en la de 1986, del que lo menos que puede decirse es que, efectivamente, carece de claridad.

117. Un primer problema<sup>149</sup> consiste en saber si, a la libertad, en principio, de formular reservas (véanse párrs. 38, 53 y 106 *supra*) corresponde una libertad equivalente de hacer objeciones a las reservas. Pese a que pueden encontrarse, en sus respectivos textos, argumentos en uno u otro sentido, las Convenciones de Viena no contienen ningún precepto sobre este punto y dejan la puerta abierta a las tesis más extremas. Se puede sostener, por ejemplo, que la objeción sólo es posible respecto de una reserva ilícita —es decir, que el Estado que objeta debe guiarse por la misma norma que el Estado que formula la reserva: la necesidad de preservar el objeto y la finalidad del tratado—, o, inversamente, que sólo una reserva lícita es susceptible de objeción puesto que, en principio, la reserva ilícita sería nula. La cuestión de la libertad de las objeciones parece tanto más difícil de zanjar cuanto que la práctica resulta de escasa utilidad porque, en general, los Estados se abstienen de justificar sus reservas o, cuando lo hacen, ofrecen motivos de naturaleza muy vaga y de difícil interpretación<sup>150</sup>. Por lo demás, cabe preguntarse si los Estados no tienen la obligación —o no deberían tener la obligación— de justificar sus objeciones<sup>151</sup>.

118. Una vez formulada la objeción se plantea la cuestión de saber cuál es su efecto. Para no prejuzgar de la respuesta que haya de darse a la cuestión precedente —lo cual es muy de desear en esta fase preliminar—, es preciso, también en este caso, distinguir entre las objeciones a las reservas *lícitas*, por una parte, y a las reservas *ilícitas*, por otra.

119. La Convención de Viena de 1969 no hace tal distinción y se limita a disponer que «la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria»<sup>152</sup>. En este caso, «las disposiciones a que se refiera [la reserva] no se aplicarán entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva»<sup>153</sup>.

120. Cabe preguntarse, sin embargo, si estas reglas pueden y deben aplicarse cuando la reserva es ilícita —es decir, contraria a las disposiciones del tratado relativas a las reservas o incompatible con su objeto y finalidad. En

otras palabras, ¿puede la objeción tener el resultado paradójico de «cubrir» la ilicitud y surtir en definitiva, con la única excepción de las disposiciones excluidas por la reserva, el mismo efecto que la aceptación, es decir convertir al Estado autor de la reserva en parte en el tratado respecto del Estado que formula la objeción? Ello equivale a conferir a la objeción un valor comparable únicamente al de una declaración interpretativa en el mejor de los casos<sup>154</sup>.

121. Independientemente de que la objeción se haga a una reserva lícita o a una reserva ilícita, se plantea además la cuestión de saber si el sistema del todo o nada que parece desprenderse de las disposiciones antes citadas (párr. 119 *supra*) debe aplicarse de manera rígida o si, en aras del principio según el cual «quien puede más puede menos», el Estado autor de la objeción podría admitir la vigencia, entre él mismo y el Estado autor de la reserva, únicamente de las partes del tratado designadas por él. Tal solución plantearía, por lo demás, una cuestión suplementaria: ¿estaría obligado el autor de la reserva a acatar la voluntad del autor de la objeción o podría, a su vez, hacer una «objeción a la objeción» o negarse a considerar que el Tratado está en vigor con ese Estado?

122. Estos interrogantes no son puras especulaciones y se han podido observar «en la práctica del derecho de los tratados algunos intentos, por parte de los Estados que hacen objeciones, de conferir a éstas ciertos efectos que no son equivalentes a los que corresponden a la aceptación de las reservas»<sup>155</sup>, pero sin llegar a excluir la entrada en vigor del conjunto del tratado respecto del Estado autor de la reserva. Estas prácticas, que parecen aún vacilantes, pueden hallar fundamento convencional en la expresión empleada en el párrafo 3 del artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que dispone que «las disposiciones a que se refiera [la reserva] no se aplicarán [...] en la medida determinada por la reserva\*».

Sin embargo, no siempre es fácil determinar esa «medida» y han surgido problemas difíciles a este respecto, en especial en el caso de las objeciones hechas por Suecia y otros Estados a las reservas de Siria y de Túnez a la propia Convención de Viena de 1969<sup>156</sup>. Una vez más podría resultar útil, en este caso también, precisar el sentido de la expresión «en la medida determinada por la reserva» a la luz de la práctica seguida por los Estados.

<sup>149</sup> Que las escuelas de la admisibilidad y de la oponibilidad resuelven de manera enteramente opuesta.

<sup>150</sup> Véase Redgwell, *loc. cit.*, págs. 275 y ss., o Zemanek, *op. cit.*, pág. 334.

<sup>151</sup> Véase Bowett, «Reservations...», pág. 75.

<sup>152</sup> Art. 20, párr. 4, apdo. b. El apartado c del párrafo 4 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1986 se enuncia en los mismos términos, salvo la referencia a las organizaciones contratantes.

<sup>153</sup> Convención de Viena de 1969, art. 21, párr. 3.

<sup>154</sup> Véase Reuter, *op. cit.*, pág. 75. En el mismo sentido, además de la decisión de 30 de junio de 1977 en el asunto de la *Délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française* (asunto de las *Channel Islands*) [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (n.º de venta: E/F.80.V.7), págs. 130 y ss.], véanse Koh, *loc. cit.*, págs. 102 y 103; Nisot, «Les réserves aux traités et la Convention de Vienne du 23 mai 1969», pág. 203; Ruda, *loc. cit.*, pág. 199; Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, págs. 76 y 77; y Zemanek, *op. cit.*, págs. 332 y 333.

<sup>155</sup> Gaja, *op. cit.*, pág. 327. Véase también Edwards Jr., «Reservations to treaties», págs. 399 y 400, o Zemanek, *op. cit.*, págs. 332 y 333.

<sup>156</sup> Véase De Visscher, «Une réserve de la République arabe de Syrie à la Convention de Vienne (1969) sur les traités». Véanse también Edwards Jr., *loc. cit.*, pág. 400; Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux...*, pág. 265, y Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 77.

123. Por lo demás, el problema no se plantea solamente en lo que se refiere a las objeciones a las reservas. En efecto, en el párrafo 1 del artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se emplea la misma expresión respecto del efecto jurídico de la propia reserva (lo cual quiere decir que también es aplicable a las reservas aceptadas).

124. Si bien no pueden pasarse totalmente por alto las consideraciones doctrinales que alumbran (u oscurecen) los problemas abordados en la presente sección, conviene, desde luego, no dejarse «impresionar» por ese trasfondo. Sin pretender poner fin a las controversias, las exposiciones que anteceden sólo tenían por objeto poner de relieve las ambigüedades de las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 en materia de reservas y deslindar las principales cuestiones que se plantean. Para recapitular, las enunciamos a continuación:

a) ¿Cuál es el sentido exacto de la expresión «compatibilidad con el objeto y la finalidad del tratado»?

b) ¿Cuándo debe considerarse que una convención es un tratado multilateral restringido (art. 20, párr. 2)?

c) ¿Es nula intrínsecamente una reserva ilícita y entraña su nulidad (o no) la de la expresión del consentimiento del Estado (o de la organización internacional) en obligarse?

d) ¿Es nula la reserva ilícita independientemente de las objeciones que puedan hacerse?

e) ¿Pueden los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes aceptar una reserva ilícita?

f) ¿Cuáles son los efectos de tal aceptación?

g) Si la ilicitud de una reserva ha sido comprobada (¿por quién?), ¿puede el Estado autor de la reserva sustituirla por otra o retirarse del tratado?

h) ¿Están los Estados contratantes en libertad de formular objeciones independientemente de la ilicitud de las reservas?

i) ¿Deben o deberían esos Estados indicar los motivos de sus objeciones?

j) ¿Cuáles son, exactamente, los efectos de una objeción a una reserva lícita?

k) De la misma forma, ¿cuáles son los efectos de una objeción a una reserva ilícita?

l) ¿En qué difieren esos efectos de los de una aceptación de la reserva cuando el Estado autor de la objeción no expresa claramente su intención de hacer que el tratado no entre en vigor entre él mismo y el Estado autor de la reserva?

m) En tal caso, ¿puede el Estado autor de la objeción excluir la aplicabilidad de otras disposiciones del tratado, distintas de aquellas a las que se refiere la reserva?

n) ¿Tiene el Estado autor de la reserva la obligación de aceptar tales exclusiones?

o) Por último, ¿cuál es el sentido exacto de la expresión «en la medida determinada por la reserva»?

125. Esta lista de cuestiones, que se desprenden tanto del examen superficial de la práctica como del análisis de las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, no es, ni mucho menos, exhaustiva; por otra parte, algunas de esas cuestiones están estrechamente vinculadas unas con otras y se superponen en gran medida, mientras que otras son más autónomas; por fin, las soluciones que hayan de dárseles son indudablemente de dificultad desigual, y si bien algunas son casi evidentes, otras parecen, a primera vista, casi imposibles de formular si se abordan sin ideas preconcebidas. Sea como fuere, el caso es que esa lista da una idea de la amplitud de los problemas suscitados por las ambigüedades del texto del «tratado de los tratados». A ellos se añaden los que no se abordaron en 1969 y 1986, los más importantes de los cuales se enumeran en la sección siguiente de manera mucho más sucinta.

### B.—Lagunas en las disposiciones relativas a las reservas en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados

126. Las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 dejan en la sombra algunos problemas de naturaleza general. Además, pasan por alto algunas dificultades particulares relacionadas con la finalidad concreta de algunos tratados y hacen caso omiso de las que son resultado de ciertas técnicas convencionales. Finalmente, la Convención de Viena de 1978 deja en pie algunos problemas que pueden surgir en materia de reservas en el caso de la sucesión de Estados.

#### 1. ALGUNAS LAGUNAS DE ALCANCE GENERAL

##### a) *Reservas a los tratados bilaterales y declaraciones interpretativas*

127. La definición de reserva, que es la misma en las Convenciones de Viena de 1969 (art. 2, párr. 1, apdo. d), de 1978 (art. 2, párr. 1, apdo. j) y de 1986 (art. 2, párr. 1, apdo. d), por satisfactoria que pueda resultar, incurre en omisiones generadoras de incertidumbres a menudo muy molestas. El primer punto que queda sin aclarar, aunque resulte más perturbador en la teoría que importante en la práctica, se refiere a la posibilidad de formular reservas a tratados bilaterales. El hecho es que el problema se plantea en razón de la modificación introducida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados en el título de la sección II de la segunda parte de la Convención de Viena de 1969 («Reservas» en lugar de «Reservas a los tratados multilaterales»); de la ambigüedad de los trabajos preparatorios<sup>157</sup> y de la opinión de algunos autores que aceptan que «las reservas puedan operar en teoría» respecto de los tratados bilaterales<sup>158</sup>.

<sup>157</sup> Véase Edwards Jr., *loc. cit.*, págs. 402 a 405.

<sup>158</sup> Véase el cuarto informe del Relator Especial, Sr. Paul Reuter (nota 101 *supra*), pág. 38, comentario general de la sección 2 del proyecto de artículos, párr. 1.

128. De mucho mayor interés práctico es la distinción entre las reservas y las declaraciones interpretativas, a las que los Estados parecen recurrir con una frecuencia cada vez mayor y respecto de las cuales no se pronuncian las convenciones<sup>159</sup>.

129. La conclusión que cabe sacar de fallos recientes es que, desechando toda actitud nominalista, la declaración interpretativa debe considerarse como una verdadera reserva si reúne los requisitos de la definición que figura en las convenciones. A este respecto se hace referencia a la decisión en el asunto de la *Délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française* (asunto de las *Channel Islands*)<sup>160</sup>; al informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre el asunto *Temeltasch*<sup>161</sup>; a los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Belilos*<sup>162</sup> y *Loizidou c. Turquía*, de 3 de marzo de 1995<sup>163</sup>; y a la decisión de 8 de noviembre de 1989 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en los asuntos *T. K. c. Francia* y *M. K. c. Francia*<sup>164</sup>. Pero esas decisiones también muestran que es en extremo difícil establecer una distinción entre las *qualified interpretative declarations* (declaraciones interpretativas cali-

ficadas) y las *mere interpretative declarations* (simples declaraciones interpretativas)<sup>165</sup>. Además, no está claro cuál pueda ser el efecto jurídico de este último tipo de declaraciones.

b) *Efectos de las reservas sobre la entrada en vigor de un tratado*

130. Es esta una importante cuestión, ampliamente debatida, que ha sido fuente de serias dificultades para el depositario y a la que no se ha dado cumplida respuesta en las convenciones pertinentes. La práctica seguida en esta esfera por el Secretario General en calidad de depositario, que se modificó en 1975<sup>166</sup>, ha sido objeto de una crítica doctrinal más bien severa<sup>167</sup>.

131. Además, en una opinión emitida en 1982, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que un tratado entraba en vigor con respecto a un Estado en la fecha de depósito del instrumento de ratificación o de adhesión, independientemente de que dicho Estado hubiera o no formulado una reserva<sup>168</sup>. Esta posición fue aceptada en algunos círculos<sup>169</sup>, pero otros autores pusieron en duda que fuera compatible con los párrafos 4 y 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986<sup>170</sup>. También hay motivos para preguntar si la solución adoptada por la Corte refleja la naturaleza específica de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en vez de responder a consideraciones de tipo general (véanse párrs. 138 a 142 *infra*).

c) *Problemas no resueltos por la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados*

132. El artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 apenas trata, y mucho menos resuelve, los problemas potenciales relativos a las reservas en el caso de la sucesión de Estados.

133. En primer lugar, debe señalarse que el artículo figura en la parte III de la Convención, que se refiere a «los Estados de reciente independencia». Por consiguiente, se aplica en el caso de la descolonización o disolución de

<sup>159</sup> Véanse, en particular, McRae, «The legal effects of interpretative declarations», y, de manera más general, sobre la definición de las reservas, Gamble Jr., «Reservations to multilateral treaties – a macroscopic view of State practice», págs. 373 a 376, Piper, «Reservations to multilateral treaties The goal of universality», págs. 299 y 300, Ruda, *loc cit*, págs. 103 a 108, Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, págs. 51 a 54, o Tomuschat, *loc cit*, págs. 464 a 466

<sup>160</sup> Véanse decisión (nota 154 *supra*), pág. 175, y comentarios de Bowett, «The arbitration between the United Kingdom and France concerning the continental shelf boundary in the English Channel and south-western approaches», Boyle, «The law of treaties and the Anglo-French continental shelf arbitration», Brown, «The Anglo-French Continental Case», Imbert, «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», Quenecdec, «L'affaire de la délimitation du plateau continental entre la France et le Royaume-Uni», F. Rigaldies, «L'affaire de la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», y Zoller, «L'affaire de la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord Decision du 30 juin 1977».

<sup>161</sup> Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Decisiones e informes*, petición n.º 9116/80, *Temeltasch c. Suza*, vol. 31, Estrasburgo, abril de 1983, págs. 120 a 136. Véanse comentarios de Cohen-Jonathan y Jacqué, «Activités de la Commission européenne des droits de l'homme», págs. 524 a 530; Imbert, «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (affaire *Temeltasch*)».

<sup>162</sup> Asunto *Belilos* (nota 138 *supra*). Véanse los comentarios de Cameron y Horn, «Reservations to the European Convention on Human Rights the *Belilos* case», Cohen-Jonathan, «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988)», Bourguignon, «The *Belilos* case: New light on reservations to multilateral treaties», y Marks, «Reservations unlinked. the *Belilos* case before the European Court of Human Rights».

<sup>163</sup> Véase nota 138 *supra*.

<sup>164</sup> Comunicaciones N.ºs 220/1987 y 222/1987 (decisiones adoptadas el 8 de noviembre de 1989) [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N.º 40 (A45/40)*, vol. II, págs. 130 a 154, especialmente págs. 131 y 132, párr. 8.6]. Véase comentario de Cohen-Jonathan, «Note sur les décisions et constatations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies relatives à la France (1989)».

<sup>165</sup> McRae, *loc cit*, pág. 160. Particularmente interesante a este respecto es la práctica de la OIT respecto de las declaraciones relativas a los convenios internacionales del trabajo, que excluyen toda reserva

<sup>166</sup> Véase el *Repertorio de la práctica seguida por los órganos de las Naciones Unidas, Suplemento N.º 5*, vol. V, que abarca el período comprendido entre el 1.º de febrero de 1970 y el 31 de diciembre de 1978, art. 102

<sup>167</sup> Véase Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, págs. 277 a 282 y «A l'occasion de l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités – Réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de depositaire», véase también Han, «The UN Secretary-General's treaty depositary function Legal implications»

<sup>168</sup> Opinión consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fallos y Opiniones*, serie A, N.º 2; véanse también *International Law Reports*, vol. 67, 1984, págs. 559 a 571, *International Legal Materials*, vol. XXII, n.º 1, enero de 1983, págs. 37 a 50

<sup>169</sup> Véase Rosenne, *op cit*, págs. 435 y 436

<sup>170</sup> Véase, por ejemplo, Edwards Jr., *loc cit*, págs. 401 y 402, o Gaja, *op cit*, págs. 321 y 322.

Estados, mientras que la cuestión de las normas aplicables a la sucesión de un Estado con respecto de una parte de un territorio, la unión de un Estado o la separación de un Estado se pasa totalmente por alto. Es cierto que, en el primer caso, «los tratados del Estado predecesor dejarán de estar en vigor respecto del territorio al que se refiere la sucesión de Estados desde la fecha de la sucesión de Estados» (art. 15, párr. *a*). También es cierto que la extensión de los tratados del Estado sucesor al territorio (art. 15, párr. *b*) parece implicar necesariamente la extensión automática de las reservas correspondientes. Con todo, los problemas con respecto a los «Estados de reciente independencia formados por dos o más territorios» siguen en pie; por supuesto, partiendo de esta premisa, los artículos 16 a 20 (y, por lo tanto, el artículo 20) se aplican en principio de conformidad con el párrafo 1 del artículo 30; pero cabe preguntarse qué sucede si el nuevo Estado no denuncia ninguna reserva incompatible en el momento en que se notifica la sucesión. El mismo problema se presenta en el caso de la unión de Estados, situación respecto de la cual la Convención no contiene disposiciones aplicables relativas a las reservas.

134. En segundo lugar, mientras que el párrafo 1 del artículo 20 prevé la posible formulación de nuevas reservas por el nuevo Estado, y aunque el efecto del párrafo 3 es que un tercer Estado puede formular objeciones en tal caso, no se estipula si este último puede objetar a las reservas que se mantienen; lo que, no obstante, puede parecer lógico si se reconoce que, al mantener una reserva anterior, el nuevo Estado está ejerciendo un derecho inherente y no actúa como si ejerciera los derechos del Estado predecesor<sup>171</sup>.

135. Por último, y ello constituye una grave laguna, en el artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 no se hace referencia alguna a la sucesión en relación con las objeciones a las reservas —aunque las propuestas iniciales de sir Humphrey Waldock trataban de este punto— sin que estén claras las razones de esta omisión<sup>172</sup>.

## 2. PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL OBJETO ESPECÍFICO DE CIERTOS TRATADOS O DE CIERTAS DISPOSICIONES

136. Debido a su carácter general, es comprensible que las principales convenciones de codificación no se ocupen de los problemas especiales derivados del objeto y naturaleza específicos de algunas categorías de tratados. Sin embargo, esos problemas se plantean con mucha frecuencia en algunas esferas, sobre todo en relación con los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, los tratados relativos a los derechos humanos y, de manera más general, los que establecen directamente derechos individuales y los propios tratados de codificación (o las disposiciones específicas de la misma índole).

<sup>171</sup> Véase Marcoff, *Accession à l'indépendance et succession d'États aux traités internationaux*, págs. 345 y 346.

<sup>172</sup> Véase Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux...*, págs. 318 a 322.

### *a) Reservas a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales*

137. Aunque las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 no guardan totalmente silencio sobre esta cuestión, el párrafo 3 del artículo 20 dista mucho de resolver todos los problemas que pueden plantearse a este respecto y que, de hecho, se plantean:

*a)* El concepto mismo de instrumento constitutivo no es un concepto inequívoco y cabe preguntarse si la norma establecida en el párrafo 3 del artículo 20 se aplica a las disposiciones normativas que puedan incluir esos tratados;

*b)* ¿Incluye esta regla las declaraciones interpretativas y, en caso afirmativo, quién determina su naturaleza exacta (véanse párrs. 128 y 129 *supra*)?

*c)* ¿Cuál es el órgano competente para aceptar este tipo de reservas?

*d)* ¿Cuál es el alcance exacto de esa aceptación? En particular, ¿quedan los demás Estados miembros vinculados por ella y no pueden, por lo tanto, formular objeciones a la reserva<sup>173</sup>?

### *b) Reservas a los tratados de derechos humanos*

138. Pese a su extrema flexibilidad, el régimen general de las reservas está impregnado de la idea de la reciprocidad<sup>174</sup>, que es difícil trasladar a la esfera de los derechos humanos o a cualquier otra esfera<sup>175</sup>. Dado que los tratados concertados en esta esfera están concebidos para aplicarse sin discriminación a todos los seres humanos, no se prestan a reservas ni objeciones y, en particular, el Estado que formule una objeción no puede quedar eximido de las obligaciones que le impone el tratado con respecto a los ciudadanos del Estado que formule la reserva.

