

ANUARIO
DE LA
COMISIÓN
DE DERECHO
INTERNACIONAL

1989

Volumen II
Primera parte

Documentos
del cuadragésimo primer período de sesiones

NACIONES UNIDAS



ANUARIO
DE LA
COMISIÓN
DE DERECHO
INTERNACIONAL

1989

Volumen II
Primera parte

Documentos
del cuadragésimo primer período de sesiones

NACIONES UNIDAS

Nueva York, 1993



ADVERTENCIA

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

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario...*, seguido del año de que se trate (por ejemplo, *Anuario... 1980*).

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

Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;

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

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

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

*

* * *

Los informes de los Relatores Especiales, así como algunos otros documentos examinados por la Comisión en su 41.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/1989/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.91.V.5 (Vol. II/Part 1)

ISBN 92-1-333196-7
(edición completa de dos volúmenes)
ISBN 92-1-333194-0 (Vol. II/Part 1)
ISSN 0497-9885

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Abreviaturas	iv
Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas	iv
Responsabilidad de los Estados (tema 2 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/425 y Add.1.</i> —Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial	1
Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (tema 3 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/422 y Add.1.</i> —Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, del Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial	63
Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (tema 4 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/420.</i> —Observaciones y comentarios recibidos de los gobiernos	79
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (tema 5 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/419 y Add.1.</i> —Séptimo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial	85
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (tema 6 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/421 y Add.1 y 2.</i> —Quinto informe sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, del Sr. Stephen C. McCaffrey, Relator Especial	95
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (tema 7 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/423.</i> —Quinto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial	139
Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema) (tema 8 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/424.</i> —Cuarto informe sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema), del Sr. Leonardo Díaz González, Relator Especial	161
Lista de documentos del 41.º período de sesiones	179

ABREVIATURAS

AIF	Asociación Internacional de Fomento
BIRF	} Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
Banco Mundial	
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEPA	Comisión Económica para Africa
CEPALO	Comisión Económica para Asia y el Lejano Oriente
CEPE	Comisión Económica para Europa
CFI	Corporación Financiera Internacional
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Comunidad	Comunidad Económica Europea
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio
ILA	Asociación de Derecho Internacional
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMI	Organización Marítima Internacional
OMM	Organización Meteorológica Mundial
OMS	Organización Mundial de la Salud
OPEP	Organización de Países Exportadores de Petróleo
OUA	Organización de la Unidad Africana
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
SFI	Sociedad Financiera Internacional
SIPRI	Instituto internacional de Estocolmo para la investigación de la paz
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UPU	Unión Postal Universal

*

* *

C.I.J. Recueil CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
C.P.J.I., serie A CPJI, *Recueil des arrêts* (N.ºs 1 a 24, hasta 1930 incl.)

NOTA EXPLICATIVA: PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

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

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/425 y Add.1

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

[Original frances e inglés]
[9 y 22 de junio de 1989]

INDICE

		Página
Abreviaturas		2
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCION	1-6	3
<i>Capítulo</i>		
I EL DANO MORAL CAUSADO AL ESTADO Y LA DISTINCION ENTRE SATISFACCION E INDEMNIZACION		
A Introduccion	7-19	4
B El «dano moral» causado a la persona de nacionales o agentes del Estado	7-8	4
C El «dano moral» causado al Estado como especie distinta de dano en derecho internacional	9-12	4
D La funcion propia de la satisfaccion	13-17	5
II LA REPARACION POR EQUIVALENCIA	18-19	7
A Concepto general, problemas que plantea y metodo	20-105	8
1 Concepto y principios rectores	20-33	8
2 Funcion y naturaleza de la reparacion por equivalencia	20-22	8
3 Las normas existentes su determinacion y desarrollo progresivo	23-25	8
4 El comportamiento del Estado lesionado como concausa	26-33	9
B Dano «directo» y dano «indirecto», nexo causal y multiplicidad de causas	34-51	12
1 Dano «directo» y dano «indirecto»	34-36	12
2 Nexo causal continuo (ininterrumpido)	37-43	13
3 Nexo causal y causas concomitantes	44-46	15
4 El comportamiento del Estado lesionado como concausa	47-51	15
C El alcance de la reparacion por equivalencia	52-62	17
1 Observaciones generales	52-53	17
2 El dano personal	54-59	17
3 El dano patrimonial	60-62	18
D Cuestiones relativas al lucro cesante	63-76	19
1 Problemas principales	63	19
2 Funcion de la causalidad en la determinacion del lucro cesante	64-66	19
3 Evaluacion «abstracta» y evaluacion «concreta» del lucro cesante	67-70	20
4 El caso particular del lucro cesante en los supuestos de privacion ilegal de una empresa en funcionamiento	71-76	21
E Los intereses	77-105	23
1 La asignacion de intereses en la doctrina y en la practica	77-81	23
a) La doctrina	77-79	23
b) La practica	80-81	24
2 <i>Dies a quo</i>	82-92	25
3 <i>Dies ad quem</i>	93-94	29
4 El tipo de interes	95-97	29
5 El interes compuesto	98-105	30
III LA SATISFACCION (Y LA INDEMNIZACION PUNITIVA)	106-147	32
A La satisfaccion en la doctrina	106-110	32
B La satisfaccion en la jurisprudencia internacional	111-118	35
C La satisfaccion en la practica diplomatica	119-135	37
1 La practica diplomatica antes de la segunda guerra mundial	120-126	37
2 La practica diplomatica a partir de 1945	127-135	40

Capítulo	Párrafos	Página
D. La satisfacción (y la indemnización punitiva) como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito y su relación con otras formas de reparación	136-147	41
IV. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN DEL HECHO ILÍCITO	148-163	44
V. FORMAS Y GRADOS DE LA REPARACIÓN Y EL EFECTO DE LA CULPA: OBSERVACIONES PRELIMINARES	164-190	49
A. Introducción	164-166	49
B. El problema de la atribución de culpa al Estado	167-182	50
C. El efecto de la culpa en las formas y grados de la reparación	183-190	55
1. Culpa e indemnización pecuniaria	183-186	55
2. Culpa y satisfacción (y garantías de no repetición)	187-190	56
VI. PROYECTOS DE ARTÍCULOS SOBRE LA REPARACIÓN POR EQUIVALENCIA, LA SATISFACCIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN	191	57
<i>Artículo 8. — Reparación por equivalencia</i>		57
<i>Artículo 9. — Intereses</i>		58
<i>Artículo 10. — Satisfacción y garantías de no repetición</i>		58
Obras citadas		58

ABREVIATURAS

AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
<i>Annual Digest</i>	<i>Annual Digest of Public International Law Cases</i>
BFSP	<i>British and Foreign State Papers</i>
Chronique	Véase RGDIP
Descamps-Renault. <i>Recueil</i>	A. Descamps y L. Renault, <i>Recueil international des traités du XX^e siècle</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i>
ILR	<i>International Law Reports</i>
Kiss, <i>Répertoire</i>	A.-Ch. Kiss, <i>Répertoire de la pratique française en matière de droit international public</i>
La Fontaine	H. La Fontaine, <i>Pasicrisie internationale. Histoire documentaire des arbitrages internationaux</i>
Lapradelle-Politis	A. de Lapradelle y N. Politis, <i>Recueil des arbitrages internationaux</i>
Martens, <i>Nouveau Recueil</i> , 2. ^a serie	G. F. de Martens, <i>Nouveau Recueil general de Traités</i> , 2. ^a serie
Moore	J. B. Moore, <i>History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party</i>
Moore, <i>Digest</i>	J. B. Moore, <i>A Digest of International Law</i>
Naciones Unidas, <i>Recueil</i>	Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i>
<i>Osterr. X. öff. Recht</i>	<i>Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht</i>
<i>Prassi italiana</i>	S.I.O.I., <i>La prassi italiana di diritto internazionale</i>
Ralston	J. H. Ralston, <i>Venezuelan Arbitrations of 1903</i>
<i>Recueil des cours...</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>
«Chronique»	«Chronique des faits internationaux», redactada por Ch. Rousseau desde 1958
Whiteman, <i>Damages</i>	M. M. Whiteman, <i>Damages in International Law</i>
Whiteman, <i>Digest</i>	M. M. Whiteman, <i>Digest of International Law</i>

Introducción

1. De conformidad con el plan de trabajo expuesto en el informe preliminar¹, el presente informe versa sobre las consecuencias sustantivas o de fondo del hecho internacionalmente ilícito, distintas de la cesación y la restitución en especie².

2. Así pues, la primera consecuencia que hay que examinar es la reparación por equivalencia. Por las razones expuestas en el informe preliminar, la reparación por equivalencia o indemnización pecuniaria es el remedio jurídico principal y central a que se recurre después de un hecho internacionalmente ilícito³. Pero el estudio de la doctrina y la práctica del derecho de la responsabilidad de los Estados pone de manifiesto la necesidad de tener en cuenta otras dos series de consecuencias, funcionalmente distintas de la *restitutio* y la indemnización y ambas muy típicas de las relaciones internacionales. Esas consecuencias son las formas de reparación que por lo general se agrupan dentro del concepto de «satisfacción y garantías de no repetición» o dentro del solo concepto de «satisfacción». Naturalmente, el término «satisfacción» se emplea aquí en un sentido técnico-jurídico «internacional» distinto de su sentido no técnico más amplio, en que evidentemente se utiliza como sinónimo de resarcimiento íntegro o reparación completa (véanse párrs. 18, 19 y 106 a 145 *infra*).

3. Aunque reconocida de una manera bastante general, la distinción entre la satisfacción y la compensación o indemnización pecuniaria no deja de plantear problemas. Una dificultad, aunque leve, es por supuesto la confusión que suscita el empleo ocasional del término «satisfacción» en su sentido amplio y vulgar, no técnico, antes mencionado. Una importante dificultad, nada desdeñable, es la que se deriva de la ambigüedad de los dos adjetivos generalmente utilizados para calificar las clases de daño (*injury, damage*), pérdida o perjuicio cuya reparación se efectúa mediante indemnización pecuniaria o satisfacción, respectivamente, a saber: «material» y «moral»⁴.

4. Por lo general, se entiende —y en cierto modo con toda razón (véanse párrs. 52 y ss. *infra*)— que la indemnización abarca todos los daños «materiales» sufridos «di-

recta» o «indirectamente» por el Estado ofendido. En cambio, se entiende generalmente que la satisfacción abarca el daño «moral» sufrido por el Estado ofendido en su honor, dignidad, prestigio y, quizás (según algunos autores), en su esfera jurídica (véanse párrs. 13 a 16 *infra*). Los dos adjetivos, sin embargo, no dan una idea exacta de los tipos de daño cuyo resarcimiento se efectúa mediante indemnización o satisfacción, respectivamente. En primer lugar, la indemnización pecuniaria, que supuestamente tiene por objeto el resarcimiento del daño material, está destinada también a indemnizar los daños morales sufridos personalmente por particulares que son nacionales o representantes del Estado ofendido. La satisfacción, por su parte, suele entenderse que no abarca esos daños morales de los nacionales o representantes sino sólo el daño moral del Estado. Por consiguiente, el estudio separado de la reparación por equivalencia, por una parte, y la satisfacción (con garantías de no repetición), por otra, debe ir precedido de una breve exposición basada en la práctica y la doctrina.

5. Otro problema que habrá que abordar en el presente informe es el de los efectos de la culpa (en sentido amplio) en las formas y grados de reparación que se examinan, especialmente en la reparación por equivalencia, la satisfacción y las garantías de no repetición. Cualquiera que sean las ventajas de la teoría de la culpa que ha adoptado hasta ahora la Comisión con respecto a los requisitos mínimos del hecho internacionalmente ilícito (véanse párrs. 162 y 163 *infra*), parece razonable, en realidad, suponer que cualquier grado de culpa que finalmente se considere que caracteriza el hecho internacionalmente ilícito puede influir en las formas y grados de la reparación debida por el Estado autor. Aparte del hecho de que los delitos mismos pueden presentar distintos grados de gravedad desde el punto de vista de la culpa, no hay que olvidar que el proyecto de artículos abarca tanto los crímenes como los delitos, y que los crímenes normalmente entrañan los grados más altos de culpa.

6. Así pues, el presente informe se divide en cinco capítulos. El capítulo I versa, por los motivos expuestos (párrs. 3 y 4 *supra*), sobre los tipos de daño cuya reparación se efectúa mediante indemnización y satisfacción, respectivamente. El capítulo II trata de la reparación por equivalencia o indemnización pecuniaria en sus diversos aspectos; el capítulo III se refiere a la satisfacción, y el capítulo IV a las garantías de no repetición. El capítulo V contiene algunas consideraciones provisionales sobre el efecto de la culpa en las formas de reparación examinadas en los capítulos anteriores, más especialmente en la satisfacción y las garantías de no repetición. En el capítulo VI se presentan nuevos proyectos de artículos relativos a los remedios jurídicos analizados en los capítulos I a V. Los nuevos proyectos de artículos han de figurar en la segunda parte del proyecto, a continuación de los artículos 6 (Cesación) y 7 (Restitución en especie) enunciados en el informe preliminar⁵.

¹ *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/416 y Add.1, párrs. 6 a 20.

² Estas dos cuestiones han sido examinadas en el informe preliminar (*ibid.*, párrs. 21 a 63 y 64 a 131, respectivamente).

³ *Ibid.*, especialmente párrs. 117 y 118.

⁴ El número y la variedad de los adjetivos empleados en la doctrina y en la práctica para calificar los daños de que se trata (véanse párrs. 7 y ss. y 52 y ss. *infra*) son tales que es aconsejable no abordar un largo análisis del sustantivo. Aunque entendido casi siempre en un sentido muy general, que comprende cualquier tipo de consecuencia negativa de un hecho internacionalmente ilícito, no es raro que el término «daño» se utilice, especialmente en la doctrina menos reciente, en el sentido más restringido de daño físico o material. Las palabras inglesas «injury» y «loss», al igual que la palabra francesa «préjudice», suelen utilizarse quizá en el sentido más amplio que está implícito en el artículo 5 de la segunda parte del proyecto aprobado por la Comisión en primera lectura [*Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), pág. 41]. Parece, sin embargo, que todos estos términos se utilizan a menudo, por no decir la mayoría de las veces, como sinónimos. Así pues, salvo que se indique otra cosa, el Relator Especial los utilizará siempre en su sentido más amplio.

⁵ Documento A/CN.4/416 y Add.1 (véase nota 1 *supra*), párr. 132.

CAPÍTULO PRIMERO

El daño moral causado al Estado y la distinción entre satisfacción e indemnización

A.—Introducción

7. Con frecuencia se lee que la función específica de la reparación por equivalencia —como una de las formas de reparación en sentido amplio— es de manera fundamental, si no exclusiva, resarcir el daño material. Aunque correctas en cierto sentido, estas afirmaciones —de las que figura un ejemplo en el informe preliminar⁶— son ambiguas y exigen que se hagan importantes salvedades. Es cierto, efectivamente, que la reparación por equivalencia no abarca ordinariamente el daño moral (o inmaterial) causado al Estado lesionado. No es cierto, en cambio, que no abarque el daño moral causado a la persona de nacionales o agentes del Estado lesionado.

8. El equívoco obedece a que el daño moral causado al Estado lesionado y el daño moral causado a nacionales o agentes del Estado lesionado están sujetos a un régimen distinto desde el punto de vista del derecho internacional. A este respecto, parecen indispensables algunas aclaraciones.

B.—El «daño moral» causado a la persona de nacionales o agentes del Estado

9. Los hechos internacionalmente ilícitos más frecuentes son los que infligen un daño a personas naturales o jurídicas relacionadas con el Estado, bien como simples nacionales o como agentes suyos. Este daño, que en la esfera internacional afecta directamente al Estado aunque el daño sufrido redunde en detrimento de nacionales o agentes en su capacidad privada, no es siempre un daño material exclusivamente. Por el contrario, a menudo es también, o hasta exclusivamente, un daño moral, y un daño moral que puede dar lugar a una demanda válida de indemnización tanto como un daño material. No obstante la considerable falta de uniformidad entre los ordenamientos jurídicos nacionales en lo que se refiere a los daños morales, la práctica y la doctrina del derecho internacional ponen de manifiesto que las pérdidas morales (o extrapatrimoniales) causadas a particulares por un hecho internacionalmente ilícito tienen que ser resarcidas como parte integrante del daño principal sufrido por el Estado lesionado.

10. En relación con este punto, uno de los ejemplos principales es el asunto del «*Lusitania*», que fue objeto de una decisión de la Comisión Mixta de Reclamaciones germano-estadounidense en 1923. El asunto se refería a las consecuencias del hundimiento de ese buque de línea bri-

tánico por un submarino alemán⁷. Con respecto a la cuantía de la indemnización debida por cada una de las reclamaciones basadas en las pérdidas estadounidenses en el suceso, el árbitro supremo, Edwin B. Parker, dijo que tanto el derecho civil como el *common law* reconocían los daños causados por la «intromisión en el derecho privado» y establecían los correspondientes remedios jurídicos. El superárbitro expresó la opinión de que todo daño debía medirse por criterios pecuniarios, y citó la afirmación de Grocio de que «el dinero es la medida común a todos los valores»⁸. Refiriéndose en particular a la muerte de una persona, sostuvo que el tribunal arbitral debía ocuparse de estimar los daños determinando:

a) la cuantía que el causante, de no haber muerto, hubiera contribuido probablemente al causahabiente, b) el valor pecuniario para el causahabiente de los servicios personales del causante para el cuidado, la educación o supervisión del causahabiente, y c) una indemnización razonable por el choque o dolor moral de haber habido alguno, causado por la ruptura violenta de los vínculos familiares*, que el causahabiente hubiere padecido efectivamente por razón de esa muerte*. La suma de esas estimaciones reducida a su valor actual en efectivo representara, generalmente, la pérdida sufrida por el causahabiente⁹.

Ahora bien, además de las consideraciones relativas a la indemnización de daños y perjuicios que hace el superárbitro en los puntos a y b, que guardan relación con el concepto más amplio de «daños personales», es interesante señalar lo que dijo con respecto a los daños a que se refiere el punto c. En su opinión, el derecho internacional dispone la indemnización por el dolor moral, los sentimientos heridos, las humillaciones, el descrédito, la deshonra, la pérdida de la posición social o los daños al crédito moral y la reputación. Tales daños, dijo el superárbitro,

son muy reales, y el mero hecho de que resulte difícil valorarlos o tasarlos en dinero no los hace menos reales ni es motivo para que el perjudicado no reciba una indemnización.¹⁰

Este tipo de indemnización, añadió el superárbitro, no es una «pena».

11. El asunto del «*Lusitania*» no debe considerarse como una excepción. Aunque no sucede muy a menudo, los tribunales arbitrales internacionales han otorgado cada vez que lo han estimado necesario una indemnización pecuniaria por los daños morales causados a particulares. Ejemplos de ello son el asunto *Chevreau*¹¹, el asunto

⁷ Decisión de 1º de noviembre de 1923 (Naciones Unidas, *Recueil*, vol VII, págs 32 y ss.)

⁸ *Ibid.*, pag 35

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, pag 40

¹¹ Decisión de 9 de junio de 1931 (Francia c Reino Unido) (Naciones Unidas, *Recueil*, vol II, págs 1113 y ss.)

⁶ *Ibid.*, párr 21

Gage¹², y el asunto *Di Caro*¹³. En este último, que se refería a la muerte de un comerciante italiano en Venezuela, la Comisión Mixta de Reclamaciones italo-venezolana tuvo en cuenta no sólo la pérdida financiera sufrida por la viuda del causante, sino también el choque que ésta había sufrido y la privación del afecto, devoción y compañía que su marido hubiera podido prestarle¹⁴.

12. Otro claro ejemplo de indemnización pecuniaria del daño moral sufrido por un particular es el asunto de los *Herederos de Jean Maninat*¹⁵. El árbitro, rechazando la demanda de indemnización del daño material y económico, que juzgó insuficientemente probado, adjudicó a la hermana de Jean Maninat (víctima de una agresión) una suma de dinero a título de indemnización pecuniaria por la muerte de su hermano¹⁶. Conviene mencionar asimismo el asunto *Grimm*, fallado por el Tribunal de Reclamaciones irano-estadounidense, pero sólo la parte del fallo del tribunal que parece aludir a los daños morales y que se toman en consideración en principio como posible objeto de indemnización pecuniaria¹⁷.

¹² Decisión pronunciada por la Comisión Mixta de Reclamaciones estadounidense-venezolana en 1903 (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. IX, págs. 226 y ss.).

¹³ Decisión pronunciada por la Comisión Mixta de Reclamaciones italo-venezolana en 1903 (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. X, págs. 597 y 598).

¹⁴ El pasaje pertinente del laudo dice:

«Pero, si bien al determinar el alcance de la pérdida que para una esposa supone la muerte de su marido es justo y apropiado calcular sus ingresos potenciales, sus esperanzas de vida y, como se ha sugerido, tener presente también su posición social con objeto de determinar el alcance de las comodidades y el bienestar que ha perdido la esposa, sería un grave error, en opinión del superárbitro, pasar por alto la privación de la compañía personal y relación afectiva de que una persona se ve inesperadamente despojada cuando pierde a su marido o su esposa. Tampoco hay que pasar por alto el choque y las tensiones que acompañan esa ruptura violenta de relaciones de mucho tiempo. Para todo esto no existe una medida humana de valores, puesto que el afecto, la devoción y compañía no pueden ser expresados en un número determinado o determinable de bolívares o libras esterlinas. No obstante, teniendo presentes los elementos que los honorables Comisarios han reconocido que deben entrar en el cálculo, así como los otros elementos a que se ha hecho alusión, considerando las angustiosas experiencias que precedieron inmediatamente a esa tragedia y teniendo en cuenta los precedentes de otros tribunales y de las liquidaciones internacionales por muerte violenta, el superárbitro entiende que sería justo fijar la cuantía de la indemnización en 50.000 bolívares.» (*Ibid.*, pág. 598.)

¹⁵ Decisión de 31 de julio de 1905 de la Comisión Mixta de Reclamaciones franco-venezolana (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. X, págs. 55 y ss.).

¹⁶ El superárbitro, entre otras cosas, dijo:

«En este asunto, a diferencia del de Jules Brun, intervienen otras consideraciones distintas de la pérdida que Justina de Cossé ha sufrido por la muerte de su hermano Juan. No hay pruebas de que en ningún momento dependiera de él para su cuidado o sustento, ni tampoco de que él los hubiera prestado nunca, o de que, por las circunstancias, ella los necesitara, ni de que él pudiera o estuviera dispuesto a darlos. Por consiguiente, es difícil medir exactamente su pérdida pecuniaria. Existen sólo las presunciones ordinarias que acompañan el hecho de la existencia de una hermana viuda y de un hermano de capacidad y afecto ordinarios. En esas circunstancias cabe muy bien basar cierta pérdida pecuniaria. Por eso puede otorgársele una cantidad a título de resarcimiento [...]» (*Ibid.*, pág. 81.)

¹⁷ Decisión de 18 de febrero de 1983 (ILR, vol. 71, págs. 650 y ss., especialmente pág. 653). Como carece de interés a los presentes efectos, se ha dejado de lado la cuestión de si el tribunal era competente en virtud de la Declaración irano-estadounidense de 1981 relativa a la liquidación de reclamaciones. En otras palabras, el Relator Especial no toma posición sobre la cuestión que en el asunto *Grimm* dividió a la mayoría del tribunal, por una parte, y el magistrado Holtzmann (que emitió un voto disidente), por otra.

C.—El «daño moral» causado al Estado como especie distinta de daño en derecho internacional

13. No obstante la terminología algo confusa generalmente empleada, hay que distinguir los daños morales causados a los seres humanos examinados anteriormente, de esa otra categoría de daños inmateriales que el Estado ofendido sufre más directamente de resultados de un hecho internacionalmente ilícito. Se hace referencia con eso a la clase de daño que diversos autores describen como el daño moral sufrido por el Estado ofendido en su honor, dignidad y prestigio¹⁸, y que algunas veces se considera consecuencia de todo hecho ilícito independientemente del daño material y separado de éste. Según ciertos publicistas, uno de los aspectos principales de esta clase de daño sería en realidad esa conculcación del derecho del Estado en que consiste todo hecho ilícito independientemente de cualquier daño más específico. Según Anzilotti, por ejemplo,

El elemento esencial de las relaciones entre los Estados no es el elemento económico, aunque éste constituya en definitiva su sustrato, sino más bien un *elemento ideal**: el honor, la dignidad, el valor ético de los sujetos. De eso se desprende que *el mero hecho** de que un Estado vea vulnerado *uno de sus derechos** por otro Estado *implica un daño** que éste no puede estar obligado a soportar, *aun cuando no se deriven de él consecuencias materiales**: en ninguna otra esfera de la vida humana se percibe como en ésta cuán cierto es el dicho tan conocido *Wer sich Wurm macht, er muss getreten werden*¹⁹.

Con menos frecuencia, aunque tal vez significativamente, la especie de daño de que se trata se designa también como «daño político», expresión que se utiliza, de preferencia juntamente con «daño moral», en el sentido antes mencionado de daño causado a la dignidad, el honor, el prestigio o la esfera jurídica del Estado víctima de un hecho internacionalmente ilícito. La expresión utilizada es, principalmente, «daño moral y político», expresión en la que parece difícil separar los calificativos «político» y «moral»²⁰. El adjetivo «político» tiene probablemente por objeto subrayar el carácter «público» que adquiere el daño moral cuando afecta más directamente al Estado en su naturaleza soberana (e igualdad) y su personalidad internacional. En ese sentido, el adjetivo quizá sea útil para distinguir mejor entre el «daño moral» ocasionado al Estado (que es exclusivo de las relaciones interestatales) y el daño «moral» al que se hace alusión con más frecuencia (tanto en derecho nacional como internacional) para designar el daño moral o inmaterial causado a la persona de particulares o agentes del Estado, que de alguna manera afecta al Estado —y sin aceptar la distinción entre daño «directo»

¹⁸ En este sentido utilizan la expresión «daño moral», entre otros, J. C. Bluntschli, *Das Moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 3.ª ed., Nordlingen, 1878; traducción francesa de C. Lardy, *Le droit international codifié*, 5.ª ed. rev., Paris, 1895, pág. 264; D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, 4.ª ed., Padua, CEDAM, 1955, t. I; traducción española de Julio López Oliván de la 3.ª ed. italiana, *Curso de Derecho Internacional*, Madrid, Reus, 1935; traducción francesa de G. Gidel de la 3.ª ed. italiana, *Cours de droit international*, Paris, 1929, pág. 524; Ch. de Visscher, «La responsabilité des Etats», *Bibliotheca Visseriana*, Leyden, 1924, t. II, pág. 119; Ch. Rousseau, *Droit international public*, t. V, *Les rapports conflictuels*, Paris, Sirey, 1983, pág. 13; G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7.ª ed., Padua, CEDAM, 1967, pág. 358.

¹⁹ Anzilotti, *Cours*, págs. 493 y 494.

²⁰ Véanse el sexto informe de F. V. García Amador sobre la responsabilidad de los Estados, *Anuario...* 1961, vol. II, págs. 9 y 26, documento A/CN.4/134 y Add.1, párrs. 31 y 92; y F. Przetacznik, «La responsabilité internationale de l'Etat à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre Etat», *RGDIP*, vol. 78, 1974, pág. 936.

y daño «indirecto»²¹ — de forma menos inmediata en el plano de sus relaciones exteriores.

14. El Relator Especial estima, teniendo en cuenta en particular la jurisprudencia y la práctica diplomática (especialmente esta última) reseñada en el capítulo III del presente informe, que el daño «moral» causado al Estado, así definido, se distingue en realidad del daño material causado al Estado y, en especial, del daño moral «privado» causado a los nacionales o agentes del Estado. Este «daño moral causado al Estado» consiste principalmente, por una parte, en la vulneración del derecho del Estado en sí mismo y, por otra, en el daño ocasionado a la dignidad, el honor o el prestigio del Estado.

a) El primer tipo de daño puede calificarse de «jurídico» o «legal», por ser efecto de toda conculcación de una obligación internacional (y del derecho correspondiente). En efecto, como dijo el Sr. Ago: «Toda violación de un compromiso contraído respecto de otro Estado, toda lesión de un derecho subjetivo de ese Estado, constituye de por sí un perjuicio, material o moral, para dicho Estado»²². Se trata de un tipo de daño que se diferencia de cualquier otro efecto del hecho internacionalmente ilícito, y de un daño que existe en cualquier caso, independientemente de la existencia de cualesquiera daños materiales o morales. Como ha señalado Pael Reuter: «toda violación de una obligación internacional entraña un daño moral». En ese sentido, cabe decir, de acuerdo con el mismo tratadista, que «el daño no es, pues, una condición *distinta* de la responsabilidad internacional»²³.

b) Por lo que hace en cambio a los otros componentes del daño moral causado al Estado, Personnaz ha señalado con razón que «el honor y la dignidad de los Estados forman parte integrante de su personalidad»²⁴. Cabe añadir, insistiendo en el pensamiento de Anzilotti, que, como tales elementos a menudo «prevalecen con gran diferencia sobre los intereses materiales [del Estado]»²⁵, los Estados lesionados por un hecho internacionalmente ilícito invocan con mucha frecuencia su infracción en sí²⁶.

Aunque conceptualmente distintos, los componentes *a* y *b* del daño moral del Estado tienden, por supuesto, a confundirse con un solo efecto «lesivo». En efecto, el daño jurídico, es decir, la simple vulneración del derecho del Estado lesionado, es considerado por ese Estado como atentatorio a su dignidad, honor o prestigio. Parafraseando nuevamente a Anzilotti, en bastantes casos el daño se confunde con la infracción misma del derecho del Es-

tado lesionado y llega a consistir fundamentalmente en ella. En realidad, un Estado no puede tolerar que su derecho sea vulnerado sin sentirse él mismo disminuido en la consideración de que goza, es decir, en uno de sus bienes más preciosos y más altamente valorados en lo político²⁷.

15. Parece evidente que el tipo de daño que se examina es de una especie distinta:

Primero, porque no es un daño moral en el sentido en que esa expresión se emplea en los ordenamientos jurídicos que rigen las relaciones entre particulares, sino un daño moral en el sentido específico de un daño causado a la dignidad y la esfera jurídica del Estado.

Segundo, porque es una de las consecuencias de cualquier hecho internacionalmente ilícito, independientemente de que cause daños materiales, morales u otros daños inmateriales a los nacionales o agentes del Estado lesionado.

Tercero, porque dada su naturaleza única y distinta, no encuentra su remedio, como se demostrará ampliamente en el capítulo III, en la indemnización pecuniaria en sí misma, sino en una o varias de las formas de reparación especiales que generalmente se clasifican dentro del concepto de «satisfacción» en el sentido técnico y restringido del término.

16. Las razones expuestas en los dos párrafos precedentes, a las que se dará fundamento más adelante (párrs. 106 y ss.), parecen estar en contradicción con el hecho de que la reparación del daño moral causado al Estado ofendido (en el sentido antes expuesto) parece a veces subsumirse, en la práctica, en la suma otorgada a título de indemnización pecuniaria. El remedio jurídico concedido por el daño moral de que se trata aparece así como algo casi imperceptible a primera vista. Son más numerosos, sin embargo, los casos de jurisprudencia internacional (véanse párrs. 111 y ss. *infra*) y, sobre todo, de práctica diplomática (párrs. 119 y ss.), en que el perjuicio moral del Estado lesionado está manifiestamente comprendido en los tipos específicos de remedios jurídicos que se clasifican como «satisfacción». Tales remedios, que a su vez se presentan con diversas formas, corresponden a una categoría de reparación claramente distinta de la de la indemnización pecuniaria. Por eso se examinarán en el capítulo III bajo el título de satisfacción.

17. No obstante, conviene señalar, a fin de no omitir nada, que no son raros en la jurisprudencia internacional los asuntos concernientes a daños morales causados a seres humanos en que los árbitros han calificado expresamente de «satisfacción» en vez de «indemnización pecuniaria» la suma concedida para resarcir tales daños. En el conocido asunto *Janes*²⁸, por ejemplo, la Comisión General de Reclamaciones estadounidense-mexicana opinó que «teniendo especialmente en cuenta todos los elementos que intervienen [...] una suma de [...] sin intereses no es excesiva como *satisfacción** del daño personal causado a los demandantes por la falta de detención y castigo del asesino de Janes»²⁹. En el asunto *Francisco Mallén*, la

²¹ Véase documento A/CN.4/416 y Add.1 (nota 1 *supra*), párrs. 107 y 108.

²² Véase el segundo informe del Sr. Ago sobre la responsabilidad de los Estados, *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 209, documento A/CN.4/233, párr. 54.

²³ P. Reuter, «Le dommage comme condition de la responsabilité internationale», *Estudios de Derechos Internacionales: Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, t. II, pág. 844.

²⁴ J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, 1939, pág. 277.

²⁵ Anzilotti, *Cours*, pág. 523.

²⁶ Véanse, entre otros, los asuntos del «Carthage» y del «Manouba», decisiones de 6 de mayo de 1913 (Francia *c.* Italia), Naciones Unidas, *Recueil*, vol. XI, págs. 449 y ss., y págs. 463 y ss., respectivamente; el asunto del *Estrecho de Corfú, fondo*, fallo de 9 de abril de 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4; el asunto del «Rainbow Warrior», véase nota 344 *infra*; véase también cap. III.

²⁷ Anzilotti, *Cours*, pág. 523.

²⁸ Decisión de 16 de noviembre de 1925 (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. IV, págs. 82 y ss.).

²⁹ Párrafo 26 de la decisión (*ibid.*, pág. 90). La Comisión criticó la tendencia a equiparar la cuantía de la indemnización debida por la falta de

misma Comisión, aunque concedió una indemnización de daños y perjuicios por los «daños corporales* infligidos a Mallén», decidió que debiera agregarse una cantidad «a título de satisfacción por la afrenta sufrida, por la falta de protección y por la denegación de justicia»³⁰. Esta Comisión hizo idéntica observación en el asunto de los *Stephens Brothers*³¹. La tendencia a utilizar el concepto de «satisfacción» con respecto a situaciones de esta índole también se da claramente en la doctrina. Según Personnaz:

[...] Es exacto, tanto en este como en la mayoría de los casos, que es imposible reponer las cosas en su estado anterior; pero es menester entenderse sobre el sentido del término reparar, que no hay que interpretar en su sentido más estricto: rehacer lo que ha sido destruido, borrar el pasado, sino que se trata sólo de dar a la víctima la posibilidad de obtener satis-

cumplimiento de una obligación de emplear la diligencia debida en la persecución de las personas responsables y la indemnización del daño económicamente apreciable. Esta crítica se basaba en varias consideraciones:

«[...] Si la víctima hubiera sido pobre o si su muerte no hubiera representado una gran pérdida material para su familia, la satisfacción concedida a los parientes inmediatos debería limitarse a una pequeña suma, por grandes que fueran el dolor y la afrenta sufridos. Por otra parte, si se mantiene la antigua teoría y se resuelve de conformidad con ella, en casos como el presente, la viuda y los hijos se beneficiarían pecuniariamente cuando un gobierno no cumpliera su obligación internacional de hacer justicia, porque en este caso el gobierno pagaría una compensación por el daño material causado por el asesinato, mientras que casi en ningún caso la viuda habría obtenido esa reparación si el Estado hubiera logrado detener y castigar al culpable.» (*Ibid.*, párr. 87, párr. 20 al final.)