139. De este modo, en el párrafo 17 de su observación general n.º 24 (1994)<sup>176</sup>, el Comité de Derechos Humanos considera que los instrumentos de derechos humanos «y concretamente el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] no [es] una red de intercambios de obligaciones entre los Estados. Se refieren a la otorgación de derechos a las personas. No ha lugar al principio de la reciprocidad entre los Estados». Por otro lado, «la aplicación de las normas clásicas sobre las reservas es [tan] inadecuada»<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> Sobre todos estos puntos, véanse, en especial: Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux...*, págs. 120 a 134, y Mendelson, «Reservations to the constitutions of international organisations».

<sup>174</sup> Véase el asunto *Certains emprunts norvégiens*, fallo de 6 de julio de 1957, *C.I.J. Recueil 1957*, pág. 24.

<sup>175</sup> Véase Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux...*, págs. 250 y 260.

<sup>176</sup> Véase nota 138 *supra*.

<sup>177</sup> Sin embargo, se han emitido dudas sobre si estas particularidades justifican un régimen jurídico especial para las reservas a los tratados de derechos humanos (véase Schmidt, «Reservations to United Nations human rights treaties – The case of the two Covenants»; véase también

140. Los tratados de derechos humanos, más que cualquier otro tipo de tratados, incluyen mecanismos de vigilancia, y se plantea la cuestión de si esos órganos son competentes para evaluar la validez de las reservas. La Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han reconocido su propia competencia debido precisamente a la creación de «obligaciones objetivas» por la Convención Europea de Derechos Humanos, celebrada en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>178</sup>. Asimismo, en su observación general n.º 4 (1994), el Comité de Derechos Humanos estima que ha de ser él por necesidad quien decida si una determinada reserva es compatible con el objeto y fin del Pacto, de un lado porque es una tarea inadecuada para los Estados Partes al tratarse de instrumentos de derechos humanos, y, de otro, porque el Comité no puede eludir esta tarea en el desempeño de sus funciones<sup>176</sup>.

141. Esto plantea un tercer problema, a saber ¿qué efecto surte una reserva que ha sido declarada inválida sobre la participación en el tratado del Estado que ha formulado la reserva? En el asunto *Belilos*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el Estado autor de la reserva seguía siendo, sin lugar a dudas, parte en la Convención<sup>179</sup>.

142. El carácter específico de los problemas que plantean las reservas a los tratados de derechos humanos y cuestiones humanitarias se manifiesta también en las disposiciones de las convenciones, que a menudo han sido objeto de comentarios doctrinales. Existe una literatura muy abundante y a menudo muy bien documentada sobre esta cuestión, que es imposible comentar en la presente fase, pero que será de muy gran utilidad para los trabajos futuros de la CDI, tanto en lo que respecta a los problemas específicos que plantean las reservas a los tratados de derechos humanos —noción que tampoco es muy precisa en sí— como al régimen jurídico de las reservas<sup>180</sup>.

---

las observaciones hechas por el delegado del Reino Unido en la reunión del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público, celebrada los días 21 y 22 de marzo de 1995 (informe de la reunión del Consejo de Europa [nota 146 *supra*], párr. 31).

<sup>178</sup> Véanse el informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Temeltasch* (nota 161 *supra*), párrs. 63 a 65, y, aunque de manera menos clara, los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Belilos* (notas 138 y 162 *supra*), párr. 50, y *Weber* (nota 138 *supra*), párr. 37, y sobre todo el fallo más reciente dictado en el caso *Loizidou* (ibid.).

<sup>179</sup> Ibid. En lo que respecta al ulterior desarrollo del caso, véase Flauss, «Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6, § 1». Véase también el fallo dictado en el caso *Loizidou* (nota 138 *supra*) y el informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos concerniente al caso *Chrysostomos* et al. (ibid.).

<sup>180</sup> Véanse, en particular: Blay y Tsamenyi, «Reservations and declarations under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees»; Bonifazi, «La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo»; Cassese, «A new reservations clause (Article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)» (véanse también «Una nuova sulle riserve»; y «Su alcune "riserve" alla Convenzione sui diritti politici della donna», 1968, págs. 294 a 314; Clark, «The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women», págs. 281 a 321; Coccia, «Reservations

### c) Reservas a las disposiciones que codifican normas consuetudinarias

143. Es curioso que las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 no traten de la cuestión de las reservas a las convenciones o, más exactamente, de las cláusulas de codificación.

144. Cabe mantener dos tesis contrarias a este respecto. Es evidente que una reserva no puede surtir efectos para los Estados que no sean partes en el tratado de codificación respecto de los cuales el Estado que haya formulado la reserva continúa vinculado por la norma consuetudinaria. Cabe considerar que lo mismo ocurre *a fortiori* en lo que respecta a los Estados signatarios del tratado y en este sentido se ha interpretado en general el fallo de la CIJ de 20 de febrero de 1969 en el caso *Plateau continental de la mer du Nord (República Federal de Alemania c. Dinamarca; República Federal de Alemania c. Países Bajos)*<sup>181</sup>. Se ha hecho observar, sin embargo, que esta norma —que vendría a sumarse a los criterios de invalidez de las reservas enunciados en el artículo 19— era discutible con respecto a la intención de las partes en la Convención<sup>182</sup> y creaba una confusión lamentable entre *jus cogens* y *jus dispositivum*<sup>183</sup>.

### 3. PROBLEMAS DERIVADOS DE ALGUNAS TÉCNICAS CONVENCIONALES ESPECÍFICAS

145. Al haberse tenido que mantener a un nivel bastante general, los redactores de la Convención de Viena de 1969 no pudieron tener en cuenta ciertas técnicas convencionales específicas, algunas de las cuales se han desarrollado, por otra parte, después de 1969. Bastará con citar dos ejemplos.

#### a) Reservas y protocolos adicionales

146. Cuando un protocolo adicional complementa una convención ya existente, puede ocurrir que uno de esos instrumentos contenga una cláusula de reservas y no así el otro o bien que ambos contengan dichas cláusulas,

---

to multilateral treaties on human rights»; Colella, «Les réserves à la Convention de Genève (28 juillet 1951) et au Protocole de New York (31 janvier 1967) sur le statut des réfugiés»; Cook, «Reservations to the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women»; Frowein, «Reservations to the European Convention on Human Rights»; Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme»; Macdonald, «Reservations Under the European Convention on Human Rights»; Marcus-Helmons, «L'article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme»; Pilloud, «Les réserves aux Conventions de Genève de 1949»; Ruiz Moreno, «Reservations to Treaties Relating to Human Rights» (el debate en la 54.ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional figura en *Report of the Fifty-fourth Conference held at The Hague, August 23rd to August 29th, 1970*, págs. 596 a 625F; las resoluciones figuran en ibid., págs. xiv y xv); Schabas, *loc. cit.*; Schmidt, *op. cit.*; Shelton, «State practice on reservations to human rights treaties», págs. 206 a 234. Véanse también los comentarios citados *supra* (notas 161, 162 y 163).

<sup>181</sup> *C.I.J. Recueil 1969*, págs. 3 y ss., en particular págs. 38 y 39, párr. 63.

<sup>182</sup> Reuter, *op. cit.*, pág. 82.

<sup>183</sup> Sobre este difícil problema, véase, en especial, Teboul, «Remarques sur les réserves aux conventions de codification». Véase también el párrafo 8 de la observación general n.º 24 (1994) del Comité de Derechos Humanos (nota 138 *supra*), así como Schabas, *loc. cit.*

pero que sean incompatibles entre sí. Esta situación es relativamente rara, pero no deja de producirse<sup>184</sup>, y plantea problemas muy complejos<sup>185</sup>. Además, al ratificar un protocolo (o al aceptar una cláusula facultativa), un Estado puede tener la tentación de introducir una reserva tardía al tratado básico<sup>186</sup>.

b) *Las reservas y la técnica de bilateralización*

147. Mediante este procedimiento, utilizado con mucha frecuencia en las convenciones de derecho internacional privado, los Estados partes pueden elegir a sus asociados e incluso establecer entre ellos regímenes derogatorios. Esta técnica, poco utilizada anteriormente<sup>187</sup>, se ha desarrollado sobre todo a partir del decenio de 1970. Cabe referirse a los artículos 21 y 23 de la Convención de La Haya sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales extranjeras en materia civil y comercial, o al artículo 34 de la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías. Este procedimiento flexible parece «competir» con la técnica de las reservas, pero plantea también problemas específicos en relación con las reservas *stricto sensu* que pueden formularse a esas convenciones<sup>188</sup>.

148. La evolución que acaba de exponerse no requiere, en la presente fase, conclusiones específicas. Su objetivo no era el de esbozar soluciones a los problemas que plantean las lagunas de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 ó 1986, sino simplemente advertir que se plantean esos problemas. Aunque su enumeración deje, por supuesto, de ser exhaustiva y que su dificultad e importancia sean desiguales, los principales problemas que se han reseñado son los siguientes:

a) ¿Es legítimo hablar de reservas a un tratado bilateral?

b) En caso afirmativo, ¿están sometidas esas reservas a un régimen jurídico específico?

c) ¿En qué se diferencia una declaración interpretativa de una reserva?

d) ¿Está sometida la declaración interpretativa que responda, de hecho, a la definición de las reservas a las normas jurídicas aplicables a éstas?

e) ¿Cuáles son los efectos jurídicos de una «verdadera» declaración interpretativa?

<sup>184</sup> Véanse la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 42, párr. 1) y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (art. VII) o la Convención Única sobre estupefacientes (arts. 49 y 50) y el Protocolo de Modificación de la Convención Única (art. 21).

<sup>185</sup> Véase Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux...*, págs. 213 y 214, o Colella, *loc. cit.*, págs. 451 y 452.

<sup>186</sup> Véanse Cohen-Jonathan, «Note sur les décisions...»; Cohen-Jonathan y Jacqué, «Activités de la Commission européenne des droits de l'homme», págs. 562 a 565; o Zanghi, «La déclaration de la Turquie relative à l'art. 25 de la Convention européenne des droits de l'homme».

<sup>187</sup> Véase el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, de 1947.

<sup>188</sup> Véanse al respecto, Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux...*, págs. 199 a 201; y, en especial, Majoros, «Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye».

f) Y, de modo más general, ¿a qué régimen jurídico están sometidas las declaraciones de ese tipo?

g) ¿La formulación de una reserva a un tratado que todavía no ha entrado en vigor tiene consecuencias sobre la entrada en vigor cuando el tratado subordina ésta a la expresión del consentimiento a quedar vinculado por un número mínimo de Estados o de organizaciones internacionales?

h) ¿Qué régimen jurídico se aplica a las reservas cuando una sucesión de Estados se traduce en la creación de un Estado de reciente independencia constituido por dos o más territorios o en caso de unificación de Estados?

i) ¿Pueden los Estados contratantes formular una objeción al mantenimiento de una reserva del Estado predecesor por el Estado sucesor, sobre todo cuando la reserva les parezca incompatible con una reserva introducida recientemente por el Estado sucesor?

j) ¿Cuál es el régimen o regímenes jurídicos aplicables a las objeciones a las reservas en el marco de la sucesión de Estados, cualquiera que sea su forma?

k) ¿El objeto específico de algunos tratados o de algunas disposiciones convencionales debería llevar a suavizar las reglas aplicables a la formulación y a los efectos de las reservas y de las objeciones?

l) Con independencia de las indicaciones de carácter muy general que proporciona el párrafo 3 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, ¿qué reglas se aplican a las reservas a los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales?<sup>189</sup>

m) ¿Las normas sobre las reservas están adaptadas a los instrumentos internacionales de derechos humanos?

n) De no ser así, ¿qué modificaciones debería introducirse en ellas para tener en cuenta las particularidades de esos instrumentos?

o) ¿Es admisible una reserva a una disposición que codifique una norma consuetudinaria de derecho internacional?

p) En caso afirmativo, ¿cuáles serían los efectos de tal reserva?

q) De no ser así, ¿cómo distinguir entre una reserva a una regla de codificación de una reserva a una norma imperativa de derecho general internacional?

149. A esta lista, ya larga, aunque incompleta, de cuestiones no abordadas en las Convenciones de Viena, se añaden otras que derivan de la existencia de lo que cabría denominar instituciones «concurrentes» de las reservas que tratan de cualificar la participación en los tratados, pero que, al igual que ellas, ponen en peligro la universalidad de las convenciones correspondientes (protocolos adicionales, bilateralización, derecho a la aceptación selectiva de determinadas disposiciones, etc.).

<sup>189</sup> Véanse a este respecto las cuestiones más precisas formuladas en párr. 137 *supra*.

## CAPÍTULO III

## El alcance y la forma de los trabajos futuros de la Comisión

150. El tema del presente informe se titula «El derecho y la práctica en materia de reservas a los tratados». Como indicó el Relator Especial en el esquema elaborado en 1993<sup>190</sup>, este título parece bastante académico. Además, parece dejar entender la existencia de una oposición entre «el derecho», por una parte, y «la práctica», por la otra. Es cierto que, a primera vista, algunas prácticas parecen difícilmente compatibles con las normas enunciadas en las tres Convenciones de Viena pertinentes (véase párr. 159 *infra*), pero sería inoportuno oponer así el derecho a la práctica. Ésta enriquece y desarrolla aquél y forma parte, por la misma razón que las normas convencionales, del «panorama jurídico» que la Comisión debe examinar en todos sus aspectos; uno de los grandes méritos de las «normas de Viena» relativas a las reservas es, por lo demás, el de su flexibilidad, que ofrece la ventaja de permitir al derecho adaptarse a las necesidades de los Estados y de las organizaciones internacionales (véase párr. 166 *infra*).

151. Por estas diversas razones, la Comisión tal vez considere razonable mantener un título lo más neutro y amplio posible, que no prejuzgue el resultado de los trabajos, y proponer una modificación en este sentido en la Asamblea General, aunque el título se precise o modifique a continuación si parece oportuno limitar el ámbito del tema. Ese título podría ser: «Las reservas a los tratados».

152. En todo caso, dentro de este espíritu de neutralidad y con el propósito de no prejuzgar ni la forma ni el contenido de los trabajos de la Comisión, se ha redactado el presente informe y se han formulado las sugerencias metodológicas que figuran a continuación. Éstas se refieren sucesivamente a los problemas planteados por la existencia de instrumentos anteriores que regulan parcialmente la materia y cuyo acervo jurídico conviene preservar y las formas que podrían adoptar los trabajos de la Comisión sobre el tema.

## A.—La preservación del acervo jurídico

153. No cabe duda de que las disposiciones sobre las reservas de la Convención de Viena de 1969 en el momento de su adopción no constituían una obra de pura codificación. Tales normas pertenecían mucho más al desarrollo progresivo del derecho internacional y culminaban la evolución iniciada con la práctica panamericana desde antes de la segunda guerra mundial, continuada por la opinión consultiva de la CIJ en 1951<sup>191</sup> y consolidada con el giro adoptado en 1962 por el primer informe de sir Humphrey Waldock (véanse párrs. 35 y 46 *supra*) y aceptado por una mayoría de los miembros de la Comisión.

154. Sin embargo, cabe estimar que, con el paso del tiempo, la cuestión de si las normas relativas a las reservas establecidas en la Convención de Viena de 1969 constituyen un aspecto de la codificación o del desarrollo progresivo se ha tornado en gran medida obsoleta. Por una parte, esas disposiciones han consolidado o «cristalizado» anteriores tendencias que estaban bastante avanzadas<sup>192</sup>. Por otra parte, y sobre todo en los más de 26 años transcurridos desde que se abrió a la firma la Convención de Viena, se ha pasado a considerar que las normas relativas a las reservas que figuran en el Tratado son básicamente acertadas y han introducido una certidumbre conveniente<sup>193</sup>.

155. Esta consolidación —con carácter parcial (véanse párrs. 160 y 161 *infra*)— fue propiciada por varios factores. En especial:

a) Las normas reflejaban las condiciones de la sociedad internacional en el momento en que fueron aprobadas;

b) Formaban parte de una tendencia general orientada a hacer de las convenciones multilaterales unos instrumentos más flexibles y abiertos;

c) Además fueron aprobadas casi por unanimidad en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados;

d) Fueron incluidas de nuevo en la Convención de Viena de 1986 (véanse párrs. 88 y 90 *supra*).

156. Por lo demás, estas consideraciones han conducido a los Estados a ajustarse en gran medida a esas disposiciones, hayan ratificado o no la Convención de Viena<sup>194</sup> e incluso si, como Francia, no la han firmado. Aunque el número de litigios en la materia sea menos abundante de lo que cabría prever dadas las incertidumbres del derecho, los árbitros o los jueces que han tenido que conocer de ellos se refieren frecuentemente de manera explícita o implícita a las disposiciones de la Convención<sup>195</sup>, y es

<sup>192</sup> Véase, por ejemplo, Baxter, «Treaties and custom», pág. 48.

<sup>193</sup> Véase Edwards Jr., *loc. cit.*, pág. 365.

<sup>194</sup> Véanse, por ejemplo, en lo que respecta al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, las declaraciones de sir Ian Sinclair («The Vienna Convention on the Law of Treaties: The consequences of participation and nonparticipation», págs. 273 y 274) y, en cuanto a los Estados Unidos de América, las de Sr. Robert E. Dalton («The Vienna Convention on the Law of Treaties: Consequences for the United States», pág. 278). El *Restatement of the Law Third (Foreign Relations Law of the United States)*, vol. 2, St. Paul [Minn.], American Law Institute Publishers, 1987) reproduce en lo esencial las reglas de la Convención de 1969, agregando a ellas algunas precisiones con objeto de responder a las necesidades de la práctica interna de los Estados Unidos. Véase al respecto (en lo que concierne al *Restatement of the Law Second*) Piper, *op. cit.*, pág. 317.

<sup>195</sup> Véase, en particular, la jurisprudencia citada *supra* (notas 160 a 164) o la opinión disidente común de los magistrados Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga y Waldock en el asunto de los *Ensayos nucleares (Australia c. Francia)* (fallos de 20 de diciembre de 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, págs. 312 a 371, en particular pág. 349).

<sup>190</sup> Véase nota 5 *supra*.

<sup>191</sup> Véase nota 10 *supra*.

interesante observar que incluso el Comité de Derechos Humanos, que rechaza el fundamento de las soluciones adoptadas en 1969 en lo que concierne a los instrumentos relativos a los derechos humanos (véase párr. 139 *supra*), toma estas disposiciones como punto de partida y parece considerar que enuncian el derecho internacional común en la materia (ibíd.).

157. Por lo tanto, cabe pensar que, aun cuando la Convención de Viena haya hecho una labor de desarrollo progresivo en materia de reservas, las normas establecidas en el inciso *d* del párrafo 1 del artículo 2 y en los artículos 19 a 23 han adquirido un valor consuetudinario.

158. Sin embargo, sólo cabe mantener esta conclusión con ciertas puntualizaciones. En efecto, las fórmulas jurisprudenciales en que se apoya en parte no están exentas de ambigüedad. Por ejemplo:

a) En el asunto de la *Délimitation du plateau continental entre Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française* (asunto de las *Channel Islands*), en el Tribunal de Arbitraje, se refiere a la definición de reserva del inciso *d* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969, haciendo observar que es aceptada por ambas partes, y parece más bien estar estableciendo una correlación entre las normas de derecho internacional general y las establecidas en el párrafo 3 del artículo 21 de la Convención en vez de adoptar una posición general sobre el valor de la Convención como instrumento de codificación<sup>196</sup>; o

b) En el asunto *Temeltasch*, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que la Convención recoge primordialmente normas que existen en el derecho consuetudinario y tiene esencialmente la naturaleza de un instrumento de codificación<sup>197</sup>.

159. Por lo demás, la práctica de los Estados, o de algunos de ellos, e incluso la de las organizaciones internacionales, en cuanto depositarios, contradice a veces los propios términos de la Convención de Viena de 1969. Así, en un estudio muy circunstanciado, Gaja examina sucesivamente, ofreciendo ejemplos, las prácticas relacionadas con las cuestiones siguientes:

a) Las reservas posteriores a la ratificación<sup>198</sup> (en oposición a las disposiciones del inciso *d* del párrafo 1 del artículo 2 y del artículo 19 de la Convención);

b) El caso omiso que han hecho los Estados de las disposiciones del artículo 19 relativas a las reservas inadmisibles<sup>199</sup>, aunque es cierto que la redacción de esta disposición también resulta ambigua (véanse párrs. 108 y ss. *supra*);

c) La falta de observancia de la condición suspensiva representada por el plazo de un año, contemplado en

el párrafo 5 del artículo 20, antes de que un Estado pueda pasar a ser Parte en la Convención<sup>200</sup>;

d) El efecto de las objeciones a las reservas<sup>201</sup>; aunque, de nuevo en este contexto, las disposiciones del párrafo 4 del artículo 20 parecen encerrar una especial ambigüedad (véanse párrs. 117 y ss. *supra*).