³⁰ Decisión de 27 de abril de 1927 (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. IV, págs. 173 y ss., en especial págs. 179 y 180).

³¹ Decisión de 15 de julio de 1927 (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. IV, págs. 265 y ss. En este asunto que se refería al homicidio de un nacional de los Estados Unidos por una patrulla de «defensa social» mexicana (calificada por la Comisión de parte de las fuerzas armadas mexicanas) —un evento que causó sólo daños materiales remotos y bastante leves—, la Comisión dijo:

«[...] Cuando los tribunales internacionales hasta ahora han dado satisfacción por la afrenta sufrida, el dolor padecido u otros hechos lesivos similares, ésta se ha dado habitualmente además de la reparación (indemnización) por pérdidas materiales. Varias veces se ha concedido indemnización por la afrenta y el dolor sufridos independientemente de las pérdidas materiales directas, pero ello ha sido en casos en que la afrenta o el dolor había sido sufrido por el propio demandante, como en los asuntos *Davy y Maal* (Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, págs. 412 y 916). La decisión de la Comisión Mixta de Reclamaciones germano-estadounidense en el asunto *Vance* (*Consolidated edition*, 1925, pág. 528) no parece haber tomado en consideración los daños de este tipo sufridos por un hermano cuyas pérdidas materiales eran una consecuencia “demasiado remota desde el punto de vista jurídico para servir de base a la concesión de una indemnización” [...]. Sin embargo, la misma Comisión, en el asunto *Vergne*, concedió una indemnización de daños y perjuicios a la madre de un hijo soltero [...], aunque “las pruebas de las pérdidas pecuniarias sufridas por esa demandante jurídicamente apreciables sean algo escasas y poco satisfactorias” (*Consolidated edition*, 1926, pág. 653). Parece, por consiguiente, que si en el presente caso se prueba la injusticia que se imputa a México, los demandantes tendrían derecho a una indemnización a título de satisfacción*, aunque no se hayan probado los daños pecuniarios sufridos por ellos o tales daños sean demasiado remotos para que se pueda conceder una indemnización de daños y perjuicios a título de reparación* (compensación).» (*Ibid.*, pág. 266.)

facciones* equivalentes a lo que ha perdido: la verdadera función de la indemnización de daños y perjuicios es más bien de satisfacción que de compensación³².

Y más recientemente, Christine D. Gray señala con respecto a las mismas situaciones que

[...] Aparentemente, la cuantía [de la indemnización de daños y perjuicios] depende de la gravedad del daño causado, lo que parece indicar que su concesión tiene como objeto la satisfacción pecuniaria* del daño más bien que la compensación* de las pérdidas pecuniarias resultantes del mismo [...]³³.

D.— La función propia de la satisfacción

18. La práctica y la doctrina mencionadas en el párrafo precedente no parecen contradecir realmente la distinción entre los daños morales causados a las personas, que pueden ser objeto de indemnización pecuniaria, por una parte, y los daños morales causados al Estado como consecuencia inherente de cualquier hecho internacionalmente ilícito y que son el posible objeto del remedio específico de la satisfacción en sentido técnico, por otra parte. El término «satisfacción», tal como se utiliza en algunos de los ejemplos de la jurisprudencia y la doctrina citados más arriba, tiene que entenderse, a juicio del Relator Especial,

a) bien en el sentido muy general y *no técnico* en que se utiliza ese término como sinónimo de reparación en el sentido más amplio (la función de la reparación es «satisfacer» o «dar satisfacción» a la parte lesionada, sea un individuo o un Estado);

b) o bien en un sentido más próximo al significado *técnico* del término y en un contexto en que el daño moral causado a un individuo se confunde e identifica con el daño moral causado al Estado como persona internacional a la que pertenece el individuo.

19. Como quiera que se interpreten los elementos concretos de la práctica y la doctrina examinados más arriba, tales elementos representan en cualquier caso un sector minoritario de la práctica y la doctrina pertinentes. A juicio del Relator Especial, no influyen en la distinción entre el daño moral causado a la persona de nacionales o agentes del Estado, por una parte, y el daño moral que todo hecho ilícito causa al Estado, por otra. Ambos, por supuesto, son daños causados al Estado como persona internacional. Mas el primero es resarcible, en la medida en que no sea suficiente la restitución en especie, *mediante indemnización pecuniaria exclusivamente*. Los daños morales causados al Estado, que son más exclusivamente típicos de las relaciones internacionales, son una cuestión de satisfacción en sentido técnico, sobre la que versa el capítulo III, donde esta posición es ampliamente confirmada por la doctrina (párrs. 106 y ss.), la jurisprudencia (párrs. 111 y ss.) y, en especial, por la práctica diplomática concernientes a la satisfacción (párrs. 119 y ss.).

³² Personnaz, *op. cit.*, págs. 197 y 198.

³³ C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, págs. 33 y 34.

CAPÍTULO II

La reparación por equivalencia

A.—Concepto general, problemas que plantea y método

I. CONCEPTO Y PRINCIPIOS RECTORES

20. En general, la reparación por equivalencia consiste en el pago de una suma de dinero en compensación por el perjuicio sufrido por el Estado lesionado que no ha sido reparado mediante la restitución en especie ni ninguna otra forma de reparación en sentido lato. No obstante la «primacía» de la restitución en especie por razones de equidad y de principio jurídico, la reparación por equivalencia es la forma de reparación más frecuente y cuantitativamente más importante. Esto es consecuencia del hecho de que la restitución en especie muy a menudo no se presta bien a una reparación completa³⁴.

21. Por supuesto, la reparación por equivalencia se rige, como cualquier otra forma de reparación, por el conocido principio de que el resultado de la reparación en sentido lato —es decir, cualquier forma o combinación de formas de reparación— debe ser el de «borrar», para utilizar el término empleado en el asunto de la *Fábrica de Chorzow* (fondo), «todas las consecuencias del acto ilegal», a fin de establecer o restablecer «la situación que [...] habría existido si no se hubiera cometido ese acto»³⁵. Teniendo en cuenta la importante función de la compensación, es especialmente con respecto a ese remedio jurídico que el llamado principio de Chorzow tiene que hacer su papel en la regulación de las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito. Teniendo en cuenta en especial que la restitución en especie se caracteriza a menudo por no ser integral, es evidentemente por medio de la indemnización o compensación pecuniaria que, llegado el caso, se puede dar aplicación efectiva al principio de Chorzow. Es en virtud de ese principio, en efecto, que la indemnización pecuniaria llena, por así decirlo, todas las lagunas grandes, pequeñas o mínimas que pueda dejar en la reparación plena la frecuentemente señalada insuficiencia de la *restitutio in integrum*.

22. Es igualmente evidente que incluso tal principio general de compensación plena o integral no es suficiente de por sí para resolver todas las cuestiones que plantea la reparación por equivalencia³⁶. Esas cuestiones son, entre otras:

- 1) La función compensatoria de la reparación por equivalencia y la cuestión de la «indemnización punitiva».
- 2) La cuestión de si tiene que indemnizarse tanto el daño «moral» como el daño «material».
- 3) El problema de la indemnización del daño «directo» y del daño «indirecto».
- 4) El «nexo causal», la «causalidad» y la multiplicidad de causas.
- 5) La pertinencia del comportamiento del Estado lesionado.
- 6) La cuestión del lucro cesante (*lucrum cessans*) como algo distinto del daño emergente (*damnum emergens*).
- 7) La pertinencia de la gravedad del hecho ilícito y del grado de culpa del Estado autor.
- 8) La obligación de pagar intereses y su cuantía.
- 9) La determinación del *dies a quo* y el *dies ad quem* en el cálculo de los intereses.
- 10) La alternativa: interés simple o interés compuesto.

2. FUNCIÓN Y NATURALEZA DE LA REPARACIÓN POR EQUIVALENCIA

23. La reparación por equivalencia, que consiste en el pago de una suma de dinero a título sustitutivo o integrador de la restitución en especie, se caracteriza por tres rasgos distintivos que la diferencian de las demás formas de reparación. El primero es su aptitud para compensar los daños que pueden ser evaluados desde el punto de vista económico. De ese modo, el resarcimiento por equivalencia tiende a sustituir, para el Estado lesionado, el dominio, uso, disfrute, producto y utilidad de cualquier cosa, material o inmaterial, de cuya posesión el perjudicado se haya visto total o parcialmente privado como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito. Así, la indemnización pecuniaria interviene, aun cuando el objeto de la obligación infringida no fuera un compromiso anterior de pagar una suma de dinero, con una función «subsidiaria» o «sustitutiva». El segundo rasgo distintivo es que, si bien cierto grado de retribución está presente en cualquier forma de reparación, la reparación por equivalencia desempeña por naturaleza una función esencialmente compensatoria. La función retributiva-punitiva es típica de otras formas de reparación, muy especialmente de la satisfacción y las garantías de no repetición. El tercer rasgo distintivo es que la reparación por equivalencia tiene por objeto indemnizar todos los daños económicamente valorables causados por el hecho internacionalmente ilícito, pero sólo tales daños.

³⁴ Véase el informe preliminar, documento A/CN.4/416 y Add.1 (nota 1 *supra*), párrs. 114 a 118.

³⁵ C.P.J.I., serie A, N.º 17, fallo de 13 de septiembre de 1928, pág. 47.

³⁶ Como señala, por ejemplo, L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en Droit international*, París, 1938:

«La afirmación según la cual se debe reparar el daño en su totalidad no puede ciertamente proporcionar un método satisfactorio de evaluación. Si significa que los tribunales internacionales ordinariamente se han esforzado por asignar reparaciones correspondientes al daño material efectivamente causado, tal afirmación es exacta. Pero esta aserción, que señala una tendencia general, es demasiado vaga para ofrecer in-

dicaciones precisas. Queda, pues, por determinar si existen métodos con ayuda de los cuales el árbitro o el juez internacional procede a la estimación de los perjuicios a los que desea que el importe de la reparación corresponda lo mejor posible.» (Pág. 175.)

24. La función esencialmente compensatoria de la reparación por equivalencia está generalmente reconocida y ha sido con frecuencia destacada por la doctrina. Cabe mencionar a Eagleton³⁷, Jiménez de Aréchaga³⁸, Brownlie³⁹ y Graefrath⁴⁰. La jurisprudencia contiene indicaciones explícitas en el mismo sentido, que aunque menos frecuentes no son menos claras. En el asunto del «*Lusitania*», por ejemplo, el superárbitro Parker se expresó claramente (no obstante el uso del término «satisfacción» en un sentido lato y no técnico), al decir:

[] las palabras ejemplar, vindicativo o punitivo son inapropiadas. El concepto fundamental de la indemnización de daños y perjuicios es la satisfacción, la reparación de una pérdida sufrida, la compensación judicialmente determinada de un hecho lesivo. El remedio debe ser proporcionado a la pérdida, a fin de que la parte perjudicada pueda reintegrarse de ella. La superposición de una pena además del resarcimiento íntegro, y su designación con el nombre de indemnización de daños y perjuicios, junto con los calificativos de ejemplar, vindicativo o punitivo, representa una inútil confusión terminológica que lleva inevitablemente a la confusión de las ideas []⁴¹

25. En el asunto de la *Responsabilidad de Alemania por actos cometidos después del 31 de julio de 1914 y antes de que Portugal participara en la guerra*, el tribunal arbitral separó inequívocamente las consecuencias compensatorias y punitivas de la conducta alemana, declarándose totalmente incompetente con respecto a las del segundo tipo, y trazó una nítida distinción entre el pago de dinero a tí-

³⁷ C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, Nueva York, 1928.

«El criterio habitual de reparación, en los casos en que la reposición de las cosas en el estado que primitivamente tenían sea imposible o insuficiente, es el pago de una suma de dinero [] Suele decirse que la indemnización fijada debe tener como finalidad exclusiva el pago de la pérdida sufrida* y que, por lo tanto, tiene carácter compensatorio y no punitivo* []» (Pag. 189)

³⁸ E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», *Manual of Public International Law*, M. Sørensen, ed. Londres, Macmillan, 1968.

«[] La indemnización de daños y perjuicios de carácter punitivo o ejemplar*, inspirada por la desaprobación del hecho ilícito y como medida disuasoria o admonitoria del infractor, es incompatible con la idea básica en que se funda la obligación de reparar* []» (Pag. 571)

³⁹ I. Brownlie, *System of the Law of Nations. State Responsibility*, parte I, Oxford, Clarendon Press, 1983.

«En el caso de pagos simbólicos por injerencias atentatorias a la soberanía u otras pérdidas inmateriales, la función del pago es más o menos dar "satisfacción pecuniaria". Ahora bien, es inútil calificar tales pagos de "daños y perjuicios de carácter penal". La finalidad de la concesión de una indemnización es proporcionar lo que se reconoce por costumbre como resarcimiento* []» (Pag. 223)

⁴⁰ B. Graefrath, «Responsibility and damages caused relationship between responsibility and damages», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1984-II*, La Haya, Nijhoff, 1985, t. 185.

«[] La imposición de penas a naciones o Estados soberanos es hoy en día una cuestión no solo política sino también jurídica. Imponer una pena a otro Estado es claramente incompatible con el principio de la igualdad soberana de los Estados enunciado en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad []

»Por consiguiente, no podemos estar de acuerdo en que, actualmente, de conformidad con el derecho internacional, la finalidad de la indemnización de daños y perjuicios sea "castigar o, por lo menos, reprender a un Estado por su conducta, ya sea explícitamente o implícitamente, y de ese modo tratar de impedir la repetición de tales actos en el futuro". Esa idea solo puede servir para justificar demandas excesivas de indemnización a título de multa o pena. Eso llevaría al abuso de la responsabilidad internacional como instrumento para la humillación de los Estados más débiles, como demuestra el pasado imperialista» (Pag. 101)

⁴¹ Naciones Unidas, *Recueil*, vol. VII, pag. 39. Véase también parr. 114 *infra*.

tulo de compensación y el pago de dinero con fines punitivos, con la decidida exclusión de este último del concepto de reparación por equivalencia⁴².

3. LAS NORMAS EXISTENTES SU DETERMINACION Y DESARROLLO PROGRESIVO

26. No obstante la relativa abundancia de la jurisprudencia y la práctica de los Estados relacionadas con la mayoría de las cuestiones enumeradas más arriba (párr. 22), la doctrina se inclina generalmente a no reconocer la existencia de normas de derecho internacional general más específicas que la fórmula enunciada en el asunto de la *Fábrica de Chorzow*. Los autores se muestran en su mayoría escépticos incluso respecto a la posibilidad de deducir de la práctica normas uniformes seguras de indemnización. Eagleton señaló, por ejemplo, que «el derecho internacional no establece métodos de medida precisos para la concesión de una indemnización pecuniaria»⁴³. Reitzer desarrolló aún más este punto⁴⁴ y Verzijl expresó ideas

⁴² Decisión de 30 de junio de 1930, *Responsabilité de l'Allemagne a raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât a la guerre* (Portugal c. Alemania), (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. II, pags. 1035 y ss.) El tribunal declaró:

«Además de la reparación de los daños propiamente dichos, causados por los actos cometidos por Alemania durante el período de neutralidad, Portugal reclama una indemnización de 2 000 millones de marcos oro por razón "de todas las ofensas a su soberanía y por los atentados contra el derecho internacional". Motiva esa reclamación alegando que la indemnización que se conceda por ese concepto "hara patente la gravedad de los actos realizados con relación al derecho internacional y los derechos de los pueblos", y "que contribuirá a hacer saber que esos actos no podrán seguir siendo realizados impunemente. Además de la sanción de la desaprobación por las conciencias y por la opinión pública internacional, recibirían la sanción material correspondiente."

»De esto resulta muy claramente que no se trata, en realidad, de una indemnización, de la reparación de un perjuicio material ni siquiera moral, sino efectivamente de una sanción, de una pena infligida al Estado culpable y que se inspira, como las penas en general, en las ideas de retribución, admonición e intimidación. Ahora bien, es evidente que al confiar a un árbitro el cuidado de fijar la cuantía de las reclamaciones entabladas por actos cometidos durante el período de neutralidad, las Altas Partes Contratantes no han tenido la intención de investirlo de un poder represivo. No solo el párrafo 4 que instituye su competencia figura en la parte X del Tratado, titulada "Cláusulas económicas", mientras que es la parte VII la que trata de las "Sanciones", sino que además sería contrario a las intenciones claramente expresadas de las Potencias aliadas admitir que han tomado en consideración la posibilidad de castigar a Alemania con penas pecuniarias por razón de los actos que ha cometido, ya que en el párrafo 1 del artículo 232 se dice expresamente que reconocen que incluso la mera reparación de las pérdidas propiamente dichas causadas por ella excedería a su capacidad financiera. La sanción que reclama Portugal, por tanto, cae fuera tanto de la esfera de competencia de los árbitros como del ámbito de aplicación del Tratado» (*Ibid.*, pags. 1076 y 1077)

⁴³ Eagleton *op. cit.* pag. 191, parr. 55.

⁴⁴ Según Reitzer.

«[] Manifiestamente, el árbitro no tiene más remedio que adoptar la solución consistente en fijar la reparación inspirándose en su propio prudente criterio y en su sentido de justicia personal. Se da un paralelismo entre el derecho internacional general y el derecho internacional arbitral y judicial. En aquel, la apreciación del perjudicado, en este, la apreciación del juez. Al someter un litigio al arbitraje las partes sustituyen en la voluntad unilateral del Estado lesionado —el mismo parte interesada— por la voluntad la discreción de un tercero desinteresado.

»El fenómeno de la libre apreciación del juez en la determinación de la extensión de la reparación no podía pasar inadvertido para la ciencia del derecho internacional. Muchos internacionalistas subrayan la función eminente que desempeñan las opiniones personales del juez o del árbitro, sin darse cuenta siempre de todo el alcance de esa idea.

(Continuación en la página siguiente)

análogas⁴⁵. Graefrath, por su parte, señala que «parece que la ilimitada variedad de casos y circunstancias específicas sólo permiten marcar unas pautas en lo que concierne a estas cuestiones», y constata que es especialmente cierto «cuando se trata de daño material, y aún más si se trata de determinar la indemnización debida por *daño inmateria**, como la detención ilegal, las lesiones corporales o muerte, la violación de derechos sin causar ningún daño material»⁴⁶. Gray expresa dudas similares⁴⁷.

(Continuación de la nota 44.)

»Esa libertad de apreciación se halla consignada también en innumerables tratados y compromisos de arbitraje, bien porque se ha autorizado al árbitro a pronunciarse sobre la reparación *ex aequo et bono* o «según justicia y equidad», o bien porque ha sido investido de los más amplios poderes, a veces con exclusión expresa del derecho estricto.

»Más significativo aún, sin embargo, es el hecho de que, incluso en los casos en que una cláusula de esa índole no figuraba en el instrumento en que basaba su competencia, el árbitro se ha creído autorizado a resolver conforme a equidad. Así ocurrió especialmente en el caso de las comisiones mixtas de reclamaciones, que se consideraban verdaderos tribunales de equidad. Pero tampoco faltan declaraciones en ese sentido en los laudos arbitrales propiamente dichos.

[...]

[...]»El número impresionante de compromisos que atribuyen al juez plena libertad de apreciación bastaría para demostrar que los Estados no abrigan ningún temor con respecto a esa libertad. No obstante, se puede citar además, en apoyo del punto de vista opuesto, la Conferencia de Codificación de La Haya. Las respuestas que muchos Estados dieron al punto XIV del Comité preparatorio demuestran que se habían dado perfecta cuenta de la incertidumbre, incluso de la inexistencia, de las normas consuetudinarias relativas a la extensión de la reparación que pudieran útilmente servir de guía al árbitro. De esto se desprende igualmente que esos Estados se proponían conferir al árbitro destinado a resolver esas cuestiones las más amplias facultades discrecionales.» (*Op. cit.*, págs. 160 a 162.)

⁴⁵ J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leyden, Sijthoff, 1973, vol. VI:

«Los criterios de determinación de la indemnización son tan diversos según los casos particulares y las especies de daño que es prácticamente imposible formular normas generales sobre esta materia. Sólo sería posible elaborar una larga lista de las resoluciones dictadas en materia de reparación, además de las pocas decisiones judiciales antes analizadas, para poner de manifiesto de qué manera las comisiones de reclamaciones o los tribunales de arbitraje han llegado a su veredicto con respecto a la tasación de los daños sufridos. Existe, efectivamente, una infinita variedad de daños posibles: homicidios, mutilaciones, lesiones; encarcelamientos, torturas, detenciones, castigos injustos; expulsiones; destrucciones, embargos, robos; denegación de justicia; falta de protección de los poderes públicos o falta de detención y castigo de los culpables, etc. Ni que decir tiene que los métodos para llegar a un grado adecuado de resarcimiento serán necesariamente muy diversos. La víctima puede haber muerto y otros pueden reivindicar la sucesión en sus derechos. La reparación puede llegar mucho tiempo después del delito. Los daños pueden haber consistido en daños personales, pérdidas patrimoniales, privación de una concesión, confiscación, pérdida de la profesión o del sostén de la familia, menoscabo de la reputación, insulto, agravio moral, etc.» (Págs. 746 y 747.)

⁴⁶ Graefrath, *loc. cit.*, pág. 94.

⁴⁷ Según Gray.

«[...] El principio fundamental de la plena reparación que puede deducirse de los distintos ordenamientos jurídicos internos —en los países de tradición jurídica romanista y los países comunistas expresado en función del daño emergente y el lucro cesante, y en los países de *common law* como la reposición del demandante en la situación en que se hubiera encontrado si no se le hubiera causado ningún daño— representa un proceso *muy limitado* respecto de la decisión de que ha nacido una obligación de reparar. Es evidente que este principio fundamental no puede servir de guía en la práctica para la evaluación de los daños y perjuicios, como se desprende del hecho de que, si bien los ordenamientos jurídicos comparten ese objetivo, sus métodos de evaluación y los resultados a que llegan varían considerablemente. Además, el principio fundamental está sujeto a importantes reservas y excepciones en cada ordenamiento jurídico.» (*Op. cit.*, pág. 8.)

27. En opinión del Relator Especial, la falta de normas internacionales más específicas que el principio de Chorzow no es probablemente tan absoluta como parece creer una parte considerable de la doctrina. Lo afirma en ese parecer el hecho de que, incluso en la doctrina menos reciente, se descubren indicios de que la materia no carece de cierta reglamentación. Verzijl reconoce, por ejemplo, que se puede determinar «de qué manera las comisiones de reclamaciones o los tribunales arbitrales han llegado a su veredicto con respecto a la tasación de los daños sufridos»⁴⁸. Esto contradice, hasta cierto punto, la afirmación de Eagleton, antes mencionada, de que el derecho internacional «no establece métodos de tasación exactos para la concesión de la indemnización de daños y perjuicios» (véase párr. 26 *supra*). Anzilotti expresa también una opinión relativamente más positiva. Tras destacar la evidente semejanza entre los pronunciamientos de los tribunales internacionales y las normas del derecho de los actos ilícitos civiles en los ordenamientos jurídicos internos, así como la tendencia natural de tribunales y comisiones de recurrir a las normas del derecho privado, especialmente del derecho romano, puntualiza que, al hacerlo, los tribunales internacionales no aplican el derecho nacional como tal, sino que aplican más bien principios jurídicos internacionales que se inspiran en principios o normas de derecho interno. Anzilotti se refiere especialmente a tales normas como normas materialmente idénticas a las normas internas bien que formalmente diferentes de ellas, evidentemente en el sentido de que han pasado a ser normas de derecho internacional en virtud de un proceso de creación normativa internacional⁴⁹. La influencia, bien que relativa, de las normas de derecho privado, especialmente del derecho romano, es reconocida también por otros publicistas, como Nagy⁵⁰ y Čepelka⁵¹. El propio Reitzer, que aparentemente niega por completo la existencia de normas o principios internacionales en este campo⁵², reconoce la existencia de otras opiniones, según las cuales:

[...] Los Estados que someten su litigio a un órgano imparcial lo hacen ciertamente con el *convencimiento* de que existen normas claramente definidas con respecto a la cuantía de la reparación, normas a las que el juez está obligado a ajustarse. Por poco que faltase ese convencimiento, los Es-

⁴⁸ Véase nota 45 *supra*.

⁴⁹ No se le oculta a Anzilotti, por otra parte, que no todas las normas internas han adquirido el valor de normas o principios internacionales. Un ejemplo, según Anzilotti, habría sido la no incorporación al derecho internacional de la norma de derecho interno en virtud de la cual no son indemnizables en algunos ordenamientos jurídicos nacionales más que los daños realmente causados (*Cours*, págs. 528 a 530).

⁵⁰ K. Nagy, «The problem of reparation in international law», *Questions of International Law: Hungarian Perspectives*, H. Bokor-Szegő, ed., Budapest, Akadémiai Kiadó, 1986, vol. 3, págs. 178 y 179.

⁵¹ Č. Čepelka, *Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain*, Praga, Universidad Karlova, 1965:

«[...] La práctica internacional ha elaborado —durante los últimos 180 años, aproximadamente— por lo menos algunos *criterios auxiliares* destinados a delimitar la extensión del daño causado por el delito y a determinar el importe de la indemnización que haya que pagar. Estos criterios se apoyan fundamentalmente en los principios generales del derecho. No se trata en absoluto, naturalmente, de una recepción de esos principios de derecho interno en el derecho internacional, ya que los principios generales del derecho no forman parte del derecho internacional general; eso no significa que simples criterios auxiliares no se conviertan por conducto de la costumbre internacional, durante la evolución ulterior de la práctica internacional, en normas estables del derecho internacional común.» (Pág. 29.)

⁵² Véase nota 44 *supra*.

tados dudarían en confiar sus controversias a un árbitro cuya decisión podría reservarles sorpresas poco agradables.

Reitzer agrega:

Se ha llegado incluso a pretender que, a falta de normas de derecho internacional aplicables al caso particular de que se trate, y a menos de que el compromiso lo autorice a juzgar *ex aequo et bono*, el árbitro debe negarse a resolver⁵³.

Pero Reitzer rechaza esas opiniones por infundadas y reconoce que los árbitros recurren frecuentemente a los principios generales de derecho interno⁵⁴. Después de citar el asunto del *Ferrocarril de la Bahía de Delagoa*⁵⁵, Reitzer concluía:

Sin formar parte, pues, del derecho internacional general, los principios generales del derecho privado han ejercido una influencia considerable en los árbitros y jueces internacionales que fallaban discrecionalmente⁵⁶.

En este pasaje del estudio de Reitzer, éste se separa de Anzilotti en lo que concierne a la posición de los principios generales mencionados.

28. Los reconocimientos (y contradicciones) de una parte de la doctrina anteriormente señalados dan a entender que, probablemente, estaría justificado adoptar un punto de vista menos pesimista y más equilibrado con respecto tanto a la existencia de normas o principios reguladores de la reparación jurídica en las relaciones internacionales y la utilidad de que la Comisión intente su desarrollo progresivo. Por un lado, el número y variedad de casos concretos son tan abundante que es natural que el estudio de la jurisprudencia y la práctica diplomática lleve a excluir la posibilidad misma de descubrir o siquiera concebir normas muy detalladas aplicables automática e indiscriminadamente a cualquier caso o grupos de casos. Esto excluye, no sólo la existencia real (*de lege lata*) de normas muy detalladas, sino también la conveniencia de elaborar tales normas como cuestión de desarrollo progresivo. No excluye, sin embargo, la existencia de normas más elaboradas que el principio de Chorzow ni la posibilidad de desarrollar razonablemente tales normas y de lograr su adopción.

29. Por lo que respecta al derecho existente, ha habido tal número de casos que han suscitado tantas decisiones judiciales o arbitrales y soluciones pactadas sobre la mayoría de las cuestiones concretas que se plantean en este campo, que parece razonable suponer que, en todos los casos en que pueden descubrirse soluciones relativamente uniformes de una cuestión determinada, existe una norma o regla relativamente específica correspondiente. Como señalaron Anzilotti y Reitzer, las normas y reglas aplicadas por los órganos judiciales internacionales son, a menudo muy semejantes, cuando no idénticas, a las normas y reglas correspondientes del derecho interno (derecho ro-

mano, derecho de inspiración romanista o *common law*). En opinión del Relator Especial, no hay que entender por eso la aplicación de normas jurídicas internas por simple reenvío, sino que ello significa que, mediante la labor de los órganos judiciales internacionales y las soluciones pactadas directamente entre ellos, los Estados han elaborado y aceptado progresivamente normas y criterios relativos a la compensación del daño. Cabe muy bien concluir que tales normas y criterios, aunque originalmente inspirados en parte en el derecho interno, existen ahora como parte del derecho internacional general. Existe, pues, fundamento suficiente para que la Comisión trate de determinar y codificar tales normas o principios.

30. No hay que esperar, por supuesto, el descubrimiento de normas absolutas destinadas a ser aplicadas automática y mecánicamente en cada caso y en cualquier circunstancia. Es bien sabido que en ninguna esfera del derecho, nacional o internacional, las normas o principios se pueden aplicar mecánicamente, tanto más cuanto que de lo que se trata es de cuantificar las pérdidas —con frecuencia inmateriales— que tienen que ser compensadas en cada caso particular. Cualquier regla que no haya sido concebida sólo para un único caso necesita cierto grado de adaptación, por los jueces, los árbitros o las propias partes interesadas, a las características y circunstancias de cada uno de los innumerables casos concretos a que se aplica. Es precisamente a causa, quizá, de la gran variedad de tipos de hechos ilícitos y de sus circunstancias, especialmente de la diversidad de las especies de daños causados, que surgen tantas dudas con respecto a la existencia de normas jurídicas internacionales relativas a la indemnización pecuniaria.

31. En particular, el hecho de que las normas tengan forzosamente un carácter relativamente general y flexible, no significa que constituyan meros «principios orientadores» o «pautas» y que no se presten a la codificación en sentido estricto. Se trata de normas que enuncian los derechos del Estado lesionado y las correspondientes obligaciones del Estado autor.

32. Conviene tener en cuenta además que, en la esfera de la responsabilidad internacional más que en ninguna otra, la Comisión no tiene encomendada solamente una tarea de codificación estricta. Conforme a la letra de la disposición correspondiente de la Carta de las Naciones Unidas, la parte del cometido de la Comisión que viene primero es el desarrollo progresivo. De ello se deduce, a juicio del Relator Especial, que en los casos en que el estudio de la doctrina y la práctica de la indemnización pecuniaria ponga de manifiesto cierta falta de claridad, incertidumbre o, por así decirlo, un vacío legal en el derecho existente, no es inevitable que la Comisión decrete el *non liquet*. Se puede y se debe hacer un esfuerzo para examinar la cuestión *de lege ferenda* para comprobar si, de qué modo y hasta qué punto, es posible eliminar o reducir la incertidumbre o llenar el vacío legal por medio del desarrollo progresivo. Esto debe hacerse, por supuesto, a la luz de una evaluación realista de las necesidades de la comunidad internacional, de las analogías y fuentes de derecho privado disponibles y guiándose por el sentido común y la clara conciencia de la realidad.

33. Dentro de los límites razonables señalados, la incorporación de elementos de desarrollo progresivo al proyecto de artículos parece ser especialmente indicada en el presente caso por razón de la materia de la responsabili-

⁵³ Reitzer, *op. cit.*, págs. 161 y 162.

⁵⁴ Según Reitzer, «El examen de los laudos arbitrales pone de manifiesto el hecho indiscutible de que los árbitros se han remitido bastante a menudo a los llamados principios generales [reconocidos en derecho interno]. Estos figuran asimismo en los compromisos. No nos resulta posible pasar por alto ese fenómeno.» Y aunque sostiene que esos principios generales no constituyen «normas obligatorias del derecho de gentes general», reconoce que es natural, dada la existencia de un «sistema de normas jurídicas milenario y sumamente desarrollado» (es decir, el derecho romano y los derechos de inspiración romanista), que el juez internacional «no haya dejado de beber en esa fuente, tanto más cuanto que las dos situaciones, de hecho, presentan analogías indiscutibles». (*Ibid.*, pág. 163.)

⁵⁵ Véase nota 97 *infra*.

⁵⁶ Reitzer, *op. cit.*, pág. 165.

dad de los Estados en general y de la indemnización o compensación pecuniaria en particular. Como han subrayado a menudo tanto miembros de la Comisión como los tratadistas en general, el proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados versa principalmente, a diferencia de otros proyectos, sobre las situaciones jurídicas llamadas «secundarias». La Comisión se ocupa, precisamente, de las situaciones o conflictos potenciales que pueden derivarse de hechos ilícitos futuros en cualquier esfera del derecho internacional, situaciones y conflictos con respecto a los cuales cualquier Estado puede encontrarse, con el mismo grado de probabilidad, bien en la posición de Estado autor o «responsable», o bien en la posición de Estado «lesionado». Normalmente, pues, no se encuentra —como al abordar principal y exclusivamente la codificación y el desarrollo de las llamadas normas «primarias»— ante posiciones e intereses antagónicos determinados, reales o previsibles como los que surgen forzadamente cuando se examinan (*de lege lata* o *de lege ferenda*) el régimen de los cursos de agua internacionales, el régimen del mar, el régimen de las relaciones económicas o el derecho del medio ambiente⁵⁷. Evidentemente, aun en la regulación de una esfera como la de la responsabilidad de los Estados hay cuestiones con respecto a las cuales se manifiestan análogas diferencias de intereses posibles, por ejemplo, entre los Estados pobres y los Estados ricos, los Estados grandes y los Estados pequeños, los Estados fuertes y los Estados débiles, sobre cuestiones como las concernientes a las medidas admisibles para obtener reparación y las condiciones previas y requisitos de su licitud. Ahora bien, en lo que concierne a las consecuencias puramente sustantivas de un hecho ilícito, y especialmente con respecto a las normas que rigen o deberían regir en el campo de la indemnización pecuniaria, todos los Estados parecen compartir aproximadamente los mismos intereses «potenciales» o «hipotéticos». Por consiguiente, todos los Estados deberían compartir en alto grado un mismo interés común por lo que respecta tanto a la indulgencia hacia el Estado autor del hecho ilícito como a la generosidad hacia el Estado lesionado⁵⁸. Esta idea quizás permita evaluar mejor la posibilidad de incorporar elementos de desarrollo progresivo a los artículos del proyecto concernientes a la reparación en general y la reparación por equivalencia en particular. A juicio del Relator Especial, lo mismo se aplica a la satisfacción.