160. Cabe señalar también, y no es más que un ejemplo entre muchos otros, la posición del Secretario General de las Naciones Unidas en lo que concierne al plazo en el que los Estados tienen la posibilidad de formular objeciones a las reservas:

El Secretario General no cree tener autoridad, a falta de nuevas instrucciones de la Asamblea General, para ajustar su práctica a las normas de la Convención de Viena, lo que sería contrario a sus instrucciones actuales<sup>202</sup>.

161. Sea como fuere, la Convención de Viena de 1969 no ha paralizado el derecho. Incluso independientemente de que la Convención deje subsistir numerosas ambigüedades, tenga lagunas sobre puntos a veces muy importantes y no haya podido prever reglas aplicables a problemas que no se planteaban o que apenas se planteaban en el momento de su elaboración (véase cap. II *supra*), su adopción ha constituido el punto de partida de prácticas nuevas que no se han estabilizado o apenas se han estabilizado en el momento actual. Como ha escrito Edwards Jr.:

La Convención de Viena ha introducido un elemento de tranquilidad en el derecho de los tratados. [...] Empero, la Convención de Viena —que tal vez sea el esfuerzo de codificación de mayor éxito jamás emprendido— no ha congelado el derecho. Más bien, las normas de la Convención estructuran su desarrollo futuro<sup>203</sup>.

162. A decir verdad, de las consideraciones precedentes sólo puede sacarse una conclusión evidente: la Convención de Viena de 1969 constituye a la vez el punto de llegada de una evolución iniciada hace mucho tiempo, consistente en facilitar al máximo la participación en las convenciones multilaterales pero preservando su fin y su objeto, y el punto de partida de una práctica multiforme y no siempre coherente que, en conjunto, parece responder más a consideraciones de oportunidad política, derivada de un planteamiento caso por caso, que a convicciones jurídicas firmes.

163. Por tanto, la Comisión se encuentra ante un dilema: o bien reelabora las normas adoptadas en 1969, y confirmadas en 1986 y en 1978, con miras a, en la misma operación, eliminar sus ambigüedades, colmar sus lagunas y darles la coherencia de que a veces parecen carecer; o bien da por aceptadas las normas convencionales y se limita a procurar colmar sus lagunas y, cuando parezca realizable y deseable, eliminar sus ambigüedades pero preservando su flexibilidad y adaptabilidad.

<sup>196</sup> Decisión de 30 de junio de 1977 (véase nota 154 *supra*), párrs. 55 y 61.

<sup>197</sup> Véase nota 161 *supra*.

<sup>198</sup> *Op. cit.*, págs. 310 a 313.

<sup>199</sup> *Ibid.*, págs. 313 a 320.

<sup>200</sup> *Ibid.*, págs. 320 a 324.

<sup>201</sup> *Ibid.*, págs. 324 a 329.

<sup>202</sup> Véase Naciones Unidas, *Anuario jurídico 1975* (n.º de venta: S.77.V.3), pág. 212, *Anuario jurídico 1981* (n.º de venta: S.84.V.1), pág. 170.

<sup>203</sup> *Loc. cit.*, pág. 405.

164. Existen sin duda muy buenos argumentos en favor de la primera opción:

a) Son las consideraciones de orden político las que, en gran medida, han originado las ambigüedades, a menudo cuidadosamente calculadas, de las disposiciones relativas a las reservas contenidas en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 (véanse párrs. 61, 90 y 96 *supra*) e incluso la de 1978; ahora bien, estos obstáculos a un planteamiento más coherente ya no existen, en particular tras la terminación de la descolonización política *stricto sensu* y el fin de la guerra fría;

b) Algunas de las dificultades encontradas derivan de la incompatibilidad existente, al menos según algunos estudiosos, entre las diferentes disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 (por ejemplo, entre el párrafo c del artículo 19 y el párrafo 4 del artículo 20 o el párrafo 3 del artículo 21); estas dificultades sólo podrán superarse si se modifica la redacción de esas disposiciones;

c) Aun cuando esas normas hayan adquirido valor consuetudinario, nada impide modificarlas; y esto es deseable ya que algunas disposiciones son criticables aunque sean claras<sup>204</sup>.

165. Pese al valor de estos argumentos, el Relator Especial se adhiere fundamentalmente a la segunda opción antes expuesta (véase párr. 163 *supra*) que consiste en preservar el acervo jurídico consagrado en las disposiciones existentes. Ciertamente que tal opción no está exenta de inconvenientes; la Comisión deberá en particular avenirse a las incoherencias que puedan existir en las disposiciones actuales y renunciará a encontrar una «solución ideal»; pero como señaló la Comisión ya en 1951, «ninguna regla única de aplicación uniforme puede ser enteramente satisfactoria»<sup>205</sup>, de manera que la búsqueda de tal solución acarrearía inevitablemente un desmenuzamiento de las normas que probablemente sería causa de grandes complicaciones.

166. En cambio, lo que podría muy bien llamarse un «planteamiento modesto»<sup>206</sup> ofrece ciertamente grandes ventajas:

a) La modificación de las disposiciones existentes tropezaría con grandes dificultades técnicas: un Estado Parte en una de las Convenciones vigentes, o que pasara a serlo, podría muy bien negarse a aceptar las enmiendas que pudieran ser adoptadas<sup>207</sup>; de ello resultaría un doble régimen jurídico de las reservas que originaría grandes dificultades, ya que, en el actual estado de su desarrollo,

el derecho internacional no ofrece ningún medio de imponer una uniformación de las normas vigentes;

b) Cabe considerar que las ambigüedades actuales, que son indiscutibles, pueden eliminarse si se precisan las normas existentes, ya que derivan menos de su incoherencia que de su excesivo laconismo; así pues, el esfuerzo de precisión de las disposiciones actuales que podría emprender la Comisión permitiría superar al menos la mayoría de las dificultades con que se ha tropezado;

c) En sus intervenciones ante la Sexta Comisión de la Asamblea General en 1993 y en 1994, los representantes de los Estados, aun aprobando la inclusión del tema de las reservas en el programa de la CDI (véase párr. 4 *supra*), manifestaron su adhesión a las disposiciones existentes<sup>208</sup>; cualesquiera que sean sus defectos, las normas adoptadas en 1969 han demostrado su valor en el sentido de que, por una parte, responden a un objetivo de flexibilidad al que parecen haberse adherido la totalidad de los Estados, y por la otra, aunque su aplicación suscita algunas dificultades, no ha generado diferencias graves y aunque, en el plano de los principios, las posiciones de los protagonistas en algunos casos han seguido siendo contrapuestas, en la práctica siempre se han ajustado.

167. Un estudio frecuentemente citado muestra, por una parte, que la adopción de la Convención de Viena de 1969 no ha acarreado un aumento de la formulación de reservas y, por otra parte, que en conjunto las que se han formulado se refieren a cuestiones relativamente menores<sup>209</sup>. No obstante, hay que señalar que este estudio se publicó en 1980 y que de las estadísticas que facilita se desprende que bastantes de las reservas y de las objeciones analizadas son reservas y objeciones que cabría llamar «de la guerra fría», en el sentido de que una proporción importante de ellas fueron formuladas por Estados de Europa central y oriental y se basaban en motivos ideológicos, por ejemplo el rechazo de las cláusulas de solución de controversias, motivos que explican también en muchos casos las objeciones de los países «occidentales»; por tanto, cabe pensar que la nueva situación diplomática contribuirá a desdramatizar aún más el problema de las reservas. Por los demás, en un marco más limitado esto parece confirmarlo un estudio reciente de Schmidt, dedicado a las reservas al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, quien llega a la conclusión de que «las reservas a los Pactos, contrariamente a lo que podría hacer pensar su gran número, no representan una desviación en masa de las obligaciones de los Estados Partes»<sup>210</sup>.

168. Por tanto, y cualesquiera que sean sus deficiencias, las disposiciones sobre las reservas ya adoptadas, que por

<sup>204</sup> Por ejemplo, la presunción de aplicabilidad del tratado entre el Estado autor de la reserva y el Estado autor de la objeción establecida en el párrafo 3 del artículo 21 de la Convención de Viena de 1969 –así como en la de 1986–, adoptada casi por sorpresa en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (1968-1969), ha sido objeto de críticas severas y numerosas.

<sup>205</sup> Véase nota 19 *supra*.

<sup>206</sup> Sin embargo, esto no equivale a decir que sea la vía fácil, ya que la CDI deberá esforzarse en encontrar soluciones matizadas, compatibles con las disposiciones actuales.

<sup>207</sup> Ya sea como enmiendas formales, ya sea en un Protocolo adicional.

<sup>208</sup> Los debates en el Comité de Asesores Jurídicos sobre el Derecho Internacional Público del Consejo de Europa (véase párr. 114, inc. d, *supra*), de marzo de 1995, parecen también reflejar una opinión mayoritaria en este sentido.

<sup>209</sup> Gambic Jr., *loc. cit.*, *passim*; véase también Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 77.

<sup>210</sup> *Op. cit.*

lo menos han servido de guía a la práctica, han demostrado su utilidad y ciertamente no han agravado la situación en la materia. A reserva de la reacción de la Sexta Comisión, a cuya atención tal vez convendría señalar de manera particular este punto, sería quizá prudente que la CDI decida limitar su tarea a colmar las lagunas y eliminar las ambigüedades de las normas existentes, pero sin tratar de modificarlas.

169. No obstante, la CDI debe tener presente que, adoptando este planteamiento, renunciaría a proponer modificaciones a las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986. Esto podría tener inconvenientes respecto de determinadas categorías de tratados y, en particular, de los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, a propósito de los cuales el Comité de Derechos Humanos recientemente estimó que «la aplicación de las normas clásicas sobre las reservas es inadecuada» (véase *supra* párr. 139). Por otra parte, aunque esta opinión, no compartida unánimemente<sup>211</sup>, merece un estudio más detenido, no es imposible imaginar algunas soluciones. En particular, conviene tener presente que las normas relativas a las reservas que figuran en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sólo tienen carácter supletorio; los Estados pueden suspenderlas en las convenciones «sustanciales» que concluyan. Así las cosas, sería perfectamente lícito que la Comisión sugiriera cláusulas-tipo adaptadas a categorías particulares de tratados multilaterales y, en particular, a los tratados relativos a los derechos humanos. Esta sugerencia conduce a plantearse las formas que podrían adoptar los resultados de los trabajos de la Comisión sobre el tema de las reservas a los tratados.

#### B.—La forma que podrían revestir los resultados de los trabajos de la Comisión

170. Según el párrafo 1 del artículo 1 de su Estatuto, la Comisión de Derecho Internacional «tendrá por objeto impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.» Pero hay muchos medios de desempeñar esta función, y si bien el Estatuto habla de «proyectos» tanto en materia de desarrollo progresivo como en materia de codificación<sup>212</sup>, no impone ninguna forma particular a éstos.

171. Es cierto que en materia de desarrollo progresivo el artículo 15 del Estatuto parece indicar como objetivo a la Comisión la redacción de proyectos de convenciones, pero la distinción entre lo que pertenece a la codificación y lo que pertenece al desarrollo progresivo nunca ha sido rígida y, dadas las incertidumbres de la práctica sobre algunos aspectos teóricos, al menos del proyecto en examen, sería ciertamente imposible aplicarla en el presente caso. Por lo demás, en el pasado ha sucedido que, para desempeñar ciertos cometidos, la Comisión no haya elaborado un proyecto de artículos en buena y debida forma; esto sucedió en particular en lo relativo a la cuestión de

las reservas a las convenciones multilaterales que ya en 1951 fue objeto de un capítulo del informe de la Comisión a la Asamblea General, en cuyas conclusiones la Comisión sugería la práctica que ha de adoptarse «con respecto a las reservas a las convenciones multilaterales, especialmente a aquellas de las cuales es depositario el Secretario General de las Naciones Unidas» (véase párr. 20 *supra*), pero sin que esas sugerencias se presenten formalmente como proyecto de artículos comentado.

172. Por lo demás, en la resolución 48/31 de 9 de diciembre de 1993 (véase párr. 5 *supra*) la Asamblea General ha dejado pendiente la cuestión de la forma que podrían revestir los trabajos de la Comisión sobre el tema, en espera de un estudio preliminar. Así pues, convendría que la Comisión formulara sus recomendaciones a la Asamblea sobre este punto al término del debate del presente informe.

173. En cualquier caso, parece haber muchas posibilidades y la resolución 48/31 de la Asamblea General no cerró la puerta a ninguna solución. Aquí también la Comisión se encuentra ante varias opciones.

174. Por otra parte, hay que señalar qué decisión de la Comisión en lo que concierne a la forma final de sus trabajos es en gran medida independiente de la que adopte en cuanto al fondo (véase párr. 163 *supra*). Mejor dicho: si bien es evidente que, en el supuesto de que proponga enmiendas a las convenciones existentes, sus recomendaciones deberían adoptar la forma de un proyecto de convención, en cambio la opción de «preservar el acervo jurídico» deja totalmente abierta la cuestión de la forma.

175. En este supuesto, que es el preferido por el Relator Especial (véanse párrs. 165 a 168 *supra*), una primera posibilidad consistiría en elaborar proyectos de protocolo a las convenciones existentes, quedando entendido que no se trataría de modificarlas sino simplemente de completar y precisar las disposiciones adoptadas en 1969, 1986 ó 1978. Por tanto, en hipótesis no se plantearían las complicaciones indicadas anteriormente (véase párr. 166 *supra*) que resultarían de la coexistencia de normas incompatibles, vigentes entre dos grupos de Estados. Seno cillamente, los Estados que ratificaran el protocolo o los protocolos quedarían obligados por reglas más precisas y más claras que las partes en las convenciones «de base».

176. Otra manera de llegar al mismo resultado sería redactar un proyecto de artículos de síntesis sobre las reservas a los tratados, amalgamando en un texto único, por una parte, las disposiciones dispersas en las tres Convenciones de Viena pertinentes y, por otra parte, las normas nuevas destinadas a precisarlas y completarlas. Correspondería luego a la Asamblea General precisar la suerte de este proyecto. En cualquier caso, aunque el proyecto estaría llamado a convertirse en una «Convención sobre el Derecho de las Reservas a los Tratados», ya no entraría en conflicto, en hipótesis, con las convenciones existentes, ya que reproduciría palabra por palabra sus disposiciones.

177. Hay un argumento bastante fuerte que aboga en favor de una u otra de estas soluciones. Consiste preci-

<sup>211</sup> Véase nota 177 *supra*.

<sup>212</sup> Véanse, en particular, los artículos 16, 21 y 22 del Estatuto.

samente en la existencia misma de estas normas convencionales, y podría parecer legítimo persistir en la misma vía y consolidar el régimen convencional de las reservas.

178. No obstante, como se indicó anteriormente (véanse párrs. 170 a 174), la Comisión en modo alguno está obligada a redactar un proyecto de artículos en buena y debida forma, que se presente como proyecto de protocolo o de convención «refundida». Puede igualmente optar por un simple estudio detallado de los problemas que se plantean, o incluso por un comentario artículo por artículo de las disposiciones existentes que se presentaría como una especie de guía de la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en materia de reservas. Tal documento gozaría de la fuerza que se asigna a un texto aprobado oficialmente por la Comisión que, a continuación, podría ser objeto de una recomendación de la Asamblea General. Este método ofrecería también ventajas ciertas; en particular, permitiría, con más facilidad

que un proyecto de artículos formal, tomar plenamente en consideración las particularidades propias de ciertos tipos de tratados, esto tanto más cuanto que paralelamente la Comisión adoptaría cláusulas-tipo adaptadas a las diferentes situaciones (véase párr. 169 *supra*)<sup>213</sup>.

179. Por lo demás, incluso si se orientara hacia soluciones más clásicas como elaborar uno o varios proyectos de artículos (véanse párrs. 175 y 177 *supra*) nada impediría a la Comisión recomendar la inclusión de cláusulas-tipo, que podría adaptar en las futuras convenciones multilaterales sobre determinadas esferas particulares para las que la aplicación de normas generales pareciera inadecuada.

<sup>213</sup> Estas cláusulas podrían tener carácter derogatorio del derecho existente, ya que estarían destinadas a incluirse en convenciones específicas, pero no pondrían en cuestión las disposiciones de las convenciones existentes.

### Conclusión

180. Las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986 relativas a las reservas no están ciertamente exentas de carencias, pero tienen el gran mérito de la flexibilidad y la adaptabilidad. A juicio del Relator Especial, sería deplorable cuestionar soluciones que han demostrado su valor en nombre de una lógica abstracta y de la búsqueda de una solución ideal que probablemente no existe.

181. En cambio, y ahí reside todo el interés del tema en examen, no es ciertamente superfluo colmar las lagunas de los textos existentes y, en lo posible, eliminar sus ambigüedades. Pero esta labor, útil y saludable en muchos

aspectos, debería realizarse con prudencia y procurando preservar una flexibilidad que facilita la participación más amplia posible en las convenciones multilaterales salvaguardando sus objetivos fundamentales.

182. Existen varios medios de alcanzar este objetivo, a saber: proyectos de artículos adicionales a las convenciones existentes, proyecto de artículos «refundido», «guía de la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales», cláusulas-tipo o una combinación de estas distintas soluciones. Corresponde a la CDI, en enlace directo con la Sexta Comisión, determinar cuáles son los más apropiados.



# SUCESIÓN DE ESTADOS Y NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/467

## Primer informe sobre la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas, del Sr. Václav Mikulka, Relator Especial

[Original: inglés/francés]  
[17 de abril de 1995]

### ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe .....	170
Obras citadas en el presente informe .....	171
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN .....	1-28 172
A. Antecedentes históricos .....	1-14 172
1. Anteriores trabajos de la Comisión sobre la cuestión de la sucesión de los Estados .	1-7 172
2. Anteriores trabajos de la Comisión sobre la cuestión de la nacionalidad .....	8-12 172
3. Inclusión en el programa de la Comisión del tema titulado «La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas» .....	13-14 173
B. Delimitación del tema .....	15-19 173
C. Método de trabajo .....	20-21 174
D. Forma que cabría dar a los resultados de los trabajos sobre el tema .....	22-25 174
E. Terminología empleada .....	26-28 175
<i>Capítulos</i>	
I. ACTUALIDAD DEL TEMA .....	29-34 176
II. NACIONALIDAD: CONCEPTO Y FUNCIÓN .....	35-50 177
A. Nacionalidad de las personas naturales .....	37-45 177
B. Nacionalidad de las personas jurídicas .....	46-50 179
III. FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL .....	51-75 180
A. Derecho interno .....	51-56 180
B. Derecho internacional .....	57-74 181
1. Limitaciones al poder discrecional del Estado .....	57-66 181
2. Modalidades de aplicación del derecho internacional .....	67-74 182
C. Principios de derecho generalmente admitidos en materia de nacionalidad .....	75 183
IV. LIMITACIONES DE LA LIBERTAD DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE NACIONALIDAD .....	76-89 184
A. Principio de la nacionalidad efectiva .....	76-84 184
B. Protección de los derechos humanos .....	85-89 185
V. TIPOLOGÍA DE LA SUCESIÓN .....	90-95 186
VI. ÁMBITO DEL PROBLEMA QUE SE EXAMINA .....	96-111 187
A. Ámbito del problema <i>ratione personae</i> .....	97-102 187
B. Ámbito del problema <i>ratione materiae</i> .....	103-110 188
1. Pérdida de la nacionalidad .....	104 188
2. Adquisición de la nacionalidad .....	105 188

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
3 Conflictos de nacionalidad	106	188
4 El derecho de opción	107-110	188
C Ambito del problema <i>ratione temporis</i>	111	189
VII CONTINUIDAD DE LA NACIONALIDAD	112-114	189

### Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

#### *Fuente*

Tratado de paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) (Versalles, 28 de junio de 1919)	H Triepel, <i>Nouveau recueil general de traites et autres actes relatifs aux rapports de droit international continuation du Grand recueil de G Fr de Martens</i> , 3ª serie, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, t XI, pag 323
Tratado entre las Principales Potencias Aliadas y Asociadas y Polonia (Versalles, 28 de junio de 1919)	Ibid, 1925, t XIII, pag 504
Tratado de paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Austria (Tratado de paz de Saint-Germain-en-Laye) (Saint-Germain-en-Laye, 10 de septiembre de 1919)	Ibid, 1922, t XI, pag 691
Código de derecho internacional privado (Código Bustamante) (Convención de derecho internacional privado) (La Habana, 20 de febrero de 1928)	Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol LXXXVI, pag 112
Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad (La Haya, 12 de abril de 1930)	Ibid, vol CLXXIX, pag 89
Protocolo relativo a un caso de apatridia	Ibid, pag 115
Protocolo especial relativo a la apatridia	Naciones Unidas, <i>Serie législative (ST/LEG/SER B/4)</i> (nº de venta 1954 V 1), pag 577
Protocolo relativo a las obligaciones militares en ciertos casos de doble nacionalidad	Ibid, pag 572
Convención sobre la nacionalidad (El Cairo, 23 de septiembre de 1952)	Liga de los Estados Arabes, documentos del 16º período ordinario de sesiones
Convención sobre el estatuto de los apatridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol 360, pag 174
Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (Nueva York, 20 de febrero de 1957)	Ibid, vol 309, pag 65
Convención para reducir los casos de apatridia (Nueva York, 30 de agosto de 1961)	Ibid, vol 989, pag 221
Convención sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre obligaciones militares en casos de pluralidad de nacionalidades (Estrasburgo, 6 de mayo de 1963)	Ibid, vol 634, pag 221
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Ibid, vol 1035, pag 191

## Fuente

- |  |  |
|--|--|
| Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)                          | <i>Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados Viena 4 de abril-6 de mayo de 1977 y 31 de julio-23 de agosto de 1978</i> vol III (publicación de las Naciones Unidas, n° de venta S 79 V 10) |
| Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983) | Naciones Unidas, <i>Anuario Jurídico 1983</i> (n° de venta S 90 V 1), pag 154  |
| Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 7 de febrero de 1992)   | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 1755, pag 3  |

## Obras citadas en el presente informe

- BATIFFOL, Henri, y P LAGARDE  
*Traite de droit international privé*, 8ª ed, Paris, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1993, vol I
- BROWNLIE, Ian  
*Principles of Public International Law*, 4ª ed, Oxford, Clarendon Press, 1990
- CAFLISCH, Lucius  
 «La nationalite des societes commerciales en droit international privé», *Annuaire suisse de droit international* (Zurich), vol XXIV, 1967
- CHAN, Johannes M M  
 «The right to a nationality as a human right The current trend towards recognition», *Human Rights Law Journal* (Kehl am Rhein), vol 12, n° 1-2, febrero de 1991, pags 1 y ss
- CRAWFORD, James  
*The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979
- DONNER, Ruth  
*The regulation of Nationality in International Law*, 2ª ed, Irvington-on-Hudson (Nueva York), Transnational Publishers, 1994
- GRAUPNER, Rudolf  
 «Nationality and State Succession», *The Grotius Society – Transactions for the Year 1946*, vol XXXII, 1947
- JENNINGS, sir Robert y sir A WATTS  
*Oppenheim s International Law*, 9ª ed, vol I (partes 2 a 4), textos recopilados por R Jennings y A Watts, Londres, Longman, 1992
- KUNZ, Joseph L  
 «L'option de nationalite», *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye 1930-I* (Paris), vol 31, pags 109 a 175  
 «Nationality and option clauses in the Italian Peace Treaty of 1947», *American Journal of International Law* (Washington D C), vol 41, n° 3, 1947, pags 622 a 631
- O'CONNELL, D P  
*State Succession in Municipal Law and International Law*, vol I, Cambridge, Cambridge University Press, 1967  
*The law of State Succession*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956
- PELLET, Alain  
 «Note sur la Commission d'arbitrage de la Conference europeenne pour la paix en Yougoslavie», *Annuaire français de droit international*, vol XXXVII, 1991, pags 339 y ss
- SEIDL-HOHENVELDERN, I  
*Corporations in and under international law*, Cambridge, Grotius, 1987
- WEIS, Paul  
*Nationality and Statelessness in International Law*, 2ª ed, Germantown (Maryland), Sijthoff-Noordhoff, 1979
- WYLER, Eric  
*La regle dite de la continuite de la nationalite dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990

## Introducción

### A.—Antecedentes históricos

#### 1. ANTERIORES TRABAJOS DE LA COMISIÓN SOBRE LA CUESTIÓN DE LA SUCESIÓN DE LOS ESTADOS

1. La cuestión de la sucesión de Estados y de gobiernos es uno de los temas que escogió la CDI en su primer período de sesiones, en 1949, a los efectos de su codificación<sup>1</sup>. De conformidad con la recomendación formulada por la Asamblea General en su resolución 1686 (XVI), de 18 de diciembre de 1961, la Comisión, en su 14.º período de sesiones (1962), incluyó la cuestión de la sucesión de Estados y de gobiernos entre sus temas prioritarios. Además, la Comisión decidió establecer una subcomisión para la sucesión de Estados y de gobiernos, que estaría encargada de preparar un informe preliminar en que se formularían sugerencias acerca del ámbito del tema, la manera de proceder al estudio y los medios de reunir la documentación necesaria.

2. En su 15.º período de sesiones, en 1963, la Comisión examinó el informe de la Subcomisión y decidió que por el momento únicamente estudiaría la sucesión de gobiernos en la medida en que fuese necesario para servir de complemento a los trabajos sobre sucesión de Estados. La Comisión aprobó las recomendaciones de la Subcomisión acerca del plan general, el orden de prioridad de los epígrafes y la división detallada del tema, a saber: la sucesión en materia de tratados, la sucesión en lo que respecta a los derechos y obligaciones derivados de las fuentes distintas de los tratados (cuestión que en 1968 pasó a llamarse «sucesión en lo que respecta a materias distintas de los tratados») y la sucesión y la calidad de miembro de organizaciones internacionales.

3. La Comisión, tras haber aprobado por unanimidad el informe de la Subcomisión<sup>2</sup>, nombró al Sr. Manfred Lachs relator especial para el tema de la sucesión de Estados y de gobiernos. Tras la dimisión del Sr. Lachs, la Comisión decidió en su 19.º período de sesiones (1967) dividir el tema en tres epígrafes de conformidad con el plan general enunciado en el informe presentado por la Subcomisión en 1963. La Comisión nombró a sir Humphrey Waldock relator especial para la sucesión en materia de tratados y al Sr. Mohammed Bedjaoui Relator Especial para la sucesión en lo que respecta a materias distintas de los tratados y decidió dejar de lado por el momento el tercer epígrafe del tema.

4. Tras la dimisión de sir Humphrey Waldock, la Comisión decidió en su 25.º período de sesiones (1973) designar un nuevo Relator Especial, sir Francis Vallat. Con arreglo a la decisión adoptada en 1963, hubo acuerdo en dar prioridad al estudio sobre la sucesión de Estados y no ocuparse de la sucesión de gobiernos salvo en la

medida en que fuese necesario para complementar el estudio sobre la sucesión de Estados.

5. El problema de la nacionalidad, comprendido en un título de carácter más general, «La condición de los habitantes», formaba parte al principio del segundo epígrafe del tema<sup>3</sup>, «La sucesión en lo que respecta a materias distintas de los tratados».

6. Este segundo epígrafe fue examinado por la Comisión entre 1968 y 1981 y se formularon algunas observaciones preliminares respecto de la cuestión de los Estados y la nacionalidad en el curso de un debate del primer informe presentado por el Relator Especial en el 20.º período de sesiones, en 1968. El epígrafe, habida cuenta de su alcance y complejidad, fue circunscrito luego a los aspectos económicos de la sucesión. La nacionalidad no estaba incluida<sup>4</sup>.

7. La Comisión, si bien había preparado dos series de proyectos de artículos correspondientes a los dos primeros epígrafes mencionados, de resultados de los cuales se habían aprobado la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados y la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, dejó de lado durante más de un decenio otros aspectos de la sucesión de los Estados.

#### 2. ANTERIORES TRABAJOS DE LA COMISIÓN SOBRE LA CUESTIÓN DE LA NACIONALIDAD

8. La cuestión de la nacionalidad tiene en los trabajos de la Comisión sus propios antecedentes históricos, independientes de los de la cuestión de la sucesión de Estados. El tema titulado «La nacionalidad, incluso la condición de apátrida» había sido incluido también en 1949 entre las materias seleccionadas para la codificación, pero sin el carácter de tema prioritario.

9. En el cuarto período de sesiones de la Comisión, en 1952, tras la aprobación de la resolución 304 D (XI) del Consejo Económico y Social, de 17 de julio de 1950, el Sr. Manley O. Hudson, que había sido nombrado en 1951 relator especial para la cuestión de la nacionalidad, incluso la condición de apátrida, presentó a la Comisión un proyecto de convención sobre la nacionalidad de las personas casadas. El proyecto seguía muy de cerca los principios propuestos por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer y aprobados por el Consejo. Sin embargo, la CDI decidió que la cuestión de la nacio-

<sup>1</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 10 (A/925)*, pág. 3.

<sup>2</sup> *Anuario... 1963*, vol. II, págs. 302 a 304, doc. A/CN.4/160.

<sup>3</sup> Véase el primer informe del Relator Especial sobre la sucesión de Estados a lo que respecta a los derechos y obligaciones derivados de fuentes distintas de los tratados (*Anuario... 1968*, vol. II, doc. A/CN.4/204, párrs. 133 a 137).

<sup>4</sup> Véase *Anuario... 1968*, vol. II, pág. 215, doc. A/7209/Rev.1, párrs. 73 y 78.

nalidad de la mujer casada sólo podía examinarse como parte del tema de la nacionalidad en su totalidad<sup>5</sup>.

10. En cuanto a la cuestión de la eliminación de la apatridia, la Comisión, tras la aprobación de la resolución 319 B III (XI) del Consejo Económico y Social, de 11 de agosto de 1950, examinó en su cuarto período de sesiones, en 1952, un documento de trabajo sobre la apatridia<sup>6</sup> y pidió al Relator Especial que preparase un proyecto de convención sobre la eliminación de la apatridia en el porvenir y uno o más proyectos de convención sobre la reducción de los casos de apatridia en el porvenir. En su quinto período de sesiones, en 1953, la Comisión, sobre la base de un informe en que figuraban proyectos de artículos preparados por el Sr. Roberto Córdova, el nuevo Relator Especial designado en 1952 en sustitución del Sr. Hudson, aprobó dos anteproyectos de convención, uno de los cuales se refería a la eliminación de la apatridia en el porvenir y, el otro, a la reducción de los casos de apatridia en el porvenir, los que fueron posteriormente remitidos a los gobiernos para que transmitiesen sus observaciones.

11. La Conferencia de las Naciones Unidas para la supresión o reducción de los casos de apatridia en el porvenir celebró su primer período de sesiones en Ginebra en 1959 y el segundo en Nueva York en 1961 y, sobre la base del segundo anteproyecto de la Comisión antes mencionado, aprobó la Convención para reducir los casos de apatridia, que entró en vigor el 13 de diciembre de 1975.

12. En lo tocante a los casos de apatridia en la actualidad, la Comisión formuló, en 1954, sus propuestas en siete artículos acompañados de comentarios y lo presentó a la Asamblea General en el marco de su informe definitivo sobre la cuestión de la nacionalidad, incluso la apatridia<sup>7</sup>. Al mismo tiempo, decidió «aplazar todo nuevo estudio de la nacionalización múltiple y de otras cuestiones referentes a la nacionalidad»<sup>8</sup>.

### 3. INCLUSIÓN EN EL PROGRAMA DE LA COMISIÓN DEL TEMA TITULADO «LA SUCESIÓN DE ESTADOS Y SUS EFECTOS SOBRE LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS»

13. La Comisión, en su 45.º período de sesiones, en 1993, decidió incluir en su programa como uno de dos temas nuevos la cuestión de la sucesión de Estados y sus

efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas<sup>9</sup>. La Asamblea General, habida cuenta de la situación imperante en Europa oriental, hizo suya esta propuesta en su resolución 48/31, de 9 de diciembre de 1993.

14. En su 46.º período de sesiones, en 1994, la Comisión designó al actual Relator Especial para el tema<sup>10</sup>. La Asamblea General, en su resolución 49/51, de 9 de diciembre de 1994, hizo suya la decisión de la Comisión de comenzar los trabajos relativos al tema y, al mismo tiempo, pidió al Secretario General que invitase a los gobiernos a que, a más tardar el 1.º de marzo de 1995, presentasen material pertinente, en particular legislación nacional, decisiones de tribunales nacionales y correspondencia diplomática y oficial que guardase relación con el tema.

### B.—Delimitación del tema

15. La cuestión de la nacionalidad, tal como se había enfocado en el primer informe del Relator Especial sobre la sucesión de Estados y los derechos y obligaciones derivados de fuentes distintas de los tratados<sup>11</sup>, constituía parte del problema más general de la condición de los habitantes que, además de la cuestión de la nacionalidad de las personas naturales, debía comprender también la de las convenciones de establecimiento. La tarea que emprende hoy la Comisión es distinta de la definida en 1968 en dos aspectos: en primer lugar, no se refiere al problema de las convenciones de establecimiento (ahora anacrónico) y, en segundo lugar, comprende el problema de la nacionalidad de las personas jurídicas, que no se había mencionado expresamente en 1968.

16. A los efectos de definir en cuanto al fondo la relación entre el tema que se examina y los dos temas estudiados anteriormente por la Comisión, la sucesión de Estados por una parte y la nacionalidad, incluso la apatridia, por la otra, es útil recordar que, en su primer informe, el Relator Especial, Sr. Bedjaoui, afirmaba:

En principio, en todos los casos de sucesión, clásicos o modernos, no existe sucesión o continuidad en la esfera de la nacionalidad. El Estado sucesor no consiente en que los habitantes del territorio conserven su nacionalidad precedente. Es esta una manifestación de su soberanía<sup>12</sup>.

A diferencia de los tratados o las deudas internacionales, respecto de los cuales un Estado se sustituye a otro en una relación jurídica internacional que puede transferirse, el vínculo entre Estado e individuo envuelto en el concepto de nacionalidad excluye *a priori* toda idea de «sustitución» o «devolución». La nacionalidad, como la soberanía, es siempre de carácter original. La nacionalidad, por su propia naturaleza, no es una «cuestión de sucesión», como lo son por ejemplo los tratados, los bienes y las deudas de Estado, etc.

<sup>5</sup> La cuestión de la nacionalidad de la mujer casada se ha examinado de todas maneras en otros órganos de las Naciones Unidas. La Tercera Comisión de la Asamblea General dio forma definitiva a las cláusulas de un proyecto de convención preparado por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer y la Asamblea, en su resolución 1040 (XI), de 29 de enero de 1957, aprobó la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, que entró en vigor el 11 de agosto de 1958.

<sup>6</sup> Documento de trabajo presentado por el Relator Especial; texto original inglés publicado en *Yearbook... 1952*, vol. II, págs. 13 y ss., anexo III.

<sup>7</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693)*, págs. 8 y 9, párr. 37.

<sup>8</sup> *Ibid.*, párr. 39.

<sup>9</sup> Véase *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 105, párr. 440.

<sup>10</sup> *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 189, párr. 382.

<sup>11</sup> *Anuario... 1968*, vol. II, pág. 91, doc. A/CN.4/204.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pág. 111, párr. 133.

17. Los problemas que ha de estudiar la Comisión en el marco de este tema son indudablemente parte de la rama del derecho internacional relativa a la nacionalidad. Por su naturaleza, se asemejan mucho a los que la Comisión ya ha examinado en relación con el tema «La nacionalidad, incluso la apatridia». Sin embargo, se distingue de éste en tres aspectos; por una parte, el enfoque de la Comisión es más amplio que antes y no se limita ya al problema de la apatridia (por más que éste reviste importancia primordial), sino que abarca el conjunto de los problemas que se plantean en relación con el cambio de nacionalidad. Por otra parte, el ámbito del estudio se limita a los cambios de nacionalidad acaecidos como consecuencia de una sucesión de Estados. Los cambios de nacionalidad deben examinarse exclusivamente en relación con los cambios de soberanía y se trata del fenómeno que suele denominarse «naturalizaciones colectivas»<sup>13</sup>.

18. La Comisión, gracias a los progresos realizados en el marco de sus trabajos anteriores en lo tocante al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional en materia de nacionalidad y de sucesión de Estados, puede comenzar el examen de este tema con un conocimiento más profundo de las relaciones que existen entre las cuestiones de nacionalidad y las de sucesión de Estados.

19. Este tema se refiere también a otro problema, el de la continuidad de la nacionalidad, que se plantea tanto en el marco de este tema como en el de la protección diplomática y figura en la lista de 1949, si bien nunca se ha examinado. Incumbe a la Comisión determinar si el problema debe examinarse en el marco del tema que nos ocupa y en la afirmativa, en qué medida.

### C.—Método de trabajo

20. El examen del tema titulado «La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas», tal como ha sido determinado en la resolución 49/51 de la Asamblea General, queda comprendido en la categoría de trabajos especiales. En más de una ocasión la Asamblea ha pedido a la Comisión que examinara ciertos textos o presentara informes sobre determinados problemas jurídicos sin que se previera la elaboración de una convención sobre el particular y sin que se hubiese determinado la forma definitiva que se daría al resultado de los trabajos<sup>14</sup>. En esos casos, la Co-

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 13 del Código de derecho internacional privado (Código de Bustamante).

<sup>14</sup> Así, previa solicitud expresa de la Asamblea General, la Comisión ha estudiado los temas siguientes: proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados (1949), formulación de los principios de Nuremberg (1950), cuestión de una jurisdicción penal internacional (1950), cuestión de la definición de la agresión (1951), reservas a las convenciones multilaterales (1951), proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (1954), cuestión de una mayor participación en tratados multilaterales generales concertados bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones (1962), cuestión de la protección e inviolabilidad de los agentes diplomáticos y de otras personas con derecho a protección especial de conformidad con el derecho internacional (1972) y nuevo examen del proceso de preparación de tratados multilaterales (1979).

misión siempre ha decidido que estaba en libertad de adoptar métodos especiales para realizar tales trabajos en lugar de seguir los previstos en su estatuto para los trabajos ordinarios de desarrollo progresivo y codificación.

21. A juicio del Relator Especial, en el tema que nos ocupa la Comisión debería actuar con la misma flexibilidad en cuanto a su método de trabajo.

### D.—Forma que cabría dar a los resultados de los trabajos sobre el tema

22. En el 45.º período de sesiones, al incluir en el programa de trabajo el tema titulado «La sucesión de Estados y sus efectos en la nacionalidad sobre las personas naturales y jurídicas», la Comisión expresó la opinión de que el resultado de su labor sobre el tema «podría ser, por ejemplo, un estudio o un proyecto de declaración que se sometería a la aprobación de la Asamblea General» y decidió pronunciarse ulteriormente sobre la forma definitiva que se daría al resultado de los trabajos<sup>15</sup>.

23. La Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir en su programa los nuevos temas, en la inteligencia de que la forma definitiva que se daría a la labor sobre esos temas se decidiría después de que se presentase a ella un estudio preliminar<sup>16</sup>.

24. La historia de la Comisión nos demuestra que los trabajos que ha realizado a título especial han culminado a veces en un simple informe y a veces en un proyecto de artículos acompañado de comentarios, como en el caso, por ejemplo, del proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados, de la formulación de los principios de Nuremberg, del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad y del proyecto de artículos sobre la cuestión de la protección e inviolabilidad de los agentes diplomáticos y de otras personas con derecho a protección especial de conformi-

<sup>15</sup> Véase *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 105, párr. 439. La Comisión tuvo así en cuenta algunas dudas en cuanto a la forma que había de darse al resultado de los trabajos y que se expresaban en la nota preliminar sobre el tema presentada en el 45.º período de sesiones en el sentido de que «la elaboración de un proyecto de convención [...] podría correr el riesgo de tenerse que enfrentar al mismo tipo de problema que la Comisión tuvo que afrontar durante su labor sobre los temas anteriores en materia de sucesión de Estados (longitud de la labor de codificación, problema de aplicación de la Convención a los nuevos Estados que no son partes en ella, etc.)» [ibid., vol. II (primera parte), pág. 235, doc. A/CN.4/454, párr. 28]. Sin embargo, esta opinión no fue compartida por la Comisión en pleno.

<sup>16</sup> Véanse las resoluciones de la Asamblea General 48/31, de 9 de diciembre de 1993 (párr. 7), y 49/51, de 9 de diciembre de 1994, cuyo texto es el siguiente:

«6. *Hace suya* la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de incluir en su programa los temas «La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados» y «La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas», en la inteligencia de que la forma definitiva que se dará a la labor sobre esos temas se decidirá después de que se haya presentado un estudio preliminar a la Asamblea General y, en relación con el último tema, pide al Secretario General que invite a los gobiernos a que, a más tardar el 1.º de marzo de 1995, presenten material pertinente, en particular legislación nacional, decisiones de tribunales nacionales y correspondencia diplomática y oficial que guarden relación con el tema.»

dad con el derecho internacional. En el último de estos casos el proyecto sirvió de base para la elaboración de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos.

25. Como primer paso, la labor de la Comisión sobre el tema consistirá en un estudio que será presentado a la Asamblea General en la forma de un informe. A juicio del Relator Especial, únicamente después de proceder a un estudio a fondo del tema podrá la Comisión ocuparse realmente de la forma que dará al resultado final de los trabajos.

### E.—Terminología empleada

26. La Comisión, en su labor de codificación y desarrollo progresivo del derecho relativo a la sucesión de Estados en materia de tratados y en lo que respecta a materias distintas de los tratados, ha tenido presente en todo momento la conveniencia de utilizar en la mayor medida posible definiciones comunes y principios básicos comunes, sin por ello desconocer ni descuidar las características propias de cada tema. Por lo tanto, el Relator Especial cree que, a los efectos de velar por la uniformidad en la terminología, la Comisión debería atenerse a las definiciones que ya ha formulado en el marco de las dos convenciones sobre la sucesión de Estados, especialmente en lo que atañe a los conceptos básicos, definidos en el artículo 2 de las dos convenciones en los términos siguientes:

a) Se entiende por «sucesión de Estados» la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio;

b) Se entiende por «Estado predecesor» el Estado que ha sido sustituido por otro a raíz de una sucesión de Estados;

c) Se entiende por «Estado sucesor» el Estado que ha sustituido a otro a raíz de una sucesión de Estados;

d) Se entiende por «fecha de la sucesión de Estados» la fecha en la que el Estado sucesor ha sustituido al predecesor en la responsabilidad de las relaciones internacionales del territorio al que se refiere la sucesión;

e) Se entiende por «Estado de reciente independencia» un Estado sucesor cuyo territorio, inmediatamente antes de la fecha de la sucesión de Estados, era un territorio dependiente y de cuyas relaciones internacionales era responsable el Estado predecesor;

f) Se entiende por «tercer Estado» todo Estado distinto del predecesor o del sucesor.