B.— Daño «directo» y daño «indirecto»; nexo causal y multiplicidad de causas

1. DAÑO «DIRECTO» Y DAÑO «INDIRECTO»

34. Habiendo llegado a la conclusión de que todos los daños y sólo los daños causados por el hecho ilícito deben

⁵⁷ En estos campos, sea cual fuere el grado en que los intereses comunes contribuyen a facilitar el acuerdo sobre la *lex lata* o la *lex ferenda*, se tropieza siempre, en cada cuestión concreta, con el obstáculo (la dificultad) que representan diferencias como las que dividen a los Estados del curso superior y los Estados del curso inferior, los Estados ribereños y los Estados sin litoral (o los Estados ribereños de mares abiertos y los Estados ribereños de mares cerrados) o los Estados en desarrollo y los Estados desarrollados.

⁵⁸ Todo lo que un Estado puede estimar haber «perdido» en relación con la situación jurídica establecida en un proyecto de artículo respecto del posible Estado autor resultará compensado por lo que ese mismo Estado ganaría con esa situación siempre que se encontrara en la posición de la parte perjudicada.

ser indemnizados⁵⁹, la doctrina y la práctica han dedicado sus esfuerzos a distinguir las consecuencias que cabe considerar que han sido causadas por el hecho ilícito y son, por tanto, indemnizables, de las consecuencias que no pueden considerarse como tales y que, por consiguiente, no son indemnizables⁶⁰.

35. En el pasado esta cuestión se examinó durante algún tiempo en función de la distinción entre daño «directo» y daño «indirecto». Este planteamiento, sin embargo, suscitó algunas dudas a causa de la ambigüedad y escasa utilidad de tal distinción⁶¹. Sea cual fuere el sentido de daño «indirecto» en ciertos ordenamientos jurídicos internos⁶², esta expresión se ha utilizado en la jurisprudencia internacional para justificar decisiones contrarias a la concesión de daños y perjuicios. Ahora bien, no se da ninguna indicación clara acerca del tipo de relación entre el evento y el daño que justificaría la calificación de éste como daño «indirecto»⁶³. Como señaló Hauriou, la aplicación más notable de la regla de la exclusión de los daños «indirectos» fue:

[...] el asunto del «Alabama», en el que el tribunal de Ginebra, por una declaración espontánea y previa al fallo, advirtió a las partes que las demandas por razón de pérdidas indirectas no podrían en ningún caso ser tomadas en consideración por los jueces. Mas el principio se observa escrupulosamente en todos los litigios internacionales, y no existe, que nosotros sepamos, aparte del caso de la Comisión Mixta germano-estadounidense, un solo asunto en que el árbitro, tras haber calificado de indirecto un daño, conceda una compensación [...]»⁶⁴.

⁵⁹ Esto es lo que Personnaz define como «el principio de la equivalencia de la reparación del perjuicio», *op. cit.*, págs. 98 a 101.

⁶⁰ Véase un certero análisis del problema en la importante obra de B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, especialmente págs. 185 a 223.

⁶¹ Cf. Personnaz, *op. cit.*, pág. 135; Eagleton, *op. cit.*, págs. 199 a 202; Morelli, *op. cit.*, pág. 360; Bollecker-Stern, *op. cit.*, págs. 204 a 211; Gray, *op. cit.*, pág. 22.

⁶² Según Nagy:

«[...] El derecho internacional recibió el concepto y el problema del daño indirecto del derecho interno de los Estados burgueses; esa distinción era desconocida en el derecho romano. Dicho concepto fue introducido por vez primera en el ordenamiento jurídico francés, que iba a influir considerablemente en el desarrollo de los ordenamientos jurídicos europeos, por las obras de los juristas franceses Dumoulin y Domat en 1681 y 1777, respectivamente. Por daño indirecto esos autores entendían la pérdida de valor pecuniario que no tenía sino una relación remota con el acto ilegal y derivaba también de otras causas; mientras que el daño directo resultaba solamente de un acto imputable al autor del acto. La opinión predominante, que era contraria a la compensación de ese daño, halló expresión asimismo en el artículo 1151 del Código Napoleónico. El derecho interno de algunos Estados no establece una distinción suficientemente clara entre daño directo y daño indirecto, muchos ordenamientos jurídicos no hacen siquiera tal distinción, ni esta cuestión recibe tampoco una respuesta inequívoca en la ciencia del derecho internacional. [...]» (*Loc. cit.*, pág. 179.)

⁶³ Véase, en ese sentido, Anzilotti, quien señala que los tribunales internacionales «en vez de calificar de indirecto un daño y deducir de ello su no resarcibilidad, han calificado de indirecto un daño cuando consideraban que no debía resarcirse» (*Cours*, pág. 532); pero, sobre todo, A. Hauriou, cuyo artículo «Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux», RGDIP, t. 31, 1924, pág. 203, ha representado indudablemente una importante fase del estudio de esta materia. Según este tratadista, «cada vez que se menciona la teoría de los daños indirectos es para excluir implacablemente esa categoría de daños»; y más adelante: «Desgraciadamente, si se acude a las compilaciones de laudos arbitrales para examinar las aplicaciones de esa regla, no se puede por menos de advertir la existencia de decisiones contradictorias». (Pág. 209.)

⁶⁴ Hauriou, *loc. cit.*, pág. 209.

No obstante, Reitzer señala:

Aunque la hayan rechazado, las comisiones mixtas y los tribunales ditan de haber dado una noción bien definida del daño indirecto. Cabe incluso decir que se han servido del término sin darse cuenta de la acepción de las palabras empleadas. Nada hay, por consiguiente, de extraordinario en que los mismos perjuicios se excluyan en un caso por ser indirectos mientras que se admiten en otro, «bien porque no se plantea la cuestión de su naturaleza, bien porque el árbitro los califica sin vacilar de directos»⁶⁵.

36. Sea cual fuere el punto de vista de la doctrina, la práctica se ha alejado de la noción de daño «indirecto» a los efectos de definir la línea de demarcación del daño indemnizable. Digno de mención a este respecto es el siguiente extracto de la decisión administrativa N.º II de la Comisión Mixta de Reclamaciones germano-estadounidense, de fecha 1.º de noviembre de 1923, que enuncia algunos de los principios básicos para la formulación de decisiones:

[...] Poco importa que la pérdida sea una consecuencia directa o indirecta, siempre que exista una relación clara e ininterrumpida entre el acto de Alemania y la pérdida por la cual se reclama [...]»⁶⁶.

En el asunto *South Porto Rico Sugar Company*, la misma Comisión declaró, entre otras cosas, que el empleo del término «indirecto» en relación con el daño era «inadecuado, inexacto y ambiguo», y que la distinción entre daño «directo» y daño «indirecto» era «con frecuencia ilusoria y caprichosa, y no debería tener cabida en el derecho internacional»⁶⁷.

2. NEXO CAUSAL CONTINUO (ININTERRUMPIDO)

37. El criterio a que se apunta, en vez del carácter «directo» del daño, es así la existencia de un nexo causal claro e ininterrumpido entre el hecho ilícito y el daño por el que se reclama una indemnización de daños y perjuicios. En general, los tratadistas parecen coincidir sobre este punto. Para que sea indemnizable, es necesario que el daño esté unido a un hecho ilícito por una relación de causalidad⁶⁸, y un daño está así unido a un hecho ilícito siempre que el curso normal y natural de los acontecimientos ponga de manifiesto que el daño es una consecuencia lógica del acto realizado o siempre que el autor del hecho ilícito pueda haber previsto el daño que causaría con su acto. Como señala Bollecker-Stern, se presume que existe la relación de causalidad siempre que se da el requisito objetivo de «normalidad» o el requisito subjetivo de «previsibilidad»⁶⁹. En

efecto: esas dos condiciones —normalidad y previsibilidad— casi siempre coexisten (en el sentido de que la producción del daño también se podría haber previsto si se ajustaba a la norma)⁷⁰. Y aunque esto ha sido negado por lo menos por un tratadista, que sostiene que para la determinación de los daños y perjuicios exigibles sólo se debe utilizar el criterio objetivo de la normalidad⁷¹, la práctica no parece mostrar ninguna preferencia por el criterio de la «normalidad». Por ejemplo, entre las respuestas recibidas de los gobiernos sobre el punto XIV (Reparación del daño causado) al cuestionario presentado por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional⁷², Alemania⁷³ y Dinamarca⁷⁴ se manifestaron a favor de la previsibilidad. Los Países Bajos⁷⁵ y los Estados Unidos⁷⁶ estaban en favor de la normalidad.

38. En la práctica judicial prima la previsibilidad. Un ejemplo evidente es la decisión pronunciada en el asunto de las *Colonias portuguesas* (Incidente de Naulilaa)⁷⁷. Los daños causados a Portugal por la rebelión de la población indígena de sus colonias fueron atribuidos a Alemania porque la rebelión había sido supuestamente provocada por la invasión alemana. Por consiguiente, el Estado autor fue tenido por responsable de todos los daños que podía haber previsto, aun cuando el nexo entre el acto ilícito y

⁷⁰ Véanse, por ejemplo, G. Salvioi, «La responsabilité des Etats et la fixation de dommages et intérêts par les tribunaux internationaux», *Recueil des cours ... 1929-III*, París, 1930, t. 28:

«El criterio de la "normalidad" en el orden de las consecuencias es el criterio a que se remite a menudo la jurisprudencia internacional para determinar el fundamento de la reparación de los daños indirectos. Y ese criterio, considerado en su aspecto subjetivo, coincide hasta cierto punto con el de la "posibilidad de previsión" que utiliza también la jurisprudencia internacional. Se trata de la misma cosa examinada desde dos puntos de vista diferentes.» (Pág. 251.)

Y Reitzer:

«[...] Se expresa asimismo esa idea [es decir, la "causalidad adecuada"] mediante la aserción de que todo perjuicio resultante del acto lesivo en el curso ordinario, previsible, de la vida cotidiana debe ser reparado.» (*Op. cit.*, pág. 183.)

⁷¹ En ese sentido, A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, t. III, *Relazioni internazionali*, Milán, Giuffrè, 1962, señala que «el daño resultante del acto ilícito es resarcible aunque no fuera previsible» (pág. 1551), y cita a este respecto el asunto de las *Colonias portuguesas* (Incidente de Naulilaa) (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. II, págs. 1031 a 1033, 1037, 1074 a 1076).

⁷² Sociedad de las Naciones, documento C.75.M.69.1929.V.

⁷³ «Habría que partir de la necesidad de examinar muy escrupulosamente la relación de causa a efecto. Especialmente en la esfera del derecho internacional se llegaría a consecuencias totalmente imprevisibles si fuera posible hacer responsable a un Estado de los daños causados por una concatenación de circunstancias extraordinarias que no se podían prever en el curso ordinario de las cosas. Este es un punto sobre el cual la doctrina moderna del derecho internacional y la práctica de los tribunales arbitrales coinciden fundamentalmente [...]» (*Ibid.*, pág. 146.)

⁷⁴ «La reparación debe incluir, según la decisión del tribunal, no sólo la pérdida sufrida sino también la ganancia dejada de obtener y los daños indirectos en la medida en que éstos fueran previsibles en el momento de cometerse el acto lesivo y hubieran podido ser evitados mediante un sacrificio económico de la parte perjudicada.» (*Ibid.*, pág. 147.)

⁷⁵ «[...] Se debe indemnizar cualquier daño que pueda considerarse razonablemente consecuencia del acto presuntamente dirigido contra el Estado [...]» (*Ibid.*, pág. 149.)

⁷⁶ «[...] Se ha admitido el resarcimiento de la ganancia dejada de obtener en los casos en que ha sido probada con certidumbre razonable y se ha podido demostrar la existencia de un nexo causal [...]» [Documento C.75 (a).M.69 (a).1929.V, pág. 25.]

⁷⁷ Decisión de 31 de julio de 1928 (Portugal c. Alemania) (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. II, págs. 1011 y ss.).

⁶⁵ Reitzer, *op. cit.*, pág. 180.

⁶⁶ Naciones Unidas, *Recueil*, vol. VII, pág. 29.

⁶⁷ Se trata de uno de los asuntos relativos a las *Reclamations présentées pour remboursement de primes d'assurance contre les risques de guerre*, decisión de 1.º de noviembre de 1923 de la Comisión Mixta de Reclamaciones, *ibid.*, págs. 62 y 63.

⁶⁸ Véanse, en especial, Personnaz:

«[...] Deben ser considerados consecuencias del acto lesivo y, por consiguiente, deben ser tomados en consideración para la determinación del alcance de la obligación de reparar todos los hechos ligados al acto originario por un nexo de causa y efecto, en otras palabras, todos los hechos a los que sea posible remontarse, hasta el acto primitivo, por una cadena que no ofrezca ninguna solución de continuidad.» (*Op. cit.*, pág. 136.)

Y Eagleton:

«[...] Deben ser indemnizados íntegramente todos los daños cuyo origen pueda hacerse remontar a un acto lesivo como causa generadora exclusiva por medio de una relación de causalidad conexas, aunque no necesariamente directa [...]» (*Op. cit.*, págs. 202 y 203.)

⁶⁹ Bollecker-Stern, *op. cit.*, págs. 191 a 194.

el daño efectivo no era realmente «directo». Por el contrario, no se concedió la indemnización de daños y perjuicios por los daños que no podían haber sido previstos:

[...] y, por cierto, no sería equitativo dejar a cargo de la víctima los daños que el autor del acto ilícito inicial ha previsto y hasta tal vez querido, con el solo pretexto de que en la cadena que los une a ese acto ilícito hay algunos eslabones intermedios. Pero, en cambio, todos reconocen que, aunque se abandone el principio riguroso de que sólo los daños directos dan derecho a reparación, no se puede por menos de excluir, so pena de llegar a una ampliación inadmisiblemente de la responsabilidad, los daños que sólo se relacionan con el acto inicial a través de un encadenamiento imprevisto de circunstancias excepcionales y que sólo han podido producirse con el concurso de causas ajenas al autor del acto y que de ningún modo éste podía haber previsto. [...] ⁷⁸

39. No parece correcto, pues, excluir la previsibilidad de los requisitos necesarios para determinar la causalidad a los efectos de la compensación. Lo más que se puede decir es que la posibilidad de prever el daño por un hombre diligente en la situación del autor del hecho lesivo es un indicio importante para apreciar la «normalidad» o la «naturalidad», que es un requisito previo indiscutible para la determinación del nexo causal. La decisión administrativa N.º II de la Comisión Mixta de Reclamaciones germano-estadounidense, mencionada anteriormente (párr. 36), proporciona una vez más un valioso ejemplo de la manera como el criterio de la normalidad se aplica para la determinación de la relación de causalidad:

[...] Poco importa cuántos eslabones tenga la cadena de causalidad que une el acto de Alemania con la pérdida sufrida, siempre que la conexión sea ininterrumpida y que, eslabón por eslabón, la causa de la pérdida se pueda atribuir clara, inequívoca y definitivamente al acto de Alemania. [...] ⁷⁹

40. El criterio de la presunción de causalidad cuando se dan las condiciones de normalidad y previsibilidad requiere otra explicación. Tanto en la doctrina como en la práctica judicial se advierte una tendencia a identificar ese criterio con el principio de la *causa próxima* propio del derecho privado⁸⁰. Brownlie, refiriéndose al asunto *Dix*⁸¹, dice:

[...] Hay indicios de que los tribunales internacionales trazan una distinción análoga y tienen así por responsables a los gobiernos «sólo por las consecuencias próximas y naturales de sus actos» y deniegan toda «compensación por las consecuencias remotas, a falta de prueba de una intención deliberada de causar daño. [...] ⁸²

⁷⁸ *Ibid.*, pág. 1031.

⁷⁹ La Comisión agregó:

«[...] Cuando en el orden de causalidad media gran distancia entre la pérdida y el acto contra el cual se reclama, este tribunal no tiene competencia para tratar de desenredar la enmarañada red de causas y efectos o para seguir, a través de un desconcertante laberinto de razonamientos confusos, muchos eslabones desconectados o colaterales para encontrar la relación entre Alemania y un perjuicio determinado. Todas las pérdidas indirectas están cubiertas, siempre que desde el punto de vista jurídico el acto de Alemania haya sido el origen de la causa próxima y eficiente de todas esas pérdidas. El simple criterio que tiene que aplicarse en todos los casos es: ¿ha demostrado un nacional estadounidense haber sufrido una pérdida que pueda ser medida con exactitud razonable según criterios pecuniarios y es esa pérdida atribuible a un acto de Alemania como causa próxima?» (*Ibid.*, vol. VII, pág. 30.)

⁸⁰ Según Graefrath,

«[...] lo que se aplica es un principio de derecho privado, el principio de la *causa próxima*. Se considera que una pérdida es consecuencia normal de un acto si es atribuible al acto como causa próxima.» (*Loc. cit.*, pág. 95.)

⁸¹ Decisión pronunciada en 1903 por la Comisión Mixta de Reclamaciones estadounidense-venezolana (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. IX, págs. 119 y ss., especialmente pág. 121).

⁸² Brownlie, *op. cit.*, pág. 224.

Después de la desintegración del satélite nuclear soviético *Cosmos 954* en su territorio en 1978, Canadá dijo en su demanda:

Para calcular la indemnización exigida, el Canadá ha aplicado los criterios pertinentes establecidos por los principios generales del derecho internacional por los que se rige el pago de una indemnización equitativa incluyendo en su demanda sólo los gastos que son razonables, cuya causa próxima ha sido la intrusión del satélite y el depósito de residuos y que pueden ser calculados con un grado razonable de certidumbre⁸³.

41. Por consiguiente, parece que el uso irreflexivo del adjetivo «próxima» (en relación con «causa») para indicar el tipo de relación que debe existir entre el acto ilícito y el daño indemnizable no deja de presentar cierto grado de ambigüedad. Ese adjetivo excluiría totalmente, al parecer, la posibilidad de indemnizar los daños que, aunque relacionados con un acto ilícito, no están próximos a él en el tiempo o en la cadena causal.

42. En resumen, el criterio del nexo causal se debería aplicar de la manera siguiente:

- i) Hay que indemnizar *íntegramente* los daños y perjuicios que han sido causados inmediata y *exclusivamente* por el hecho ilícito⁸⁴.
- ii) Hay que indemnizar *íntegramente* los daños y perjuicios de los que el hecho ilícito es la causa *exclusiva* aunque no estén unidos a ese hecho por una relación inmediata sino por una *sucesión de acaecimientos conectados exclusivamente entre sí por una relación de causa a efecto*.

43. Tal como lo expresa en forma algebraica Bollecker-Stern:

[...] Mientras se pueda demostrar con certeza que A_i [el hecho ilícito] es la causa directa y única de P_1 [el daño «inmediato»], que P_1 es la causa única y directa de P_2 , etc., hasta P_n , sin que falte ningún eslabón de la cadena natural y lógica que enlaza el acto ilícito y el perjuicio final, éste será indemnizable [...] ⁸⁵

Así pues, la causalidad tiene que presumirse, no sólo cuando existe una relación de «causa próxima», sino también siempre que el daño está unido al hecho ilícito por una cadena de acaecimientos que, por larga que sea, es ininterrumpida. Como señaló Salvioli:

[...] Se alega en la jurisprudencia internacional que la reparación sólo debe ser exigible cuando ningún accidente extraño ha interrumpido la relación de causalidad entre la causa —el acto— y la consecuencia —el daño—. Este principio, que en sí es exacto, tiene que ser aplicado con ponderación. Así [...] si el acto ilícito ha facilitado el nacimiento de un hecho, aunque no tenga nada que ver, o ha expuesto el perjudicado a su influencia, no se puede sostener que la relación de causalidad ha sido interrumpida. Los perjuicios de este género deben ser indemnizados⁸⁶.

⁸³ ILM, vol. 18, 1979, pág. 907, párr. 23 de la reclamación.

⁸⁴ J. Combacau, «La responsabilité internationale», en H. Thierry *et al.*, *Droit international public*, 4.ª ed., París, Montchrestien, 1984, se refiere en este caso a una «causalidad de primer grado: la que une sin ninguna interferencia el hecho generador al daño» (pág. 711).

⁸⁵ Bollecker-Stern, *op. cit.*, párr. 211. Estos daños son los que Hauriou ya había clasificado como «daños remotos» o «de segundo grado» para indicar «los hechos lesivos que se presentan como una repercusión del daño principal, pero cuyo origen se sitúa sin embargo en el perjuicio inicial causado por el Estado y que da lugar a su responsabilidad» (*loc. cit.*, pág. 219). En el mismo sentido, véase Personnaz:

«[...] La relación de causalidad es una cuestión de hecho y debe ser demostrada con certeza: desde que existe, la reparación es exigible, por alejado que esté en el tiempo o en el espacio el perjuicio derivado; inversamente, la obligación desaparece si se rompe aquella relación.» (*Op. cit.*, pág. 129.)

⁸⁶ Salvioli, *loc. cit.*, pág. 247.

3. NEXO CAUSAL Y CAUSAS CONCOMITANTES

44. Hay que tener en cuenta los casos en que los daños no han sido causados exclusivamente por un hecho ilícito sino que también han concurrido a ellos causas concomitantes entre las cuales el hecho ilícito desempeña una función decisiva pero no exclusiva. En esos casos, tener al «Estado autor» por responsable de una compensación íntegra no sería equitativo ni conforme a la debida aplicación del criterio del nexo causal. La solución apropiada sería el pago de una indemnización parcial de daños y perjuicios, proporcional al importe del daño presuntamente atribuible al hecho ilícito y sus efectos, determinándose la cuantía de la indemnización tomando como base los criterios de la normalidad y la previsibilidad. Salvioli⁸⁷, Eagleton⁸⁸ y otros tratadistas⁸⁹ explican bien ese aspecto.

45. Los factores económicos, políticos y naturales y las acciones de terceros son sólo algunos de los innumerables elementos que pueden contribuir como concausa a la producción de un daño. A título de ejemplo, cabe citar el asunto *Yuille, Shortridge and Co.*⁹⁰. Se trataba de una empresa inglesa de exportación de vinos, legalmente domiciliada en Portugal, que había sido injustamente declarada responsable por los tribunales portugueses después de un procedimiento irregular. El daño principal cuya reparación exigía la sociedad estaba representado por los gastos en que había incurrido con ocasión del proceso. Los «daños accesorios» eran la disminución de las ventas, dado que las actividades de la empresa habían quedado paralizadas en parte. Resumiendo, Hauriou dijo que:

[...] la cuestión era precisamente la de determinar si la disminución de la cifra de negocios tenía como causa única el proceso, o si no habían con-

⁸⁷ Según Salvioli:

«[...] Puede ocurrir que un daño X sea el efecto de varias causas independientes entre sí, pero que, todas conjuntamente, hayan concurrido a la producción del daño o a la producción de un daño de determinada entidad. Esa situación es la situación típica de un *concurso de causas*: se sitúa como tal, estrictamente, fuera del marco de los daños indirectos. Ahora bien, cuando el acto ilícito de un sujeto determinado figura entre esas causas (hechos naturales o actos de un tercero), es evidente que una parte del daño debe ser atribuida al acto ilícito; siempre será posible transformar la parte ideal del daño en una *cuota real de la indemnización* a cargo del culpable. La dificultad de distinguir la parte del daño que debe atribuirse al acto ilícito no autoriza al juez a rechazar pura y simplemente la reclamación del perjudicado [...].» (*Loc. cit.*, págs. 245 y 246.)

⁸⁸ Eagleton considera que

«[...] si otros elementos concurren a la producción del pretendido daño, debe darse compensación proporcionalmente al daño efectivamente causado por el acto del demandado [...].» (*Op. cit.*, pág. 203.)

⁸⁹ Personnaz dice que

«[...] cuando el juez se encuentra ante dos o más relaciones de causalidad entre un daño y varios hechos, examinará cuál de ellos le parece el más normal y cuál es el hecho originario que habrá tenido más posibilidades de provocar ese acto. Y si cada uno de ellos ha podido normalmente intervenir, cabrá atribuir a cada uno una parte de responsabilidad en el origen.» (*Op. cit.*, pág. 143.)

Según Gray:

«Si el Estado es responsable sólo de las consecuencias directas de su propio acto ilícito, no debe tener que indemnizar íntegramente los daños causados en parte por factores externos.» (*Op. cit.*, pág. 23.)

Por lo que respecta a la intervención concomitante de factores distintos del hecho ilícito mismo para la producción del daño y sus consecuencias sobre la cuantía de la indemnización, véase el minucioso análisis de Bollerker-Stern, *op. cit.*, títulos III y IV.

⁹⁰ Decisión de 21 de octubre de 1961 (Gran Bretaña c. Portugal) (Lapradelle-Politis, t. II, págs. 78 y ss.).

currido otras causas. En el caso considerado, era evidente que circunstancias ajenas habían contribuido a la disminución de beneficios registrada por la Sociedad. Los árbitros destacaron, por ejemplo, una crisis en la producción vinícola, durante los años 1839 y 1842, así como pérdidas provenientes de las malas condiciones en que se habían efectuado ciertas expediciones de vinos.

En esta hipótesis, por consiguiente, los daños calificados de «indirectos», en este caso la disminución de los beneficios de la Sociedad, se presentan como el resultado de causas diferentes. Unas corresponden a la denegación de justicia de que ha sido víctima la Sociedad, pero las otras son totalmente ajenas a ella⁹¹.

46. Sería vano tratar de descubrir criterios rígidos aplicables a todos los casos y señalar los porcentajes que habría que aplicar a la indemnización de daños y perjuicios impuesta al Estado agente cuando su acción hubiera sido una de las causas, decisiva pero no exclusiva, del daño sufrido por otro Estado. Sería absurdo pretender enunciar en una fórmula universalmente aplicable las diversas hipótesis de relación causal y tratar de trazar una línea divisoria entre el daño por el que se puede exigir indemnización y el daño por el que ésta no es exigible⁹². La aplicación de los principios y criterios analizados sólo puede efectuarse basándose en los elementos de hecho y las circunstancias de cada caso, en el que las facultades discrecionales de los árbitros o la habilidad diplomática de los negociadores tendrán que desempeñar una función decisiva para la determinación del grado en que el daño es indemnizable. Ello es especialmente cierto siempre que la cadena causal entre el hecho ilícito y el daño es especialmente larga y está vinculada a otros factores causales. La doctrina aplicable, acertadamente descrita por Reitzer, es:

[...] La causalidad es el encadenamiento de un número infinito de causas y efectos; el perjuicio sufrido es atribuible a la concurrencia de una multiplicidad de hechos y fenómenos. El juez internacional debe decir cuáles de esos hechos y fenómenos han producido el daño, según el *curso normal de las cosas*, y cuáles, por el contrario, son ajenos a éste. En particular, debe decidir si, según el mismo criterio de *normalidad*, el daño es o no atribuible al acto imputado. Ello exige proceder a una elección, una selección, una apreciación de los hechos que, tomados en sí mismos, tienen todos el mismo valor. En esa labor de selección, el árbitro se ve obligado a actuar según su prudente arbitrio. El es quien rompe la cadena de causalidad, para incluir en ella una categoría determinada de actos y acaecimientos y excluir otra, guiado sólo por su discernimiento y su propia perspicacia. Se observa, como cada vez que el árbitro no encuentra indicaciones útiles en los precedentes, que se produce un *resurgimiento* de su libertad de apreciación⁹³.

4. EL COMPORTAMIENTO DEL ESTADO LESIONADO COMO CONCAUSA

47. Una causa concomitante que, caso de darse, puede influir en el importe de la indemnización es la falta de diligencia debida o la existencia de algún grado de negligencia por parte del Estado lesionado. Se reconoce de una manera general que cuando el Estado lesionado ha contri-

⁹¹ Hauriou, *loc. cit.*, pág. 216.

⁹² Anzilotti, *Cours*, pág. 533.

⁹³ Reitzer, *op. cit.*, págs. 184 y 185. Son muy apropiadas, entre otras, las observaciones de Hauriou, *loc. cit.*, pág. 220, y Personnaz, según el cual:

«La existencia de relaciones [de causalidad] es una cuestión de hecho que debe ser determinada por el juez; no cabe de ninguna manera incluirla en fórmulas, ya que es únicamente un asunto *sui generis*.» (*Op. cit.*, pág. 129.)

Dice más adelante:

«Se trata de una cuestión que no puede ser resuelta mediante principios, sino sólo a la luz de los hechos de la causa y según consideraciones del caso, para el examen de los cuales el juez dispondrá, salvo limitaciones del compromiso, de pleno poder de apreciación.» (Pág. 135.)

buido a causar el daño, o a su agravación, el importe de la indemnización se reducirá correspondientemente⁹⁴. La pertinencia de la culpa o negligencia del Estado lesionado ha sido reconocida y ha servido de guía en una serie de asuntos.

48. En el asunto del «*Costa Rica Packet*», fallado por el árbitro F. de Martens en 1897⁹⁵, Gran Bretaña obtuvo reparación por la detención ilegal del capitán del buque y la pérdida de la temporada de pesca. Sin embargo, el árbitro redujo el importe de la reparación por haber tenido en cuenta una serie de circunstancias, como la pronta liberación del capitán del buque detenido y la disponibilidad, durante su ausencia, de su segundo, lo que habría permitido reanudar la pesca y reducir en consecuencia la pérdida ocasionada por la detención del capitán por las autoridades holandesas⁹⁶. Del mismo modo, en el asunto del *Ferrocarril de la Bahía de Delagoa*⁹⁷, se pidió a los árbitros que fallaran en el litigio entre Portugal, por una parte, y el Reino Unido y los Estados Unidos de América, por otra, una demanda de indemnización por la rescisión de la concesión del ferrocarril de Lourenço Marques, treinta y cinco años antes de su fecha de expiración:

Todas las circunstancias que se pueden alegar a cargo de la compañía concesionaria y en descargo del Gobierno portugués atenúan la responsabilidad de este último y justifican [...] la reducción de la reparación otorgada [...]»⁹⁸.

49. Otro asunto interesante es el asunto *John Cowper*⁹⁹, acerca del cual Salvioi dice:

Es probable que consideraciones de la misma especie (*responsabilidad del perjudicado*) influyeran en el árbitro en el asunto *Cowper* cuando rechazó la demanda de reparación del lucro cesante (pérdida consecutiva de las cosechas durante diez años, de 1815 a 1824) reclamado como consecuencia del daño inicial, el haber sido privado de los esclavos. Si bien es verdad, en efecto, que después de haber sido privado de los esclavos el propietario no podía cultivar sus tierras, no es menos cierto que ese pro-

pietario, de haber demostrado la diligencia media de un padre de familia, habría podido sustituir los esclavos por otros trabajadores¹⁰⁰.

50. Una decisión diferente, que confirma la regla, parece ser la dictada acertadamente por la CPJI en el asunto del «*Wimbledon*»¹⁰¹. Este asunto se refería a la indemnización que debía pagar Alemania por daños y perjuicios causados a los fletadores franceses del buque *Wimbledon* como resultado de la denegación del paso a través del canal Kiel (en violación del artículo 380 del Tratado de Versalles). Habiéndose considerado esta denegación como fuente de responsabilidad, quedaba por determinar el importe de la compensación. No había ninguna duda acerca de la obligación del Estado autor de pagar daños y perjuicios por la desviación a que se había visto obligado el buque como consecuencia de esa negativa. No obstante, surgió una duda con respecto al daño representado por el hecho de que el buque había permanecido en el puerto de Kiel durante once días después de la denegación del paso, antes de emprender otra ruta (por Skagen). La Corte reconoció implícitamente que el comportamiento del capitán del buque a este respecto tenía que ser tomado en consideración como una circunstancia que posiblemente influía en el importe de la compensación. La Corte, al mismo tiempo que confirmaba así la regla con su autoridad, no creía sin embargo que el comportamiento del capitán hubiera dejado nada que desear. De hecho, la Corte señaló:

[...] En lo que concierne al número de días, parece indudable que el buque, a fin de obtener el reconocimiento de su derecho, tenía motivos justificados para esperar durante un plazo razonable, antes de proseguir su viaje, el resultado de las negociaciones diplomáticas iniciadas a este respecto¹⁰².

La Corte falló a favor de no reducir el importe de la compensación.

51. Los tratadistas, aunque generalmente aceptan que esa práctica es esencialmente correcta, han considerado con razón que ello plantea la cuestión del fundamento de la regla sobre «compensación de culpas» (*contributory negligence*). Se habla de «culpa concurrente», «responsabilidad del perjudicado», «enriquecimiento injusto» (*clean hands*), etcétera. Una explicación más convincente de esa práctica es que se trata meramente de la aplicación de la regla de la causalidad y del principio y los criterios a que hay que acudir en cualquier situación de multiplicidad de causas. En tal sentido se manifiestan, según Bollecker-Stern¹⁰³,

⁹⁴ Salvioi, *loc. cit.*, págs. 265 y 266; Čepelka, *op. cit.*, pág. 31; Graefrath, *loc. cit.*, pág. 95; Gray, *op. cit.*, págs. 23 y 24; pero, sobre todo, Bollecker-Stern, *op. cit.*, págs. 265 y ss., título III.

⁹⁵ Decisión de 25 de febrero de 1897 (Gran Bretaña c. Países Bajos) (La Fontaine, págs. 509 y ss.).

⁹⁶ El árbitro dijo:

«Considerando que la detención arbitraria del capitán Carpenter fue la causa de que éste perdiera la mejor parte de la temporada ballenera:

»Considerando, por otra parte, que el Sr. Carpenter, al ser liberado, estaba en condiciones de volver a bordo del buque *Costa Rica Packet* en enero de 1892, lo más tarde, y que no ha aportado ninguna prueba concluyente de que fuera obligado a dejar su buque hasta abril de 1892 en el puerto de Ternate sin capitán ni, menos aún, a venderlo a bajo precio:

»Considerando que los propietarios o el capitán del buque están obligados, como precaución contra la posibilidad de que sobrevenga algún accidente al capitán, a tomar disposiciones para su sustitución, el primer oficial del *Costa Rica Packet* debería haber estado en condiciones de tomar el mando y llevar adelante la pesca de las ballenas:

»Y considerando, por lo tanto, que las pérdidas sufridas por los propietarios del buque *Costa Rica Packet*, los oficiales y la tripulación de resultados de la detención del Sr. Carpenter no son enteramente consecuencia necesaria de su prisión preventiva, el importe de la indemnización de daños y perjuicios debe ser reducido correspondientemente.

»[...]» (La Fontaine, págs. 511 y 512.)

Y, como señala Gray (*op. cit.*, pág. 23), el árbitro decidió «que convenía conceder, en consecuencia, una reparación de un monto reducido».