27. Como ha explicado la Comisión en su comentario relativo a las disposiciones que anteceden, la expresión «sucesión de Estados» se emplea «para referirse exclusivamente al hecho de la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio, prescindiendo de toda connotación de sucesión en los derechos y obligaciones al ocurrir tal acontecimiento»<sup>17</sup>. La Comisión consideró en ese momento que la expresión «en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio» era preferible a otras expresiones como «en la soberanía respecto del territorio» o «en la competencia para concertar tratados respecto del territorio», ya que era la fórmula corrientemente utilizada en la práctica de los Estados y resultaba la más adecuada para abarcar en términos neutrales cualquier caso concreto, independientemente de la condición particular del territorio de que se tratase. La palabra «responsabilidad», según la Comisión, debía leerse en conjunción con las palabras «de las relaciones internacionales de un territorio» y no entraña noción alguna de «responsabilidad del Estado»<sup>17</sup>, materia que la Comisión está estudiando actualmente.

28. El sentido que se atribuye a las expresiones «Estado predecesor», «Estado sucesor» y «fecha de la asociación de Estados» dimana simplemente del que se da al término «sucesión de Estados» y a juicio de la Comisión no parecía precisar un comentario. En cuanto a la expresión «Estado de reciente independencia», la Comisión creyó que era conveniente destacar que denotaba «un Estado que nace de una sucesión de Estados en un territorio que, inmediatamente antes de la fecha de la sucesión de Estados, era un territorio dependiente de cuyas relaciones internacionales era responsable el Estado predecesor»<sup>18</sup>, y no había distinción alguna entre las distintas formas de alcanzar la independencia. Esta definición excluye los casos de los nuevos Estados que surgen como resultado de una separación de una parte de un Estado existente o de una unificación de dos o más Estados existentes.

<sup>17</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, Viena, 4 de abril a 6 de mayo de 1977 y 31 de julio a 23 de agosto de 1978*, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.79.V.10), pág. 7.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, pág. 8.

## CAPÍTULO I

## Actualidad del tema

29. Como ha reconocido un eminente autor, «el efecto de un cambio de soberanía sobre la nacionalidad de los habitantes del [territorio del que se trata] es uno de los problemas más difíciles que se plantean en el derecho de la sucesión de Estados»<sup>19</sup>. Sin embargo, ya en 1956 el mismo autor había recalcado que «una codificación o la promulgación de legislación internacional tal vez fueran más apremiantes en este tema que en cualquiera de los otros temas del derecho de la sucesión de Estados. No puede ser que, como consecuencia de un cambio de soberanía, una persona quede apátrida contra su voluntad. Tampoco puede ser que una persona que tenga únicamente una relación accidental con el territorio absorbido reciba una nacionalidad que no quiere»<sup>20</sup>.

30. El cambio de nacionalidad como consecuencia de una sucesión de Estados reviste gran importancia porque tiene lugar en un ámbito colectivo y entraña numerosas consecuencias graves para aquellos a quienes afecta. La nacionalidad es un requisito previo para el ejercicio de diversos derechos políticos y civiles. Sin embargo, tiene también importantes consecuencias con respecto al ejercicio de los poderes soberanos de los dos Estados, el sucesor y el predecesor. Así, el empleo de funcionarios extranjeros o el control extranjero sobre recursos naturales o bienes públicos después de la fecha de sucesión de Estados puede constituir un verdadero problema<sup>21</sup>. Además, la pérdida de la nacionalidad del Estado predecesor y las dificultades que entraña la adquisición de la del Estado sucesor pueden dar lugar a muchas tragedias humanas.

31. Sin embargo, como es primordialmente una cuestión de derecho interno, nunca se ha tratado realmente de establecer un instrumento universal que sirva de solución uniforme al problema. Tampoco ha tenido la Comisión excesivo interés en ocuparse del problema de la nacionalidad en relación con el de la sucesión de Estados, que ha examinado durante casi 20 años<sup>22</sup>. La nacionalidad se ha constituido de nuevo en un problema de especial interés para la comunidad internacional habida cuenta de la aparición de nuevos Estados y, en particular, de la disolución de Estados de Europa oriental. La forma en que se están resolviendo los problemas relativos a la nacionalidad en

este contexto de la asociación de Estados suscita preocupación en la comunidad internacional y estos problemas han atraído además la atención de diversas organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, instituciones académicas y foros internacionales, entre los cuales cabe mencionar el Alto Comisionado para las Minorías Nacionales de la Organización (anteriormente Conferencia) sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa<sup>23</sup>, la Comisión de Arbitraje de la Conferencia europea para la paz en Yugoslavia<sup>24</sup>, el Alto Comisionado para los Refugiados<sup>25</sup>, el Consejo de Europa y su Comisión para la Democracia por conducto del derecho<sup>26</sup>.

32. Estas cuestiones se han examinado en varias reuniones internacionales con participación de académicos y expertos en derecho procedentes de distintos países, entre ellas las siguientes: Mesa redonda sobre la nacionalidad, las minorías y la sucesión de Estados en Europa oriental, organizada por el Centro de Derecho Internacional de la Universidad París X en Nanterre, los días 3 y 4 de diciembre de 1993; Seminario sobre el derecho internacional y las leyes de nacionalidad en la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en cooperación con el Instituto Internacional de Derecho Humanitario en Divonne-les-Bains (Francia), los días 25 y 26 de abril de 1994; Coloquio sobre la nacionalidad, las minorías y la sucesión de Estados en Europa oriental, organizado por el Centro de Derecho Internacional de la Universidad París X y la Sociedad Checa de Derecho Internacional en Praga, los días 22 a 24 de septiembre de 1994<sup>27</sup>; Seminario sobre cuestiones de nacionalidad, organizado por la Organización Internacional para las Migraciones en cooperación con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en Dagomis (Federación de Rusia), en octubre de 1994; Seminario sobre la ciudadanía, la apatridia y la condición de los extranjeros en la Comunidad de Estados Independientes y en los Estados Bálticos, organizado por el Gobierno de Finlandia y la Oficina del Alto Comi-

<sup>19</sup> O'Connell, *The Law of State Succession*, pág. 245.

<sup>20</sup> *Ibid.*, pág. 258.

<sup>21</sup> Donner, *The regulation of nationality in international law*, págs. 250 a 252.

<sup>22</sup> Véase el debate inicial de 1963, en el curso del cual el Sr. Rosenne había propuesto excluir del tema ciertas cuestiones que incumben al derecho interno y el Sr. Castrén había manifestado que no se pueden excluir cuestiones tales como la nacionalidad. Sin embargo, el Sr. Castrén reconocía que tal vez hubiese ido demasiado lejos en el documento de trabajo que había preparado en su calidad de miembro de la Subcomisión para la sucesión de Estados y de gobiernos al proponer el estudio de todas las cuestiones relativas a la situación jurídica de la población local que pasaba a estar sometida a la jurisdicción territorial y personal del nuevo Estado (*Anuario... 1963*, vol. II, doc. A/5509, anexo II, pág. 302).

<sup>23</sup> Véanse las recomendaciones formuladas por el Alto Comisionado para las Minorías Nacionales tras visitar Estonia, Letonia y Lituania (comunicación n.º 124 de la CSCE, de abril 23 de 1993).

<sup>24</sup> Véase la opinión N.º 2, de 11 de enero de 1992 [reproducida en *International Legal Materials*, vol. 31 (1992), pág. 1497]. Véanse observaciones acerca de la opinión N.º 2 en Pellet, «Note sur la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie», págs. 339 a 341.

<sup>25</sup> La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados se ocupa más en particular de la cuestión de la apatridia en el contexto de la sucesión de Estados. Su contribución reviste dos formas: la organización de seminarios y coloquios y la prestación de asistencia técnica para la redacción de leyes relativas a la nacionalidad con miras a evitar los casos de apatridia.

<sup>26</sup> Los trabajos de la Comisión para la democracia por conducto del derecho respecto de la cuestión de la nacionalidad en el marco de la sucesión de Estados se encuentran en una etapa muy preliminar.

<sup>27</sup> Véanse las actas del Coloquio en «Nationalité, minorités et succession d'États en Europe de l'Est», *Cahier du CEDIN* (Paris), n.º 10, 1966.

sionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en Helsinki los días 12 a 15 de diciembre de 1994.

33. En los últimos años se han adoptado nuevas leyes sobre nacionalidad o se han vuelto a promulgar leyes sobre ese particular que se remontaban al período anterior a la segunda guerra mundial en varios Estados que hacen frente a problemas de sucesión de Estados o que han recuperado la independencia<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> A la fecha de presentación del presente informe, unos pocos Estados habían respondido a la solicitud formulada por el Secretario General de que presentaran material pertinentes, en particular legislación nacional, decisiones de tribunales nacionales y correspondencia diplomática y oficial relativa al tema de la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad. Por ello, la enumeración de leyes nacionales que figura a continuación no se basa únicamente en las respuestas de gobiernos sino también en otras fuentes disponibles y no puede ser calificada de exhaustiva.

a) Croacia Ley de 28 de junio de 1991 sobre la nacionalidad croata, ley de 8 de mayo de 1992 sobre enmiendas y adiciones a la ley sobre la nacionalidad croata,

b) República Checa Ley de 29 de diciembre de 1992 sobre la adquisición y pérdida de la ciudadanía,

c) Eritrea Decreto 21/1992, de 6 de abril de 1992, relativo a la nacionalidad de Eritrea,

d) Estonia Ley sobre ciudadanía (1938), promulgada nuevamente por resolución del Consejo Supremo sobre la aplicación de la ley de ciudadanía de fecha 26 de febrero de 1992, ley de 10 de febrero de 1993 sobre los requisitos en materia de conocimiento del idioma estonio que deben reunir los aspirantes a la ciudadanía del país,

34. Las normas relativas a la sucesión de Estados han encontrado un nuevo ámbito material de aplicación en razón del aumento del número de nuevos Estados<sup>29</sup>. Se justifica así la tarea de tratar de aclarar más las normas relativas a la nacionalidad que podrían ser aplicables en caso de sucesión de Estados.

e) Letonia. Ley de ciudadanía (1919), promulgada nuevamente por resolución del Consejo Supremo acerca de la renovación de los derechos de ciudadanía de la República de Letonia y los principios fundamentales de naturalización, de 15 de octubre de 1991,

f) Lituania Ley de ciudadanía, de 5 de diciembre de 1991, resolución del Consejo Supremo de la República de Lituania acerca del procedimiento para aplicar la ley de ciudadanía de la República de 11 de diciembre de 1991

g) Eslovenia. Ley de ciudadanía, de 5 de junio de 1991,

h) Eslovaquia Ley de 19 de enero de 1993 sobre adquisición y pérdida de la ciudadanía

Véanse legislación acerca de la cuestión de la nacionalidad, incluidos los efectos de la sucesión de Estados, recopilada anteriormente por la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría en «Lois sur la nationalité» [Naciones Unidas, *Série législative* (ST/LEG/SER B/4) (n° de venta 1954 V 1) y suplemento (ST/EG/SER.B/9) (n° de venta 1959 V.3)] y «Documentation concernant la succession d'États dans les matières autres que les traités» [ibid (ST/LEG/SER B/17) (n° de venta. E/F 77 V 9)]

<sup>29</sup> En cuanto al contenido de esas normas, la Comisión de Arbitraje de la Conferencia de la Comunidad Europea sobre Yugoslavia ha declarado que «el fenómeno de la sucesión de Estados se rige por los principios de derecho internacional en los cuales se han inspirado las convenciones de Viena [sobre sucesión de Estados] de 23 de agosto de 1978 y 8 de abril de 1983» (opinión n° 1, reproducida en *International Legal Materials*, vol XXXI (1992), pág 1495

## CAPÍTULO II

### Nacionalidad: concepto y función

35. El problema de la nacionalidad guarda estrecha relación con el fenómeno de la población como elemento constitutivo del Estado porque «los Estados, por más que sean entidades territoriales, son también conjuntos de individuos»<sup>30</sup>. Si bien la condición de Estado depende de la existencia de por lo menos algún tipo de población permanente, la nacionalidad está subordinada a la adopción de decisiones del Estado y, como de hecho se trata de «una de las manifestaciones de la soberanía, los Estados la preservan celosamente»<sup>31</sup>.

36. Antes de seguir teorizando acerca del concepto de nacionalidad hay que establecer una clara distinción entre la nacionalidad de las personas naturales y la de las personas jurídicas. Varios autores han explicado la diferencia fundamental entre el concepto de nacionalidad de un individuo (persona natural) y una persona jurídica.

Todas las personas naturales [ . ] pueden tener la calidad de nacional, aunque algunas de ellas, los llamados apátridas, no la tengan en ningún país. Por el contrario, se considera que las personas jurídicas tienen una nacionalidad, pero se trata de un concepto profundamente diferen-

te y a este respecto se ha negado que el término nacionalidad en este contexto tenga más valor que el de una imagen. El derecho positivo sigue empleándolo, pero como la cuestión guarda una relación demasiado estrecha con el concepto de personalidad jurídica, no es posible disociar el estudio de ambas<sup>32</sup>.

#### A.—Nacionalidad de las personas naturales

37. Se suele considerar que la nacionalidad de las personas naturales constituye el vínculo jurídico que las une al Estado. Según sir Robert Jennings y sir Arthur Watts, «la nacionalidad de una persona es su calidad de súbdito de un determinado Estado»<sup>33</sup>. Según Henri Batiffol y Paul Lagarde, en la teoría actual, la nacionalidad de derecho consiste en «la pertenencia jurídica de una persona a la población que constituye un Estado. Esta pertenencia lo somete a la llamada competencia personal, que se puede oponer a los demás Estados, de aquel del cual es súbdito»<sup>34</sup>. El proyecto de convención sobre nacionalidad preparado por el grupo de estudio sobre derecho interna-

<sup>30</sup> Crawford, *The Creation of States in International Law*, pág. 40

<sup>31</sup> Chan, «The right to a nationality as a human right: the current trend towards recognition», pág 1.

<sup>32</sup> Batiffol y Lagarde, *Droit international privé*, págs 97 y 98

<sup>33</sup> Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, pág. 851.

<sup>34</sup> Batiffol y Lagarde, *op cit*, pág 95

cional de la Harvard Law School<sup>35</sup> define la nacionalidad como «la condición de una persona natural unida a un Estado por un vínculo de lealtad»<sup>36</sup>, mientras que, para D. P. O'Connell, la expresión «nacionalidad» en derecho internacional es una forma de describir la adscripción de una persona a un determinado Estado a efectos de jurisdicción o de protección diplomática. Se dice que una persona es nacional de un Estado en el sentido de que está comprendida en la jurisdicción plenaria de él y éste puede representarla»<sup>37</sup>.

38. La Corte Internacional de Justicia ha indicado los diversos elementos del concepto en una definición según la cual la nacionalidad es

un vínculo jurídico que tiene como base una circunstancia social de adhesión, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, acompañada de la existencia de derechos y obligaciones recíprocas. Cabe decir que constituye la expresión jurídica del hecho de que la persona a la que le ha sido conferida, directamente por la ley o como consecuencia de un acto de las autoridades, tiene en la práctica una relación más estrecha con la población del Estado que la confiere que con la de cualquier otro Estado<sup>38</sup>.

39. Además del sentido que puede darse al concepto de nacionalidad en el plano internacional, hay varias categorías de «nacionales» en el plano del derecho interno:

[ ] el ordenamiento interno de un Estado puede distinguir entre distintas clases de nacionales; están, por ejemplo, los que gozan de plenos derechos políticos, y se llaman por ello ciudadanos, y los que no los tienen, razón por la cual no se llaman ciudadanos. En algunos países de América Latina la expresión «ciudadanía» se ha empleado para denotar la suma total de derechos políticos de los que puede estar privada una persona, a título de sanción o por otro concepto, con lo que puede perder la «ciudadanía» sin por ello ser privada de la nacionalidad tal como ésta es entendida en derecho internacional. En los Estados Unidos, si bien las expresiones «ciudadanía» y «nacionalidad» suelen ser intercambiables, como norma general se emplea el término «ciudadanos» para designar a quienes tienen plenos derechos políticos y personales dentro del país y el de «nacionales» para algunas personas, como las que pertenecen a territorios y posesiones que no constituyen los Estados que forman la Unión. Estas personas deben lealtad a los Estados Unidos y son nacionales de los Estados Unidos a los efectos del derecho internacional, no tienen plenos derechos de ciudadanía en los Estados Unidos. Lo que importa a efectos internacionales es su nacionalidad en el sentido más amplio y no su ciudadanía. En el Commonwealth, lo que reviste importancia básicamente para el derecho internacional es la ciudadanía de cada uno de los Estados que lo integran, mientras que la calidad de «súbdito británico» o «ciudadano del Commonwealth» importa primordialmente como cuestión del derecho interno de los países de que se trate.

No hay que confundir «nacionalidad» en el sentido de la ciudadanía de un determinado Estado con «nacionalidad» en su acepción de la condición de miembro de una cierta nación en el sentido de «raza»<sup>39</sup>.

40. En todo caso, cabe citar también otros ejemplos:

<sup>35</sup> «Part I nationality», *Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 23, número especial, abril de 1929, págs. 13 y ss.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pág. 22.

<sup>37</sup> O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, pág. 498.

<sup>38</sup> Asunto *Nottebohm*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 4, y en particular pág. 23. Como señalan Jennings y Watts, la última parte de este párrafo no tiene enteramente en cuenta la situación que se produce en los casos de doble nacionalidad (*op. cit.*, pág. 854).

<sup>39</sup> Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 856 y 857.

Habida cuenta de que la nacionalidad define la población constitutiva del orden interno en contraposición del orden internacional, no tienen mayor importancia las modalidades a que esté sometida con el tiempo la participación de los nacionales en la vida jurídica interna, especialmente en cuanto a los derechos políticos. Así, la distinción entre ciudadanos franceses y súbditos franceses «indígenas de las colonias», ha quedado sin aplicación en cuanto a la nacionalidad, los segundos forman parte de la población constitutiva del Estado francés tanto como los primeros. La Ley de 7 de mayo de 1946 consagra este resultado al disponer que «todos los súbditos de territorios de ultramar (incluida Argelia) tienen la calidad de ciudadanos», al tiempo de agregar que «se promulgarán leyes especiales para establecer las condiciones en las cuales ejercerán sus derechos de ciudadanía».

Sin embargo, la Constitución de 1946 (art. 81) había instituido la calidad de «ciudadano de la Unión Francesa», que correspondía a los franceses, a los ciudadanos de Estados protegidos o asociados y a los «administrados» de los territorios asociados [ ] Por el contrario, la Constitución de 1958 reafirmó que había «una sola ciudadanía de la comunidad» (art. 77).

El uso ha generalizado en la expresión «súbditos» un concepto que asemeja a los nacionales a ciertos extranjeros que dependen a título más o menos permanente del Estado soberano de que se trate. Se trataba básicamente de los que pertenecían a un protectorado o a un país sometido a mandato, los tunecinos y los marroquíes, que no tenían nacionalidad francesa, fueron calificados de «súbditos franceses» [ ]

Se observa de todas maneras que no se trataba en ningún caso de conceder a ciertos extranjeros derechos que se denegaban a otros, desde el punto de vista jurídico, seguían siendo extranjeros<sup>40</sup>.

41. La existencia de diferentes categorías de nacionalidad dentro del Estado ha constituido un fenómeno peculiar de los Estados federativos de Europa oriental, la Unión Soviética, Yugoslavia y Checoslovaquia. Así, al momento de la creación de la Federación checoslovaca en 1969, junto con la nacionalidad checoslovaca, originalmente la única, se instituyeron las nacionalidades checa y eslovaca. La ley N.º 165/1968, por la que se establecía una distinción oficial entre la nacionalidad checoslovaca (federal) y la de cada una de las repúblicas constitutivas de la Federación, allanó el camino para que las dos repúblicas aprobaran sus propias leyes sobre nacionalidad: la ley N.º 206/68 del Consejo Nacional Eslovaco y la ley N.º 39/69 del Consejo Nacional Checo<sup>41</sup>.

42. La institución de la ciudadanía de las dos repúblicas se basaba en el principio de *jus soli*, mientras que la legislación federal, al igual que la legislación checoslovaca precedente a la fecha de creación de la Federación, se basaba en el principio del *jus sanguinis*. En todo caso, el principio tradicional del *jus sanguinis* se ha utilizado para la determinación de la nacionalidad de los menores de 15 años.

43. El establecimiento en el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) de una «ciudadanía de la Unión» constituye un acontecimiento reciente que vale la pena mencionar. Con arreglo al artículo 8, «será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro». La cuestión de si una persona posee la nacionalidad de un Estado miembro se ha de

<sup>40</sup> Batuffol y Lagarde, *op. cit.*, págs. 99 y 100.