⁹⁷ Decisión de 29 de marzo de 1900 (Martens, *Nouveau Recueil*, 2.ª serie, t. XXX, págs. 329 y ss.).

⁹⁸ *Ibid.*, pág. 407.

⁹⁹ Estados Unidos de América c. Gran Bretaña, convención de 13 de noviembre de 1826 (Lapradelle-Politis, t. I, págs. 348 y ss.).

¹⁰⁰ Salvioi, *loc. cit.*, pág. 267.

¹⁰¹ Fallo de 17 de agosto de 1923, *C.P.J.I., serie A., N.º I*.

¹⁰² *Ibid.*, pág. 31.

¹⁰³ Según Bollecker-Stern, que examina las diversas teorías (*op. cit.*, especialmente págs. 310 a 313).

«[...] Es asimismo la solución que propugnó el Gobierno español, por medio del Sr. Weil, en el asunto de la *Barcelona Traction*; al analizar el papel desempeñado por la *Barcelona Traction* en la realización de la situación por la que reclamaba reparación a España, el Sr. Weil declaró efectivamente que: "La reparación debe ser proporcional a la influencia causal del acto ilícito imputado al Estado demandado en la producción del daño. Por consiguiente, la reparación será denegada completamente o reducida, según el caso, para tener en cuenta la interferencia de causas extrañas y, en particular, del comportamiento de la propia víctima"» (Págs. 311 y 312.)

Reitzer¹⁰⁴, Salvioli¹⁰⁵, Roth¹⁰⁶, Salmon¹⁰⁷ y otros, a los que tiende a sumarse el Relator Especial.

C.—El alcance de la reparación por equivalencia

1. OBSERVACIONES GENERALES

52. Como se ha dicho en la introducción (párr. 4 *supra*), la indemnización pecuniaria suele abarcar los daños «materiales» sufridos por el Estado ofendido que no hayan sido resarcidos si sean resarcibles mediante la restitución en especie. En cierto modo correcta, como se ha dicho en el capítulo anterior, esta definición tiene que entenderse referida al sentido propio de la expresión «daño material»¹⁰⁸, en la esfera del derecho internacional y las relaciones internacionales y, principalmente, por contraste con la expresión «daño moral» en el sentido «internacional» antes indicado (párrs. 13 a 16).

53. Así pues, el daño material causado al Estado incluiría, al mismo tiempo:

- i) El daño causado al territorio del Estado en general, a su organización en sentido lato, sus bienes en el país y en el extranjero, sus instalaciones militares, locales diplomáticos, buques, aeronaves, naves espaciales, etc. (el llamado daño «directo» al Estado)¹⁰⁹.
- ii) El daño causado al Estado por medio de las personas físicas o jurídicas de sus nacionales o representantes (el llamado daño «indirecto» al Estado)¹¹⁰.

¹⁰⁴ Reitzer, *op. cit.*, pág. 198.

¹⁰⁵ Salvioli, *loc. cit.*, pág. 266.

¹⁰⁶ A. Roth, *Schadenersatz für Verletzungen Privater bei völkerrechtlichen Delikten*, Berlín, 1934, pág. 83.

¹⁰⁷ J. J. A. Salmon, «Des "mains propres" comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *Annuaire français de droit international*, 1964, Paris, vol. 10, pág. 265.

¹⁰⁸ Aunque la expresión «daño material» sea la más frecuentemente utilizada para definir el alcance de la indemnización pecuniaria, es difícil encontrar en la doctrina definiciones que no sean tautológicas, como «lesión de un interés material» (Morelli, *op. cit.*, párr. 359).

¹⁰⁹ Son ilustrativos del concepto daño «directo» al Estado asuntos como el del *Estrecho de Corfú*, fondo, C.I.J. *Recueil*, 1949, párrs. 4 y ss., y el relativo al *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, C.I.J. *Recueil*, 1980, párr. 3. Por lo que respecta a la doctrina, véase en especial Brownlie, *op. cit.*, págs. 236 a 240.

¹¹⁰ Reuter explica magistralmente cómo el daño sufrido por el Estado por medio de sus nacionales (y, cabe añadir, de sus agentes cuando actúan a título privado) es un daño «directo» al Estado mismo, aun cuando frecuentemente sea calificado de daño «indirecto»:

«[...] El Estado moderno *socializa* todos los patrimonios privados mediante el impuesto, de igual modo que *socializa* una parte de los gastos privados al asumir los gastos de salud o una parte de los riesgos inherentes a la existencia humana. De una manera aún más general se da actualmente una verdadera *asunción* por el Estado de todos los elementos de la vida económica. Todos los bienes y todos los ingresos, todas las deudas y todos los gastos, incluso los de carácter privado, son recogidos mediante inscripción en una *contabilidad nacional* cuyas enseñanzas son uno de los instrumentos de la política económica de todos los gobiernos y están así sujetas a su influencia.

»En la actualidad, por consiguiente, ya no cabe decir que los daños sufridos por particulares *se atribuyan al Estado por un mecanismo puramente formal**. Económicamente, lo que sucede en realidad es que la Nación, representada por el Estado, toma sobre sí, por lo menos en parte, la *carga de cualquier pérdida sufrida ante todo por un particular**» (Loc. cit., págs. 841 y 842.)

2. EL DAÑO PERSONAL

54. El segundo tipo de daño material mencionado (párr. 53 ii), o sea, el llamado daño «indirecto» al Estado, abarca por las razones anteriormente expuestas (párrs. 9 a 11 *supra*) tanto la pérdida «patrimonial» causada a particulares, personas físicas o jurídicas, como el daño «moral» sufrido por estas personas¹¹¹. Por esas mismas razones, la categoría del daño «indirecto» al Estado comprende, con mayor motivo aún, los daños «personales», es decir, los daños distintos de los daños «morales» causados por el hecho ilícito a la persona de esos particulares. Hácese referencia, en particular, a daños como la detención ilegal o cualquier otra restricción de la libertad, la tortura u otras lesiones a las personas, la muerte, etc.

55. La jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados tratan también este último tipo de daños, en la medida en que puedan ser tasados económicamente, con arreglo a las mismas normas y principios aplicables a la compensación pecuniaria del daño material causado al Estado. De hecho, es fácil distinguir una tendencia clara a hacer extensivo a esa clase de daños «personales» el régimen aplicado a los daños estrictamente «patrimoniales»¹¹².

56. Un ejemplo típico es el de la muerte de un nacional del Estado interesado. Los tribunales, al conceder una compensación pecuniaria, parecen basarse en esos casos en la pérdida económica sufrida como consecuencia de la muerte por las personas en cierto modo facultadas para considerar la existencia de la persona fallecida como «fuente» de bienes o servicios que pueden ser objeto de evaluación económica¹¹³. Conviene recordar a este respecto los dos primeros aspectos destacados por el superárbitro en el asunto del «*Lusitania*» (véase párr. 10 *supra*); a saber, que el daño indemnizable en caso de muerte debía tasarse según la cuantía: «a) en que el causante, de no haber muerto, hubiera contribuido probablemente al causahabiente»; y «b) el valor pecuniario para el causahabiente de los servicios personales del causante para el cuidado, la educación o supervisión del causahabiente»¹¹⁴.

¹¹¹ Se entiende por particulares, además de los nacionales del Estado, los representantes de éste en la medida en que resulten afectados a título privado por el hecho internacionalmente ilícito.

¹¹² Para esta interpretación de la jurisprudencia internacional, véanse, entre otros, García Amador, documento A/CN.4/134 y Add.1, párrs. 125 a 128; Verzijl, *op. cit.*, págs. 750 a 752; y, en especial, Personnaz, *op. cit.*, págs. 196 y ss., según el cual los tribunales internacionales suelen considerar la lesión «corporal» bajo tres aspectos distintos: el *pretium doloris*, esto es, la indemnización correspondiente por el sufrimiento físico (llamado «daño moral» en sentido estricto); la indemnización correspondiente por asistencia y cuidados médicos; y la compensación de la pérdida económica (perjuicio) derivada del daño físico y psíquico. Un punto de vista diferente es el de Gray, quien estima que:

«[...] Aparentemente, las cantidades dependen [a menudo] de la gravedad del daño causado, lo que indica que la indemnización se entiende como una *satisfacción pecuniaria** del daño más bien que como una compensación de las pérdidas pecuniarias resultantes de éste [...]» (Op. cit., págs. 33 y 34.)

¹¹³ Véase Personnaz, *op. cit.*, págs. 253 y ss. La hipótesis de la muerte de la víctima originaria (del hecho ilícito) constituye en particular, según Bollecker-Stern, la única excepción significativa al principio general según el cual los «terceros» no poseen un derecho independiente a reclamar una compensación al autor del hecho lesivo (op. cit., págs. 258 y 259).

¹¹⁴ Véanse notas 8 y 9 *supra*.

57. Este planteamiento de la reparación fue evidentemente el adoptado por la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú* (Reino Unido *c.* Albania)¹¹⁵. La Corte apoyó las demandas del Reino Unido en relación con las víctimas y los daños sufridos por la tripulación y concedió una suma que representaba «los gastos resultantes de las pensiones y otros subsidios que había abonado a las víctimas o a sus derechohabientes, así como los gastos de administración, tratamiento médico, etc.»¹¹⁶.

58. El asunto del *Estrecho de Corfú* muestra que se concede una indemnización pecuniaria en caso, no sólo de muerte, sino también de daño físico o psíquico. Tras un examen de la práctica judicial pertinente, M. M. Whiteman señala: «A lo sumo se puede decir que normalmente se trata de basar la concesión de la indemnización de daños y perjuicios principalmente en la pérdida efectiva que se ha sufrido»¹¹⁷. Entre los numerosos casos análogos, uno que generalmente se considera como un ejemplo clásico de este planteamiento del daño «personal» es el asunto *William McNeil*¹¹⁸, en el que el daño a la persona había consistido en una grave y duradera depresión nerviosa causada a ese nacional británico como consecuencia del trato cruel y psicológicamente traumático al que había sido sometido por las autoridades mexicanas durante su permanencia en prisión. La Comisión de Reclamaciones anglo-mexicana señaló:

[...] Es fácil entender que ese trato causara los graves trastornos de su sistema nervioso que han sido señalados por todos los testigos. Es igualmente obvio que tuvo que pasar mucho tiempo antes de que esa depresión fuera superada en grado suficiente para poder reanudar su trabajo y no cabe ninguna duda de que el paciente debe de haber incurrido en importantes gastos para lograr vencer su abatimiento físico¹¹⁹.

Tras señalar que, después de su recuperación, McNeil había ejercido una profesión muy lucrativa, la Comisión concluyó que «en la determinación de la compensación que ha de concederse al demandante se debe tener en cuenta su posición social, y aquélla debe guardar justa proporción con el alcance y la gravedad del daño que ha sufrido en su persona»¹²⁰.

59. Los tribunales han recurrido a veces a ese tipo de razonamiento en los asuntos en que el daño consistía en una detención ilegal. Especialmente en los casos en que la detención se prolongó durante un largo período de tiempo, los tribunales han podido cuantificar la compensación basándose en una evaluación económica del daño efectivamente irrogado a la víctima. Un ejemplo es el asunto «*Topaze*», fallado por la Comisión Mixta de Reclamaciones anglo-venezolana. En vista de la personalidad y la profesión de los particulares víctimas del daño, la Comisión Mixta decidió en ese caso conceder como indemnización una suma de 100 dólares por día a cada una de las partes perjudicadas durante todo el período de su detención¹²¹.

¹¹⁵ Fallo de 15 de diciembre de 1949 (Determinación de la suma de compensación), *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 244.

¹¹⁶ *Ibid.*, pág. 249.

¹¹⁷ Whiteman, *Damages*, vol. I, pág. 627.

¹¹⁸ Decisión de 19 de mayo de 1931 de la Comisión de Reclamaciones anglo-mexicana (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. V, págs. 164 y ss.).

¹¹⁹ *Ibid.*, pág. 168.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Naciones Unidas, *Recueil*, vol. IX, págs. 387 y ss., en especial pág. 389.

La Comisión General de Reclamaciones estadounidense siguió el mismo método en el asunto *Faulkner*, con la excepción de que, en este caso, la tarifa diaria se tasó en 150 dólares para tener en cuenta la inflación¹²².

3. EL DAÑO PATRIMONIAL

60. Entre los daños comprendidos en el concepto de «daño material causado al Estado» y que tienen que ser reparados mediante indemnización pecuniaria, los más frecuentes y principales son los que suelen denominarse «daños patrimoniales»¹²³. Esta expresión se emplea para designar los daños que afectan al activo de una persona física o jurídica, incluido quizás el Estado, pero externos a la persona misma¹²⁴.

61. Cabe afirmar ciertamente que el daño patrimonial ha constituido siempre la esfera en que la indemnización pecuniaria encuentra su campo de aplicación más propio. Es en relación a ese daño que la jurisprudencia y la práctica diplomática han elaborado los principios, normas y criterios de aplicación de esta forma de reparación.

62. Es principalmente en relación con este género de daños que la jurisprudencia y la doctrina han estimado conveniente recurrir a distinciones y categorías que son típicas del derecho (anglosajón o de inspiración romanista) privado y adaptarlas a las características peculiares de la responsabilidad internacional. Los tratadistas convienen generalmente, en particular, en que la compensación del daño patrimonial debe tender a la reparación tanto del daño emergente como del lucro cesante. Huelga recordar que la primera expresión designa la pérdida material causada por el hecho ilícito (*quantum mihi abest*), y la segunda la pérdida de la ganancia que se hubiera podido obtener (*quantum lucrari potui*). Sin embargo, aunque la reparación del daño emergente no ha suscitado apenas dificultades¹²⁵, la indemnización del lucro cesante ha planteado algunas veces problemas tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, por lo que parece indispensable abordar de manera más específica en la sección siguiente la cuestión del lucro cesante.

¹²² Decisión de 2 de noviembre de 1926 (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. IV, págs. 67 y ss., en especial pág. 71).

¹²³ Sobre todo, aunque no exclusivamente, cuando la lesión consiste en daños sufridos por particulares, se utilizan a menudo expresiones como «daños patrimoniales» (Personnaz, *op. cit.*, págs. 156 y ss.); «daños a los bienes» (García Amador, documento A/CN.4/134 y Add.1, párr. 31); «daño económico» (Rousseau, *op. cit.*, pág. 12); «daños materiales» (Gray, *op. cit.*, pág. 38), y «daños a los derechos patrimoniales en su sentido más amplio» (G. Schwarzenberger, *International Law*, Londres, Stevens, 1957, vol. I, pág. 664).

¹²⁴ Sin duda puede suceder que un daño de esta especie afecte del modo (llamado «directo» o más «directo» al Estado, pero es evidente que ese tipo de daño tiene su fundamento en una lesión causada a un particular, es decir, un nacional del Estado perjudicado. Esta fue la hipótesis examinada por la CPJI en el asunto de la *Fábrica de Chorzów* (fondo), cuando señaló que, aunque la cuestión que se le había sometido se refería al daño causado al Estado demandante, el daño sufrido por un particular podía proporcionar «una medida apropiada de la reparación debida al Estado» (*C.P.J.I. serie A, N.º 17*, pág. 28).

¹²⁵ En ese sentido, véanse, entre otros, Čepelka, *op. cit.*, pág. 30; y Bollecker-Stern, *op. cit.*, págs. 211 a 214.

D.—Cuestiones relativas al lucro cesante

1. PROBLEMAS PRINCIPALES

63. Los principales problemas que se plantean en relación con el lucro cesante son los relacionados con la distinción antes mencionada entre el daño «directo» y el daño «indirecto» (párrs. 34 a 36 *supra*) y con la determinación correcta de la cuantía de las ganancias que hayan de ser compensadas, especialmente en el caso de hechos ilícitos que afecten a derechos patrimoniales sobre empresas en funcionamiento de naturaleza comercial o industrial.

2. FUNCIÓN DE LA CAUSALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DEL LUCRO CESANTE

64. En algunos asuntos no muy recientes surgieron dificultades, en relación con el régimen de lucro cesante, de resultas de la confusión del concepto de ganancia o provecho y el concepto de daño «indirecto». Así ocurrió en el asunto del «*Canadá*» y el asunto *Lacaze*. En el asunto del «*Canadá*»¹²⁶, un ballenero de los Estados Unidos encalló en unos arrecifes frente a la costa brasileña y, cuando la tripulación se esforzaba por salvar el buque, las autoridades brasileñas emplearon la fuerza para impedirle concluir su tarea. El ballenero se perdió y el Brasil fue tenido por responsable de esa pérdida. No obstante, aunque se condenó al Brasil a pagar una indemnización por la pérdida del buque, el tribunal no admitió el abono de una indemnización para reparar la ganancia que hubiera podido obtener el buque si hubiese proseguido la temporada pesquera, basándose en que tales ganancias eran inciertas y por lo tanto no eran indemnizables: «... el navío y todo el capital se hubieran podido perder durante el viaje, o la expedición podría haber sido totalmente infructuosa y sin provecho»¹²⁷. En el asunto *Lacaze*, un comerciante francés de la Argentina había sido víctima del hostigamiento de los tribunales y de detención arbitraria. Esto le causó una pérdida de ganancias en el período durante el cual no había podido ejercer el comercio. No obstante, el Tribunal se negó a concederle una indemnización por las ganancias dejadas de obtener a causa del carácter «indirecto» de esos daños¹²⁸.

¹²⁶ Decisión de 11 de julio de 1870 (Estados Unidos de América c. Brasil) (Lapradelle-Politis, t. II, págs. 622 y ss.).

¹²⁷ *Ibid.*, pág. 634.

¹²⁸ Decisión de 19 de marzo de 1864 (Francia c. Argentina) (Lapradelle-Politis, t. II, págs. 290 y ss., en especial pág. 298). Se puede citar también el asunto del «*Alabama*» (véase nota 130 *infra*), a propósito del cual Bollecker-Stern dice:

«Como en el asunto del «*Alabama*», las ganancias dejadas de obtener por los balleneros y pesqueros estadounidenses requisados por los cruceros confederados, que, conviene destacarlo, habían sido clasificados por el demandante entre los daños directos, no fueron tomadas en consideración para la asignación de una indemnización, por haber declarado el Tribunal que estos beneficios eventuales “no pueden ser objeto de compensación alguna puesto que se trata de cosas futuras e inciertas”. Sin embargo, esta afirmación categórica sólo aparece con su verdadero alcance si no se olvida que, junto a la reclamación por beneficios eventuales, los Estados Unidos habían reclamado subsidiariamente, en caso de que se rechazase esa reclamación principal, una indemnización igual al 25% del valor de los buques destruidos para compensar la pérdida de los beneficios eventuales, y que esa última reclamación fue aceptada por el Tribunal. Resulta difícil, pues, basarse en este caso para afirmar que el beneficio eventual no debe ser reparado, a causa de la flagrante contradicción que existe entre la denegación de indemnización, de principio, y la compensación global otorgada en la práctica.» (*Op. cit.*, pág. 216.)

65. Poniendo de todos modos en tela de juicio la idoneidad del concepto de «daño indirecto», la doctrina desde hace un tiempo viene rechazando resueltamente toda equivalencia entre «daño indirecto» y lucro cesante¹²⁹. Se declara, pues, partidaria de la resarcibilidad del lucro cesante siempre que se dé la necesaria presunción de causalidad. Oponiéndose en especial al pronunciamiento del tribunal arbitral en el asunto del «*Alabama*»¹³⁰, según el cual «las ganancias eventuales no pueden ser objeto de indemnización porque por naturaleza dependen de circunstancias futuras e inciertas»¹³¹, la doctrina dominante sostiene que, a efectos de indemnización, no es necesario que el juez adquiera la certeza de que el daño depende de un hecho ilícito determinado. Es suficiente —asimismo y especialmente en el caso del lucro cesante— que se pueda presumir que, en el curso ordinario y normal de las cosas, la pérdida constatada no habría ocurrido de no haberse producido el hecho ilícito. Salvioli hace una observación pertinente cuando dice:

[...] La certeza en el caso de un provecho eventual, es decir, de algo que no se ha realizado todavía pero que puede realizarse en el futuro, es una *contradictio in terminis*. El juez, si desestima la demanda porque no se ha demostrado la certeza de que vaya a obtenerse —en el futuro— una ganancia, no aporta en realidad ningún motivo con fundamento de su decisión. Ello equivale a decir: en ningún caso concederé una indemnización por el beneficio eventual. El lucro cesante, efectivamente, constituye siempre una eventualidad, pero lo que importa es determinar —según las circunstancias de hecho, pasadas y presentes— el grado de probabilidad de esa eventualidad...

[...] Esto corresponde más claramente a la afirmación del deber de abonar una indemnización por la pérdida de las ganancias que se habrían realizado en una situación normal, esto es, si no se hubiera cometido el acto ilícito¹³².

Más concretamente, Bollecker-Stern observa que la característica principal del lucro cesante es simplemente la de constituir un «hecho eventual»¹³³. Pero la «eventualidad» no excluye de por sí la posibilidad de que el daño —o sea, el hecho de impedir que una cosa de valor pase a formar parte del propio patrimonio— sea considerado como una consecuencia más o menos inmediata del hecho ilícito. La única diferencia entre el lucro cesante y el daño emergente es que, además de la presunción del nexo causal que en todo caso debe existir entre el hecho ilícito y el daño para que éste sea resarcible, en el caso del lucro cesante es necesaria otra presunción, es decir, la presunción de existencia, por decirlo así; a saber, que en el orden normal y previsible de las cosas el provecho concreto por el que se reclama la indemnización de daños y perjuicios se habría obtenido con toda probabilidad de no haberse cometido el hecho ilícito¹³⁴. Ahora bien, si es evidente que una respuesta negativa a cualquiera de las dos presunciones excluiría la concesión de la indemnización pecuniaria por lucro cesante, es plenamente admisible la indemnización del lucro cesante cuando se dan todas las condiciones ne-

¹²⁹ Véase, por ejemplo, Hauriou, *loc. cit.*, págs. 213 y ss.

¹³⁰ Decisión de 14 de septiembre de 1872 (Estados Unidos de América c. Gran Bretaña) (Lapradelle-Politis, t. II, págs. 713 y ss.).

¹³¹ *Ibid.*, pág. 978.

¹³² Salvioli, *loc. cit.*, págs. 256 y 257.

¹³³ Bollecker-Stern, *op. cit.*, pág. 199; véase también Personnaz:

«[...] no se trata en este caso de pronunciarse sobre una situación que se ha producido de hecho, sino sobre un supuesto que se ha mantenido en estado de eventualidad. No hay más remedio que razonar basándose en simples hipótesis.» (*Op. cit.*, pág. 183.)

¹³⁴ Bollecker-Stern, *op. cit.*, pág. 200.

cesarias para probar ambas presunciones. En palabras de Bollecker-Stern:

[...] De este análisis se desprende que todo lucro cesante que se sigue normal y razonablemente del curso ordinario de las cosas tal como se dan en cada caso concreto es un daño indemnizable¹³⁵.

66. Parece haber un amplio grado de acuerdo entre los autores acerca de esta conclusión¹³⁶, y la mayoría de las decisiones judiciales parece evolucionar hacia la resarcibilidad, en principio, del lucro cesante. Un ejemplo clásico es el que ofrece el asunto del «*Cape Horn Pigeon*»¹³⁷. Ese asunto versaba sobre el apresamiento de un ballenero estadounidense por un crucero ruso. Rusia reconocía su responsabilidad y lo único que tenía que hacer el árbitro era determinar el importe de la indemnización. El árbitro resolvió que la indemnización debía ser suficiente para reparar, no sólo el daño real ya ocasionado, sino también las ganancias de las que se había visto privado el perjudicado a causa del apresamiento¹³⁸. En el asunto del *Ferrocarril de la Bahía de Delagoa*¹³⁹, el árbitro sostuvo que el principio general aplicable a la indemnización no puede ser sino el de los daños y perjuicios, del

[...] *id quod interest*, que comprende, según las normas de derecho universalmente reconocidas, el daño emergente y el lucro cesante: el perjuicio sufrido y la ganancia dejada de obtener¹⁴⁰.

Tal fue asimismo la conclusión a que llegaron los magistrados en el asunto «*William Lee*» y el asunto *Yuille, Shortridge and Co.*, conclusión diametralmente opuesta a la posición adoptada por los tribunales en los asuntos muy similares del «*Canadá*» y *Lacaze*, antes mencionados (párr. 64). En el asunto «*William Lee*», se concedió a los Estados Unidos la indemnización del lucro cesante por las ganancias que el ballenero ilegalmente apresado hubiera podido obtener durante la continuación normal de la temporada pesquera¹⁴¹. En el asunto *Yuille*, se concedió al Reino Unido la indemnización de daños y perjuicios por las ganancias que habría obtenido la empresa si no se hu-

bieran interrumpido sus actividades por el proceso prolongado e irregular instituido por las autoridades portuguesas¹⁴². La decisión dictada con respecto al asunto *Shufeldt*¹⁴³, promovido por un ciudadano estadounidense cuyos bienes habían sido expropiados por decreto ejecutivo en Guatemala, hizo especial hincapié en el requisito de la previsibilidad en relación con el lucro cesante. El árbitro resolvió que:

El daño emergente es siempre indemnizable, pero el lucro cesante debe ser consecuencia directa del contrato y no excesivamente remoto ni *especulativo*.*

[...] Este es fundamentalmente un caso en que tales ganancias son consecuencia directa del contrato y puede suponerse razonablemente que han sido previstas por ambas partes como resultado probable de su incumplimiento¹⁴⁴.

La cuestión del lucro cesante también se planteó en el asunto de la *Fábrica de Chorzow* (fondo). La CPJI falló que la parte perjudicada debía recibir a título de indemnización de daños y perjuicios el valor que tenían los bienes, no en el momento de la expropiación, sino en el momento del resarcimiento¹⁴⁵. Como dice Gray, «la Corte entendió aparentemente que la fábrica habría aumentado de valor entre la fecha del desposeimiento y la del fallo, pues de otro modo su elección de la fecha no habría beneficiado al demandante»¹⁴⁶.

3. EVALUACIÓN «ABSTRACTA» Y EVALUACIÓN «CONCRETA» DEL LUCRO CESANTE

67. Una vez demostrado que el lucro cesante es, en ciertas circunstancias, indemnizable, los autores han tratado de analizar la práctica judicial a fin de determinar los métodos más apropiados de cálculo de la indemnización de daños y perjuicios con objeto de lograr que la compensación se ajuste lo más posible al daño efectivamente causado. Ello ha dado lugar a la aparición de dos métodos distintos que se utilizan generalmente para la determinación del lucro cesante: los sistemas denominados «abstracto» y «concreto». Como señala Personnaz:

La determinación en abstracto se efectúa por medio de procedimientos mecánicos o globales basados en situaciones que presentan analogías con el caso considerado y que el juez toma como patrón para aplicar a éste un modo automático. Por el contrario, en el modo de determinación concreto se parte de la realidad y se toman como base hechos concretos, teniendo en cuenta los elementos técnicos de la realidad.

[...] El primer procedimiento es el más simple y el más rápido, puesto que sólo requiere una determinación automática, pero puede conducir a errores de apreciación. Debe ser empleado cuando la investigación del daño

¹³⁵ *Ibid.*, págs. 218 y 219.

¹³⁶ Véanse, por ejemplo, Reitzer, *op. cit.*, págs. 188 y 189; Eagleton, *op. cit.*, págs. 197 a 203; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, págs. 569 y 570; Brownlie, *op. cit.*, pág. 225; Gray, *op. cit.*, pág. 25.

¹³⁷ Decisión de 29 de noviembre de 1902 (Estados Unidos de América c. Rusia) (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. IX, págs. 63 y ss.).

¹³⁸ El árbitro dijo:

«Considerando que el principio general de derecho civil, según el cual la indemnización de daños y perjuicios debe reparar, no sólo los daños sufridos, sino también las ganancias dejadas de obtener, es igualmente aplicable a los litigios internacionales, y que, para poder aplicarlo, no es necesario que el importe de la ganancia dejada de obtener pueda ser fijado con certeza sino que basta con demostrar que en el orden natural de las cosas se habría podido obtener una ganancia de la que uno se ha visto privado por el hecho que ha dado lugar a la reclamación;

»Considerando que no se trata en este caso de un daño *indirecto*, sino de un daño *directo*, cuyo importe debe ser objeto de evaluación:

»[...]

»Visto lo que antecede

»El árbitro resuelve y decreta lo siguiente:

»La Parte demandada pagará a la Parte demandante por razón de las reclamaciones presentadas por los interesados en el asunto del «*Cape Horn Pigeon*», la suma de 38.750 dólares de los Estados Unidos de América, con los intereses de esa suma al 6% anual desde el 9 de septiembre de 1892 hasta el día del pago integral.» (*Ibid.*, pág. 65.)

¹³⁹ Martens, *Nouveau Recueil*, 2.ª serie, t. XXX, págs. 329 y ss.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pág. 407.

¹⁴¹ Decisión de 27 de noviembre de 1867 de la Comisión Mixta de Lima (Estados Unidos de América c. Perú) (Laprédelle-Politis, t. II, págs. 282 y ss.).

¹⁴² Véase nota 90 *supra*. En Bollecker-Stern, *op. cit.*, pág. 219, se mencionan otros casos de pronunciamientos inequívocos a favor de la posibilidad de compensar el lucro cesante.

¹⁴³ Decisión de 24 de julio de 1930 (Estados Unidos de América c. Guatemala) (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. II, págs. 1079 y ss.).

¹⁴⁴ *Ibid.*, pág. 1099.

¹⁴⁵ *C.P.J.I., serie A, N.º 17*, págs. 47 y 48. La Corte hizo a este respecto las observaciones siguientes:

«[...] Hasta cierto punto, pues, procede prescindir de los beneficios contingentes, ya que quedarán comprendidos en el valor hipotético o real de la empresa en el momento actual. No obstante, si de la respuesta de los expertos... resultara que después de compensar los déficit de los años durante los cuales la fábrica funcionó con pérdidas y después de haber tomado en consideración los gastos de mantenimiento y mejora normal durante los años siguientes, seguía habiendo un margen de beneficios, el importe de ese margen debería sumarse a la indemnización que se conceda.» (Pág. 53.)

¹⁴⁶ Gray, *op. cit.*, pág. 80.

real presente demasiadas dificultades e incertidumbre, y desempeña una función de transacción. En cambio, el segundo procedimiento permite ajustarse más exactamente a la realidad y evita esos inconvenientes, pero su aplicación es difícil y exige un conocimiento exacto de los hechos.

Por eso a veces el juez estima útil combinar varios sistemas a fin de lograr una mayor aproximación [...] ¹⁴⁷.

68. El método abstracto más corrientemente utilizado consiste en imponer el abono de intereses por el importe de las cantidades debidas a título de compensación del daño principal. En realidad, este método plantea problemas característicos que es aconsejable analizar separadamente (véanse párrs. 71 y ss. *infra*). Baste con decir, por el momento, que el sistema abstracto a menudo parece utilizarse como resultado de una liquidación pactada entre las partes, aunque el juez siempre puede sustituir la indemnización del daño principal y los intereses por una suma global más alta que tenga en cuenta que los beneficios reales correspondientes al patrimonio habrían sido ciertamente mayores que los calculados como intereses, incluso como interés compuesto. Un ejemplo característico es el asunto *Fabiani*, en el que el árbitro concedió una suma global por concepto del lucro cesante que era aproximadamente el doble de la cantidad a que se habría llegado mediante la aplicación del interés compuesto ¹⁴⁸.

69. Menos «abstractos», aunque por lo general también calificados como tales ¹⁴⁹, son otros métodos de evaluación del lucro cesante que se basan en paradigmas que parecen ser más concretos que los intereses. Esos otros métodos —empleados en el caso de actividades mercantiles— se basan sobre los beneficios obtenidos por la misma persona física o jurídica en el período precedente al hecho ilícito o sobre los beneficios obtenidos durante el mismo período por empresas mercantiles análogas ¹⁵⁰.

70. El llamado sistema «concreto» se utiliza cuando el cálculo «se basa en las circunstancias del caso considerado, en los beneficios que la empresa o el patrimonio perjudicados hubieran realizado durante ese período» ¹⁵¹. Como ejemplo se puede citar el asunto *Cheek* ¹⁵², en el que el árbitro explícitamente otorgó una indemnización a la parte perjudicada de los daños y perjuicios sufridos, para restablecer en lo posible la situación que habría existido de no mediar el hecho ilícito, mediante complicados cálculos

y valoraciones destinadas a llegar a «una cifra probable de la pérdida de ganancia sufrida» ¹⁵³.

4. EL CASO PARTICULAR DEL LUCRO CESANTE EN LOS SUPUESTOS DE PRIVACIÓN ILEGAL DE UNA EMPRESA EN FUNCIONAMIENTO

71. La determinación del lucro cesante plantea naturalmente los mayores problemas de elección en los casos en que se debe reparar por la privación ilegal de un patrimonio extranjero consistente en la totalidad o una parte de una empresa comercial o industrial en funcionamiento. Para el debido análisis de la práctica correspondiente conviene tener en cuenta también, en cierto modo, esa parte de la jurisprudencia internacional que versa sobre las expropiaciones legales de empresas en funcionamiento. El hecho de que los órganos jurisdiccionales hayan tenido que pronunciarse sobre la pretensión de ilicitud formulada por el propietario desposeído los ha llevado, en realidad, a exponer interesantes consideraciones sobre los principios que rigen la indemnización —y, en especial, la indemnización de las ganancias dejadas de obtener— en caso de privación ilegal.

72. De nuevo, el precedente más frecuentemente citado es el fallo dictado por la CPJI en el asunto de la *Fábrica de Chorzow* (fondo), en el que la necesidad de determinar las consecuencias de la privación ilegal por Polonia de los activos de las empresas alemanas procedía precisamente de una distinción inequívoca y clara entre expropiación legal y expropiación ilegal ¹⁵⁴. Fue tras formular esa distinción (y entender que el asunto que se le había sometido era de expropiación ilegal) que la CPJI enunció el famoso principio del resarcimiento completo según el cual la parte perjudicada tenía derecho a ser repuesta en la misma situación que con toda probabilidad habría existido de no haber tenido lugar la privación ilícita. En resumen, la Corte aplicó un principio de íntegra restitución en el sentido lato y literal de *restitutio in integrum* distinto del sentido estricto y técnico con que se utiliza esa expresión para designar la *naturalis restitutio*. Según la Corte, el resarcimiento completo se podía lograr por diferentes medios. Siempre que fuera posible, habría que aplicar la *naturalis restitutio* (restitución natural o en especie, *restitutio in kind*, *restitution en nature*) o *restitutio in integrum stricto sensu*, descrita en el informe preliminar. Cuando esa forma de reparación no permitiera llegar a un resarcimiento completo (es decir, la *restitutio in integrum* en su sentido lato y literal), había que recurrir a la indemnización pecuniaria en la medida necesaria para compensar cualquier pérdida no

¹⁴⁷ Personnaz, *op. cit.*, pág. 185.

¹⁴⁸ Decisión de 30 de septiembre de 1896 (Francia c. Venezuela) (Martens, *Nouveau Recueil*, 2.ª serie, t. XXVII, págs. 663 y ss.). El árbitro explicó así el fallo:

«[...] los intereses compuestos de la suma de [...] francos no representan [...] la ganancia íntegra de la que Fabiani se ha visto frustrado por la no percepción de las sumas a que se refiere el laudo arbitral. Si Fabiani hubiera podido aprovechar esas sumas y emplearlas en su negocio, es verosímil que hubiera realizado beneficios superiores a los intereses compuestos de ese capital durante el período de tiempo por el que tendría derecho a contabilizarlos [...]» (*Ibid.*, pág. 705.)

¹⁴⁹ Salvioli, *loc. cit.*, pág. 263; Gray, *op. cit.*, pág. 26.

¹⁵⁰ Como ejemplos de valoraciones del primer tipo, véanse los asuntos siguientes: *Yuille, Shorridge & Co.* (nota 90 *supra*); «*Masonic*» (Moore, vol. I, págs. 1055 y ss.); «*William Lee*» (nota 141 *supra*); «*Cape Horn Pigeon*» (nota 137 *supra*). Como ejemplos de valoración del segundo tipo, véanse los asuntos siguientes: «*James Hamilton Lewis*» (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. IX, págs. 66 y ss.); «*C. H. White*» (*ibid.*, págs. 71 y ss.); *Irene Roberts* (Ralston, pág. 142).

¹⁵¹ Gray, *op. cit.*, pág. 26. Véanse también Salvioli, *loc. cit.*, pág. 263, y Reitzer, *op. cit.*, pág. 189.

¹⁵² Decisión de 21 de marzo de 1898 (Estados Unidos de América c. Siam) (Moore, vol. V, pág. 5068).

¹⁵³ Gray, *op. cit.*, pág. 26.

¹⁵⁴ La Corte declaró que, para que la expropiación fuera legal, habría sido suficiente una indemnización justa, y que la indemnización era conforme a ese criterio de justicia siempre que fuese equivalente al valor de la empresa en el momento de la privación más los intereses devengados hasta el momento del pago efectivo. Este habría sido, según la Corte, el criterio de indemnización exigido por el derecho internacional en caso de nacionalización de bienes extranjeros. En el segundo caso (en el que la privación era ilegal), no cabía entender que un hecho ilícito pudiera convertirse en lícito, o viceversa, de resultas del pago o la negativa a pagar una indemnización. Aplicar aquí el mismo criterio que en el caso de una expropiación legal habría supuesto, a juicio de la Corte, «identificar la liquidación lícita y el desposeimiento ilícito en lo que concierne a sus efectos financieros». (*C.P.J.I.*, serie A, N.º 17, págs. 46 y 47.)

cubierta por aquélla hasta la cuantía necesaria para lograr ese resarcimiento completo¹⁵⁵ (véase párr. 66 *supra*).

73. El Tribunal Permanente de Arbitraje falló el asunto de la *Concession des phares de l'Empire ottoman*¹⁵⁶ basándose en el mismo principio. Teniendo en cuenta la actividad objeto del contrato y la imposibilidad de tasar el valor de la concesión (en el momento de la expropiación) «sobre la base del valor de amortización residual de las construcciones», el tribunal resolvió que la parte perjudicada tenía derecho a una indemnización equivalente a las ganancias que la empresa habría obtenido de la concesión por el resto de la duración del contrato¹⁵⁷. Sin embargo, esta interpretación del principio de resarcimiento íntegro parece que dependía de las circunstancias particulares del caso. Dependía especialmente, al parecer, de que la cláusula contractual que preveía la posibilidad de «recobrar» la concesión indicaba que el daño indemnizable consistiría, en tal caso, en el pago de «todas las indemnizaciones que sean fijadas previamente por las Partes mismas o por árbitros en caso de desacuerdo»¹⁵⁸. En ese marco contractual, cualquier liquidación que aprobase el tribunal arbitral en materia de indemnización tenía que ser por fuerza discrecional más bien que basada en un principio jurídico objetivo. Por consiguiente, todo lo que puede deducirse de

este asunto es que el tribunal concedió una indemnización cuya cuantía fue calculada con arreglo a la capitalización de los beneficios futuros, suma que representaba el «valor de la concesión en 1928» (es decir, el valor que el Gobierno helénico estaba obligado contractualmente a pagar en caso de ejercer su derecho de rescate pactado).

74. La decisión dictada en 1963 en el asunto *Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Company* (NIOC) se basó en el mismo principio de resarcimiento completo. En este asunto, la parte perjudicada obtuvo el resarcimiento tanto de la pérdida correspondiente a los gastos realizados para la ejecución del contrato como de las ganancias netas dejadas de obtener¹⁵⁹. En lo concerniente a la tasación de esas ganancias dejadas de obtener, el árbitro señaló, sin embargo, que se trataba «de una cuestión de hecho que debe ser determinada por el árbitro», y tras examinar todas las circunstancias, en particular «todos los riesgos inherentes a una operación en una región deshabitada» y «los conflictos, como la guerra, los disturbios, las depresiones y crisis económicas, que podían influir en las operaciones durante los varios decenios que tenía que durar el acuerdo»¹⁶⁰, el árbitro otorgó una indemnización por la pérdida de ganancias equivalente a una suma correspondiente a los dos quintos del importe reclamado por la Sociedad. Este asunto pone de manifiesto que, aunque sin duda el lucro cesante se incluyó en la indemnización, el árbitro no indicó una preferencia de principio por uno u otro de los posibles métodos de evaluación.

75. Aunque el asunto *LIAMCO c. Gobierno de Libia*¹⁶¹ concernía a una expropiación legal, con respecto a la cual el árbitro rechazó la demanda de *restitución material*, se hicieron algunas observaciones acerca de los «casos de privación ilícita de bienes». Con respecto a esos casos, el árbitro no tuvo ninguna dificultad en reconocer con el demandante que la violación internacionalmente ilícita de un contrato de concesión «confiere al demandante en lugar del cumplimiento en forma específica un derecho a la indemnización completa de los daños y perjuicios, incluidos el daño emergente y el lucro cesante»¹⁶². Tampoco en este asunto, sin embargo, se dieron precisiones acerca del mé-

¹⁵⁵ El razonamiento lógico de la Corte fue: un hecho ilícito entraña una obligación de *reparación completa* (o *restitutio in integrum* en sentido lato), y tal reparación completa se efectúa mediante: a) *naturalis restitutio* (o suma equivalente) más b) compensación de cualquier otro daño.

¹⁵⁶ Decisión de 24/27 de julio de 1956 (Francia c. Grecia) (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. XII, págs. 155 y ss.). El asunto versaba sobre la revocación por las autoridades griegas de una concesión de la gestión de un faro 20 años antes de la extinción del contrato. La acción de Grecia se consideró contraria a las disposiciones del contrato y, como tal, *ilegal*, al no ir acompañada del pago de una indemnización ni de la garantía de ese pago en el futuro.

¹⁵⁷ Como señaló el tribunal:

«Así pues, la Sociedad concesionaria tiene por esto el derecho a una indemnización de rescate de la concesión que, en lo posible, debe ser igual a las ventajas de que se ha visto privada a causa de la reversión forzosa de la concesión *veinte años antes de su expiración**. Para su evaluación hay que remitirse a la fecha en que se produjo la vía de hecho del Gobierno helénico que dio nacimiento a ese derecho de indemnización y el perjuicio irrogado a la Sociedad sólo se puede evaluar teniendo en cuenta las circunstancias imperantes en el momento de la reversión de la concesión. Los hechos ulteriores como hechos imprevisibles en ese momento tanto para el Gobierno helénico que se apoderó de la concesión como para la Sociedad que fue desposeída de ella, no pueden ser tomados en consideración en caso de otorgamiento de una indemnización que no sólo debía ser fijada, sino también puesta a disposición del concesionario antes de su expulsión. La tesis helénica tendente a hacer valer eventos posteriores, tesis que le resultaría ventajosa, debe ser, pues, rechazada. El tribunal concurre en la opinión ya expresada anteriormente por la Comisión de Conciliación franco-italiana relativa a ciertas reclamaciones de la misma Sociedad concesionaria de fecha 21 de noviembre de 1953 (decisión N.º 164), según la cual, en una situación exactamente comparable, no sólo era equitativo sino también conforme a las cláusulas de la concesión reponer la Sociedad en la situación en que habría estado si el rescate se hubiera efectuado *de facto* y formalmente en el momento de hacerse cargo de los faros [...]» (*Ibid.*, págs. 246 y 247.)

¹⁵⁸ El tribunal citó una cláusula del contrato de concesión, según la cual: «[...] queda acordado que el Gobierno imperial conserva siempre el derecho a recobrar la administración de los faros sea cual fuere el número de años que falten para la caducidad de la concesión, a condición de pagar todas las indemnizaciones que sean fijadas por las partes o por árbitros en caso de desacuerdo. En cualquier caso, el Gobierno imperial deberá pagar esas indemnizaciones, o por lo menos garantizar su pago, antes de que la Administración de los Faros pase a sus manos.» (*Ibid.*, pág. 246.)

¹⁵⁹ Decisión de 15 de marzo de 1963 (ILR, vol. 35, págs. 136 y ss.). Según el árbitro (que se refiere al estudio de Hauriou, *loc. cit.*, págs. 211 y ss., y los diversos precedentes allí citados):

«[...] el objeto de la indemnización de daños y perjuicios es poner a la parte en cuyo factor se conceden en la misma situación pecuniaria en que se habría encontrado si el contrato se hubiera ejecutado en la forma establecida por las partes en el momento de su celebración. [...] Esta regla es simplemente consecuencia directa del principio *pacta sunt servanda*, puesto que su único efecto es sustituir la obligación prometida pero no ejecutada por una obligación pecuniaria. Es natural, pues, que por tal motivo el acreedor obtenga un resarcimiento completo. Este resarcimiento comprende la pérdida sufrida (daño emergente), por ejemplo los gastos realizados en la ejecución del contrato, y la ganancia dejada de obtener (lucro cesante), por ejemplo el beneficio neto que el contrato tendría que haber producido. Los tribunales arbitrales internacionales frecuentemente han concedido el resarcimiento de la ganancia dejada de obtener o de la pérdida de un beneficio posible [...]» (ILR, vol. 35, págs. 185 y 186.)

¹⁶⁰ *Ibid.*, págs. 187 y 189.

¹⁶¹ Decisión de 12 de abril de 1977 [ILR, vol. 62, págs. 141 y ss.; traducción francesa (extractos) en *Revue de l'arbitrage*, París, 1980, págs. 132 y ss.].

¹⁶² ILR, vol. 62, págs. 202 y 203; *Revue de l'arbitrage*, págs. 172 y 173.

todo con arreglo al cual debía evaluarse, en tales casos, el lucro cesante. El asunto *AMINOIL c. Kuwait*¹⁶³ parece algo más esclarecedor. Aquí también la expropiación se consideró legal. No obstante, más adelante se dijo, en relación con la cuestión del resarcimiento de la pérdida de ganancias, que el método del flujo de efectivo descontado, el cual no era idóneo para el cálculo de la compensación de la pérdida de ganancias en caso de expropiación legal, quizá fuera adecuado en un caso de expropiación ilegal¹⁶⁴, porque en un caso de privación ilícita que afectara decisivamente a los activos de que se tratase, la aplicación de un método de esta índole garantizaría una compensación globalmente apta para restablecer la situación que habría existido si no se hubiera cometido el hecho ilícito. Esto viene a ser corroborado por el asunto *AMCO, Asia Corporation c. Indonesia*¹⁶⁵, ejemplo de privación ilegal. El tribunal, tras recordar que el principio del resarcimiento íntegro o completo incluía el daño emergente y el lucro cesante, y que este último no debía exceder del «perjuicio directo y previsible», evaluó la pérdida de ganancias basándose en el método del flujo de efectivo descontado, afirmando así de modo más explícito lo que se había señalado sólo incidentalmente en el asunto *AMINOIL*, esto es, que el flujo efectivo descontado tiene que ser considerado como uno de los métodos más apropiados de evaluación en caso de privación ilegal de una empresa en funcionamiento¹⁶⁶.

76. Sin embargo, esta última conclusión no halla confirmación en el asunto *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, resuelto en parte por un laudo de 14 de julio de 1987 del Tribunal de Reclamaciones irano-estadounidense¹⁶⁷ y que dedica una parte precisamente a los efectos de la legalidad o ilegalidad de las expropiaciones en el criterio de resarcimiento¹⁶⁸. Al evaluar las afirmaciones

de las partes, el tribunal confirmó la distinción entre privación legal y privación ilegal, «puesto que las normas aplicables a la indemnización que ha de pagar el Estado expropiador difieren según la tipificación legal de la privación»¹⁶⁹. El estudio de este asunto indica que el tribunal advirtió cierta discrepancia entre la evaluación del lucro cesante en caso de privación ilegal (valoración que en todo caso debía limitarse a la pérdida de ganancias hasta el momento de la liquidación), por una parte, y las ganancias dejadas de obtener calculadas con arreglo al método del flujo de efectivo descontado hasta el momento fijado originariamente para la terminación de la concesión, por otra. No obstante, el tribunal no va más lejos en el análisis de la discrepancia, limitándose a rechazar el método del flujo de efectivo descontado como método aplicable al asunto en cuestión¹⁷⁰.

E.—Los intereses

1. LA ASIGNACIÓN DE INTERESES EN LA DOCTRINA Y EN LA PRÁCTICA

a) La doctrina

77. No obstante algunas diferencias teóricas, la doctrina parece estar de acuerdo en que el abono de intereses por el importe de la indemnización del daño principal es exigible en derecho internacional no menos rigurosamente que en derecho interno. La opinión de Anzilotti y otros autores¹⁷¹, que negaban la existencia de una norma internacional en ese sentido¹⁷², ya había sido contradicha por Lapradelle. Según Lapradelle, existía la presunción gene-

¹⁶³ Decisión de 24 de marzo de 1982 (ILM, vol. 21, 1982, págs. 976 y ss.).

¹⁶⁴ En palabras del tribunal, el flujo de efectivo descontado es

«un método basado en la suma total de los beneficios esperados, calculados hasta la fecha de terminación natural de la concesión, pero descontados a un tipo de interés anual para expresar ese total en relación con su valor actual en la fecha en que es exigible la indemnización, y sin tener en cuenta el valor de los activos que hubieran sido transferidos a la entidad concesionaria, sin gastos, a raíz de esa terminación [...]».

«[...] Este cálculo se basa en una proyección de las cantidades de petróleo obtenidas, los precios, los gastos de producción y las operaciones que han de llevarse a cabo hasta el término de la concesión. [...]» (*Ibid.*, págs. 1034 y 1035, párrs. 152 y 153 de la sentencia.)

¹⁶⁵ Decisión de 21 de noviembre de 1984 (ILM, vol. 24, 1985, págs. 1022 y ss.).

¹⁶⁶ Según el tribunal:

«[...] el único perjuicio que hay que tener en cuenta para otorgar una indemnización de daños y perjuicios es la pérdida del derecho a la Kartika Plaza, es decir, la pérdida de una empresa en funcionamiento.

«Ahora bien, aunque existen varios métodos* de valoración de las empresas en funcionamiento, el más apropiado en el presente caso* consiste en determinar el valor actual neto de la empresa, basado en una proyección razonable del flujo de efectivo neto* previsible durante el período que ha de tomarse en consideración, flujo de efectivo neto que se descontará* después para tener en cuenta la evaluación de la indemnización en la fecha del perjuicio, mientras que, en el curso normal de las cosas, el flujo de efectivo se habría extendido a todo el período de funcionamiento de la empresa.» (*Ibid.*, pág. 1037, párr. 271 de la sentencia.)

¹⁶⁷ ILM, vol. 27, 1988, págs. 1314 y ss.

¹⁶⁸ *Ibid.*, págs. 81 y ss., párrs. 189 a 206.

¹⁶⁹ *Ibid.*, pág. 82, párr. 192. El tribunal dijo más adelante:

«Las bases jurídicas de los dos conceptos [reparación del daño causado por una expropiación ilegal y pago de una indemnización en caso de expropiación legal] son totalmente diferentes y, lógicamente, los métodos prácticos que han de seguirse para fijar el importe exigible también deben ser diferentes [...]» (*Ibid.*, págs. 82 y 83, párr. 194.)

¹⁷⁰ «[...] El Tribunal no necesita expresar una opinión acerca de la admisibilidad de tal proyección [de ingresos futuros], cuando la reparación debe borrar todas las consecuencias de una privación ilegal, pero ciertamente no puede aceptarla para determinar la indemnización exigible en caso de expropiación legal.» (*Ibid.*, pág. 105, párr. 240.)

¹⁷¹ Opiniones reseñadas, entre otros, por Personnaz, *op. cit.*, págs. 217 y ss.; y J. L. Subilia, *L'allocation d'intérêts dans la jurisprudence internationale* (tesis, Universidad de Lausana), Lausana, Impr. Vaudoise, 1972, págs. 126 y ss.

¹⁷² Anzilotti criticaba la transposición automática (mecánica) al derecho internacional de normas internas que presuponen condiciones que no existen o son diferentes en las relaciones entre Estados en su artículo «Sugli effetti dell'inadempienza di obbligazioni internazionali aventi per oggetto una somma di danaro», *Rivista di diritto internazionale*, Roma, t. 7, 1913, pág. 61; y en su *Cours de droit international*, págs. 528 a 530. Según Anzilotti,

«[...] dada la exclusión de un interés legal que opere de derecho entre los Estados como lo hace entre los particulares, el retardó en el pago de una cantidad de dinero sólo puede dar derecho al resarcimiento del daño que se pruebe que efectivamente ha resultado de ello, sin ninguna presunción a favor del Estado acreedor, aun cuando tal daño pueda resultar después compensado mediante la asignación de un interés sobre la cantidad atrasada, en la medida que requieran las circunstancias del caso.» (*Cours*, pág. 530.)

La posición de Anzilotti (extrañamente no muy clara) fue adoptada a la sazón por K. Strupp, «Das völkerrechtliche Delikt» en F. Stier-Somlo, ed., *Handbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, 1920, vol. III, primera parte, a, pág. 212. Véase también P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Ginebra, Georg, 1954, t. II, pág. 73; y Morelli, *op. cit.*, págs. 360 y 361.

ral de que el acreedor podría haber reinvertido las cantidades que se le debían¹⁷³. Salvioli hizo la misma observación¹⁷⁴.

78. El criterio positivo, que parece ser compartido generalmente por los publicistas contemporáneos, encuentra su principal fundamento, a juicio del Relator Especial, en el concepto de «resarcimiento completo». Una vez que se reconoce que la reparación debe «borrar» todas las consecuencias perjudiciales del hecho ilícito, y que la indemnización pecuniaria comprende no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante, parece correcto sostener que el pago de intereses, evidentemente parte de este último, constituye el objeto de una obligación internacional¹⁷⁵. Tal parece ser la posición de Schoen¹⁷⁶, Personnaz¹⁷⁷, Salvioli¹⁷⁸ y, más recientemente, Graefrath¹⁷⁹ y Nagy¹⁸⁰. La condena al pago de intereses parece ser el método más frecuentemente utilizado para compensar el tipo de lucro cesante que dimana de la indisponibilidad temporal del capital. Según Subilia.

[...] los intereses, expresión del valor en uso del dinero, no son sino un medio ofrecido al juez para determinar globalmente el perjuicio que entraña para un acreedor la indisponibilidad de un capital durante un período de tiempo determinado [...]¹⁸¹.

79. Es, como se verá más adelante, basándose en el mismo principio general que la doctrina contemporánea afirma que el *dies a quo* debe ser la fecha en que se produjo efectivamente el daño, y el *dies ad quem* la fecha en que se pague efectivamente la indemnización dineraria. Pero en lo referente a estas cuestiones, así como al tipo de interés, es mejor examinar primero la jurisprudencia pertinente¹⁸². En realidad, del estudio de la práctica se desprende la existencia de importantes discrepancias (no obstante su apoyo uniforme al principio de que es exigible el pago de intereses) con respecto al *dies a quo*, el *dies ad quem* y el tipo de interés.

b) La práctica

80. La práctica internacional parece apoyar el otorgamiento de intereses además del importe principal de la indemnización. En comparación con las docenas de decisiones que, con o sin referencia expresa al derecho

internacional o la equidad, han condenado al abono de intereses¹⁸³, el único caso en que éstos han sido denegados como cuestión de principio (y no a causa de las circunstancias de la obligación) parece haber sido el del asunto «*Montijo*»¹⁸⁴.

81. Como ejemplo de la jurisprudencia predominante, se pueden mencionar algunas decisiones positivas. En el asunto *Illinois Central Railroad Co. c. México*, fallado en 1926 por la Comisión General de Reclamaciones estadounidense-mexicana, el pronunciamiento fue explícito. México fue tenido por responsable del incumplimiento de un contrato de compra a una empresa estadounidense de una locomotora que no pagó. La Comisión mantuvo que una compensación equitativa debía comprender, no sólo el principal exigible con arreglo al contrato, sino también una indemnización, en forma de intereses, por la pérdida de la utilización de esa suma durante el período en que se siguió difiriendo el pago¹⁸⁵. Los motivos de la Comisión de Liquidación de Reclamaciones Extranjeras de los Estados Unidos en el asunto *Lucas* también son claros con respecto a la indemnización de daños y perjuicios por la destrucción de dos inmuebles por los militares italianos en

¹⁸³ Las decisiones judiciales pertinentes en las que se adopta ese punto de vista figuran mencionadas en los párrafos relativos a los problemas del *dies a quo*, el *dies ad quem* y el tipo de interés (párrs. 82 a 105 *infra*).

¹⁸⁴ Decisión de 26 de julio de 1875 (Estados Unidos de América c. Colombia) (Lapradelle-Politis, t. III, págs. 651 y ss.). Como lo indica Subilia (*op. cit.*, pág. 63), se trataba de una demanda interpuesta por los Estados Unidos contra Colombia por el apresamiento del vapor *Montijo* por insurrectos panameños mientras navegaba frente a las costas de Panamá (que formaba parte entonces de la Federación de Colombia). Después de permanecer durante algún tiempo en manos de los insurrectos, el vapor fue utilizado por el Gobierno después del fracaso de la revolución, y fue finalmente devuelto a sus propietarios. Discrepando de la opinión del árbitro estadounidense, el superárbitro Robert Bunch motivó su decisión de no otorgar intereses en los siguientes términos:

«Por lo que respecta a la opinión de que habría que otorgar intereses al tipo del 5% anual desde el 1.º de enero de 1872 hasta la fecha de pago de la obligación, el infrascrito no está dispuesto a afirmar que tal otorgamiento no sea justificable en realidad. No obstante, se pronuncia en contra por las razones siguientes:

»1. Porque no existe ninguna regla fija en cuanto al abono de intereses por el importe de las obligaciones de países o gobiernos;

»2. Porque parece discutible que deban devengarse intereses durante el desarrollo de negociaciones diplomáticas de carácter muchas veces prolongado;

»3. Porque esta razón se aplica con especial fuerza a las negociaciones que conducen a un arbitraje o acuerdo amistoso;

»4. Porque desea dar a los demandantes lo que considera ser de estricta justicia al asignarles el valor íntegro de la utilización de su buque durante su detención y al mismo tiempo evitar cualquier apariencia de castigo al pueblo colombiano en general por un acto con el que muy pocas personas tuvieron algo que ver y que no afectó a intereses colombianos salvo los de unos pocos especuladores en revoluciones de Panamá.» (Lapradelle-Politis, t. III, pág. 679.)

Véanse también Personnaz, *op. cit.*, pág. 229; y Gray, *op. cit.*, pág. 30.

¹⁸⁵ Decisión de 6 de diciembre de 1926 (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. VI, págs. 134 y ss.). Según la Comisión:

«[...] Ninguna de las opiniones emitidas por los tribunales [...] con respecto a una serie de casos parece estar en desacuerdo con el principio al que juzgamos apropiado dar aplicación de que los intereses deben considerarse como un elemento característico de la indemnización. El Convenio de 8 de septiembre de 1923 tiene por objeto proporcionar a los nacionales de las Altas Partes contratantes, en términos del Convenio, «una indemnización justa y adecuada por las pérdidas o daños». En nuestra opinión, una compensación justa en este caso incluiría, no sólo la suma debida, como se dice en la Memoria, conforme a dicho contrato, sino también el resarcimiento de la pérdida de la utilización de esa suma durante el período en que su pago se sigue difiriendo. [...]» (*Ibid.*, pág. 136.)

¹⁷³ Lapradelle, comentario sobre el asunto *Dundonald* (Lapradelle-Politis, t. III, págs. 456 y ss.). Véase, en el mismo sentido, W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlín, Springer, 1964, t. 1, pág. 513.

¹⁷⁴ Salvioli, *loc. cit.*, págs. 278 y 279.

¹⁷⁵ Según Rousseau:

«[...] Es más simple y más exacto basar la asignación de intereses moratorios en el principio general según el cual todo daño que pueda ser reparado debe llevar aparejado el pago de una indemnización adecuada, y no es dudoso, a este respecto, que el retardo en el pago de una deuda líquida y exigible ocasiona al acreedor un daño de esa naturaleza [...]» (*Op. cit.*, pág. 244.)

¹⁷⁶ P. Schoen, «Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen», *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, vol. 10, suplemento 2, 1917, págs. 128 y 129.

¹⁷⁷ Personnaz, *op. cit.*, pág. 186.

¹⁷⁸ Salvioli, *loc. cit.*, pág. 261.

¹⁷⁹ Graefrath, *loc. cit.*, pág. 98.

¹⁸⁰ Nagy, *loc. cit.*, págs. 182 y 183.

¹⁸¹ Subilia, *op. cit.*, pág. 142.

¹⁸² Las diversas posiciones doctrinales sobre las tres cuestiones antes mencionadas han sido descritas (resumidas) por Subilia, *op. cit.*, págs. 120 a 125.

Yugoslavia¹⁸⁶. Otro ejemplo importante es la Decisión Administrativa N.º III de la Comisión Mixta de Reclamaciones germano-estadounidense, de fecha 11 de diciembre de 1923, que consideró que los intereses eran parte natural de la indemnización de daños y perjuicios exigible por la disminución del patrimonio¹⁸⁷.

2. *DIES A QUO*

82. Por lo que respecta al día a partir del cual deben calcularse los intereses, en la práctica judicial han surgido tres posturas. La primera, bastante frecuente, es calcular los intereses desde el día en que se produjo el daño. Así sucede siempre que el daño principal mismo consiste en la pérdida o falta de cobro de una suma de dinero en efectivo y exigible; esta situación suele darse en caso de incumplimiento de contrato. Un ejemplo es la decisión del superárbitro de la Comisión Mixta de Reclamaciones mexicano-venezolana en el asunto *Del Río*, en el que los intereses se calcularon a partir de la fecha fijada por las partes para el reembolso del préstamo, desestimando la pretensión de que se calcularan sólo desde el día en que se

había requerido el pago¹⁸⁸. Pero la condena al pago de intereses desde el día del hecho lesivo también es frecuente en los casos en que la evaluación pecuniaria exacta del daño principal se hace sólo en el momento del fallo. Así ha sucedido a menudo en los casos de expropiación. Ejemplo de ello es el litigio relativo a *Forêts du Rhodope central*¹⁸⁹, en que el superárbitro Unden falló que el otorgamiento de intereses era conforme a un principio general del derecho, y agregó:

De conformidad con los principios generales del derecho internacional, la indemnización de daños y perjuicios debe fijarse basándose en el valor de los bosques, respectivamente de los contratos de explotación, en la fecha del desposeimiento definitivo, es decir, al 20 de septiembre de 1918, añadiéndole una tasa equitativa de interés calculada sobre ese valor desde la fecha del desposeimiento. [...] ¹⁹⁰.

En un contexto diferente, en el asunto del «*Cape Horn Pigeon*», antes mencionado (párr. 66), los intereses se calcularon desde el día en que se apresó el buque y se aplicaron a la suma concedida como indemnización por la detención provisional del buque, es decir, la pérdida de ganancias previsibles¹⁹¹.

83. Mucho menos frecuentes son las decisiones que consideran como *dies a quo* el día en que se falló sobre la cuantía. Una de esas decisiones es la dictada por la CPJI en el asunto del «*Wimbledon*». En este asunto, mencionado anteriormente (párr. 50), la Corte falló que los intereses «debían devengarse, no a partir del día de la llegada del «*Wimbledon*» a la entrada del canal de Kiel, según la reclamación de los demandantes, sino desde la fecha del presente fallo, es decir, desde el momento en que se ha fijado el importe de la suma debida y se ha establecido la obligación de pagarlo»¹⁹². La Comisión de Reclamaciones franco-mexicana de 1924 también fijó la fecha de la decisión como *dies a quo* con respecto a una serie de expropiaciones y otros hechos internacionalmente ilícitos (extracontractuales). En el asunto *Pinson*, según el superárbitro Jan Verzijl, es sólo en el momento en que se ha dictado el fallo que la reclamación internacional «se transforma en el derecho a exigir una suma determinada, cantidad líquida que debe empezar a devengar intereses»¹⁹³.

¹⁸⁶ Decisión de 11 de julio de 1957 (ILR, vol. 30, págs. 220 y ss.). Según la Comisión:

«No existen normas concretas que regulen el pago de intereses en las reclamaciones internacionales por daños de guerra, aunque la gran mayoría de los publicistas expresan la opinión, corroborada por los fallos dictados en numerosos asuntos y por acuerdos internacionales, de que ese pago está justificado y que una "indemnización justa y adecuada debe incluir el abono de intereses".» [...] (*Ibid.*, pág. 222.)

Tras citar varios ejemplos en que en la práctica judicial internacional se habían otorgado intereses, la Comisión agregó:

«[...] no existe ninguna razón de índole legal ni práctica para no reconocer en principio el abono de intereses en este asunto. Legalmente, el Gobierno italiano, autor del acto lesivo, conforme a la teoría de la culpabilidad generalmente reconocida en derecho internacional, es responsable del pago de daños y perjuicios con los intereses pecuniarios desde el día en que se cometió el daño hasta el día del pago. [...]»

«Desde el punto de vista práctico, la denegación del pago de intereses podría, en caso de que el total de la indemnización otorgada fuera menor que la suma depositada, dar lugar a la devolución injustificada del resto al autor del acto ilícito.» (*Ibid.*, párr. 223.)

¹⁸⁷ De acuerdo con esa decisión:

«[...] La Comisión entiende que en todas las reclamaciones basadas en la incautación de bienes de particulares y su no devolución a su legítimo propietario, la indemnización de los daños y perjuicios se tasarán ordinariamente según el valor de mercado razonable de los bienes en el momento y lugar de su incautación en las condiciones en que se encontraban, de existir tal valor de mercado; si no, según el valor intrínseco de los bienes en ese momento y lugar.

«Ahora bien, como la indemnización no se prestó en el momento de la incautación, el pago *ahora* o más tarde del valor que los bienes tenían en el momento y lugar de la incautación no permitirían al reclamante reintegrarse íntegramente de su pérdida. *Entonces* tenía derecho a una suma igual al valor de sus bienes. *Ahora* tiene derecho a una suma igual al valor que tenían sus bienes más el valor en uso de esa suma durante todo el período en que se ha visto privado de su utilización. El pago debe realizarse *a partir* del momento de la incautación para compensar el daño íntegramente. Esto puede lograrse fijando el valor de los bienes incautados desde el momento y el lugar de la incautación y sumándole una cantidad equivalente a un 5% anual de intereses desde la fecha de la incautación hasta la fecha del pago. La Comisión aplicará esta regla en todos los casos relativos a bienes incautados durante un período de neutralidad.

«[...]»

«[...] Esta interpretación se basa en una regla que está en consonancia con la gran mayoría de las decisiones dictadas por los tribunales arbitrales internacionales en casos análogos en que las cláusulas del compromiso no prohibían expresa o implícitamente el otorgamiento de intereses.» (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. VII, págs. 66 y 68.)

¹⁸⁸ Decisión de 2 de octubre de 1903 (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. X, págs. 697 y ss.). El superárbitro dijo:

«Considerando:

«Finalmente que en el momento en que Colombia contrajo la obligación era un principio de justicia, como lo sigue siendo hoy, según las leyes de las naciones más adelantadas, estimar que el deudor ha incurrido en mora por el solo incumplimiento de su obligación, sin necesidad de requerimiento después de la fecha de vencimiento del plazo que se le haya concedido.

«Visto todo lo que antecede, que debe considerarse probado, debe fallarse que Venezuela está obligada a reparar los daños y perjuicios que se hayan irrogado a México por la demora en el cumplimiento de su obligación, mediante el pago de intereses del 6% anual sobre el capital originario de la deuda, a contar del 7 de octubre de 1827.» (*Ibid.*, pág. 703.)

Véanse asimismo los asuntos citados por Subilia, *op. cit.*, pág. 76, nota 3.

¹⁸⁹ Decisión de 29 de marzo de 1933 (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. III, págs. 1405 y ss.).

¹⁹⁰ *Ibid.*, pág. 1435. En el asunto de la *Fábrica de Chorzow* (fondo) (C.P.J.I., serie A, N.º 17, pág. 47), figura también una referencia al cálculo de intereses desde el momento de la privación o desposeimiento:

¹⁹¹ Salvioli, *loc. cit.*, pág. 280, menciona otros asuntos en que el *dies a quo* se fijó en el momento de la pérdida.

¹⁹² C.P.J.I., serie A, N.º 1, pág. 32.

¹⁹³ Decisión de 19 de octubre de 1928 (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. V, págs. 327 y ss., especialmente 452).

La Comisión Mixta de Reclamaciones germano-estadounidense también hizo una distinción entre «obligaciones líquidas» e «ilíquidas» en su decisión Administrativa N.º III, antes mencionada (párr. 81). Según esa Comisión, sólo se deben abonar intereses por una obligación ilíquida cuando se ha fijado el importe exacto de la pérdida¹⁹⁴.