<sup>41</sup> La ley checa y la ley eslovaca de nacionalidad han sido enmendadas por las leyes 92/1990 y 88/1990 del Consejo Nacional Checo y el Consejo Nacional Eslovaco, respectivamente.

resolver únicamente con referencia a la legislación nacional de ese Estado.

44. Además, para los efectos de un determinado tratado, el concepto de nacionalidad o el término «nacional» pueden tener otra acepción. Así, por ejemplo, en el Tratado de paz de St. Germain-en-Layc y en otros tratados de paz de 1919 se utiliza el término «súbdito» en forma más amplia que el de «nacional»<sup>42</sup>. En muchos acuerdos de liquidación de reclamaciones se enuncian definiciones especiales con miras a identificar a los nacionales cuyas reclamaciones se están liquidando<sup>43</sup>.

45. La idea del concepto de nacionalidad puede definirse de formas muy distintas según se enfoque el problema desde el punto de vista del derecho interno o del derecho internacional. En cada uno de esos casos la función de la nacionalidad es distinta. Desde el punto de vista del derecho internacional, en la medida en que las personas no son sujetos directos de éste, la nacionalidad es el medio por el cual puede normalmente disfrutar de beneficios con arreglo a él. Ello se debe a que únicamente los nacionales son beneficiarios de pleno derecho de la protección diplomática y del conjunto de normas, convencionales o no, admitidas por los Estados en sus relaciones mutuas en beneficio de sus nacionales. Así, la nacionalidad es una condición necesaria para el pleno disfrute de los derechos humanos.

#### B.—Nacionalidad de las personas jurídicas

46. Las personas jurídicas, por vía de analogía con la situación de las personas naturales, también han de tener una nacionalidad. Al igual que en el caso de una persona natural, la existencia del vínculo de la nacionalidad es necesaria a los efectos de la aplicación del derecho internacional respecto de una persona jurídica, y en la mayoría de los casos, a los efectos de la protección diplomática<sup>44</sup>.

47. Por lo general se considera que las sociedades tienen la nacionalidad del Estado bajo cuya legislación se han constituido y al que deben su existencia jurídica, ya que incumbe al derecho interno determinar si una entidad tiene o no personalidad jurídica<sup>45</sup> y cuáles son los efectos de esa determinación. En consecuencia, si una sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado establece, con arreglo a la legislación de otro, una filial como persona jurídica separada, en principio las dos empresas tendrán nacionalidades diferentes a los efectos

<sup>42</sup> Véase, por ejemplo, el asunto *National Bank of Egypt c. Austro-Hungarian Bank* (*Annual Digest of Public International Law Cases, 1923-1924* [Londres], vol. 2, 1933, pág. 23, asunto n.º 10)

<sup>43</sup> Véase, por ejemplo, el artículo VII del acuerdo entre la República Islámica del Irán y los Estados Unidos de América, relativo a la liquidación de reclamaciones en el asunto de los *Rehenes*, *International Legal Materials*, vol. XX (1981), pág. 232

<sup>44</sup> Véase Caffisch, «La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé», págs. 119 y ss.

<sup>45</sup> En algunos casos excepcionales en que el Estado ha puesto término a la existencia de una empresa, puede ocurrir que de todas maneras otros Estados consideren que ésta sigue existiendo. Véase Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under international law*, págs. 29 a 38 y 51 a 54.

del derecho internacional. Como señaló la CIJ en el asunto *Barcelona Traction*:

La norma tradicional atribuye el derecho de protección diplomática de una persona jurídica al Estado con arreglo a cuya legislación se ha constituido y en cuyo territorio tenga su oficina establecida. Estos dos criterios han sido confirmados por una práctica de larga data y en numerosos instrumentos internacionales. Sin embargo, a veces se afirma que se necesitan otros vínculos, o vínculos distintos, para que exista un derecho de protección diplomática<sup>46</sup>.

Así, en muchos casos el criterio tradicional del lugar de constitución de las empresas y el de la sede de su oficina establecida no significan más que una presunción *prima facie*.

48. La analogía que cabe trazar entre la nacionalidad de las personas jurídicas y la de las personas naturales tiene un límite. La mayoría de los autores advierten que:

Esta analogía, por conveniente que sea a veces, en muchos casos puede inducir a error, las normas de derecho internacional que se basan en la nacionalidad de las personas naturales no siempre han de aplicarse sin modificación alguna cuando se trata de las empresas. Hay varias consideraciones que militan en contra de la atribución a la nacionalidad de las personas jurídicas de las mismas consecuencias que entraña la nacionalidad de las personas naturales y éstas incluyen la forma en que las empresas se establecen, funcionan y terminan su existencia, su desarrollo como entidades jurídicas distintas de sus accionistas, la inaplicabilidad a las empresas del concepto, básicamente personal, de la lealtad, básico en el desarrollo de gran parte de la legislación actual en materia de nacionalidad, la ausencia general en relación con las empresas de legislación sobre nacionalidad que sirva para sentar una base en derecho interno a la aplicación de las normas del derecho internacional, la gran diversidad de formas de organización de las empresas y la posibilidad de configurar una relación artificial y exclusivamente formal con el Estado de la nacionalidad<sup>47</sup>.

49. No existe un concepto rígido de nacionalidad respecto de las personas jurídicas y se emplean distintos criterios para distintos fines. Por ello, la práctica habitual de los Estados consiste en estipular expresamente en un tratado o en su legislación interna qué personas jurídicas pueden aprovechar los beneficios de las disposiciones convencionales reservadas a «nacionales» o en definir las empresas «nacionales» a los efectos de la aplicación de la legislación nacional en materias concretas (derecho tributario, derecho del trabajo, etc.). Habida cuenta de que las personas jurídicas pueden tener vínculos con varios Estados, para determinar la condición de «nacional» de una empresa hay que ponderar diversos factores.

50. Las observaciones que anteceden suscitan la cuestión de si es útil emprender el estudio de los efectos de la sucesión de Estados sobre la nacionalidad de las personas jurídicas en forma paralela al relativo a la nacionalidad de las personas naturales y, en particular, de si el estudio de los problemas de la nacionalidad de las personas jurídicas reviste el mismo grado de urgencia que el de los relativos a la nacionalidad de las personas naturales. La solución más obvia para la Comisión consiste en separar las dos cuestiones y estudiar primero la más urgente, la de la nacionalidad de las personas naturales.

<sup>46</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, fallo de 5 de febrero de 1970, *C I J Recueil 1970*, pág. 42.

<sup>47</sup> Jennings y Watts, *op cit*, págs. 860 y 861

## CAPÍTULO III

## Función del derecho interno y del derecho internacional

## A.—Derecho interno

51. Se reconoce en general en la doctrina que «no corresponde al derecho internacional sino al derecho interno de cada Estado determinar quién debe considerarse, y quién no, nacional suyo»<sup>48</sup>. Únicamente el Estado puede decidir que una persona es o no nacional suyo. «[La] nacionalidad es fundamentalmente una institución del derecho interno de los Estados y la aplicación del concepto de nacionalidad al plano internacional en un caso determinado debe basarse en la ley de nacionalidad del Estado de que se trate.»<sup>49</sup> El derecho de cada Estado «determina quiénes son sus nacionales en virtud de su nacimiento, así como las condiciones de adquisición o pérdida ulterior de la nacionalidad»<sup>50</sup>.

52. El principio según el que incumbe a cada Estado determinar en su legislación quiénes son sus nacionales fue confirmado en el artículo 1 del Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad. Asimismo, ese principio fue reafirmado por la CPJI en su dictamen relativo a los *Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*<sup>51</sup> y en su dictamen sobre la cuestión de la *Adquisición de la nacionalidad polaca*<sup>52</sup> y fue reiterado por la CIJ en el fallo sobre el asunto *Nottebohm*<sup>53</sup>.

53. Así pues, hay un amplio consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en reconocer que la cuestión de la nacionalidad se rige esencialmente por el derecho interno. Esta conclusión sigue siendo válida en los casos en que se determina la adquisición de la nacionalidad en virtud de un tratado o cuando la legislación nacional enumera como una de las formas de adquirir la nacionalidad la adquisición en virtud de un tratado internacional<sup>54</sup>. En estos casos la ley nacional se remite simplemente a un título o criterio de adquisición convenido entre Estados que se aplica como ley especial en relación con los criterios básicos establecidos por la ley.

<sup>48</sup> *Ibid.*, pág. 852.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pág. 853.

<sup>50</sup> Batiffol y Lagarde, *op. cit.*, pág. 93. Según Crawford, «[a] parecer, únicamente los Estados pueden conceder la nacionalidad con arreglo a su legislación interna (o en virtud de un tratado). Así pues, para que pueda existir la nacionalidad debe existir primero el Estado y no viceversa» (*op. cit.*, pág. 40).

<sup>51</sup> *C.P.J.I. 1923 série B n.º 4*, pág. 24.

<sup>52</sup> *Ibid.*, n.º 7, pág. 16.

<sup>53</sup> Véase nota 38 *supra*.

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 3 de la ley de ciudadanía de Eslovenia. Véase también O'Connell, *The Law of State Succession*: «Aunque el tratado estipule que los habitantes de un territorio incorporado pasan a ser nacionales del Estado sucesor, esta disposición no entra en vigor hasta que entra a formar parte del derecho interno», pág. 249, nota 3, refiriéndose a Graupner, «Nationality and State Succession», pág. 94.

54. El papel del derecho interno como fuente principal de la nacionalidad se reconoce igualmente en el caso de los cambios de nacionalidad resultantes de una sucesión de Estados, con frecuencia denominados «naturalizaciones colectivas». Por ejemplo, el artículo 13 del Código Bustamante dispone que

En las naturalizaciones colectivas, en caso de independencia de un Estado, se aplicará la ley del Estado adquirente o nuevo, si ya se ha establecido en el territorio una soberanía efectiva reconocida por el Estado ante el que se juzgue la cuestión y, en su ausencia, se aplicará la ley del antiguo Estado, todo ello sin perjuicio de las estipulaciones contractuales entre los dos Estados interesados, que tendrán siempre prioridad.

En el mismo sentido, O'Connell se refiere a la práctica de los tribunales ingleses y llega a la conclusión de que

la cuestión de a qué Estado pertenece una persona deberá ser resuelta en última instancia por el derecho interno del Estado al que dicha persona alega pertenecer o se afirma que pertenece. Corresponderá al derecho interno del Estado predecesor determinar qué personas han perdido su nacionalidad como consecuencia del cambio y al del Estado sucesor determinar qué personas han adquirido su nacionalidad<sup>55</sup>.

55. Pero, al mismo tiempo, en opinión de algunos tratadistas, existen «tal vez casos excepcionales en los que una persona puede poseer una nacionalidad para fines internacionales cuando no existe una ley de nacionalidad aplicable»<sup>56</sup>. Esto plantea la cuestión de aceptar o no la existencia de dos conceptos de nacionalidad distintos, uno con arreglo al derecho interno y otro con arreglo al derecho internacional. Esta cuestión reviste especial importancia en los casos de sucesión de Estados, en que puede transcurrir un tiempo considerable entre la «fecha de sucesión del Estado» y la aprobación de la ley de nacionalidad del Estado sucesor. O'Connell describe esta situación de la manera siguiente:

Si bien es cierto que el Estado interesado debe alegar en primer lugar [que le corresponde ejercer] competencia sobre una persona o representarla internacionalmente antes de que le sea efectivamente atribuida dicha competencia, ello no significa que se considere a esa persona nacional del Estado interesado, ya que, como en el caso de Israel entre 1948 y 1952, el Estado puede carecer de un concepto en el plano de nacionalidad interno. Sería engañoso suponer que, porque el derecho internacional tolerantemente atribuya a los Estados sucesores competencia sobre algunas personas en virtud de un cambio de soberanía, esas personas se convierten automáticamente en nacionales para el derecho interno, pues lo más que puede hacer el derecho internacional es aceptar o rechazar la pretensión de los Estados sucesores de ejercer plena competencia sobre unas personas o representarlas a nivel diplomático<sup>57</sup>.

56. Para que el concepto de nacionalidad a efectos internacionales se pueda considerar generalmente aceptado, ¿cuáles serán sus elementos y cuál su función exacta?

<sup>55</sup> *State Succession in Municipal Law...*, pág. 501.

<sup>56</sup> Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 853, nota 10.

<sup>57</sup> *State Succession in Municipal Law...*, pág. 498.

## B.—Derecho internacional

### 1. LIMITACIONES AL PODER DISCRECIONAL DEL ESTADO

57. Aunque la nacionalidad se rija fundamentalmente por la legislación interna, interesa directamente al orden internacional. Es evidente que el hecho de que el Estado goce de soberanía para determinar quiénes son sus nacionales no significa que la cuestión no se pueda racionalizar. La competencia legislativa del Estado en materia de nacionalidad no es absoluta<sup>58</sup>. Las diferentes autoridades que han planteado el principio de la libertad de los Estados han afirmado también que existen límites a esa libertad.

58. Por ejemplo, en su opinión consultiva en el asunto relativo a los *Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*<sup>51</sup>, la CPJI insistió en que la cuestión de si un asunto era únicamente de la competencia de un Estado era, en lo esencial, relativa, pues dependía de cuál fuera la evolución de las relaciones internacionales, y consideró que incluso cuando se trataba de casos no contemplados en principio en el derecho internacional, el derecho de un Estado a hacer uso de sus facultades discrecionales podía verse limitado por obligaciones que hubiera asumido con respecto a otros Estados, de modo que su competencia quedaba limitada por normas de derecho internacional<sup>59</sup>.

59. En el comentario del artículo 2 del proyecto de convención sobre nacionalidad, de 1929, preparado por el grupo de estudio sobre derecho internacional de la Harvard Law School, se afirma que el poder de un Estado de conferir su nacionalidad no es ilimitado<sup>60</sup>. Como se señala en el artículo 1 del Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad, si bien incumbe a cada Estado determinar, en virtud de sus propias leyes, quiénes son sus nacionales, tal legislación será reconocida por los demás Estados únicamente «en la medida en que sea compatible con los convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios del derecho generalmente reconocido en materia de nacionalidad».

60. Los efectos de las normas de derecho internacional en la esfera de la nacionalidad revisten especial importancia en el caso de la sucesión de Estados. Las «naturalizaciones colectivas» plantean más problemas, teniendo en cuenta el número de personas —a veces la totalidad de la población— afectadas por el cambio. La complejidad y la urgencia de estos problemas varían según sea la naturaleza del cambio territorial (traspaso del territorio, secesión, disolución del Estado o unificación de Estados) y la manera (pacífica o no) en que se produzca. Pero ¿cuál es aquí la función del derecho internacional? ¿Es concebible que una autoridad internacional, o al menos las reglas que se imponen a los Estados, desempeñen un papel en el reparto de individuos entre los diferentes Estados, ya sea

para evitar la apatridia o para evitar los conflictos positivos?

61. Según la opinión preponderante, el papel que desempeña el derecho internacional en el campo de la nacionalidad es muy limitado. La función del derecho internacional consiste, todo lo más, en delimitar la competencia del Estado predecesor para decidir que algunas personas sigan siendo nacionales suyos y la del Estado sucesor para reclamarlas a su vez como propios. El derecho internacional no puede prescribir que esas personas cambien de nacionalidad, ya sea automáticamente o mediante solicitud. Si bien, por una parte, impone restricciones con respecto a las categorías de personas que el Estado sucesor puede reclamar como nacionales suyos, por otra, debido al carácter restrictivo de su acción, el derecho internacional no puede imponer al Estado predecesor la obligación de seguir incluyendo o no a esas personas entre sus nacionales<sup>60</sup>. Al delimitar la competencia de los Estados para otorgar su nacionalidad a las personas, el derecho internacional permite «cierto control sobre las atribuciones excesivas de los Estados en materia de nacionalidad, al privar a dichas atribuciones de gran parte de sus efectos en el plano internacional». Así pues, «las decisiones de cada Estado en cuanto a la concesión de su propia nacionalidad no son necesariamente aceptadas sin más en el plano internacional»<sup>61</sup>.

62. El ejemplo más frecuentemente citado a este respecto es el asunto *Nottebohm*, en el que la CIJ indicó que

un Estado no puede pretender que las normas [relativas a la adquisición de nacionalidad] que así haya establecido deban ser reconocidas por otro Estado, a menos que haya actuado de conformidad con ese objetivo general de hacer que coincida el vínculo jurídico de la nacionalidad con una relación auténtica de la persona con el Estado que asume la defensa de sus ciudadanos protegiéndolos contra otros Estados<sup>62</sup>.

63. Cabe deducir de ello que la función del derecho internacional en la esfera de la nacionalidad tiene en principio un carácter negativo. En todo caso, el derecho internacional no puede corregir directamente los defectos de la legislación interna, es decir, ejercer la función que corresponde a ésta de indicar quiénes son y quiénes no son nacionales del Estado. No cabe duda alguna de que la CIJ consideró a Nottebohm nacional de Liechtenstein con arreglo al derecho interno de este país<sup>63</sup>.

64. Así pues, la función del derecho internacional consiste, en primer lugar, en delimitar las competencias de los Estados o, dicho de otra manera, en eliminar las consecuencias que podría tener para terceros Estados el ejercicio exagerado o abusivo por un Estado de su competencia legislativa en materia de nacionalidad. Pero además de esa limitación existe otra, reconocida desde hace

<sup>58</sup> Batiffol y Lagarde, *op. cit.*, págs. 69 y 70.

<sup>59</sup> Véase Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 852.

<sup>60</sup> O'Connell, *State Succession in Municipal Law...*, pág. 499.

<sup>61</sup> Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 853.

<sup>62</sup> Asunto *Nottebohm* (nota 38 *supra*), pág. 23.

<sup>63</sup> En este sentido véase también Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 856: «[...] en los casos en que los efectos en el derecho internacional de la concesión de nacionalidad por un Estado sean limitados, el individuo seguirá siendo nacional de ese Estado a los efectos de su propia legislación».

mucho tiempo, que es la que impone el respeto de los derechos humanos. Este aspecto ya se había planteado en relación con la preparación de la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930<sup>64</sup>. La adopción, después de la segunda guerra mundial, de normas internacionales relativas a la protección de los derechos humanos garantizó a las normas de derecho internacional una función más amplia en materia de nacionalidad. En virtud de esas normas y principios, algunas técnicas del derecho interno, como las que llevan a la apatridia o a todo tipo de discriminación, pasaron a ser impugnables en el plano internacional.

65. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de que la concesión de la nacionalidad y su reglamentación son de la competencia del Estado, este principio queda limitado por los requisitos de protección de los derechos humanos que impone el derecho internacional<sup>65</sup>. A diferencia de lo que sucede con la primera clase de limitaciones a que nos hemos referido, la cuestión esencial en este caso no es si el Estado ejerce su poder discrecional dentro de los límites de sus competencias en razón del territorio o en razón de la persona, sino si lo ejerce de manera compatible con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, cabe reiterar que las normas internacionales que dan lugar a esta segunda clase de limitaciones no afectan a la validez del ordenamiento jurídico nacional ni a su funcionamiento efectivo en el interior del Estado. (Soslayemos la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado que incumpla sus obligaciones de protección de los derechos humanos.)

66. Por consiguiente, en lo que atañe a la nacionalidad, los Estados están sujetos a dos tipos de limitaciones que afectan, por un lado, a la delimitación de las competencias entre los Estados (cuyo incumplimiento de las normas tiene por consecuencia que la nacionalidad así otorgada no sea oponible ante terceros Estados) y, de otro lado, a las obligaciones de defensa de los derechos humanos (cuyo incumplimiento entraña responsabilidad internacional).

## 2. MODALIDADES DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

67. El derecho internacional es aplicable por medio de normas tanto *consuetudinarias* como *convencionales*. Así pues, el Estado deberá ejercer su soberanía para decidir quiénes serán sus nacionales dentro de los límites impuestos por el derecho internacional general y por los

<sup>64</sup> «Se debe considerar que el alcance de las leyes internas relativas a la nacionalidad está limitado por el respeto de los derechos y obligaciones de las personas y de otros Estados.» [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*, tomo I: *Nationalité* (C.73.M.38.1929.V), respuesta de los Estados Unidos de América, pág. 16.]

<sup>65</sup> «Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización». Opinión consultiva OC-4/84, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A: Fallos y Opiniones*, San José, Costa Rica, 1984.

tratados internacionales. En el Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad se mencionan «los convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios jurídicos generalmente admitidos en materia de nacionalidad» y la CPIJ se refiere, en los dos dictámenes citados (párr. 52 *supra*), a los «tratados vigentes». Sin embargo, ni en el Convenio ni en los dictámenes se especifica qué normas concretas de derecho internacional positivo limitan la libertad de los Estados.

68. En el contexto de la protección diplomática se han desarrollado normas consuetudinarias relativas a los efectos que tiene la nacionalidad sobre terceros Estados. Es en este ámbito del derecho internacional donde ha surgido el principio de la nacionalidad efectiva. Según este principio, consagrado por el fallo que emitió la CJI en el asunto *Nottebohm*, para que la nacionalidad pueda ser oponible ante terceros Estados debe existir un vínculo efectivo y auténtico entre el Estado y la persona de que se trate. La naturalización que no se fundamente en un vínculo lo suficientemente efectivo no obliga a los demás Estados a reconocer al que la ha concedido el derecho de otorgar protección diplomática al interesado.