84. Un tercer método, frecuentemente utilizado en la práctica judicial, es el cálculo de los intereses a partir de la fecha en que se ha interpuesto la demanda de indemnización de daños y perjuicios en el ámbito nacional o internacional. En el asunto *Christern and Company*¹⁹⁵, la Comisión Mixta de Reclamaciones germano-venezolana de 1903 formuló los criterios que, en lo que concierne a los intereses, aplicaría en sus decisiones ulteriores. El superárbitro se enfrentaba a dos posturas opuestas. Por una parte, el miembro alemán de la Comisión consideraba que los intereses debían devengarse desde el día en que se produjo el hecho lesivo, basándose en una presunción de conocimiento por parte de las autoridades venezolanas. Por el contrario, el Comisario venezolano señaló que sólo debía imponerse el pago de intereses en caso de «reclamaciones basadas en contratos que estipulen expresamente el pago de intereses» y que, en cualquier caso, «no habían de asignarse intereses hasta que se haya hecho a la República de Venezuela el debido requerimiento de pago». El superárbitro, aunque estimaba en principio que se debía tomar en consideración el argumento de la «presunción de conocimiento» aducido por el Comisario alemán, opinó que ese argumento no se debía aplicar demasiado rigidamente, especialmente habida cuenta de la naturaleza compleja de los Estados como personas de derecho internacional. Por otra parte, el superárbitro consideró que los requisitos formales mencionados por Venezuela para devengar intereses eran excesivos. En su opinión, era suficiente la prueba de que se había interpuesto una reclamación ante las autoridades venezolanas. El hecho de si la acción de la parte perjudi-

cada fue suficiente a tal efecto debía determinarse, a su juicio, según las circunstancias de cada caso¹⁹⁶.

85. Como se señaló anteriormente (párr. 83), la cuestión de los intereses fue examinada detenidamente en varios de sus aspectos en el asunto *Pinson*. En especial, el superárbitro opinaba que sólo debía decretarse el pago de intereses en el caso de «deudas contractuales líquidas, relativas a una cantidad determinada». En cuanto al *dies a quo*, dijo:

[...] Quizá sea dudoso a partir de qué fecha esos intereses deben considerarse exigibles, bien en la fecha en que se contrajo la deuda revolucionaria, o el préstamo exigido, bien en la de la interpelación al Estado deudor. Dado que el agente francés ha escogido como fecha inicial la última de las fechas mencionadas más arriba, la Comisión no puede otorgar intereses a partir de una fecha anterior¹⁹⁷.

En el asunto *Campbell* se decretó el pago de intereses desde la fecha en que el particular perjudicado presentó su demanda a las autoridades portuguesas. La cuantía de la indemnización principal se fijó globalmente, *ex aequo et bono*, con especial referencia al tiempo transcurrido entre el momento del daño y el de la presentación de la demanda¹⁹⁸. No parece que la fecha de la reclamación, por la que se optó en esta decisión, haya sido considerada como una solución en vez del momento del daño por ser conforme a una norma de derecho internacional, sino que más

¹⁹⁴ El superárbitro, Edwin B. Parker, expresó el dictamen de la Comisión como sigue:

«De conformidad con el Tratado de Berlín, tal como fue interpretado por esta Comisión en esa decisión, completado por la aplicación del artículo 297 del Tratado de Versalles (incorporado al Tratado de Berlín), Alemania está obligada financieramente a pagar a los Estados Unidos todas las pérdidas del género a que se hace referencia en el presente dictamen. El importe de esas obligaciones debe ser valorado y fijado por esta Comisión.

»No hay ninguna base para conceder una indemnización consistente en el abono de intereses cuando la pérdida no es líquida ni su importe puede ser precisado mediante un simple cálculo. En las reclamaciones de este género no se concederá ese tipo de indemnización, pero cuando la Comisión haya fijado el importe de la pérdida, se devengarán intereses a partir de esa fecha. A este género pertenecen las reclamaciones por pérdidas basadas en lesiones corporales, muerte, malos tratos inferidos a prisioneros de guerra o actos lesivos para la salud, la capacidad de trabajo o el honor.

»Pero cuando la pérdida es líquida o su importe puede ser determinado con exactitud aproximada mediante la simple aplicación de las reglas ordinarias de cálculo, desde el momento en que se produjo la pérdida efectiva, ese importe, así determinado, más la indemnización en forma de intereses desde la fecha de la pérdida constituirán generalmente una compensación equitativa. A esta clase de pérdidas, que a los efectos del presente dictamen se designarán con el nombre de "pérdidas patrimoniales", pertenecen las reclamaciones por la privación, el daño o la destrucción de bienes.» (*Ibid.*, vol. VII, pág. 65.)

¹⁹⁵ Naciones Unidas, *Recueil*, vol. X, págs. 363 y ss.

¹⁹⁶ *Ibid.*, págs. 366 y 367. En palabras del superárbitro:

«Tiene mucha fuerza el argumento del Comisario de Alemania de que legalmente se presume que el Estado, como principal, tiene conocimiento de todos los actos de sus funcionarios, como agentes suyos, y si el asunto se hubiera planteado entre particulares sería difícil evitar las conclusiones que de ello deduce. No obstante, el superárbitro opina que sería injusto en las reclamaciones contra un Estado hacer cumplir una regla de representación tan estricta. La Administración de un Estado debe por fuerza actuar por mediación de numerosos funcionarios, muchos de los cuales ocupan una posición muy subordinada y muy alejada de la sede de gobierno. En el curso normal de las cosas, el titular de un crédito contractual, o la parte perjudicada por un acto ilícito extracontractual, presenta su reclamación ante la Administración del Estado y le pide satisfacción por medio de algún funcionario cuyo cometido específico es representar a los poderes públicos en el lugar. Se presume generalmente que los Estados están dispuestos a satisfacer de grado todas las reclamaciones justas que se les dirigen. Esto es corolario de esa otra presunción jurídica de aplicación universal: *omnia rite acta praesumuntur*. Si es así con respecto a los particulares, también debe serlo ciertamente en el caso de los Estados. El superárbitro no está dispuesto a seguir hasta el final el argumento del Comisario de Venezuela en cuanto a las formalidades necesarias para constituir un requerimiento suficiente en todos los casos, pero opina que alguna prueba de una interpelación al Estado para el pago de una reclamación es necesaria para que empiecen a devengarse intereses en todos los casos en que el Gobierno de Venezuela no ha estipulado intereses ni contraído una obligación de la que pueda deducirse implícitamente el acuerdo de pagar intereses. La suficiencia del requerimiento tiene que decidirse según las circunstancias particulares de cada caso.» (*Ibid.*, pág. 367.)

¹⁹⁷ Naciones Unidas, *Recueil*, vol. V, pág. 451. Por esta razón, el árbitro resolvió:

«c) Las indemnizaciones por causa de posibles deudas contractuales por cantidad cierta y de préstamos forzosos devengarán intereses al tipo del 6% anual a partir de la fecha en que la reclamación se ha puesto en conocimiento del Gobierno mexicano o ha sido objeto de una acción ante la Comisión Nacional de Reclamaciones.» (*Ibid.*, pág. 453.)

Así pues, en lo que concierne al *dies a quo*, las observaciones del superárbitro no parecen especialmente decisivas. No se propuso solucionar el problema de elegir entre la fecha del hecho ilícito y la fecha de la interpelación o interpelación (equivalente a la fecha de la reclamación) diciendo cuál de las dos era la más correcta en derecho internacional. Su preocupación principal parece haber sido no ir más allá de la petición de la parte perjudicada.

¹⁹⁸ Decisión de 10 de junio de 1931 (Reino Unido c. Portugal) (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. II, págs. 1145 y ss., particularmente pág. 1158).

bien forma parte integrante de una decisión que ya preveía el resarcimiento global del daño hasta el momento en que se presentó la demanda.

86. La fecha de la reclamación fue también elegida por la Comisión Mixta de Reclamaciones anglo-venezolana en los asuntos *Kelly*¹⁹⁹ y *Stevenson*²⁰⁰. Como en el asunto *Christern and Company* (véase párr. 84 *supra*), en el asunto *Stevenson* la posibilidad de que el gobierno demandado estuviera al corriente de la reclamación de la parte perjudicada se consideró pertinente para el abono de intereses. Esto es lo que cabe deducir de la afirmación más bien lacónica del laudo según la cual «los intereses en concepto de indemnización sólo empiezan a devengarse cuando se ha incurrido en mora». En el asunto del «*Macedonian*», se pidió al rey Leopoldo I de Bélgica que decidiera, basándose en la equidad, una reclamación de los Estados Unidos relativa a una suma de dinero incautada ilegalmente a ciudadanos de los Estados Unidos de América por las autoridades chilenas²⁰¹. Esta cuestión fue fallada de la manera siguiente:

Considerando, sin embargo, que hasta el 19 de marzo de 1841, el Gobierno de los Estados Unidos no ha hecho nada por llegar rápidamente a una solución:

[...]

Entendemos que, además del capital de 42.240 piastras o dólares, el Gobierno de Chile debe pagar al de los Estados Unidos los intereses de esa suma al tipo del 6% anual desde el 19 de marzo de 1841 hasta el 15 de diciembre de 1848²⁰².

Parece que el árbitro no tenía la intención de señalar la existencia de una norma de derecho internacional según la cual los intereses debían devengarse desde el momento de la reclamación. Más bien pretendía tener en cuenta el hecho de que la parte perjudicada no había actuado con la diligencia debida al formular su demanda. Hubiera sido injusto, según el árbitro, imponer al gobierno chileno la carga adicional del retraso de veinte años de la parte perjudicada en presentar la demanda internacional²⁰³. La fecha de la reclamación ha sido también adoptada por la Comisión de Liquidación de Reclamaciones Extranjeras de los Estados Unidos en dos casos más recientes: el asunto *Proach*²⁰⁴ y el asunto *American Cast Iron Pipe Company*²⁰⁵.

¹⁹⁹ Naciones Unidas, *Recueil*, vol. IX, págs. 398 y ss.

²⁰⁰ Naciones Unidas, *Recueil*, vol. IX, págs. 494 y ss. El superárbitro dio la siguiente explicación:

«[...] No hay ninguna prueba de que el Gobierno demandado hubiera sido informado previamente de las reclamaciones de 1859 y 1865. Las de 1869 surgieron después del convenio por el que se creó la Comisión de Reclamaciones. No hay duda de que el Gobierno demandado no podía pagar ninguna indemnización hasta que se hubiera presentado debidamente una reclamación y, por tanto, no podía hasta entonces incurrir en mora. Los intereses en concepto de indemnización sólo empiezan a devengarse cuando se ha incurrido en mora.» (*Ibid.*, pág. 510.)

²⁰¹ Decisión de 15 de mayo de 1863 (Lapradelle-Politis, t. II, págs. 183 y ss.). Más concretamente, la pregunta formulada era la siguiente:

«3. El Gobierno de Chile, además del capital, ¿debe abonar el interés; y en caso afirmativo, desde qué fecha y a qué tipo debe abonarse éste?» (*Ibid.*, pág. 204.)

²⁰² *Ibid.*, pág. 205.

²⁰³ El criterio basado en la fecha de la reclamación fue adoptado también por la Comisión Mixta de Reclamaciones venezolano-estadounidense en el asunto «*Alliance*», pero sin dar ninguna razón (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. IX, págs. 144 y ss., particularmente pág. 144).

²⁰⁴ Decisión de 10 de diciembre de 1962 (ILR, vol. 42, págs. 189 y ss.).

²⁰⁵ Decisión de 19 de octubre de 1966 (ILR, vol. 40, págs. 169 y ss.). En estos dos asuntos, la posición de la Comisión era la siguiente:

87. En el asunto *Cervetti*, llevado ante la Comisión Mixta de Reclamaciones italo-venezolana en 1903²⁰⁶, la parte italiana alegó que una reparación equitativa por la incautación de bienes pertenecientes a un comerciante italiano no podía hacerse simplemente mediante restitución del equivalente dinerario de los bienes incautados sino que también era exigible un interés apropiado a partir del momento de la incautación. Venezuela sostuvo que, como la reclamación italiana sólo se había notificado oficialmente al Gobierno venezolano en la sesión de la Comisión, sería injusto permitir que devengaran intereses cantidades de cuya existencia el Gobierno venezolano no había tenido conocimiento hasta ese momento concreto. El superárbitro Ralston decidió que se abonaran intereses, aunque no calculados, sin embargo, sobre la base que pretendía Italia²⁰⁷. En realidad, Ralston parece haber sometido el otorgamiento de intereses a un mecanismo especial concreto cuya finalidad principal era evitar imponer al Estado responsable una carga financiera suplementaria, además del importe del daño principal, por un período durante el cual no se podía presumir que esa persona internacional tenía conocimiento de su obligación de reparar. Sólo este «modo de proceder» garantizaría en las relaciones internacionales —según el superárbitro— el nivel de justicia que en las relaciones entre particulares del derecho interno garantiza la intimación o interpelación. El Tribunal Permanente de Arbitraje aplicó el mismo razonamiento en el

«[...] no existe una norma arraigada de alcance universal acerca del período durante el cual se devengarán intereses. Diferentes Comisiones han aplicado fechas distintas, en particular la fecha del daño original, la fecha de la notificación de la reclamación o la fecha del pago [...]. La Comisión advierte además que la fecha en que nació la obligación en este caso es la fecha de la pérdida.» (*Ibid.*, págs. 173 y 174.)

La expresión «la fecha en que nació la obligación» no apunta a una preferencia por la «fecha de la reclamación» frente a la «fecha del daño». No parece indicar el momento específico en que se formuló la reclamación —distinto del momento del daño—, sino más bien el momento en que la parte perjudicada adquirió el derecho a indemnización.

²⁰⁶ Naciones Unidas, *Recueil*, vol. X, págs. 492 y ss.

²⁰⁷ Ralston dijo:

«Según la regla general de los ordenamientos jurídicos de inspiración romanista, los intereses, si no se pactaron, sólo se devengan desde el momento en que mediante el acto adecuado (notificación) dirigido al demandado se ha producido la interpelación a éste. Más o menos el mismo uso existe en los casos apropiados en algunas jurisdicciones regidas por el derecho anglosajón. Si ésta es la regla en el caso de los individuos, con mucha mayor razón la misma regla debe regir con respecto a las reclamaciones contra los Estados. En efecto, a falta de relaciones contractuales debidamente acreditadas, no se puede presumir que los Estados conozcan, hasta que se les ha dirigido el requerimiento correspondiente, la existencia de obligaciones que pueden haber sido creadas sin la autorización del poder constituido e incluso en contra de sus instrucciones expresas. Este principio se lleva tan lejos que en los Estados Unidos no se otorgan intereses por el importe de ninguna reclamación contra el Estado salvo de conformidad con un pacto expreso.

»Sin embargo, teniendo en cuenta la actitud de otras comisiones mixtas, el superárbitro opina que no debe adoptarse una postura tan extrema. Ha parecido más justo el otorgamiento de una cantidad en concepto de intereses, que se devengarán, por lo general en cualquier caso, desde el momento de la presentación de la reclamación por la Legación Real Italiana ante el Gobierno de Venezuela o ante esta Comisión, si así se hizo primero, sin excluir, no obstante, la idea de que pueden darse circunstancias en casos determinados que justifiquen el otorgamiento de intereses desde el momento de la presentación por el reclamante al Gobierno de Venezuela. Este modo de proceder, en opinión del superárbitro, permitirá ofrecer en los asuntos internacionales el grado de justicia que presenta la interpelación en los litigios entre particulares.» (*Ibid.*, pág. 497.)

asunto de la *Indemnización rusa*²⁰⁸, relativo a la compensación debida a Rusia en virtud del artículo V del Tratado de Paz de Constantinopla de 1879 y pagada por Turquía veinte años después de la fecha acordada²⁰⁹. El razonamiento del Tribunal Permanente en este asunto parece ser similar al razonamiento seguido en el asunto *Cervetti*. Además, hay una referencia reiterada a la equidad —en oposición a las normas vigentes de derecho internacional— como criterio de evaluación.

88. Este breve examen de la jurisprudencia invita a hacer las siguientes observaciones. En la mayoría de los casos, las decisiones suelen justificar la elección del momento de la reclamación como *dies a quo* por la necesidad de no gravar al Estado «responsable» con el pago de intereses por un período durante el cual no tenía conocimiento de la existencia de su obligación. Sólo la presentación de la reclamación de la parte perjudicada puede considerarse como prueba del conocimiento de la otra parte. Hay, por supuesto, una diferencia según que se haga referencia al momento de la presentación de la reclamación por el particular perjudicado en el ámbito interno o por el Estado lesionado en el ámbito internacional. Ahora bien, teniendo en cuenta que el daño sufrido por los particulares también es un daño sufrido por su Estado, ambos momentos son igualmente pertinentes a los efectos de la presunción de conocimiento por parte del Estado autor del hecho ilícito. En ambos casos se daría el equivalente internacional de la intimación o interpelación del derecho interno. En varias decisiones se destaca, en apoyo de la necesidad de tal requisito, el hecho de que el principio de la interpelación cumple en el derecho interno una función análoga. Según los correspondientes pronunciamientos jurisdiccionales sobre este tema, es indispensable, por razones de equidad —especialmente si se tiene en cuenta la naturaleza compleja de los sujetos de derecho internacional—, que los fundamentos de este principio análogo de derecho interno se tomen debidamente en consideración en el ámbito internacional.

89. Sin embargo, es importante señalar que en casi todos los asuntos examinados, otras consideraciones, particulares a cada caso, inducían a preferir la «fecha de la reclamación». Esas consideraciones eran:

a) El que la reclamación de la parte perjudicada sólo incluyera los intereses desde la fecha de la reclamación y que el árbitro no deseara resolver *ultra petita* (asunto *Pinson*).

b) El que la parte perjudicada presentara su reclamación mucho tiempo después de la fecha del daño, omitiendo así la diligencia que debe emplear la parte perju-

dicada para reducir en lo posible las consecuencias perjudiciales del hecho ilícito. En tal caso, la negligencia de la parte perjudicada contribuía clara y justamente (como en el asunto del «*Macedonian*») a reducir en forma proporcional la carga del Estado autor.

c) El que la suma principal de la indemnización se hubiese fijado ya globalmente de modo que abarcara todo el período desde la fecha del daño hasta la fecha de la reclamación (asunto *Campbell*).

90. La doctrina critica generalmente aquella parte de la jurisprudencia internacional que fija como *dies a quo* la fecha de la decisión (o de la liquidación). Naturalmente, los tratadistas que adoptan esta actitud no pasan por alto el hecho de que los árbitros proceden a menudo, en el momento de la decisión, a una evaluación global de la suma debida, con objeto de abarcar la totalidad del daño causado, desde el momento de producirse el hecho ilícito hasta el momento del laudo. Esas evaluaciones abarcan evidentemente la totalidad del período durante el cual procede el abono de intereses antes de la decisión²¹⁰. Por lo demás, se rechaza fijar como *dies a quo* el momento de la decisión. Salvioi, por ejemplo, estima que si aceptara el momento de la decisión o liquidación como *dies a quo*, ello equivaldría a considerar que el derecho del Estado lesionado a exigir la indemnización de los daños y los intereses (daños y perjuicios) emanaba de la decisión, considerándose ésta como sentencia «constitutiva». Si, por el contrario, se considera que la mayoría de las decisiones internacionales pertinentes son meramente «declarativas» del derecho del Estado lesionado, la elección del momento de la decisión como *dies a quo* no estaría justificada²¹¹. Brownlie, por su parte, rechaza la tendencia a excluir o reducir los intereses en ciertos casos basándose en una discutible distinción entre indemnización «líquida» e indemnización «ilíquida»²¹².

²¹⁰ En ese sentido son muy claras las opiniones emitidas por el Tribunal Permanente de Arbitraje en el asunto de la *Concession des phares de l'Empire ottoman* (véase párr. 73 *supra*):

«Queda por examinar la cuestión, ampliamente debatida en el proceso, de si son exigibles intereses por las cantidades asignadas a las partes.

»El Tribunal observa en primer lugar que, en este campo como en muchos otros, no existen normas jurídicas estrictas de naturaleza general que prescriban o prohíban la asignación de intereses. Por consiguiente, el Tribunal no puede aceptar los argumentos de los dos agentes que plantean esta cuestión, aunque en sentido opuesto. En este caso también la solución depende en gran parte de las características de cada caso particular.

»Si el Tribunal hubiera optado por fijar la cuantía de las deudas, en el momento de su nacimiento, en las monedas de origen, y hacer recaer después el efecto de las devaluaciones de esas monedas en las partes, estaría justificado hacer que se beneficiaran igualmente de los intereses. [...]

»[...]

»[...] Al expresar el valor real de antaño lo más exactamente posible en la moneda de hoy, el Tribunal prescinde deliberadamente de todas las vicisitudes de las monedas de origen. Ha tendido, por así decirlo, un puente a través de todo el agitado período de los años transcurridos y se ha situado conscientemente en el presente. Por eso, la justicia y la lógica exigen que no se otorguen además intereses que cubran el pasado.» (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. XII, págs. 252 y 253.)

²¹¹ Salvioi, *loc. cit.*, pág. 281; en el mismo sentido, véase Personnaz, *op. cit.*, pág. 255.

²¹² En las propias palabras de Brownlie:

«[...] Se afirma a veces que en el supuesto de daños corporales, muerte y malos tratos de diverso género, no se deben otorgar intereses además

²⁰⁸ Decisión de 11 de noviembre de 1912 (Rusia c. Turquía), Naciones Unidas, *Recueil*, vol. XI, págs. 421 y ss.

²⁰⁹ El tribunal, tras señalar que la mayoría de las legislaciones europeas exigían la intimación o interpelación, concluyó lo siguiente respecto de los intereses:

«No procede, pues, y sería contrario a equidad, presumir una responsabilidad del Estado deudor más rigurosa que la impuesta al deudor privado en gran número de legislaciones europeas. La equidad exige, como indica la doctrina, y como el Gobierno imperial ruso mismo admite, que haya habido interpelación, intimación dirigida al deudor de una suma que no devenga intereses. Los mismos motivos exigen que la intimación mencione expresamente los intereses y concurren a rechazar una responsabilidad que exceda de los simples intereses pactados.» (*Ibid.*, pág. 443.)

91. No parece que haya unanimidad en la doctrina acerca de la aceptación del criterio de que el *dies a quo* debería ser la fecha de la reclamación internacional. Salvioli consideraba que esta solución era inaceptable²¹³. Subilia adopta una postura análoga²¹⁴. Otros tratadistas expresan dudas. Personnaz, por ejemplo, señala que:

Procede ahora precisar el término «reclamación». ¿Qué acto podrá constituir una reclamación suficiente para dar al reclamante derecho a intereses? La cuestión no puede ser objeto de una solución precisa, y, sobre ese punto, la mayoría de las veces se deja al juez internacional el más amplio margen de apreciación²¹⁵.

Gray, por su parte, critica el aplomo de quienes rechazan la fecha de la reclamación y se inclinan por la fecha en que

de la satisfacción pecuniaria más o menos arbitraria que se concede en tales casos. Esta postura, así formulada, es difícil de aceptar. Si el principio del verdadero resarcimiento comprende el abono de los intereses por el importe de la indemnización (exigibles en el momento de la lesión o muerte), el hecho de que la suma otorgada sea en cierto sentido "ilíquida" o arbitraria no es incompatible con el pago de los intereses por el importe de la indemnización. El que la "suma global" otorgada incluya los intereses, teóricamente, por decirlo así, no contradice el principio de que el resarcimiento debe incluir el abono de intereses por el importe de la indemnización de daños y perjuicios desde el momento del daño.» (*Op. cit.*, pág. 228.)

²¹³ Salvioli escribió:

«Es cierto que el litigio internacional nace en el momento en que el Estado asume la reclamación de su nacional, pero de este aserto teóricamente exacto no hay que deducir que la fase precedente de la controversia entre el Estado y el particular carezca de todo valor jurídico. Es cierto también que el Estado no se subroga en el derecho de su nacional, sino que por el contrario hace valer su propio derecho, de naturaleza diferente de la del derecho del particular, aunque el vínculo innegable que existe en realidad entre la reclamación del individuo y la de su Estado no nos permite considerar la fase interna precedente como inexistente para la relación internacional [...]» (*Loc. cit.*, págs. 283 y 284.)

²¹⁴ Subilia estima que fijar como *dies a quo* la fecha de la reclamación «[...] equivale en realidad a imputar al lesionado el perjuicio necesariamente resultante de la observancia de la regla del agotamiento de los recursos internos a que está subordinada la protección diplomática. Cuando se conoce la larga duración que a veces tienen los plazos de tal procedimiento se advierte que ese sistema puede conducir a privar al lesionado de una parte considerable de la reparación.» (*Op. cit.*, pág. 147.)

²¹⁵ Personnaz, *op. cit.*, pág. 241. Más adelante añade:

«¿Debe exigirse que se trate de una reclamación internacional hecha a otro Estado, o bien basta una simple reclamación interna presentada a las autoridades del Estado autor del hecho lesivo? La práctica muestra grandes divergencias.» (*Ibid.*)

Concluye como sigue:

«¿Puede admitirse que una reclamación interna sea considerada suficiente para poner la demanda en conocimiento del gobierno? Colocándose en la posición de la víctima, y desde el punto de vista teórico, la respuesta parece que haya de ser afirmativa, ya que aquella ha dado muestra de actividad al presentar su demanda; por otra parte, una vez que ha confiado su reclamación a su Estado, éste es el único facultado para promover una reclamación internacional y puede disponer de ella a su arbitrio; puede, si lo juzga oportuno, aplazarla *sine die*.

»Mas, por otra parte, esta solución podría ser injusta para el Estado responsable, ya que si, como se ha visto, no se puede presumir que haya tenido conocimiento de los actos de todos sus funcionarios, ¿cómo podría estar informado de todas las reclamaciones presentadas ante uno de sus agentes o uno de sus ministros? ¿En qué momento se entenderá que la reclamación presenta un grado de notoriedad suficiente para conferirle el carácter de lo que es público y sabido de todos? Aun si se rechaza la objeción que puede inferirse de la confusión entre el orden internacional y el orden interno y si se toma en consideración, como hizo la Corte Permanente de Justicia Internacional en su fallo N.º 2, que el procedimiento interno constituye un hecho jurídico del que no se puede hacer caso omiso por razón de las dificultades con que se puede tropezar para determinar la fecha exacta de las primeras reclamaciones, parece más práctico tomar como punto de partida la reclamación internacional.» (*Ibid.*, págs. 242 y 243.)

se produjo el daño, puesto que «no siempre llevará a un resultado justo en los casos en que la demora en liquidar la obligación haya sido causada por el Estado demandante»²¹⁶. Así pues, Gray parece preferir, como *dies a quo*, el día de la reclamación.

92. El Relator Especial estima que el *dies a quo* debería ser la fecha del daño y opina como Brownlie que:

[...] A falta de disposición especial estipulada en el compromiso, el principio general parecería ser que, como consecuencia natural de los conceptos de resarcimiento y *restitutio in integrum*, el *dies a quo* es la fecha de la comisión del hecho lesivo [...]»²¹⁷.

3. DIES AD QUEM

93. En lo que concierne al *dies ad quem*, la práctica judicial es algo más uniforme. Gray la resume muy bien, remitiéndose evidentemente a los trabajos de Subilia:

En la elección de la fecha hasta la que se otorgan intereses los tribunales también llegan a conclusiones diferentes. *La más corriente es la fecha de la decisión o del laudo definitivo**... Esto se basa a veces en la equivocada impresión del tribunal de que no tiene competencia para dictar una orden de abono de intereses después de terminadas sus funciones. Tal fue aparentemente el razonamiento aceptado por diversas comisiones venezolanas de 1903, y las comisiones estadounidense-mexicanas de 1868 y 1923. Se otorgan intereses hasta la fecha del pago de la indemnización más frecuentemente en los arbitrajes individuales que en las comisiones de reclamaciones. Esta fue la fecha aceptada en el asunto de *Portendick*, en el asunto del *Ferrocarril de la Bahía de Delagoa*, en el asunto de *Forêts du Rhodope central* y en el asunto del «*Cape Horn Pigeon*»²¹⁸.

94. La doctrina conviene en general en que el *dies ad quem* debería ser el de la fecha en que se paga efectivamente la indemnización. No obstante, Brownlie se apartó recientemente de esta posición diciendo que

[...] Existe [...] una presunción basada en la lógica jurídica ordinaria, de que el *terminus ad quem* es la fecha del laudo, o la fecha de la liquidación final de la reclamación, en el caso de decisiones provisionales y procedimientos de valoración²¹⁹.

4. EL TIPO DE INTERÉS

95. Se ha señalado, en lo referente a la práctica, que el tipo de interés es raramente objeto de comentarios y que «no es posible discernir las razones que han inducido a los árbitros a adoptar un tipo determinado en vez de otro»²²⁰. En muchos asuntos, especialmente en los fallados por las comisiones de reclamaciones, los intereses otorgados se tasan según el tipo legal vigente en el Estado demandado. Por ejemplo, la Comisión de Liquidación de Reclamaciones Extranjeras de los Estados Unidos afirmó en el asunto *Senser*—relativo a una confiscación arbitraria en Yugoslavia de bienes pertenecientes a nacionales de los Estados Unidos— lo siguiente:

De conformidad con los principios reconocidos del derecho internacional, que en virtud de la Ley de Liquidación de Reclamaciones Internacionales de 1949 la Comisión está obligada a aplicar (art. 4 a), la condena al pago de intereses en caso de reclamaciones de indemnización por la privación de bienes es claramente legítima cuando, a juicio de la autoridad juzgadora, tal condena es apropiada por razones de equidad y justicia.

²¹⁶ Gray, *op. cit.*, pág. 31.

²¹⁷ Brownlie, *op. cit.*, pág. 229. En el mismo sentido, véase Subilia, *op. cit.*, págs. 144 a 156.

²¹⁸ Gray, *op. cit.*, pág. 31; Subilia, *op. cit.*, págs. 88 a 92.

²¹⁹ Brownlie, *op. cit.*, pág. 229.

²²⁰ Subilia, *op. cit.*, pág. 94.

La Comisión agregó:

[...] En cuanto al tipo al que son exigibles [los intereses], hay que remitirse a los principios reconocidos del derecho internacional que indican la aplicación del tipo vigente en el país de que se trate²²¹.

La Comisión, pues, aplicó dicho principio y falló que todas las reclamaciones contra Yugoslavia debían calcularse con intereses del 6%, según la práctica vigente en dicho país²²².

96. En algunos casos aislados, las decisiones suelen ser diversas. Algunas de ellas se basan en el tipo aplicado por el Estado demandado; otras, en el tipo en vigor en el Estado demandante o el tipo comercial o el vigente en el país del acreedor²²³. Resulta interesante a este respecto examinar, por una parte, la decisión dictada en el asunto del «*Lord Nelson*», según la cual «es un principio de derecho internacional generalmente reconocido que el tipo de interés aplicable es el vigente en el lugar y en el momento en que debe pagarse el principal»²²⁴, y, por otra, la decisión contraria adoptada en el asunto *Royal Holland Lloyd*, según la cual, respecto del tipo de interés «no existe norma de aplicación general por la que se rijan esta cuestión»²²⁵. También procede mencionar la decisión dictada por la CPJI en el conocido asunto del «*Wimbledon*», en que la Corte afirmó que

En cuanto al tipo de interés, la Corte estima aceptable en la situación financiera actual del mundo y teniendo en cuenta las condiciones vigentes para los empréstitos públicos, el 6% solicitado [...]²²⁶.

97. Los tratadistas parecen sostener en general que se trata de una cuestión que debe resolverse según las circunstancias de cada caso con objeto de lograr el «resarcimiento completo». No obstante, algunos apoyan el criterio aplicado en el asunto del «*Wimbledon*», según el cual el tipo de interés debería ser el normalmente aplicable a los préstamos concedidos a los Estados en el momento de producirse el daño²²⁷. Subilia opina que quizá fuera útil remitirse al tipo de interés fijado anualmente por el BIRF, especialmente en los casos de daños causados directamente a un Estado sin intervención de particulares. Estima que, cuando se codifique el derecho de la responsabilidad de los Estados en las Naciones Unidas, debería aprobarse un tipo convencional (alrededor del 6%), junto con el reconocimiento de la posibilidad de que cada Estado pruebe que el daño es mayor y, por tanto, obtenga un tipo superior²²⁸. Es deseable que la Comisión se pronuncie sobre la solución que sería preferible.

²²¹ ILR, vol. 20, págs. 240 y 241.

²²² Decisión definitiva pronunciada el 15 de junio de 1954; véase Whiteman, *Digest*, vol. 8, págs. 1189 y 1190.

²²³ Gray, *op. cit.*, pág. 32.

²²⁴ Decisión pronunciada el 1.º de mayo de 1914 por el Tribunal Arbitral de Gran Bretaña y Estados Unidos de América de 1910 (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. VI, págs. 32 y ss.; especialmente pág. 34).

²²⁵ Fallo pronunciado el 7 de diciembre de 1931 por la Corte de Reclamaciones de los Estados Unidos (*Annual Digest... 1931-1932*, vol. 6, págs. 442 y ss., especialmente pág. 446).

²²⁶ C.P.J.I., serie A, N.º 1, pág. 32. Por los que respecta al momento a partir del cual debería calcularse el tipo de interés, se ha sostenido a menudo que debería ser el momento en que se pague la cantidad por cuyo importe deban abonarse intereses. Sin embargo, a este respecto la jurisprudencia tampoco es uniforme; véase Subilia, *op. cit.*, págs. 97 y 98.

²²⁷ Nagy, *loc. cit.*, págs. 183 y 184. En el mismo sentido, véanse Verdross, *Völkerrecht*, 5.ª ed., Viena, Springer, 1964, pág. 404; y Brownlie, *op. cit.*, pág. 229.

²²⁸ Subilia, *op. cit.*, págs. 160 a 163.

5. EL INTERÉS CÓMPUESTO

98. La cuestión del interés compuesto ha sido examinada pocas veces en la jurisprudencia. En el asunto de las *Reclamaciones de los armadores noruegos*²²⁹, el tribunal arbitral examinó la posibilidad de otorgar intereses compuestos. Tras señalar que no se había condenado nunca todavía al pago de intereses compuestos, resolvió que los demandantes no habían aducido motivos bastantes para la concesión de tales intereses²³⁰.

99. En tres asuntos posteriores se llegó a conclusiones diferentes. En el asunto de la *Compañía de Electricidad de Varsovia* (fondo), la ciudad de Varsovia fue tenida por responsable del daño sufrido por la Compañía de resultas de la falta de ejecución de un laudo arbitral anterior relativo a la concesión de la que la Compañía era titular. El árbitro C. D. Asser resolvió que la ciudad debía pagar, además del importe principal de la indemnización, «una cantidad en francos suizos equivalente en el día de pago al valor de 3.532.311 rublos oro con los intereses compuestos al 5% anual desde el 1.º de enero de 1935 hasta el último día del pago»²³¹. Así pues, se asignaron intereses compuestos sólo desde la fecha hasta la cual la parte perjudicada había calculado el importe de los daños que había sufrido (importe que fue considerablemente reducido por el árbitro). Este fallo no fue motivado de ningún modo por el juez ni impugnado por las partes. En el asunto *Chemins de fer Zeltweg-Wolfsberg et Unterdrauburg-Woellan*, relativo a esta compañía ferroviaria contra los gobiernos de Austria y Yugoslavia, los árbitros fallaron a favor de la indemnización de la Compañía que había sido ilegalmente perjudicada por la modificación de la concesión. Nuevamente se otorgaron intereses compuestos sin ninguna indicación del principio de base, y la cuestión del interés compuesto aparentemente se consideró incontrovertible²³². En el asunto *Fabiani*, los intereses compuestos, aunque no se otorgaron, parecen haber sido considerados como un medio de garantizar el resarcimiento completo. En palabras del árbitro:

[...] Si Fabiani hubiera podido aprovechar esas sumas y emplearlas en su negocio, es verosímil que hubiese obtenido beneficios superiores a los in-

²²⁹ Decisión de 13 de octubre de 1922 (Noruega c. Estados Unidos de América), Naciones Unidas, *Recueil*, vol. I, págs. 307 y ss.