69. El examen de la legislación nacional no es muy concluyente en cuanto a la existencia de normas consuetudinarias de derecho internacional público en materia de nacionalidad. No obstante, está establecido que un Estado no puede conceder la nacionalidad de origen a una persona que carezca de vínculos con él, en virtud del *jus sanguinis* o del *jus soli*, conclusión que tiene un alcance práctico limitado para la solución de los problemas reales que se plantean en los casos de sucesión de Estados. Por consiguiente, hay que constatar que el derecho internacional consuetudinario ofrece a los Estados escasa orientación para elaborar su legislación en materia de nacionalidad.

70. Si bien las normas de derecho consuetudinario son de carácter rudimentario y no constituyen más que una base elemental, los convenios y tratados internacionales son menos esquemáticos. Estos instrumentos suelen tener por objeto armonizar las legislaciones nacionales a fin de superar los problemas que resultan de la utilización por los Estados de criterios diferentes de adquisición o pérdida de la nacionalidad. La comunidad internacional estima que algunos de estos problemas, como la apatridia, son más graves que otros, como la doble nacionalidad.

71. Desde hace algún tiempo se está procurando, mediante la adopción de convenios internacionales, disminuir los casos de apatridia o, cuando ello no es posible, aliviar la situación de los apátridas. En la Conferencia de Codificación de La Haya, de 1930, se adoptaron diversas medidas destinadas a disminuir las posibilidades de apatridia y se formuló una recomendación unánime en el sentido de que, al reglamentar las cuestiones de nacionalidad, los Estados hicieran todo cuanto estuviera en su poder por reducir al máximo los casos de apatridia. Entre los tratados multilaterales que se ocupan de este problema cabe citar los siguientes: el Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad,

firmado en La Haya en 1930, su Protocolo relativo a un caso de apatridia y su Protocolo especial relativo a la apatridia, así como la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para reducir los casos de apatridia.

72. Los problemas derivados de la doble nacionalidad se tratan en el Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad y en su Protocolo relativo a las obligaciones militares en ciertos casos de doble nacionalidad, de 1930; en el Convenio sobre la nacionalidad de la Liga de los Estados Árabes, y en el Convenio sobre la reducción de los casos de nacionalidad múltiple y sobre la obligación del servicio militar en dichos casos, que concertaron los Estados miembros del Consejo de Europa en 1963. Además, la cuestión de la doble nacionalidad puede causar problemas particulares en algunos Estados (concretamente en los que tengan una gran población de inmigrantes) y requerir, por tanto, una reglamentación de carácter bilateral<sup>66</sup>.

73. A pesar de que las disposiciones de los convenios citados que se ocupan directamente de la cuestión de la nacionalidad en el marco de la sucesión de los Estados (como, por ejemplo, el artículo 10 de la Convención para reducir los casos de apatridia) son muy escasos, no cabe considerar sin más que son improcedentes en tales casos de sucesión. En primer lugar, imparten a los Estados interesados útil orientación al ofrecer soluciones que los legisladores nacionales pueden utilizar *mutatis mutandis* para resolver los problemas ocasionados por el cambio de territorio. En segundo lugar, cuando el Estado predecesor sea parte en dichos convenios, éstos pueden obligar oficialmente a los Estados sucesores de conformidad con las normas de derecho internacional que rigen la sucesión de Estados en materia de tratados. Así pues, pueden sumarse estos instrumentos a las limitaciones generales

que imponen las normas consuetudinarias de derecho internacional al poder discrecional del Estado sucesor en materia de nacionalidad.

74. Hay otros tratados internacionales que se refieren directamente a los problemas de nacionalidad en caso de sucesión de Estados y que han desempeñado un papel importante, sobre todo después de la primera guerra mundial. Ellos se fijaron, de manera relativamente uniforme, criterios de adquisición de la nacionalidad de los Estados sucesores. El criterio empleado con más frecuencia era el del domicilio o la residencia habitual. Como ejemplo de disposiciones de esos tratados, cabe mencionar los artículos 4 y 6 del Tratado entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Polonia<sup>67</sup>. Al mismo tiempo, en los tratados concertados después de la primera guerra mundial se disponía el reconocimiento, por parte de los Estados derrotados, de la nueva nacionalidad adquirida *ipso facto* por sus antiguos nacionales conforme a las leyes del Estado sucesor y de la pérdida consiguiente de los vínculos de tales personas con su país de origen<sup>67</sup>. Esos tratados multilaterales se completaron mediante acuerdos bilaterales entre los Estados interesados<sup>68</sup>.

### C.—Principios de derecho generalmente admitidos en materia de nacionalidad

75. Como ya se ha dicho, en el Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad se citan los «principios de derecho generalmente admitidos en materia de nacionalidad» entre las limitaciones a que se halla sometida la libertad de los Estados en ese contexto. Pero en el Convenio no se dice nada acerca del contenido exacto de esa noción, que la Comisión podría intentar precisar en su estudio de la cuestión.

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo, el párrafo 5 del Comunicado Conjunto sobre la normalización de las relaciones entre China y Malasia (*International Legal Materials*, vol. XIII, n.º 4, julio de 1974, pág. 877)

<sup>67</sup> Véase «Lois sur la nationalité» (nota 28 *supra*), págs. 586 a 593

<sup>68</sup> Véase, por ejemplo, el Tratado relativo al derecho de la nacionalidad y a la protección de las minorías concertado entre Checoslovaquia y Austria, de 7 de junio de 1920 (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. III, pág. 189).

## CAPÍTULO IV

## Limitaciones de la libertad de los Estados en materia de nacionalidad

## A.—Principio de la nacionalidad efectiva

76. La mayoría de los tratadistas admiten que, al igual que en el caso genérico de la naturalización,

debe haber un vínculo suficiente entre el Estado sucesor y las personas a quienes considera nacionales suyos en virtud de la sucesión, y podría someterse a prueba la suficiencia del vínculo si el Estado sucesor intentara ejercer su jurisdicción sobre esas personas en circunstancias inadmisibles con arreglo al derecho internacional o intentara asumir su representación diplomática, naturalmente, siempre que hubiera algún Estado competente para protestar en nombre de ellos<sup>69</sup>.

Dicho vínculo puede tener, en los casos de sucesión de Estados, características especiales. Es indudable que

tanto desde el punto de vista social como desde el jurídico, el territorio no debe considerarse un espacio vacío un territorio (con excepciones geográficas evidentes) equivale a una población, unos grupos étnicos, unas lealtades, unas aspiraciones nacionales, una parte de la humanidad o, si se permite la metáfora, un organismo. El hecho de entender que una población, en el caso normal, está vinculada a determinadas zonas de un territorio no significa volver a concepciones feudales, sino reconocer una realidad humana y política en que se fundan los asentamientos territoriales modernos<sup>69</sup>.

77. Varios tratadistas de la sucesión de los Estados que sostienen que el Estado sucesor puede sufrir limitaciones de su poder discrecional para otorgar su nacionalidad a personas carecientes de un vínculo auténtico con el territorio en cuestión fundamentan su tesis en el fallo de la CIJ en el asunto *Nottebohm*.

78. En ese fallo, la Corte enunció de la forma siguiente los criterios que se habían considerado pertinentes para determinar si existía una vinculación real:

Los árbitros internacionales han resuelto de la misma manera numerosos asuntos de doble nacionalidad en que se planteaba la cuestión del ejercicio de la protección. Han mostrado preferencia por la nacionalidad real y efectiva, que se atiene a los hechos y se basa en la existencia de lazos reales más fuertes entre la persona interesada y uno de los Estados cuya nacionalidad está en juego. Al determinar la nacionalidad efectiva se tienen en cuenta diversos factores, cuya importancia varía según el caso. La residencia habitual del interesado es un factor importante, pero hay otros tales como el centro de sus intereses, sus vínculos familiares, su participación en la vida pública, el afecto que muestra por un determinado país y el afecto por él que inculca a sus hijos, etc.<sup>70</sup>.

79. El fallo de la Corte, si bien suscitó algunas críticas, no impugnaba el principio de la nacionalidad efectiva en sí. Lo que más se ha reprochado al fallo dictado en el asunto *Nottebohm* es que no da ningún criterio que permita determinar la efectividad de la vinculación de un individuo con un Estado<sup>71</sup>. Se adujo, en particular, que la

<sup>69</sup> Brownlie, *Principles of Public International Law*, pág. 664

<sup>70</sup> Asunto *Nottebohm* (nota 38 *supra*), pág. 22.

<sup>71</sup> La Comisión de conciliación italo-americana fue aún más lejos en el asunto *Flegenheimer*, del que se ocupó en 1958, y se declaró incompetente para negar que la nacionalidad otorgada por un Estado, incluso sin contar con la garantía del vínculo efectivo, tuviera efectos en el plano internacional, salvo en caso de fraude, negligencia o error grave (véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV [n.º de venta: 65 V.4], pág. 327)

Corte había trasladado el requisito del vínculo efectivo del contexto de la doble nacionalidad a una situación donde había una única nacionalidad y que no debía considerarse que una persona que poseyera una sola nacionalidad careciera del derecho de hacerla valer ante otro Estado por no tener un vínculo efectivo con el Estado del que fuera nacional, sino sólo con un tercer Estado. También se dijo que, en su fallo, la Corte no había tenido lo suficientemente en cuenta la consecuencias que se derivarían de adoptar la tesis del «vínculo auténtico» en asuntos de protección diplomática, lo que suscitaba la cuestión de en qué medida el Estado cuya nacionalidad ostenta una persona con carácter puramente formal podría protegerla contra otro Estado distinto de aquel cuya nacionalidad poseyera con carácter efectivo. Asimismo, se subrayó que seguía sin aclararse si el principio del «vínculo auténtico» se aplicaba solamente a la adquisición de la nacionalidad por naturalización.

80. El concepto del vínculo auténtico tiene una larga historia tras de sí. Para verificar la existencia de este vínculo se han tenido en cuenta o aplicado diversos criterios, como el del domicilio, la residencia o el nacimiento, tanto en general como en los casos de cambio de soberanía. Así, en el artículo 84 del Tratado de Versalles se declaraba que las personas «que residan habitualmente en cualquiera de los territorios reconocidos como parte integrante del Estado checoslovaco obtendrán la nacionalidad checoslovaca *ipso facto*». No obstante, como se ha señalado a menudo, «si bien la residencia habitual es el criterio más satisfactorio a fin de determinar la competencia del Estado sucesor para otorgar su nacionalidad a determinadas personas, no puede asegurarse que sea el único admitido en derecho internacional»<sup>72</sup>.

81. Algunos autores han propugnado el empleo del criterio del nacimiento en el territorio para demostrar la existencia de un «vínculo auténtico» con arreglo al cual el Estado sucesor tendría el derecho de imponer su nacionalidad a los habitantes del territorio nacidos en él. Sin embargo, este criterio no está generalmente aceptado. Con todo, en 1925, en el asunto *Romano c. Comma*, el Tribunal Mixto de Apelación de Egipto se apoyó en ese criterio para sostener que una persona nacida en Roma y residente en Egipto se convertía en nacional italiano como resultado de la anexión de Roma en 1870<sup>73</sup>.

82. En los debates sobre la eliminación de la apatridia y la reducción de los casos de apatridia, varios miembros de la CDI hicieron hincapié en la necesidad de que hubiera ciertos lazos entre el individuo y el Estado que constituyeran la base para conceder la nacionalidad de aquél<sup>74</sup>. En esos debates se habló de aplicar el principio

<sup>72</sup> O'Connell, *State Succession in Municipal Law*, pág. 518.

<sup>73</sup> *Annual Digest of Public International Law Cases, 1925-1926* (Londres), vol. 3, 1929, asunto n.º 195, pág. 265.

<sup>74</sup> Véase *Yearbook... 1953*, vol. 1, *passim*

del vínculo auténtico a los asuntos de naturalización en general más que a la cuestión concreta de la sucesión de los Estados. Así pues, se plantea el problema de si la aplicación del concepto del vínculo auténtico en el caso de la sucesión de los Estados presenta peculiaridades con respecto a su aplicación en los casos tradicionales de naturalización. Otra cuestión que se plantea es la de si cabría aclarar y afinar más los criterios para determinar la existencia de un vínculo auténtico.

83. Las divergencias de los comentaristas con respecto a la utilización de tal o cual criterio parecen deberse a que cada uno toma en consideración distintos tipos de sucesión de Estados. A pesar de que al extraer sus conclusiones se basan en un tipo concreto de sucesión, tienden a generalizar, como si sus conclusiones se aplicaran en todas las circunstancias. Otros problemas parecidos pueden derivarse de clasificar los diversos tipos de sucesión de Estados en dos categorías, sucesión «universal» y sucesión «parcial», lo que resulta simplista.

84. La aplicación del concepto del «vínculo auténtico» a la cuestión de la sucesión de los Estados puede dar lugar también a otro problema delicado desde el punto de vista de la persona de que se trate; como ha sucedido en algunos casos recientes de desmembramiento de Estados en Europa oriental, puede ocurrir que durante la vida de determinada generación se produzca una serie de sucesiones de Estados en el mismo territorio. El criterio de concesión de la nacionalidad a los habitantes del territorio podrá ser diferente en cada caso, lo que dará resultados inesperados o incluso absurdos y causará problemas personales considerables.

#### B.—Protección de los derechos humanos

85. Parece estar generalmente aceptado que, paralelamente a las normas relativas a la delimitación de la competencia de los Estados en materia de nacionalidad, hay ciertas obligaciones en los Estados en el ámbito de los derechos humanos que imponen límites adicionales al ejercicio de su facultad discrecional de conferir o retirar su nacionalidad. Así ocurre respecto de las nacionalizaciones en general y también en el contexto especial de la sucesión de Estados. La importancia de esta categoría de limitaciones ha aumentado considerablemente tras la segunda guerra mundial en razón del impulso que ha cobrado la protección de los derechos humanos. Se trata de una de las características más notables de la evolución del marco jurídico en el cual se encuadran los casos recientes de sucesión.

86. A diferencia de los Estados sucesores que aparecieron tras la primera guerra mundial, los Estados sucesores que han nacido como consecuencia de las disoluciones de Estados más recientes se encuentran frente a un número bastante importante de convenciones multilaterales. Estas convenciones (y en particular, llegado el caso, las relativas a la nacionalidad, incluida la reducción de los casos de apatridia, y la protección de los derechos humanos), en las cuales se habían hecho partes ciertos Estados predecesores, son obligatorias para los Estados sucesores en virtud de las normas del derecho internacional que regulan la sucesión de Estados en materia de

tratados. Además, ciertos Estados sucesores (especialmente los de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas) se han adherido a instrumentos sobre derechos humanos que tienen importancia a los efectos de la solución de las cuestiones de nacionalidad y en los cuales el Estado predecesor no se había hecho parte.

87. Las obligaciones de los Estados en materia de protección de los derechos humanos son incompatibles sobre todo con los procesos que llevan a la apatridia o a algún tipo de discriminación. El artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone lo siguiente<sup>75</sup>:

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. Nadie será privado arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

A la luz de esta disposición, es necesario estudiar detenidamente los límites exactos de la competencia discrecional del Estado predecesor para privar de su nacionalidad a los habitantes del territorio que ha perdido, así como la cuestión de si cabe inferir del principio que antecede que el Estado sucesor tiene la obligación de conceder su nacionalidad a los habitantes del territorio. A juicio del Relator Especial, ya no es posible mantener sin reserva alguna la opinión tradicional que expresaba O'Connell, según la cual «por indeseable que pueda resultar el hecho de que haya apatridia como consecuencia del cambio de soberanía, no se puede afirmar con certeza alguna que el derecho internacional, al menos en su etapa actual de desarrollo, imponga al Estado sucesor la obligación de conceder la nacionalidad»<sup>76</sup>. El criterio de que «salvo en caso de un tratado, el nuevo Estado no está obligado a conferir su nacionalidad a *todas* las personas que residan en su territorio»<sup>77</sup> es más cauteloso en esta materia y parece justificar la conclusión, *a contrario sensu*, de que esta obligación existe al menos respecto de algunos habitantes. Los límites de esas obligaciones pueden variar según el tipo de cambio territorial de que se trate.

88. Además de las obligaciones que pueden dimanar para los Estados de los principios antes mencionados, el artículo 8 de la Convención para reducir los casos de apatridia estipula que los Estados contratantes «no privarán de su nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida». Además, según el artículo 9 de la misma Convención, los Estados contratantes «no privarán de su nacionalidad a ninguna persona o ningún grupo de personas por motivos raciales, étnicos, religiosos o políticos». En caso de sucesión de Estados, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que prohíbe al Estado predecesor aplicar una política arbitraria cuando retire su nacionalidad a los habitantes del territorio en que tiene lugar la sucesión de Estados. Se plantea además la cuestión de si es posible inferir de estas disposiciones obligaciones que recaigan sobre los Estados sucesores y, en la afirmativa, cuáles.

89. Como señalaba un autor: «un cambio arbitrario de nacionalidad en razón de la transferencia de un territorio

<sup>75</sup> Resolución 217 A (III) de la Asamblea General.

<sup>76</sup> Véase *State Succession in Municipal Law...*, pág. 503.

<sup>77</sup> Crawford, *op. cit.*, pág. 41.

puede tener diversos significados distintos. Puede significar que la norma de que la nacionalidad cambia *ipso facto* al cambiar la soberanía entraña un elemento de arbitrariedad [...]. Las opciones étnicas basadas en el criterio subjetivo de la "raza", por ejemplo, pueden ser arbitrarias en el sentido de que son contrarias a la prohibición de la discriminación por razones de raza, sexo, idioma o religión que se formula en el párrafo 3 del Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas y en instrumentos internacionales posteriores»<sup>78</sup>. Así, la aplicación de criterios de esa índole podría ser impugnada sobre la base

<sup>78</sup> Donner, *op cit*, págs 261 y 262

de normas fundamentales de derechos humanos. La comunidad internacional ha manifestado recientemente en varias ocasiones su preocupación respecto de esa práctica y ha procurado en los foros multilaterales competentes que los Estados de que se trate adopten medidas que sean plenamente compatibles con el derecho internacional contemporáneo. Como destaca el mismo autor, «el objetivo primordial del derecho de la sucesión de Estados consiste en velar por la estabilidad social y política en un momento en que la transferencia de poderes soberanos propicia la inestabilidad. La estabilidad en este caso puede significar el rechazo de [diversos criterios] incompatibles con consideraciones humanitarias»<sup>78</sup>.

## CAPÍTULO V

### Tipología de la sucesión

90. El Relator Especial sostiene, en contraposición a la opinión de que «las categorías del derecho de la sucesión de Estados no han de servir de ayuda»<sup>79</sup>, que el estudio que ha de preparar la Comisión debe tener en cuenta en forma separada los problemas de nacionalidad que surgen en el contexto de distintas formas de cambio territorial. El análisis individual de los distintos casos revelará si procede sostener que «la mayoría de los principios a que se hace referencia en relación con la sucesión universal son aplicables, *mutatis mutandis*, a los efectos de la sucesión parcial sobre la nacionalidad»<sup>80</sup>.

91. La Comisión, en el marco de sus trabajos relativos a la sucesión de Estados en materia de tratados, «llegó a la conclusión de que para codificar el derecho moderno de la sucesión de Estados en materia de tratados bastaba agrupar los casos de sucesión de esa índole en tres categorías principales: a) sucesión respecto de una parte de territorio; b) Estados de reciente independencia y c) unificación y separación de Estados»<sup>81</sup>. La Conferencia Di-

plomática mantuvo esta tipología, que está incorporada en la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados.

92. A los efectos del proyecto de artículos sobre sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, la Comisión consideró que, habida cuenta de las características y los requisitos propios del tema, especialmente en lo tocante a la sucesión en los bienes de Estados, era necesario precisar más esta tipología de la sucesión. En consecuencia, en cuanto a la sucesión respecto de una parte de territorio, la Comisión decidió que había que distinguir y reglamentar separadamente en el proyecto de artículos los tres casos siguientes: a) el caso en que un Estado transfería a otro una parte de su territorio; b) el caso en que un territorio dependiente pasa a formar parte del territorio de otro distinto de aquel que era responsable por sus relaciones internacionales, esto es, el caso de un territorio no autónomo que se descoloniza mediante la integración a un Estado distinto del colonial; c) el caso en que una parte del territorio de un Estado se separa de éste para unirse a otro Estado. Igualmente, en lo que respecta a la unificación y separación de Estados, la Comisión determinó que había que distinguir además entre «la separación de una o más partes del territorio de un Estado» y la «disolución de un

<sup>79</sup> Brownlie, *op cit*, pág 661

<sup>80</sup> Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, págs 144 y 145. Sin embargo, el autor subordina esa afirmación a dos salvedades: «a) en los casos de sucesión parcial, con mayor frecuencia las cuestiones de nacionalidad quedarán reguladas en virtud de tratados, y b) habida cuenta de que el Estado predecesor sigue existiendo, hay dos nacionalidades, la del Estado predecesor y la del sucesor. De esta manera, no sólo se plantea la cuestión de la adquisición de la nacionalidad nueva, sino también la de la pérdida de la nacionalidad anterior» (ibid.)