²³⁰ El tribunal declaró:

«Para llegar a la conclusión de que se deben abonar intereses, el tribunal ha tenido en cuenta el hecho de que los Estados Unidos han tenido el uso y disfrute de los bienes de los demandantes desde su requisición hace cinco años y, especialmente, que las cantidades otorgadas a los demandantes a título de indemnización por la Comisión estadounidense de reclamaciones por causa de requisiciones no han sido pagadas; finalmente, que los Estados Unidos se han beneficiado de los pagos a cuenta hechos por los noruegos con respecto a esos buques. El tribunal opina que los demandantes tienen derecho a una indemnización especial por concepto de intereses y que algunos de los demandantes, por las especiales circunstancias de su caso, tienen derecho a un tipo de interés más alto que los demás. Los demandantes han solicitado intereses compuestos con liquidaciones semestrales, pero los intereses compuestos no han sido otorgados en arbitrajes anteriores y el tribunal opina que los demandantes no han aducido motivos suficientes para que en este caso se imponga el abono de intereses compuestos.» (*Ibid.*, pág. 341.)

²³¹ Decisión de 23 de marzo de 1936 (Francia c. Polonia) (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. III, págs. 1689 y ss., especialmente pág. 1699).

²³² Decisión de 12 de mayo de 1934 (fondo) (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. III, págs. 1795 y ss., especialmente pág. 1808).

tereses compuestos de ese capital durante el período de tiempo por el que tendría derecho a contabilizarlos²³³.

100. De los tres asuntos citados, se otorgaron intereses compuestos en los dos más recientes, mientras que en el asunto *Fabiani*, que es anterior, los intereses compuestos no se rechazaron en principio aunque tampoco se otorgaron en realidad. En el asunto de las *Reclamaciones de los armadores noruegos*, la no asignación de intereses compuestos no parece haberse basado en razones de principio. El tribunal simplemente estimó que la parte perjudicada no había aducido motivos suficientes que justificaran una decisión que se habría apartado de la jurisprudencia predominante.

101. En el laudo dictado por el árbitro Max Huber en el asunto de las *Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos*²³⁴ figura una explicación de la cuestión del interés compuesto. En comparación con el asunto de las *Reclamaciones de los armadores noruegos*, el laudo del árbitro Huber parece sentar requisitos más estrictos para la asignación de intereses compuestos. A juicio de éste, la existencia de «argumentos particularmente sólidos y de naturaleza muy especial» es necesaria para justificar una decisión que se aparte de la jurisprudencia negativa predominante²³⁵.

102. En el asunto de las *Colonias portuguesas* (Incidente de Naulilaa), Portugal presentó una reclamación en la que solicitaba intereses compuestos de un tipo del 30% «en concepto de ganancia dejada de obtener» de resultas de la pérdida de ganado. El tribunal, tras señalar el carácter exorbitante de las cantidades reclamadas por el Estado perjudicado y la actitud predominantemente negativa de la jurisprudencia en lo concerniente a la concesión de intereses compuestos, asignó intereses simples. Según los árbitros:

[...] No se ha probado, en efecto, y es contrario a toda apariencia de verosimilitud, que se hubieran podido realizar normalmente beneficios netos de la cuantía indicada si los interesados hubieran conservado la posesión de los instrumentos de trabajo cuya pérdida es imputable a Alemania. Y por otra parte, al no ser irremplazables las cosas de que se trata, los propietarios habrían podido, adquiriendo otras similares, obtener las mismas ganancias. Por consiguiente, si reciben el valor completo, más los intereses normales desde la fecha de la pérdida quedarán indemnizados integralmente²³⁶.

²³³ Véase nota 148 *supra*.

²³⁴ Decisión de 1.º mayo de 1925 (Reino Unido *c.* España) (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. II, págs. 615 y ss.

²³⁵ Huber declaró:

«En lo que concierne a la elección entre intereses simples e intereses compuestos, el Relator debe hacer constar ante todo que la jurisprudencia arbitral en materia de compensación que un Estado tiene que dar a otro por los daños sufridos por los nacionales de este último en el territorio del primero [...] es unánime, al menos que él sepa, en desestimar los intereses compuestos. Por eso, serían necesarios argumentos particularmente sólidos y de naturaleza muy especial para admitir en este caso ese tipo de intereses. No parece, sin embargo, que tales argumentos existan, dado que las circunstancias de las reclamaciones de que conoce el Relator no difieren en principio de las de los asuntos que dieron lugar a la jurisprudencia de que se trata.

»Así ocurre, en particular, en ciertas hipótesis en que los intereses compuestos parecerían por otra parte corresponder mejor a la naturaleza de las cosas que los intereses simples, a saber, los casos en que los bienes a los que las indemnizaciones concedidas tienen por objeto sustituir aumentan en progresión más bien geométrica que aritmética, lo que sucede, por ejemplo, con los rebaños de ganado.» (*Ibid.*, pág. 650.)

²³⁶ Naciones Unidas, *Recueil*, vol. II, pág. 1074.

103. Así pues, esta decisión parece rechazar los intereses compuestos porque este método de cálculo habría dado lugar a una suma muy superior al lucro cesante efectivo.

104. También parece basada fundamentalmente en la «doctrina legal» la desestimación de la demanda de intereses compuestos por la Comisión Mixta de Reclamaciones germano-venezolana en el asunto *Christern and Company*²³⁷. Según Subilia²³⁸, los laudos arbitrales dictados en los asuntos *Deutsche Bank*²³⁹ y *Dundonald*²⁴⁰ aparentemente también se caracterizan por la desestimación sólo implícita de las demandas de interés compuesto en razón de su falta de fundamento.

105. En opinión del Relator Especial, la jurisprudencia internacional, aunque la mayoría de las decisiones sobre el interés compuesto parecen ser negativas, no es realmente concluyente en ese sentido negativo.

a) Entre las decisiones negativas hay que distinguir:

i) La decisión que simplemente modifica una orientación negativa no bien definida de la jurisprudencia anterior (*Christern and Company*).

ii) Las decisiones que, aunque basadas en la jurisprudencia anterior, indican que en circunstancias especiales el mecanismo del interés compuesto puede ser útil para cumplir los requisitos del resarcimiento completo (*Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos* y *Reclamaciones de los armadores noruegos*).

iii) La decisión que estima que en el caso concreto de que se trata el mecanismo del interés compuesto arrojaría una suma muy superior al lucro cesante efectivo (*Colonias portuguesas*).

iv) La decisión que, por el contrario, estima que el interés compuesto, aunque aceptable en principio, daría lugar en el caso concreto de que se trata a una indemnización insuficiente (*Fabiani*).

b) En cuanto a los casos en que se otorgaron intereses compuestos, el hecho de que la decisión no fuera motivada parece indicar que se estimó que los intereses compuestos constituían un elemento esencial e incontrovertible de la reparación por equivalencia.

Por consiguiente, el Relator Especial se inclina a concluir que se deben otorgar intereses compuestos siempre que se demuestre que son indispensables para lograr el resarcimiento completo del daño sufrido por el Estado perjudicado.

²³⁷ El superárbitro de la Comisión dijo:

«El laudo dictado en ese asunto también resuelve a favor de la responsabilidad de Venezuela por el préstamo al Estado de Zulia. El Comisario de Alemania, sin embargo, otorga a los demandantes el importe íntegro de esa partida de su reclamación, 10.459,41 bolívares, con los intereses normales. Este importe incluye intereses al 1% mensual, a los que se acumulan los saldos anuales, y aumenta la cantidad original de la partida en 4.589,37 bolívares. El superárbitro no puede aceptar esta conclusión. No encuentra base ni justificación alguna en las pruebas a favor del interés compuesto [...]» (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. X, pág. 424.)

²³⁸ Subilia, *op. cit.*, pág. 101.

²³⁹ Decisión de 22-23 de octubre de 1940 (Alemania *c.* Rumania), Naciones Unidas, *Recueil*, vol. III, págs. 1893 y ss., especialmente pág. 1901.

²⁴⁰ Decisión de 6 de octubre de 1873 (Gran Bretaña *c.* Brasil), Lapradelle-Politis, vol. III, págs. 441 y ss., especialmente pág. 447.

CAPÍTULO III

La satisfacción (y la indemnización punitiva)

A.—La satisfacción en la doctrina

106. Como se ha dicho en el capítulo I, la satisfacción aparece mencionada muy a menudo en la doctrina como una de las formas de reparación del hecho internacionalmente ilícito. Como se señaló también, de la doctrina parecen desprenderse dos tendencias no incompatibles en lo que se refiere a la función específica de esa forma de reparación. Un gran número de tratadistas, de los que sólo unos pocos han sido citados (párrs. 13 y 14 *supra*), consideran la satisfacción como la forma de reparación o remedio jurídico específico del daño causado a la dignidad, el honor o el prestigio del Estado. Tal es, en particular, la posición de Bluntschli²⁴¹, Anzilotti²⁴², Visscher²⁴³, Morelli²⁴⁴, Jiménez de Aréchaga²⁴⁵ y otros²⁴⁶. Se señaló asimismo que, para varios de esos publicistas, la función específica de la satisfacción se cumple también en relación con el daño jurídico sufrido por el Estado víctima. Entienden por tal daño la violación de la esfera jurídica del Estado víctima derivada de cualquier hecho internacionalmente ilícito, independientemente de que medie o no un daño material²⁴⁷. En el capítulo I se llegó a la conclusión

²⁴¹ Según Bluntschli:

«Cuando se ha atentado contra el honor o la dignidad de un Estado, el Estado ofendido tiene derecho a exigir satisfacción.» (*Op. cit.*, pág. 264, art. 463.)

²⁴² Según Anzilotti:

«[...] En el origen de la idea de satisfacción está la del daño inmaterial o, como dicen los ingleses, de un «moral wrong», que, como se ha dicho, puede incluso consistir sólo en el desconocimiento del derecho de un Estado. La satisfacción tiende sobre todo a remediar la ofensa causada a la dignidad y al honor [...]» (*Cours*, pág. 524.)

²⁴³ Según Visscher:

«Un acto contrario al derecho internacional, independientemente del perjuicio material que cause, puede dar lugar para otro Estado a un perjuicio de orden *moral* consistente en un ataque a su honor o a su prestigio [...]» (*Loc. cit.*, pág. 119.)

²⁴⁴ Según Morelli:

«[...] En lo que se refiere a un hecho ilícito que consiste en la lesión o que entraña de cualquier modo la lesión de un interés moral, como el honor o la dignidad (y la violación de cualquier derecho de un Estado puede, en determinadas circunstancias, implicar una lesión de esa naturaleza), la forma de reparación debida (eventualmente junto con la reparación dependiente de la lesión simultánea de intereses materiales) consiste en la *satisfacción*.» (*Op. cit.*, pág. 358.)

²⁴⁵ Jiménez de Aréchaga escribe a propósito de la satisfacción:

«Esta tercera forma de reparación es apropiada en caso de daño inmaterial o moral a la personalidad del Estado.» (*Loc. cit.*, pág. 572.)

²⁴⁶ P. A. Bissonnette, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international* (tesis, Universidad de Ginebra, Annemasse, Imprimerie Grandchamp, 1952, pág. 161; Personnaz, *op. cit.*, pág. 277; García Amador, documento A/CN.4/134 y Add.1, párr. 92; Sereni, *op. cit.*, pág. 1552; Przetacznik, *loc. cit.*, pág. 944; Rousseau, *op. cit.*, pág. 218; Graefrath, *loc. cit.*, pág. 84.

²⁴⁷ Anzilotti y Bluntschli hacen especial hincapié en esta función de la satisfacción. Según Anzilotti:

«[...] El daño se encuentra comprendido implícitamente en el carácter antijurídico del acto. La violación de la norma es siempre, efectiva-

de que, en el sentido específico en que lo utiliza la generalidad de la doctrina, el término «satisfacción» se ha desviado de su sentido etimológico, aunque es precisamente «en el sentido etimológico original del verbo satisfacer, esto es, en el de llenar, cumplir lo que se debe»²⁴⁸, que el término aparece a veces reiteradamente en la práctica y la doctrina.

107. La satisfacción no se define sólo basándose en el tipo de daño con respecto al que opera como forma de reparación o remedio jurídico específico. También se define por las formas características que reviste, que se distinguen de la *restitutio in integrum* o la indemnización²⁴⁹. Bissonnette²⁵⁰ y Przetacznik²⁵¹ mencionan las manifestaciones de pesar, el castigo de las personas responsables y las garantías contra la repetición²⁵². Bissonnette añade el saludo a la bandera y las misiones expiatorias en el contexto de las

mente, una perturbación del interés que ésta ampara y, por consiguiente, también del derecho subjetivo de la persona a quien pertenece el interés; ello es tanto más así cuanto que en las relaciones internacionales el daño es en principio más bien un daño moral (menosprecio del valor y de la dignidad del Estado como persona del derecho de gentes) que un daño material (daño económico o patrimonial en el verdadero sentido de la palabra).» («La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers», RGDIP, t. 13, 1906, págs. 13 y 14.)

Según Bluntschli:

«Cuando se atenta contra los derechos de un Estado o contra el orden de cosas establecido, la parte lesionada puede, no sólo reclamar la cesación de la injusticia y el restablecimiento de sus derechos, y si es preciso la indemnización por daños y perjuicios, sino también exigir satisfacción con el castigo de los culpables y, llegado el caso, obtener garantías contra la renovación de ese género de ataques.» (*Op. cit.*, pág. 265, art. 464.)

²⁴⁸ Bissonnette, *op. cit.*, pág. 40. Sin embargo, Bissonnette está firmemente en contra de esta interpretación de la «satisfacción».

²⁴⁹ Según Bissonnette:

«El examen de la práctica y, en especial, el examen de la correspondencia diplomática revelan, sin embargo, la existencia de demandas de reparación que no pueden equipararse ni a la *restitutio in integrum* ni a la indemnización de daños y perjuicios. Así sucede con las demandas de excusas o manifestaciones de pesar, de saludos a la bandera; las demandas de castigo de los culpables, las demandas de dimisión o suspensión de los funcionarios culpables; o, por fin, las demandas de garantías contra la repetición de ciertos actos [...]» (*Op. cit.*, pág. 24.)

Este aspecto se destaca también en los escritos de Anzilotti, *Cours*, pág. 524; Visscher, *op. cit.*, pág. 119; Eagleton, *op. cit.*, pág. 189; Sereni, *op. cit.*, pág. 1552; Morelli, *op. cit.*, pág. 358; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, pág. 572; Brownlie, *op. cit.*, pág. 208; Rousseau, *op. cit.*, págs. 218 y ss.; Gray, *op. cit.*, pág. 42; M. Giuliano, *Diritto internazionale*, vol. I, *La Società internazionale e il diritto*, 2.ª ed. con la colaboración de T. Scovazzi y T. Treves, Milán, Giuffrè, 1983, pág. 593.

²⁵⁰ Bissonnette, *op. cit.*, págs. 85 y ss.

²⁵¹ Przetacznik, *loc. cit.*, págs. 945 y ss.

²⁵² Estas tres categorías figuraban ya en el artículo 13 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, presentado por L. Strisower durante los trabajos preparatorios del período de sesiones de Lausana del Instituto de Derecho Internacional (septiembre de 1927) (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1927, vol. 33, t. I, págs. 560 y 561).

manifestaciones de pesar. Pero las formas de satisfacción no se limitan a las tres recién mencionadas²⁵³. Muchas veces se menciona también el pago de cantidades simbólicas como indemnización por daños y perjuicios²⁵⁴ o la decisión de un tribunal internacional por la que se declara la ilegalidad del comportamiento del Estado autor²⁵⁵. Asimismo se menciona frecuentemente —aunque no sin objeciones— la satisfacción pecuniaria²⁵⁶.

108. Un aspecto decisivo es la cuestión de si la satisfacción tiene carácter punitivo o retributivo, o un carácter compensatorio. Consideran que la satisfacción es meramente reparatoria (en el sentido de que ninguna consecuencia debe ir más lejos de lo que en derecho interno suele establecerse como consecuencia de un acto ilícito civil), Ripert²⁵⁷, Bissonnette²⁵⁸, Cheng²⁵⁹ y Jiménez de Arécha-

²⁵³ Sostiene la opinión contraria Ch. Dominicé, «La satisfaction en droit des gens», *Mélanges Georges Perrin*, Lausana, Payot, 1984, que niega que el derecho internacional contemporáneo establezca la obligación de manifestar pesar por lo ocurrido, castigar a las personas responsables o dar seguridades contra la repetición (págs. 105 y ss.).

²⁵⁴ Según Anzilotti:

«[...] nada impide, y hay de ello diversos ejemplos, que la satisfacción consista en el pago de una suma de dinero que no tienda a reparar un daño material efectivamente sufrido, sino que represente un sacrificio que simbolice la expiación del acto ilícito cometido.» (*Cours*, pág. 524.)

Mencionan asimismo la satisfacción pecuniaria Eagleton, *op. cit.*, pág. 189; Sereni, *op. cit.*, pág. 1552; Morelli, *op. cit.*, pág. 358; Przetacznik, *loc. cit.*, págs. 958 y ss.; Giuliano, *op. cit.*, pág. 593; Rousseau, *op. cit.*, pág. 220; Gray, *op. cit.*, pág. 42; Bissonnette (*op. cit.*, págs. 127 y ss.), que cree firmemente en una concepción reparatoria (en el sentido del derecho de inspiración romanista) de la satisfacción, se opone en cambio a reconocer esta forma de satisfacción porque, en la mayoría de los casos, tendría carácter punitivo. Con respecto a la construcción teórica de Bissonnette, Gray dice:

«Según Bissonnette [...], la función de la satisfacción es reparar el daño moral causado al Estado, pero en lo que se refiere tanto a esta cuestión como a la de la existencia de ese daño Bissonnette desgraciadamente cierra el círculo vicioso de su razonamiento afirmando que existe daño moral cuando la forma de reparación apropiada es la satisfacción [...].» (*Op. cit.*, págs. 41 y 42.)

Schwarzenberger y Dominicé también están en contra de esta idea. Schwarzenberger escribe:

«[...] Como la práctica judicial internacional permite que se otorgue una compensación dineraria por daños distintos de los daños materiales, parece una complicación excesiva e innecesaria distinguirla de la satisfacción pecuniaria. Sea simbólica o excesiva, el otorgamiento de una indemnización de daños y perjuicios es una forma de compensación dineraria [...].» (*Op. cit.*, pág. 658.)

Dominicé, por su parte, dice:

«Si se observa además que los Estados, ni en sus conclusiones ante los tribunales ni, al parecer, en su práctica diplomática, reclaman actualmente una satisfacción pecuniaria, es preciso reconocer que ésta se ha dejado ya de tomar en cuenta.» (*Loc. cit.*, pág. 111.)

²⁵⁵ Morelli, *op. cit.*, pág. 358; Gray, *op. cit.*, pág. 42.

²⁵⁶ Visscher, *op. cit.*, pág. 119; Personnaz, *op. cit.*, págs. 298 y 572; Brownlie, *op. cit.*, pág. 209; Rousseau, *op. cit.*, pág. 220; Graefrath, *loc. cit.*, pág. 86; Gray, *op. cit.*, pág. 42.

²⁵⁷ Según G. Ripert, «Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux», *Recueil des cours...*, 1933-II, París, t. 44:

«En derecho privado, la acción de responsabilidad es una acción de reparación; no tiene ningún carácter penal, ni el derecho civil se ocupa del castigo del culpable. Esta idea debe ser mantenida, incluso en la reparación del daño moral, aun cuando, en este caso, se constate, después de la reparación, un aumento del patrimonio de la víctima. La reparación del daño moral indudablemente tiene un carácter un poco confuso, al recibir la víctima una satisfacción sustitutiva; se trata, sin embargo, de una reparación y no de un castigo.» (Pág. 622.)

²⁵⁸ Según Bissonnette:

«Así pues, nos encontramos ante un modo de reparación distinto de la *restitutio in integrum* y de la indemnización de daños y perjuicios.

ga²⁶⁰. En cambio, Bluntschli²⁶¹, Anzilotti²⁶², Eagleton²⁶³, Lauterpacht²⁶⁴, Personnaz²⁶⁵, García Amador²⁶⁶ y

No puede ser sino un modo de compensación, puesto que la restitución es el único modo directo de reparación. Como la restitución, la satisfacción adopta casi siempre una forma no pecuniaria, pero se distingue de aquélla en que no tiene carácter restitutorio. Por otra parte, a diferencia de la indemnización de daños y perjuicios, no parece que adopte nunca la forma pecuniaria. La doctrina y la práctica han dado siempre a ese modo de reparación el nombre de satisfacción.» (*Op. cit.*, pág. 25.)

²⁵⁹ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, págs. 236 y 237 y nota 14.

²⁶⁰ Según Jiménez de Aréchaga:

«En algunos casos se ha impuesto, bajo la apariencia de compensación, una forma suave de sanción para inducir al gobierno infractor a mejorar su administración de justicia [reclamación Janes (1926), Naciones Unidas, *Recueil*, vol. IV, pág. 89; reclamación Putnam (1927), *ibid.*, pág. 151; reclamación Massey (1927), *ibid.*, pág. 155; asunto Kennedy (1927), *ibid.*, pág. 194]. No obstante, esto no va más allá del concepto ordinario de responsabilidad civil ni implica una responsabilidad penal.

»Por el contrario, la indemnización de daños y perjuicios de carácter punitivo o ejemplar, inspirada por la desaprobación del hecho ilícito y como medida disuasoria o admonitoria del infractor, es incompatible con la idea básica en que se funda la obligación de reparar [...].» (*Loc. cit.*, pág. 571.)

²⁶¹ Según Bluntschli:

«La violación del derecho de un Estado extranjero es más grave que la no ejecución de las obligaciones contraídas para con él, y puede ser comparada a los delitos en derecho penal. Mas como en derecho internacional no existe una jurisdicción penal, es forzoso dejar a cada Estado el cuidado de fijar las condiciones en que se dará por satisfecho. El derecho internacional se encuentra hoy en día en el punto a que había llegado el derecho penal bajo los reyes francos, cuando el ciudadano perjudicado decidía él mismo la expiación a que debía someterse el culpable si quería sustraerse a la venganza de la familia de la víctima.» (*Op. cit.*, pág. 265, comentario al art. 464.)

²⁶² Véase la opinión de Anzilotti, citada en nota 254 *supra*.

²⁶³ Según Eagleton:

«[...] No parece que haya ninguna objeción teórica, siempre que existan normas jurídicas definidas y posibilidad de ejecución por la vía judicial, a la imposición de penas por el derecho internacional. El Sr. Hyde habla del "valor de la reparación ejemplar como disuasión de un comportamiento por lo demás previsible"; y por poco satisfactorio que sea actualmente tal procedimiento, el derecho internacional tiene mucha necesidad de esas sanciones. Ya no se puede sostener que el Estado soberano está por encima de la ley y no parece que haya ninguna razón por la que no deba ser castigado por su conducta culpable, de conformidad con las normas y con las limitaciones adecuadas.» (*Op. cit.*, págs. 190 y 191.)

* C. C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in the United States*, Boston, 1922, vol. I, págs. 515 y 516.

²⁶⁴ H. Lauterpacht, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours...*, 1937-IV, París, 1938, t. 62:

«[...] la violación del derecho internacional puede ser tal que requiera, en interés de la justicia, una expresión de desaprobación que rebasa la reparación material. Limitar la responsabilidad en el interior del Estado a la *restitutio in integrum* supondría abolir el derecho penal y una parte importante de la ley en materia de responsabilidad extracontractual (*tort*). Abolir esos aspectos de la responsabilidad entre los Estados equivaldría a adoptar, en razón de su soberanía, un principio que repugna a la justicia y que lleva en sí una incitación a la ilegalidad [...].» (Pág. 350.)

²⁶⁵ Según Personnaz:

«Téngase presente, ante todo, que puesto que se trata de una responsabilidad complementaria de la responsabilidad civil la sanción penal se concebirá de la misma forma que la reparación, y que lo que la distinguirá es un elemento material o incluso intencional. La indemnización llevará aparejado, no sólo un elemento reparador, que se graduará según el daño sufrido por el Estado —o el particular lesionado—, sino también un factor penal que se sobreañadirá a aquél. De suerte que, en caso de indemnización pecuniaria, una parte de la indemnización co-

(Continuación en la página siguiente.)

Morelli²⁶⁷ parecen reconocer que la satisfacción (junto con la indemnización punitiva) tiene carácter retributivo. Recientemente, niega tal carácter —así como la autonomía de este remedio jurídico— Dominicé, quien estima que la satisfacción es una forma de reparación que no puede distinguirse de la *restitutio in integrum* ni la indemnización pecuniaria. Ello es así porque la lesión jurídica —como objeto de la satisfacción— sería inseparable, en su opinión (si el Relator Especial ha entendido correctamente), de las demás consecuencias del hecho internacionalmente ilícito²⁶⁸.

109. Relacionada con la idea de la naturaleza retributiva o punitiva de la satisfacción está la idea de que ésta debería ser proporcionada a la gravedad de la infracción o al grado de culpa del Estado responsable. Así lo señalan Bluntschli²⁶⁹, Anzilotti²⁷⁰, Personnaz²⁷¹, Sereni²⁷² y Przetacznik²⁷³.

(Continuación de la nota 265.)

responderá a la reparación del perjuicio material o moral efectivamente sufrido por el Estado y otra parte a la sanción por la violación particularmente grave del derecho internacional que haya requerido tal reparación.

»Es necesario, pues, examinar cuál ha sido, en un caso determinado, la extensión del perjuicio, lo que permitirá determinar la parte de la reparación que le corresponde; el excedente de la indemnización representará la parte correspondiente a la sanción penal y el grado de ésta consistirá en la diferencia entre la indemnización total y la reparación del perjuicio efectivo.» (*Op. cit.*, págs. 317 y 318.)

²⁶⁶ Según García Amador:

«[...] Pero en las demás hipótesis, las medidas de satisfacción son objeto de una vasta publicidad, a fin de que llenen el doble propósito a que verdaderamente obedecen; esto es, el de "satisfacer" el honor y la dignidad de un Estado y el de "sancionar" el hecho que se imputa a otro. En este segundo propósito radica la última de las características de la satisfacción que deseamos destacar. Se trata, en efecto, de una institución esencialmente penal.» (Documento A/CN.4/134 y Add.1, párr. 76.)

²⁶⁷ Morelli, *op. cit.*, pág. 358.

²⁶⁸ Según Dominicé:

«[...] La primera conclusión que se desprende de este estudio es que no existe, en derecho internacional, un modo de reparación, en el sentido estricto del término, llamado satisfacción y que se situaría, con la *restitutio in integrum* y el abono de daños y perjuicios, entre las diversas formas que reviste la obligación de reparar. Esta, entendida como obligación bilateral —y tal es la reparación *stricto sensu*—, sólo comprende modalidades de carácter material.

»[...] Opinamos, por nuestra parte, que la verdadera razón estriba en que el daño moral del Estado no es indispensable, se confunde con el hecho ilícito y es indiscernible, a diferencia del perjuicio moral sufrido por el individuo, que aparece netamente en ciertas circunstancias y puede ser objeto, mal que bien, de una compensación dineraria.» (*Loc. cit.*, pág. 118.)

²⁶⁹ Según Bluntschli:

«La naturaleza y el alcance del resarcimiento, la satisfacción o el castigo se determinan según la naturaleza y la gravedad de la infracción. Cuanto más grande sea el crimen, mayores serán sus consecuencias. Existe cierta proporción entre la pena y la culpabilidad. Unas pretensiones exageradas constituyen una violación del derecho.» (*Op. cit.*, pág. 250, art. 469.)

²⁷⁰ Según Anzilotti:

«La elección de una o varias formas de satisfacción depende de la voluntad de las partes que, naturalmente, tendrán en cuenta la naturaleza y la gravedad del hecho; no existen reglas fijas a este respecto. Conviene solamente señalar que, en la determinación del modo de satisfacción, las partes no pueden dejar de tener en cuenta los elementos morales, como, por ejemplo, la simpatía o antipatía manifestada por la población a los autores del delito, la actitud de la prensa, los precedentes, la propaganda hecha en el país, etc. No se trata de dolo o culpa como elementos del acto ilícito; se trata de circunstancias extrínsecas determinantes de la gravedad política del hecho, que no pueden por menos de ser tomadas en consideración para que la satisfacción sea adecuada al fin a que tiende [...].» (*Cours*, págs. 524 y 525.)

tacznik²⁷³. Pero Reitzer plantea objeciones, cuando dice:

[...] Prescindiendo de si la transposición del concepto de culpabilidad psicológica a la esfera del derecho internacional es muy acertada, el problema de la gravedad de la culpa es excesivamente huido y deja amplio margen a todo género de interpretaciones²⁷⁴.

110. También se ha planteado en la doctrina la cuestión de si el Estado perjudicado tendría la posibilidad de elegir la forma de satisfacción²⁷⁵. Esto plantea además la cuestión de las limitaciones a que debería estar sujeta tal elección para impedir los abusos²⁷⁶. Varios autores subrayan que la práctica demuestra que los Estados poderosos tienden a formular demandas incompatibles con la dignidad del Estado autor de la infracción y con el principio de igualdad²⁷⁷.

²⁷¹ Según Personnaz:

«[...] El carácter manifiestamente lesivo o grave del acto ilícito justificaría una agravación de la responsabilidad existente, que se traduciría por un aumento de la indemnización o por medidas especiales de satisfacción [...].» (*Op. cit.*, pág. 302.)

²⁷² Según Sereni:

«La culpa o el dolo, aun cuando no son elementos constitutivos de lo ilícito, se toman en consideración a efectos de la determinación de la eventual obligación de satisfacción y del tipo de satisfacción debida [...].» (*Op. cit.*, pág. 1554.)

²⁷³ Según Przetacznik:

«La satisfacción presenta ciertas características que le son propias. A causa del carácter mismo del perjuicio moral y político, cuyo contenido es variable e impreciso, se evalúa ante todo en función del acto ilícito imputable al Estado e incluso de las circunstancias que determinan el grado de gravedad de tal acto [...].» (*Loc. cit.*, pág. 944.)

²⁷⁴ Reitzer (*op. cit.*, págs. 117 y 118).

²⁷⁵ Reitzer, *op. cit.*, pág. 134 y nota 61.

²⁷⁶ Según Graefrath:

«En realidad, la satisfacción ha sido utilizada a menudo por las Potencias europeas como pretexto para la intervención. Por eso Tammes hablaba de un "procedimiento medieval que se está volviendo cada vez más obsoleto" y de la "devaluación del concepto mismo de "satisfacción", por ser un acto unilateral de las Potencias imperialistas para humillar a los débiles"*.

»El uso abusivo de la satisfacción para la represión y humillación de pueblos enteros es típico de la época del imperialismo. Las formas anacrónicas de homenaje a las enseñas y emblemas del Estado que aparecen en los manuales difícilmente corresponden al estilo actual de las relaciones internacionales. Estamos de acuerdo con Tammes cuando escribe que las exigencias de satisfacción "ofrecían a menudo el aspecto de la histeria fingida [...] y su único propósito era conseguir una humillación duradera"*.» (*Loc. cit.*, pág. 85.)

Personnaz (*op. cit.*, pág. 289) y García Amador (documento A/CN.4/134 y Add.1, párr. 75) también hablan del abuso de la satisfacción.

* A. J. P. Tammes. «Means of redress in the general international law of peace». *Essays on the Development of the International Legal Order*. Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, págs. 7 y 8.

²⁷⁷ Bluntschli escribe:

«El Estado cuyo honor o dignidad han sido ofendidos no pueden exigir nada que sea incompatible con la dignidad y la independencia del Estado al que demanda satisfacción.» (Art. 470.)

Y acompaña este artículo del comentario siguiente:

«1. Cuanto más se desarrolla el sentimiento del honor en el mundo civilizado, más miramientos hay que tener y con más tacto hay que obrar también en la aplicación de la regla anteriormente mencionada. La prudencia lo impone cuando se está ante un Estado poderoso. Con respecto a los Estados débiles se formulan más fácilmente pretensiones exageradas. Sin embargo, ningún Estado puede sufrir humillación sin poner en peligro su existencia misma, ya que el Estado es la personificación del derecho y el honor de un pueblo. El derecho internacional, destinado a proteger la existencia y la seguridad de los Estados, no puede tolerar semejantes afrentas. Si un Estado no merece más ser tratado como persona honorable, más vale negarse enseguida a reconocer su existencia.» (*Op. cit.*, págs. 268 y 269.)

B.— La satisfacción en la jurisprudencia internacional

111. A juicio del Relator Especial, el estudio de la jurisprudencia internacional relativa a la satisfacción debe girar en torno a los asuntos en que se ha tomado en consideración esa forma de reparación en cualquiera de sus diversas modalidades como remedio específico del daño moral, político o jurídico sufrido por el Estado ofendido. Hay que dejar de lado, pues, por los motivos expuestos (párr. 17 *supra*), los casos en que la satisfacción se consideró como una forma de indemnización pecuniaria (a favor de particulares o a favor del Estado mismo) por daños materiales o morales ordinarios. Como se señaló entonces, el término «satisfacción» se emplea en estos casos en su sentido puramente etimológico. Como tal, es sinónimo de reparación en sentido amplio o de reparación por equivalencia. No designa el remedio jurídico específico que aquí se trata.

112. Si se limita el estudio a los asuntos en que la satisfacción se ha considerado en su función específica, la jurisprudencia internacional pertinente (distinta de la práctica diplomática) no parece muy abundante. Es, con todo, considerable y de más importancia que lo que puede parecer a primera vista.