<sup>81</sup> *Anuario 1974*, vol. II (primera parte), pág 172, doc A/9610/Rev.1, párr 71 En el proyecto de artículos provisional sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, aprobados por la Comisión en su 24º período de sesiones, en 1972 (véase *Anuario 1972*, vol II, págs 249 y ss, doc A/8710/Rev.1, cap II, secc. C), se prevén cuatro tipos distintos de sucesión de Estados a) transferencia de una parte de territorio, b) caso de los Estados de reciente independencia, c) unificación de Estados y disolución de uniones, y d) secesión o separación de una o más partes de uno o varios Estados; sin embargo, en su 26º período de sesiones, en 1974, la Comisión, en el curso de la segunda lectura del proyecto de artículos, introdujo algunas modificaciones que, por una parte, precisaron y desarrollaron el primer tipo de sucesión y, por la otra, combinaron en uno solo los dos últimos tipos. En primer lugar, el caso de transferencia de una parte de territorio pasó a ser denominado «sucesión respecto de una parte de territorio». Bajo

este título, la Comisión incluyó el caso en que un «territorio que no forme parte del territorio de un Estado, de cuyas relaciones internacionales sea responsable ese Estado, pase a ser parte del territorio de otro Estado» [véase *Anuario 1974*, vol. II (1.ª parte), pág. 209, doc A/9610/Rev.1, cap. II, secc. D, art. 14]. Con esta formulación, la Comisión se proponía tener en cuenta el caso de un territorio no autónomo que se descolonizara mediante la integración a un Estado distinto del Estado colonial. A los fines de la sucesión de Estados en materia de tratados, estos casos están asimilados al primer tipo de sucesión, la «sucesión respecto de una parte de territorio». Además, la Comisión agrupó los dos últimos tipos de sucesión de Estados en un solo epígrafe titulado «Unificación y separación de Estados».

Estado»<sup>82</sup>. Esta tipología fue aprobada por la Conferencia Diplomática y constituye la base de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado.

93. A juicio del Relator Especial, en el estudio actual de la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas habría que mantener la tipología aprobada por la Comisión para la codificación del derecho de la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados y no a la aprobada por la Comisión en el curso del examen de la sucesión de Estados en materia de tratados. La razón es muy sencilla: en el examen del tema de que nos ocupamos, la cuestión de la continuidad o discontinuidad de la personalidad internacional del Estado predecesor en los casos de secesión o disolución de Estados tiene consecuencias directas en materia de nacionalidad. Los problemas que se plantean en el primer caso son, por su naturaleza, considerablemente distintos de los que se plantean en el segundo. Habrá además que introducir un ajuste suplementario en la tipología preparada por la Comisión; respecto de los casos de unificación de Estados habrá que establecer una distinción entre la situación en que un Estado se une libremente a otro, con lo cual el primer Estado desaparece como sujeto de derecho internacional mientras el otro sigue existiendo como tal (hipótesis de la «absorción»), y la situación en que los dos Estados predecesores se unen para formar un nuevo sujeto de derecho internacional y, como consecuencia, los dos desaparecen en calidad de Estados soberanos.

94. Habida cuenta de las necesidades de la comunidad internacional en estos momentos y del hecho de que el proceso de descolonización está ya acabado, la Comisión

<sup>82</sup> *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), párr. 75 *in fine*.

podría limitarse a estudiar los problemas de nacionalidad que han surgido en el curso de ese proceso en la medida en que su estudio pueda contribuir a aclarar problemas de nacionalidad comunes a los cambios territoriales de toda índole.

95. Al igual que ocurre con los trabajos anteriores de la Comisión relativos al problema de la sucesión de Estados, el presente estudio de los efectos de la sucesión de Estados sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas debería circunscribirse también «únicamente a los efectos de una sucesión de Estados que se produzca de conformidad con el derecho internacional y, en particular, con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas»<sup>83</sup>. Como se aclara en el comentario acerca del artículo 6 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, la Comisión, «cuando prepara un proyecto de artículos para codificar las normas del derecho internacional relativo a situaciones normales, da por supuesto naturalmente que tales [proyectos de artículos] han de aplicarse a hechos que ocurran y a situaciones que existan en conformidad con el derecho internacional [...]. Sólo cuando alguna cuestión que no esté en conformidad con el derecho internacional requiere un régimen o una mención específicos, la Comisión se ocupa de hechos o de situaciones que no son compatibles con el derecho internacional»<sup>84</sup>. En consecuencia, el presente estudio no debería versar sobre los problemas de nacionalidad que podrían plantearse, por ejemplo, a raíz de la anexión del territorio de un Estado por la fuerza.

<sup>83</sup> Véase el artículo 3 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado.

<sup>84</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados...* (nota 17 *supra*), págs. 13 y 14.

## CAPÍTULO VI

### Ámbito del problema que se examina

96. A fin de delimitar el marco preciso del estudio preliminar, convendría definir el ámbito del problema que se examina *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione temporis*.

#### A.—Ámbito del problema *ratione personae*

97. El primer problema consiste en definir las categorías de personas cuya nacionalidad se presume en juego como consecuencia de la sucesión de Estados. Según una opinión ampliamente compartida, «no está claro en absoluto qué categorías de personas pueden verse afectadas en su nacionalidad por un cambio de soberanía»<sup>19</sup>. Esta incertidumbre se debe en gran medida a que muchos tratadistas intentan responder a la cuestión en abstracto, como si existiera una respuesta única y simple aplicable a todas las clases de cambios territoriales.

98. Por «personas que pueden verse afectadas en su nacionalidad» debe entenderse todas las que podrían perder la nacionalidad del Estado predecesor así como a

las que podrían adquirir la del Estado sucesor. Es evidente que ambas categorías de personas no tienen por qué coincidir.

99. Es fácil determinar la categoría de personas a las que afecta la pérdida de la nacionalidad del Estado predecesor en el caso de sucesiones totales de Estados, en que el Estado o Estados predecesores desaparecen a causa del cambio de soberanía: en ese caso, todos los individuos que poseen la nacionalidad del Estado predecesor la pierden como consecuencia automática de la desaparición de él. Resulta muy complicado, en cambio, determinar la categoría de personas que pueden perder la nacionalidad del Estado predecesor en el caso de las sucesiones parciales de Estados, en que el Estado predecesor sobrevive al cambio. En este caso, es preciso distinguir tres grupos de poseedores de la nacionalidad del Estado predecesor: los nacidos en el territorio en que tiene lugar el cambio de soberanía y que residen en él en la fecha del cambio, los nacidos en otra parte pero que residen temporal o permanentemente en ese territorio y los nacidos

en él pero que se hallaban ausentes de él, con carácter temporal o permanente, en la fecha en que se produjo el cambio. Dentro de la última categoría hay que distinguir entre quienes residían en el territorio que sigue siendo parte del Estado predecesor y quienes residían en un tercer Estado.

100. No resulta menos difícil delimitar las categorías de personas que pueden adquirir la nacionalidad del Estado sucesor. En el caso de una sucesión total de Estados, como la producida por la asimilación de un Estado a otro o por la unificación de Estados, en que el Estado o Estados predecesores cesan de existir, todos los nacionales del Estado o Estados predecesores pueden aspirar a adquirir la nacionalidad del Estado sucesor. Sin embargo, entre los habitantes del territorio donde se produce una sucesión de Estados se cuentan, además, los apátridas que residían en él en la fecha de la sucesión. Mientras que «las personas que residían habitualmente en el territorio asimilado y eran nacionales de [terceros] Estados, sin serlo del Estado predecesor, no pueden adquirir la nacionalidad del Estado sucesor, los apátridas que residían en él se hallan en la misma situación que los nacionales nacidos en el Estado predecesor. Todo Estado tiene el derecho de naturalizar a los apátridas que residen en su territorio»<sup>85</sup>.

101. En el caso de la disolución de un Estado, al que se aplica por igual la doctrina anterior, la situación se complica más debido a la aparición de dos o más Estados sucesores, con lo cual hay que definir por separado las categorías de personas que pueden adquirir la nacionalidad de cada Estado sucesor. Es evidente que las categorías que puedan adquirir la nacionalidad de los diversos Estados sucesores se superpondrán.

102. Dificultades similares se presentarán al delimitar las categorías de personas que puedan adquirir la nacionalidad del Estado sucesor en el caso de secesión o de cesión de una o varias partes del territorio.

### B.—Ámbito del problema *ratione materiae*

103. *Ratione materiae*, el estudio preliminar debería versar sobre los problemas de la pérdida de la nacionalidad del Estado predecesor y de la adquisición de la del Estado sucesor, así como de los conflictos de nacionalidad que pudieran derivarse de una sucesión de Estados, a saber la apatridia (conflicto negativo) y la doble o múltiple nacionalidad (conflicto positivo). Los problemas de la apatridia o de la doble nacionalidad pueden presentarse tanto en la relación entre el Estado predecesor y el Estado sucesor como en las relaciones entre dos o más Estados sucesores. Por último, también debería tratarse en el estudio preliminar la cuestión de la elección de la nacionalidad.

#### 1. PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD

104. El estudio debería tener por objeto aclarar en qué medida la pérdida de la nacionalidad del Estado predecesor se produce automáticamente, como consecuencia

lógica de la sucesión de Estados, y en qué medida obliga el derecho internacional al Estado predecesor a retirar su nacionalidad a los habitantes del territorio o, por el contrario, lo limita en su poder discrecional de retirar su nacionalidad a determinadas categorías de personas que pueden cambiar de nacionalidad.

#### 2. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD

105. El estudio debería resolver la interrogante de si, por una parte, el Estado sucesor está obligado a conferir su nacionalidad a la población del territorio en que ha tenido lugar el cambio de soberanía y, por la otra, de si el derecho internacional impone límites (que deben definirse con precisión) al poder discrecional del Estado sucesor en lo que respecta a la naturalización colectiva de la población.

#### 3. CONFLICTOS DE NACIONALIDAD

106. Las respuestas que se den en el estudio a las interrogantes antes mencionadas permitirían evaluar la medida en que el derecho internacional contemporáneo previene los conflictos de nacionalidad, tanto positivos (nacionalidad doble o múltiple) como negativos (apatridia). La Comisión podría preguntarse también si los Estados interesados (el predecesor y el sucesor o los sucesores) están obligados a negociar y resolver de mutuo acuerdo los problemas de nacionalidad con miras a prevenir los conflictos en la materia y, en particular, la apatridia.

#### 4. EL DERECHO DE OPCIÓN

107. La función que cabe al derecho de opción en la solución de los problemas relativos a la nacionalidad en casos de sucesión de Estados guarda estrecha relación con la que el derecho internacional atribuye en este contexto a la voluntad del individuo. La conclusión de que el Estado sucesor tiene derecho a extender su nacionalidad a las personas que puedan adquirirla en virtud del cambio de soberanía, lo quieran o no, encuentra gran fundamento en la doctrina. En todo caso, en gran número de tratados internacionales, algunos de los cuales se han mencionado ya, se prevenía el derecho de opción y, en casos excepcionales, este derecho era conferido durante un período considerablemente prolongado, en el cual sus titulares tenían una forma de doble nacionalidad<sup>86</sup>.

108. Según la mayoría de los autores, el derecho de opción sólo puede dimanar de un tratado. Algunos, sin embargo, afirman la existencia de un derecho independiente de opción como atributo del principio de libre determinación<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> Véase Intercambio de cartas y declaraciones aprobadas el 19 de marzo de 1962 como resultado de las conversaciones de Evian, que constituyen un acuerdo (París y Rocher Noir, 3 de julio de 1962), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 507, págs. 25 y ss., en particular págs. 35 y 37.

<sup>87</sup> Véase Kunz, «L'option de nationalité» y «Nationality and option clauses in the Italian Peace Treaty of 1947».

<sup>85</sup> O'Connell, *The Law of State Succession*, págs. 257 y 258.

109. Recientemente, también la Comisión de Arbitraje de la Comunidad Europea sobre Yugoslavia se refirió al derecho de opción y recordó que, en virtud del derecho a la libre determinación, toda persona puede optar por pertenecer a la comunidad étnica, religiosa o lingüística que quiera. A juicio de la Comisión de Arbitraje, una posible consecuencia de este principio consistiría en que, en virtud de acuerdos entre Bosnia y Herzegovina y Croacia, se reconociera que la población serbia de estas repúblicas tendrían la nacionalidad por la que optaran, con todos los derechos y obligaciones que ello entraña respecto de los Estados<sup>24</sup>.

110. Una de las cuestiones que habría que aclarar en el estudio preliminar es la función que el derecho internacional contemporáneo atribuye a la elección de la nacionalidad.

### C.—Ámbito del problema *ratione temporis*

111. Se observará en el título del tema que se examina que la CDI ha de estudiar la cuestión de la nacionalidad

únicamente en relación con el fenómeno de la sucesión de Estados. Quedarían, pues, excluidas del ámbito del estudio las cuestiones relativas a los cambios de nacionalidad acaecidos anteriormente o como consecuencia de sucesos o actos anteriores a la fecha de la sucesión de Estados. Por una cuestión de lógica se podría haber excluido también del ámbito del estudio las cuestiones relativas a la adquisición o a la pérdida de la nacionalidad después de la fecha de la sucesión de Estados. Sin embargo, no hay que olvidar que, en la mayoría de los casos, los Estados sucesores adoptan sus leyes de nacionalidad con cierto retraso y, durante el período que media entre la fecha de la sucesión de Estados y la fecha de promulgación de la ley de nacionalidad, la vida no se detiene, hay nacimientos, matrimonios, etc., y bien pueden plantearse problemas relativos a la nacionalidad que, por más que no sean resultado directo de un cambio de soberanía como tal, merecen de todas maneras la atención de la Comisión.

## CAPÍTULO VII

### Continuidad de la nacionalidad

112. El principio de la continuidad de la nacionalidad forma parte del régimen de protección diplomática<sup>88</sup>. Según este principio, es necesario que, desde el momento en que se causa el daño hasta aquel en que se dicta el fallo, la persona de la nacionalidad del Estado que presente la reclamación la haya tenido continuamente y sin interrupción. Básicamente, el principio apunta a que una persona no pueda cambiar de nacionalidad para que lo proteja un Estado poderoso<sup>89</sup>.

113. Ni en la práctica ni en la doctrina se encuentra una respuesta clara a la pregunta de si esta norma es aplicable en caso de cambio involuntario sobrevenido como consecuencia de una sucesión de Estados. Existen buenas

razones para creer que, en el caso de la sucesión de Estados, este principio puede modificarse porque, como manifestó el Presidente Verzijl en el asunto *Pablo Nájera*:

En el caso de un cambio colectivo de nacionalidad en virtud de una sucesión de Estados, hay que enfocar la situación jurídica en forma mucho menos rígida que la que constituye en general la práctica arbitral en las hipótesis normales de cambio individual de nacionalidad por voluntad del interesado<sup>90</sup>.

114. Habida cuenta de que el problema de la continuidad de la nacionalidad está estrechamente vinculado con el derecho de la protección diplomática, se plantea la cuestión de saber si procede incluirlo en el ámbito del presente estudio. El tema del derecho de protección diplomática no parece estar incluido en el programa de la Comisión para el futuro cercano, por lo cual no hay riesgo de duplicación. En estas condiciones bien cabría analizar el problema de la continuidad de la nacionalidad en el marco del estudio preliminar que la Asamblea General ha solicitado de la Comisión.

<sup>88</sup> Véanse asuntos *Barcelona Traction* (nota 46 *supra*) y *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (fallo, 1939, C.P.J.I. série A/B n.º 76, pág. 4). Véanse también *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 36-II, 1931, págs. 201 a 212; *ibid.*, vol. 37, 1932, págs. 479 a 529; e *ibid.*, vol. 51-II, 1965, págs. 260 y 261. Véase asimismo Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, págs. 9 a 15.

<sup>89</sup> Véase, por ejemplo, Brownlie, *op. cit.*, pág. 481.

<sup>90</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 488.



## LISTA DE DOCUMENTOS DEL 47.º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/463	Programa provisional	Mimeografiado Para el programa aprobado, vease <i>Anuario 1995</i> , vol II (segunda parte), pag 12, parr 12
A/CN.4/464 y Add 1 y 2	Resumen por temas de los debates realizados en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su cuadragésimo noveno período de sesiones, preparado por la Secretaría	Mimeografiado
A/CN.4/465	Vacante imprevista en la Comisión (artículo 11 del estatuto nota de la Secretaría)	Reproducido en el presente volumen
A/CN.4/465/Add 1	Idem - Adición a la nota de la Secretaría lista de candidatos y <i>curriculum vitae</i>	Mimeografiado
A/CN.4/466	Decimotercer informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr Doudou Thiam, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen
A/CN.4/467	Primer informe sobre la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas, del Sr Vaclav Mikulka, Relator Especial	Idem
A/CN.4/468	Undécimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr Julio Barboza, Relator Especial	Idem
A/CN.4/469 y Add 1 y 2	Septimo informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial	Idem
A/CN.4/470 [y Corr 1 y 2]	Primer informe sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados, del Sr Alain Pellet, Relator Especial	Idem
A/CN.4/471	Regímenes de responsabilidad relacionados con el tema «Las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» estudio preparado por la Secretaría	Idem
A/CN.4/L.505	Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad – Propuesta del Sr Vargas Carreño artículo 21	Reproducido en <i>Anuario 1995</i> , vol II (segunda parte), pag 26, parr 96, nota 55
A/CN.4/L.506 [y Corr 1]	Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad – Títulos y textos de los artículos aprobados en segunda lectura por el Comité de Redacción primera parte (arts 1, 2, 4, 5, 5 bis, 6, 6 bis y 8 a 13) y segunda parte (arts 15 y 19)	Reproducido en <i>Anuario 1995</i> , vol I, 2408ª sesión, pags 210 y ss, parr 1
A/CN.4/L.507	Informe del Grupo de Trabajo sobre la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas	Reproducido en <i>Anuario 1995</i> , vol II (segunda parte), pag 116
A/CN.4/L.508	Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional Títulos y textos de los artículos aprobados por el Comité de Redacción en el 47º período de sesiones de la Comisión (artículos A [6], B [7], C [8 y 9] y D [9 y 10])	Mimeografiado
A/CN.4/L.509 [y Corr 1]	Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 47º período de sesiones capítulo II (Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad)	Mimeografiado Para el texto aprobado, vease <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General quincuagesimo periodo de sesiones Suplemento N° 10 (A/50/10)</i> El texto definitivo figura en <i>Anuario 1995</i> , vol II (segunda parte)
A/CN.4/L.510	Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional informe del grupo de trabajo	Mimeografiado

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/L.511 y Add.1	Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 47.º período de sesiones capítulo V (Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional)	Mimeografiado Para el texto aprobado, véase <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General quincuagesimo período de sesiones Suplemento N.º 10 (A/50/10)</i> El texto definitivo figura en <i>Anuario 1995</i> , vol. II (segunda parte)
A/CN.4/L.512 y Add.1	Idem capítulo IV (Responsabilidad de los Estados)	Idem
A/CN.4/L.513	Responsabilidad de los Estados – Títulos y textos del proyecto de artículos aprobado por el Comité de Redacción tercera parte y anexo	Reproducido en <i>Anuario 1995</i> , vol. I, 2417.ª sesión, págs. 270 y ss., párr. 1
A/CN.4/L.514	Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 47.º período de sesiones capítulo III (La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas)	Mimeografiado Para el texto aprobado, véase <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General quincuagesimo período de sesiones Suplemento N.º 10 (A/50/10)</i> El texto definitivo figura en <i>Anuario 1995</i> , vol. II (segunda parte)
A/CN.4/L.515	Informe del Grupo de Planificación programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación	Mimeografiado
A/CN.4/L.516	Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 47.º período de sesiones capítulo VI (La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados)	Mimeografiado Para el texto aprobado, véase <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General quincuagesimo período de sesiones Suplemento N.º 10 (A/50/10)</i> El texto definitivo figura en <i>Anuario 1995</i> , vol. II (segunda parte)
A/CN.4/L.517	Idem capítulo I (Organización de los trabajos del período de sesiones)	Idem
A/CN.4/L.518	Idem capítulo VII (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Idem
A/CN.4/L.519	Idem capítulo V (Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional) – Proyecto de artículos aprobado provisionalmente hasta la fecha por la Comisión	Idem
A/CN.4/L.520	Idem capítulo IV (Responsabilidad de los Estados) – Proyecto de artículos, con comentarios, aprobado por la Comisión para su inclusión en la tercera parte y su anexo	Idem
A/CN.4/L.521 y Add.1	Idem proyecto de comentarios a los artículos 11, 13 y 14 de la segunda parte	Idem
A/CN.4/SR.2378 a A/CN.4/SR.2425	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2378.ª a 2425.ª	Mimeografiado El texto definitivo figura en <i>Anuario 1995</i> , vol. I



---

### كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو أكتب إلى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

#### 如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

#### HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

#### COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

#### КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

#### CÓMO 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.

---

United Nations publication  
Sales No. S.97.V.2 (Part 1)  
ISSN 0497-9885

ISBN-13: 978-92-1-333262-7



Printed at United Nations, Geneva—GE.06-63489—March 2007—370

Complete set of two volumes:  
ISBN 92-1-233264-5