113. La falta de competencia parece haber sido la razón principal, si no la única, de la decisión negativa en lo que concierne a la satisfacción (en forma de indemnización de daños o perjuicios de carácter punitivo) dictada en los asuntos *Miliani*²⁷⁸, *Stevenson*²⁷⁹, en los asuntos del «*Carthage*» y el «*Manouba*»²⁸⁰ y en el asunto de la *Res-*

*ponsabilidad de Alemania por actos cometidos después del 31 de julio de 1914 y antes de que Portugal participara en la guerra*²⁸¹. No obstante, en los asuntos del «*Carthage*» y el «*Manouba*» se otorgó satisfacción, como se señala en el extracto de la decisión citada en la nota 280, en forma de una declaración del tribunal por la que se proclamaba la ilicitud de la acción del Estado autor.

114. Más complejo es el conocido asunto del «*Lusitania*», en el que el superárbitro Parker trató fundamentalmente de limitar su cometido al otorgamiento de una indemnización de los daños materiales y morales a título puramente compensatorio. A tal efecto declaró:

[...] La superposición de una pena además del resarcimiento íntegro, y su designación con el nombre de indemnización de daños y perjuicios, junto con los calificativos de «ejemplar, vindicativa o punitiva», representa una inútil confusión terminológica que lleva inevitablemente a la confusión de las ideas [...]»²⁸².

Al mismo tiempo, lejos de negar el papel de la satisfacción como remedio retributivo, reconoció que ese papel era propio de la satisfacción. Tal es el sentido que el Relator Especial cree que cabe atribuir a la afirmación siguiente:

[...] Entre naciones sobcranas, la cuestión del derecho y la potestad de imponer penas, de extensión ilimitada, es de naturaleza más política que jurídica, y, por lo tanto, no cabe dentro de la esfera de competencia de esta Comisión»²⁸³.

Naturalmente, Parker calificó de cuestión más «política» que «jurídica» la imposición de penas. No obstante, el Relator Especial estima justificado presumir que utilizó esos dos términos —tal vez sin demasiada exactitud— para distinguir las relaciones directas entre Estados, por una parte, y su función de árbitro, por otra. Al decir que imponer penas a los Estados es una cuestión de naturaleza política probablemente quiso dar a entender que se trataba de una cuestión que los Estados debían resolver en el plano de las relaciones diplomáticas ordinarias. Al negar la naturaleza jurídica de esa función, quiso decir probablemente que no era materia de arbitraje y «por lo tanto,

Los mismos requisitos figuran en el párrafo 1 del artículo 27 del anteproyecto revisado sobre la responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, presentado por F. V. García Amador en su sexto informe (véase nota 357 *infra*). Przetacznik comparte esta opinión (*loc. cit.*, págs. 672 y 673).

²⁷⁸ En este asunto, llevado ante la Comisión Mixta de Reclamaciones italo-venezolana, el superárbitro dijo:

«[...] Es suficiente señalar que no todos los argumentos a favor o en contra de una reclamación que despiertan el interés del departamento de exteriores de un Estado están forzosamente en su lugar ante una comisión internacional. Por ejemplo, una comisión internacional, salvo que se le haya dado ese mandato específico, raramente tasarán en dinero un ultraje a la bandera, como quizás hagan los diplomáticos [...]» (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. X, párr. 591.)

²⁷⁹ El superárbitro de la Comisión Mixta de Reclamaciones anglo-venezolana expresó la siguiente opinión:

«De ordinario, las naciones no consienten en que un tercero tase en dinero el ultraje hecho a su bandera o a ellas mismas.

»Tales valores suelen ser fijados por el ofensor y proclamados soberanamente por éste; por lo general tienen carácter exclusivamente punitivo, y no de reparación, no compensatorio.

»Es uno de los preciados atributos de la soberanía que no someterá normalmente ni de buena gana a arbitraje ni decisión judicial. He ahí una razón, cuando no la única, por la que estas cuestiones no se someten normalmente, por no decir nunca, a arbitraje.» (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. IX, párr. 506.)

²⁸⁰ En el asunto «*Manouba*» (véase nota 26 *supra*), el tribunal arbitral declaró:

«[...]»

»Considerando que el apresamiento tampoco podría ser legitimado por la regularidad, relativa o absoluta, de estas últimas fases consideradas separadamente.

»En cuanto a la pretensión por la que se solicita la condena del Gobierno Real Italiano al pago en concepto de daños y perjuicios:

»1.º de la suma de un franco por el atentado cometido contra el pabellón francés;

»2.º de la suma de cien mil francos a título de reparación del perjuicio moral y político resultante de la inobservancia del derecho inter-

nacional general y de los convenios reciprocamente obligatorios tanto para Italia como para Francia.

»Y en cuanto a la pretensión por la que se solicita la condena del Gobierno de la República Francesa al pago de la suma de cien mil francos a título de sanción y de reparación del perjuicio material y moral resultante de la violación del derecho internacional, en particular en lo que concierne al derecho que asiste al beligerante de verificar la calidad de individuos sospechosos de ser militares enemigos, descubiertos a bordo de buques mercantes neutrales.

»Considerando que, en caso de que una Potencia haya dejado de cumplir sus obligaciones, bien generales, bien especiales, para con otra Potencia, la constatación de este hecho, sobre todo en un laudo arbitral, constituye ya de por sí una seria sanción:

»que esta sanción se refuerza, llegado el caso, mediante el pago de una indemnización de daños y perjuicios por las pérdidas materiales:

»[...]»

»que, de manera general, la introducción de otra sanción pecuniaria parece superflua y exceder a los fines de la jurisdicción internacional.

»Considerando que, en virtud de lo que antecede, las circunstancias de la presente causa no pueden justificar tal sanción suplementaria, y que, sin otro examen, no ha lugar, pues, a estimar las pretensiones antes mencionadas.

»[...]» (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. XI, pág. 475.)

En el asunto del «*Carthage*» (véase nota 26 *supra*), el mismo tribunal dictó un fallo casi idéntico (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. XI, págs. 460 y 461).

²⁸¹ La decisión del tribunal arbitral sobre la «indemnización especial reclamada a título de sanción» por Portugal se cita en la nota 42 *supra*.

²⁸² Naciones Unidas, *Recueil*, vol. VII, pág. 39.

²⁸³ *Ibid.*, pág. 43.

no cae dentro de la esfera de competencia de esta Comisión». Basándose en esa distinción, llegó a la conclusión de que la imposición de penas (es decir, la satisfacción en forma de indemnización punitiva) habría excedido a las atribuciones de la Comisión Mixta de Reclamaciones germano-estadounidense. La observación del superárbitro Parker no carece probablemente de importancia, a juicio del Relator Especial, en lo que se refiere a las conclusiones que hay que deducir del análisis comparativo de la práctica jurisprudencial y diplomática²⁸⁴.

115. Entre los asuntos en que se otorgaron una o varias formas de satisfacción, el ejemplo más famoso es el del «*I'm Alone*» (buque canadiense de propiedad de nacionales de los Estados Unidos de América hundido por el Servicio de Guardacostas de este último país²⁸⁵). Los Comisarios decidieron no otorgar ninguna indemnización por la pérdida del buque, pero añadieron:

No obstante, el acto del hundimiento del buque, por funcionarios del Servicio de Guardacostas de los Estados Unidos era, como se ha indicado, un acto ilegal; y los Comisarios estiman que los Estados Unidos deben reconocer formalmente su ilegalidad y ofrecer disculpas por ello al Gobierno canadiense de Su Majestad; y, asimismo que, como reparación material por ese acto ilícito, los Estados Unidos deben pagar al Gobierno canadiense de Su Majestad la suma de 25.000 dólares; y así lo recomiendan²⁸⁶.

En este asunto se concedió satisfacción en la doble forma de excusas y de indemnización pecuniaria. Otro ejemplo es el asunto *Moke*, en el que la Comisión Mixta de Reclamaciones estadounidense-mexicana otorgó una indemnización de carácter punitivo a fin de condenar el empleo de la fuerza contra particulares para inducirlos a conceder préstamos. La forma elegida fue la concesión de una indemnización dirigida a condenar esa práctica ilegal²⁸⁷. Otro caso es el del asunto *Arends*, en el que se condenó a Venezuela a pagar una pequeña suma por una presunta pérdida de escasa cuantía. El superárbitro de la Comisión Mixta de Reclamaciones neerlandés-venezolana indicó explícitamente que en este asunto la satisfacción consistía en la manifestación de pesar efectuada mediante el pago de la suma de 100 dólares²⁸⁸. Además del asunto del «*I'm*

Alone» y del asunto *Arends* se ha otorgado satisfacción en forma de manifestaciones de pesar en el asunto *Kellett*. Se trataba en este caso de un Vicecónsul de los Estados Unidos que había sido objeto de hostigamiento por parte de soldados siameses. La Comisión Arbitral resolvió lo siguiente: «El Gobierno de Su Majestad Siamesa manifestará oficialmente su pesar al Gobierno de los Estados Unidos [...]»²⁸⁹.

116. Otros ejemplos de satisfacción pecuniaria son el asunto *Brower* y el asunto de la *Concession des phares de l'Empire ottoman*. El asunto *Brower*²⁹⁰ trataba de un nacional de los Estados Unidos que había comprado seis pequeñas islas del archipiélago de Fiji. Por no haber reconocido los derechos de Brower cuando adquirió la soberanía sobre las islas Fiji, el Reino Unido fue condenado al pago de un chelín. El tribunal arbitral anglo-estadounidense, refiriéndose a un informe del Ministro de Colonias británico, según el cual

se trata de seis pequeñas islas del grupo Ringgold. Son simples islotes en los que crecen algunos cocoteros. Están situados en un lugar remoto de la Colonia, a una distancia de Suva de 180 millas, aproximadamente. Si se sacaran a pública subasta, es dudoso que se presentase alguna proposición.

decidió como sigue:

Por eso entendemos que, no obstante nuestra conclusión en cuanto al principio de responsabilidad, los Estados Unidos deben conformarse con el otorgamiento de una indemnización nominal.

Por todo ello, el Tribunal falla que el Gobierno británico pagará a los Estados Unidos la suma nominal de un chelín²⁹¹.

En el asunto de la *Concession des phares de l'Empire ottoman*²⁹², la Corte Permanente de Arbitraje, en su decisión sobre una de las reclamaciones de Francia contra Grecia, dijo:

El tribunal considera suficientemente probado el fundamento de esta reclamación, de suerte que se trata sólo de fijar el importe del daño sufrido por ese concepto por la Sociedad. Ante la inconsistencia de la reclamación francesa, que, tras haber fijado en 10.000 francos Poincaré el importe del perjuicio, ha declarado posteriormente no poder tasarlo, el Tribunal, aun reconociendo en principio que la demanda es fundada, sólo puede conceder una indemnización simbólica de un franco²⁹³.

117. Como se ha indicado (párr. 107 *supra*), otro modo de satisfacción es el reconocimiento formal de la ilicitud del comportamiento del Estado autor. Ejemplos importantes son los ya citados asuntos del «*Carthage*» y el «*Manouba*». En el laudo dictado en el asunto del «*Manouba*», el tribunal arbitral consideró que

[...] en caso de que una Potencia haya dejado de cumplir sus obligaciones, bien generales, bien especiales, para con otra Potencia, la constatación de este hecho, sobre todo en un laudo arbitral, constituye ya de por sí una seria sanción²⁹⁴.

misión de una indemnización en favor del reclamante suficiente para reparar íntegramente el retraso ilegal.

»En opinión del superárbitro esta cantidad puede cifrarse en la suma de 100 dólares en moneda de oro de los Estados Unidos de América, o su equivalente en plata, al tipo de cambio vigente en el momento del pago, y se autoriza a que se registre el fallo por esa cuantía.» (*Ibid.*, pág. 730.)

²⁸⁹ Decisión de 20 de septiembre de 1897 (Estados Unidos c. Siam) (Moore, vol. II, págs. 1862 y ss., particularmente pág. 1864).

²⁹⁰ Decisión de 14 de noviembre de 1923 (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. VI, págs. 190 y ss.).

²⁹¹ *Ibid.*, pág. 112.

²⁹² Véase nota 156 *supra*.

²⁹³ Naciones Unidas, *Recueil*, vol. XII, pág. 216.

²⁹⁴ Véase nota 280 *supra*.

²⁸⁴ Véase nota 346 *infra*.

²⁸⁵ Decisiones de 30 de junio de 1933 y de 5 de enero de 1935 (Canadá c. Estados Unidos de América) (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. III, págs. 1609 y ss.).

²⁸⁶ *Ibid.*, pág. 1618.

²⁸⁷ Decisión de 16 de agosto de 1871 (Moore, vol. IV, pág. 3411). La Comisión declaró:

«Los préstamos forzosos son ilegales; la prisión sólo duró un día y no irrogó efectivamente daños al reclamante ni a su patrimonio; pero queremos condenar la práctica de los préstamos forzosos impuestos por la autoridad militar, y opinamos que una indemnización de 500 dólares por veinticuatro horas de prisión será suficiente. [...] no podemos por menos de condenar firmemente esa manera arbitraria, ilegal e injusta de proveer a las necesidades del ejército. De ser necesarias en tales casos indemnizaciones de mayor cuantía para justificar el derecho de los individuos a no ser objeto de tales abusos, sin duda nos sentiríamos obligados a concederlas [...]» (*Ibid.*)

²⁸⁸ Naciones Unidas, *Recueil*, vol. X, págs. 729 y 730. El superárbitro F. Plumley, en particular, manifestó:

«[...] Los daños resultantes de la inmovilización de este buque son forzosamente pequeños, pero el superárbitro entiende que el gobierno demandado está dispuesto a reconocer su responsabilidad por el desafortunado acto de sus funcionarios en tales circunstancias y a expresar al Estado soberano y hermano, al que le unen lazos de amistad y comercio, su pesar por tales actos del único modo en que es posible ahora hacerlo, esto es, mediante el otorgamiento por intervención de esta Co-

En el asunto del «*Carthage*» se emplearon términos idénticos. Evidentemente, la palabra «sanción» debe considerarse equivalente de satisfacción, especialmente en sus aspectos que parecen tener carácter punitivo. Aún más significativo, en el mismo sentido, es el fallo dictado por la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú* (fondo). En respuesta a la pregunta:

Según el derecho internacional, ¿ha violado el Reino Unido la soberanía de la República Popular en Albania por razón de los actos de la marina de guerra británica en aguas albanesas el 22 de octubre y el 12 y el 13 de noviembre de 1946, y ha lugar a dar satisfacción?²⁹⁵,

la Corte falló

[...] que, por razón de los actos de su marina de guerra en las aguas albanesas durante la operación del 12 y el 13 de noviembre de 1946, el Reino Unido ha violado la soberanía de la República Popular de Albania, y que esta constatación por la Corte constituye de por sí una satisfacción apropiada²⁹⁶.

118. En conclusión, dos tipos de decisiones parecen pertinentes desde el punto de vista de la admisibilidad de la satisfacción en una o varias de sus formas:

a) Aquellas en que un Tribunal arbitral denegó la satisfacción principalmente por falta de competencia, cuando no por este único motivo (véanse párrs. 113 y 114 *supra*).

b) Aquellas en que se otorgó satisfacción en una o varias de sus formas (véanse párrs. 115 a 117 *supra*).

C.—La satisfacción en la práctica diplomática

119. En comparación con la jurisprudencia, la práctica diplomática ofrece en esta esfera datos más abundantes. Quizá sea útil, a efectos del análisis, dividir el estudio de esos datos en dos períodos: desde alrededor de 1850 hasta la segunda guerra mundial y desde 1945 hasta la actualidad.

1. LA PRÁCTICA DIPLOMÁTICA ANTES DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

120. Durante el período anterior a la segunda guerra mundial, las demandas de satisfacción no tenían siempre por único objeto obtener la reparación de un daño moral. En varios asuntos queda puesto de manifiesto que las demandas de satisfacción se formularon con el propósito adicional de ejercer presiones políticas sobre un Estado más débil y, acaso, obtener «ventajas» para el Estado más poderoso. En la práctica posterior a la segunda guerra mundial, en cambio, las demandas de satisfacción no parecen presentar tales aspectos «inútiles». Como en los asuntos sometidos a arbitraje, que se han examinado en la sección precedente, se exige a menudo y a veces se obtiene más de una forma de satisfacción.

121. La práctica diplomática anterior a la segunda guerra mundial comprende en primer lugar casos de satisfacción por la violación de los símbolos del Estado, como la enseña nacional²⁹⁷. Una forma de satisfacción típica en

esos casos consiste en una ceremonia en la que el Estado ofensor rinde saludo a la bandera del Estado ofendido. Son ejemplos de ello el asunto *Magee*²⁹⁸, el asunto «*Petit Vaisseau*»²⁹⁹ y el ultraje a la bandera francesa, en Berlín en 1920³⁰⁰.

122. Los insultos, malos tratos o ataques contra jefes de Estado o de gobierno o contra representantes diplomáticos o consulares en el extranjero solían dar pie a demandas de satisfacción del Estado ofendido. A raíz del insulto inferido al cónsul italiano en Casablanca por un empleado marroquí en junio de 1865, el cónsul general italiano en Tánger informó a su Ministro de Relaciones Exteriores de que había exigido al gobierno marroquí una «satisfacción ostensible», que aparentemente obtuvo³⁰¹. Italia también formuló una demanda de satisfacción cuando el Encargado de Negocios italiano en Caracas fue maltratado físicamente por un oficial. El oficial responsable fue detenido inmediatamente, condenado a tres años de prisión y de-

bordo de un buque fondeado en un puerto tunecino y, tras ser maltratado por un funcionario local, fue detenido. A raíz de ese hecho, el Cónsul General italiano en Túnez pidió satisfacción por ultraje a la bandera italiana (*Prassi italiana*, 1.ª serie, vol. II, N.º 1012). Véase un ejemplo análogo en el incidente ocurrido en Alejandría en 1865 entre marineros italianos en uniforme y la policía egipcia (*ibid.*, N.º 1013).

²⁹⁸ «Cuando, el 24 de abril de 1874, John Magee, Vicecónsul británico en San José, Guatemala, fue detenido y azotado por orden del comandante del Puerto de San José, perdonándosele la vida sólo a condición de que pagara una suma de dinero, el Gobierno de Guatemala actuó prontamente —nada más ser informado del asunto— para lograr la detención y el castigo de los agresores. El Gobierno envió a San José un destacamento para proceder a la detención de las personas implicadas y se tomaron precauciones para impedir su huida.

»El ultraje dio lugar a una activa correspondencia entre el Encargado de Negocios británico y el Gobierno de Guatemala, y el 1.º de mayo de 1874 el Ministro de Relaciones Exteriores de Guatemala y el Encargado de Negocios británico firmaron un protocolo de conferencia que contenía: 1) una reiteración de las promesas de procesar a los culpables, como se había ordenado ya, y el Encargado de Negocios británico «se declaró satisfecho de esta decisión del Gobierno»; 2) el acuerdo del Gobierno guatemalteco en ordenar un saludo de 21 cañonazos a la bandera británica «como prueba del hondo pesar que le había causado el ultraje»; 3) la petición de «una indemnización por el ultraje inferido al Vicecónsul Magee por el comandante González».» (Whiteman, *Damages*, vol. I, pág. 64.)

²⁹⁹ En 1863, funcionarios de la aduana de Río de Janeiro, por cuenta propia, bajaron la bandera del buque italiano *Petit Vaisseau*, sometido a embargo. A título de reparación, el capitán del puerto rindió público homenaje al pabellón italiano y denunció la acción de los responsables, que fueron severamente amonestados (*Prassi italiana*, 1.ª serie, vol. II, N.º 1010). Se produjo un incidente a raíz de la respuesta, por demás descortés, del sultán de Zanzibar a una carta de felicitación que le había enviado el rey de Italia con motivo de su ascenso al trono. Después de largas negociaciones, el sultán presentó sus excusas por escrito y ordenó el saludo a la bandera italiana (*ibid.*, 2.ª serie, vol. III, N.º 2564).

³⁰⁰ «El 14 de julio de 1920, la bandera francesa, que ondeaba en la Embajada de Francia en Berlín, fue arrancada por una turba. A título de reparación, Alemania ofreció una importante recompensa por la detención del individuo culpable de arrancar la bandera, y lo castigó conforme a la ley. Además, se presentaron normalmente disculpas a la Embajada, se destituyó a los funcionarios de policía responsables y se restituyó la bandera con honores militares rendidos por un destacamento de 150 soldados. Los franceses estaban descontentos porque las tropas no vestían uniforme de gala y porque cantaron el «Deutschland über alles» al retirarse; y se ofrecieron disculpas por ello, con la explicación de que era financieramente imposible proporcionar uniformes de gala.» (Eagleton, *op. cit.*, págs. 186 y 187.)

Véase también «Chronique», RGDIP, t. 27, 1920, págs. 358 y ss.

³⁰¹ La satisfacción exigida por el Estado perjudicado y prometida por el ofensor consistía en la detención del empleado marroquí y sus disculpas ante todos los que habían sido testigos del episodio. (*Prassi italiana*, 1.ª serie, vol. II, N.º 1014.)

²⁹⁵ *C.I.J. Recueil*, 1949, pág. 12.

²⁹⁶ *Ibid.*, pág. 36. Por el contrario, la Corte estimó, por 14 votos contra 2, que los actos realizados por la marina de guerra británica el 22 de octubre de 1946 no habían violado la soberanía de Albania.

²⁹⁷ En algunos casos se consideró que se había ultrajado la bandera nacional aunque en realidad no se hubiera ocasionado a ésta ningún daño material. Por ejemplo, en 1864, un marinero italiano fue perseguido a

gradado. Manifestaron su pesar por lo ocurrido el Presidente de la República de Venezuela y el Ministro de Relaciones Exteriores, y se organizó una ceremonia en honor de la Legación italiana³⁰². Un suceso similar ocurrió en 1896, cuando el cónsul general italiano en Sofía fue conducido por la fuerza a una comisaría de policía por dos agentes de la policía³⁰³. En 1887, a causa de los malos tratos sufridos por el funcionario consular italiano en Hodeida (Turquía) a manos del Jefe Adjunto de Aduanas de esa ciudad, el gobierno italiano amenazó primero con un bombardeo naval y aceptó después, en vez de ello, que el Gobernador de Hodeida rindiera una visita oficial al consulado italiano de la ciudad para presentar disculpas³⁰⁴. En 1893, después de haber sido atacado por soldados brasileños, a su regreso de una visita a un buque de guerra italiano, el vicecónsul italiano en Río pidió y obtuvo satisfacción en forma de una declaración deplorando los hechos, el castigo de los responsables y una indemnización por la muerte de un marinero italiano en el incidente³⁰⁵. En 1919, a raíz del asesinato del sargento Mannheim, soldado francés de guardia en la embajada francesa en Berlín, Francia obtuvo de Alemania la cantidad de un millón de francos a título de satisfacción más 100.000 francos por la pérdida sufrida por la familia de la víctima³⁰⁶. En 1924, el vicecónsul de los Estados Unidos de América en Teherán, R. W. Imbrie, fue asesinado por la multitud por haber tratado de tomar fotografías de una ceremonia religiosa. El gobierno de Persia presentó sus excusas a los Estados Unidos y pagó la suma de 170.000 dólares a título de indemnización. Por no haber podido ser identificados, no se castigó a los policías que no habían defendido a la víctima³⁰⁷.

123. Como en el caso de las ofensas a los representantes de un Estado, la violación de los locales de embajadas o consulados (y también de la residencia particular de los miembros de misiones diplomáticas extranjeras) ha dado lugar a demandas de satisfacción. Por ejemplo, cuando en 1851 el Consulado español de Nueva Orleans fue atacado por manifestantes, el Secretario de Estado de los Estados Unidos Webster reconoció que España tenía derecho al

pago de una indemnización especial³⁰⁸. A raíz de la violación por dos funcionarios turcos de la residencia del cónsul italiano en Trípoli, en 1883, la demanda italiana de que se ofrecieran disculpas y se castigara a los culpables fue atendida por el Imperio Otomano³⁰⁹. En 1888, a raíz de la fallida tentativa de dos policías egipcios de violar la sede del consulado de Italia en Alejandría, Italia también exigió y obtuvo el castigo de los culpables y disculpas solemnes y públicas del gobernador de Alejandría³¹⁰. En 1892 ocurrió un episodio similar entre Italia y el Imperio Otomano³¹¹.

124. Entre los episodios ocurridos antes de la segunda guerra mundial, dos parecen especialmente significativos. El primero fue consecuencia de la rebelión de los boxers en China, en 1900. Este suceso fue la causa, entre otras cosas, de la muerte del embajador alemán en China, del saqueo de varias legaciones extranjeras, del homicidio del canciller de la Legación japonesa y otros ciudadanos extranjeros, así como de que otros nacionales extranjeros resultaran heridos y de la profanación de cementerios extranjeros. La nota conjunta enviada al gobierno chino por los Estados interesados incluía exigencias sumamente vejatorias, como la negociación de nuevos convenios comerciales más favorables³¹². En el segundo caso, concerniente

³⁰⁸ Moore, *Digest*, vol. VI, págs. 811 y ss., especialmente pág. 812.

³⁰⁹ *Prassi italiana*, 1.ª serie, vol. II, N.º 1018.

³¹⁰ *Ibid.*, 2.ª serie, vol. III, N.º 2558.

³¹¹ *Ibid.*, N.º 2561.

³¹² Según la nota conjunta presentada al gobierno chino el 22 de diciembre de 1900:

«Habiendo China reconocido su responsabilidad, manifestado su pesar y expresado el deseo de hacer que se ponga término a la situación creada por dichos disturbios, las Potencias han decidido acceder a su petición con tal que se cumplan las irrevocables condiciones que se enuncian a continuación, cuya satisfacción se considera indispensable para expiar los crímenes cometidos y evitar su repetición:

- »I. A) El envío a Berlín de una misión extraordinaria, encabezada por un Príncipe imperial, para manifestar el pesar de Su Majestad el Emperador de China y del Gobierno chino por el asesinato de Su Excelencia el Barón Ketteler, Ministro alemán.
- »B) El levantamiento en el lugar en que se cometió el asesinato de un monumento conmemorativo acorde con el rango del difunto, con una inscripción en latín, alemán y chino que manifieste el pesar del Emperador de China por el asesinato.
- »II. A) El castigo más riguroso, proporcionado a sus crímenes, de las personas nombradas en el Decreto Imperial de 25 de septiembre de 1900 y de las que designen posteriormente los representantes de las Potencias.
- »B) La suspensión de todas las inspecciones oficiales durante cinco años en todas las ciudades en que haya habido matanzas de extranjeros o en que éstos hayan sido objeto de tratos crueles.
- »III. El Gobierno chino dará una reparación honorable al Gobierno japonés por el asesinato del Sr. Sugiyama, canciller de la legación japonesa.
- »IV. El Gobierno Imperial Chino levantará un monumento expiatorio en cada uno de los cementerios extranjeros o internacionales que han sido profanados y en los que se han destruido tumbas.
- »V. El mantenimiento, en las condiciones que fijen las Potencias, de la prohibición de la importación de armas y de material utilizado exclusivamente para la fabricación de armas y municiones.
- »VI. A) El pago de indemnizaciones equitativas a los gobiernos, asociaciones, sociedades y particulares, y también a los chinos que durante los recientes sucesos han sufrido en su persona o en sus bienes las consecuencias de estar al servicio de extranjeros.
- »B) China adoptará medidas financieras aceptables para las Potencias a los efectos de garantizar el pago de tales indemnizaciones y los intereses y la amortización de los préstamos.

³⁰² No obstante, el Encargado de Negocios italiano no quedó satisfecho. Pidió que el individuo responsable fuera públicamente degradado y otras formas de satisfacción. Al no obtener esto, interrumpió todas las relaciones oficiales con el Gobierno del país huésped. La gravedad de la situación indujo al Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia a solicitar un dictamen de sus asesores jurídicos. La asesoría sostuvo que "conforme tanto a los principios de derecho internacional como a los precedentes diplomáticos, la reparación que acostumbra darse en casos análogos al presente consiste en el castigo del culpable, en la presentación de excusas por parte del Gobierno ante el que está acreditado el agente diplomático y en garantías para el futuro". Habiéndose castigado después al funcionario responsable y habiendo el Gobierno de Venezuela presentado disculpas públicamente, se puso fin a la suspensión de relaciones diplomáticas. (*Prassi italiana*, 1.ª serie, vol. II, N.º 1017.)

³⁰³ En cuanto fue puesto en libertad, el cónsul exigió que se le presentaran disculpas y el castigo de los agentes. Después de una nota del Ministerio de Relaciones Exteriores búlgaro que lamentaba lo sucedido y daba seguridades de que los agentes responsables serían castigados (que el cónsul no consideró suficiente), el Primer Ministro de Bulgaria presentó disculpas formalmente y tomó disposiciones para el castigo inmediato de los policías. (*Prassi italiana*, 2.ª serie, vol. III, N.º 2563.)

³⁰⁴ *Prassi italiana*, 2.ª serie, vol. III, N.º 2559.

³⁰⁵ *Ibid.*, N.º 2576.

³⁰⁶ P. Fauchille, *Traité de droit international public*, París, 1922, t. I, primera parte, pág. 528.

³⁰⁷ Whiteman, *Damages*, vol. I, págs. 732 y 733.

al homicidio en 1923, cerca de Janina, del general Tellini, representante italiano ante la Comisión internacional encargada por la Conferencia de Embajadores de delimitar la frontera entre Grecia y Albania, Grecia, presunta responsable de esa muerte, tuvo que hacer frente a las exigencias especialmente gravosas de la Conferencia de Embajadores, en particular el pago de 50 millones de liras al gobierno italiano³¹³. En ambos casos, los Estados lesiona-

»VII. El derecho de cada Potencia a mantener una guardia permanente en su legación y a poner a ésta en condiciones de defenderse. Los chinos no tendrán derecho a residir en este barrio.

»El Taku y otros fuertes que impidan la libre comunicación entre Pekín y el mar serán arrasados. [*Este es aparentemente el punto VIII.*]

»IX. El derecho de ocupación militar de determinados puntos, designados de común acuerdo por las Potencias, para mantener abierta la comunicación entre la capital y el mar.

»X. A) El Gobierno chino hará que se fije durante dos años en todas las subprefecturas un decreto imperial que contenga:

»La prohibición perpetua, bajo pena de muerte, de pertenecer a una sociedad antiextranjera.

»La enumeración de los castigos que se infligirán a los culpables, junto con la suspensión de todas las inspecciones oficiales en las ciudades en que haya habido matanza de extranjeros o en que éstos hayan sido objeto de tratos crueles.

»B) Se dictará y publicará en todo el Imperio un decreto imperial por el que se declare que todos los gobernadores generales, gobernadores y funcionarios provinciales o locales serán responsables del orden en su respectiva jurisdicción y que, si se producen nuevos disturbios xenófobos u otras infracciones de los tratados, y éstos no son inmediatamente reprimidos y los culpables castigados, esos funcionarios serán destituidos inmediatamente e inhabilitados para ejercer cargos públicos u obtener honores.

»XI. El gobierno chino se comprometerá a negociar las enmiendas de los tratados de comercio y navegación que juzguen útiles las Potencias, sobre otras materias concernientes a las relaciones comerciales, con objeto de facilitar éstas.

»XII. El Gobierno chino se comprometerá a reformar la Oficina de Relaciones Exteriores y a modificar el ceremonial de la Corte relativo a la recepción de representantes extranjeros en la forma que indiquen las Potencias.» (Moore, *Digest*, vol. V, págs. 515 y 516; reproducida en Eagleton, *op. cit.*, págs. 185 y 186.)

³¹³ La Conferencia de Embajadores demandó las siguientes medidas de reparación a Grecia:

«1) La más alta autoridad militar griega presentará disculpas a los representantes diplomáticos en Atenas de las tres Potencias Aliadas, cuyos delegados son miembros de la Comisión de Límites;

»2) Se celebrará en la Catedral Católica de Atenas un funeral en honor de las víctimas con asistencia de todos los miembros del Gobierno griego;

»3) Buques pertenecientes a las flotas de las tres Potencias Aliadas, con la división naval italiana en cabeza, entrarán en la rada de Faliron después de las ocho de la mañana de las honras fúnebres;

»Una vez fondeados los buques de las tres Potencias en la rada de Faliron, la flota griega rendirá a los pabellones italiano, británico y francés un saludo con salvas de veintiún cañonazos por pabellón;

»El saludo será devuelto con el mismo número de salvas por los buques aliados inmediatamente después de las honras fúnebres, durante las cuales los pabellones de la flota griega y de las tres Potencias aliadas ondearán a media asta;

»4) Una unidad griega con su bandera rendirá honores militares cuando los cuerpos de las víctimas sean embarcados en Preveza;

»5) El Gobierno griego asumirá el compromiso de velar por que los culpables sean descubiertos y castigados ejemplarmente cuanto antes;

»6) Una comisión especial integrada por representantes de Francia, Gran Bretaña, Italia y el Japón, y presidida por el delegado japonés, supervisarà la encuesta e investigación preliminar que realice el Gobierno griego; esa labor debe ser ejecutada a más tardar el 27 de septiembre de 1923;

»La Comisión nombrada por la Conferencia de Embajadores tendrá plenos poderes para participar en la ejecución de esas medidas y exigir a las autoridades griegas que tomen todas las disposiciones necesarias para la investigación preliminar, el interrogatorio de los acusados y la encuesta.

dos parecen haber sacado bastante partido, al enfrentarse con la situación y exigir severas medidas de satisfacción, de su superioridad militar, política y económica³¹⁴.

125. También se han formulado demandas de satisfacción en casos en que las víctimas de un hecho internacionalmente ilícito eran ciudadanos particulares de un Estado. En 1883, de resultas de los malos tratos infligidos a un trabajador italiano por un agente de policía serbio y de las subsiguientes protestas italianas, el Ministro de Relaciones Exteriores serbio presentó disculpas y aseguró al Estado lesionado que el funcionario responsable había sido destituido³¹⁵. Un conocido caso fue el concerniente al linchamiento en 1891 de once italianos encarcelados después del asesinato del jefe de policía de Nueva Orleans, de los cuales tres habían sido absueltos. Los Estados Unidos deploraron el suceso y abonaron a Italia la suma de 125.000 liras para que fueran distribuidas por el gobierno italiano entre las familias de las víctimas³¹⁶. En el asunto relativo al asesinato en 1904 de un misionero estadounidense, el reverendo Labaree, el gobierno persa pagó la suma de 30.000 dólares y castigó a los curdos responsables de esa muerte³¹⁷. En el asunto concerniente a la muerte de un francés cerca de Tánger, en 1906, el gobierno francés tuvo a las autoridades locales por responsables directamente (y al gobierno de Marruecos subsidiariamente) por haber permitido que la región de Tánger quedara sumida en la anarquía total. Tras examinar las circunstancias de la muerte, el gobierno francés formuló una larga lista de exigencias encaminadas a obtener satisfacción³¹⁸. En 1912, tres profesores estadounidenses en China fueron atacados por un grupo de chinos; uno de ellos, B. R. Hicks, fue muerto, y los otros dos, A. N. Sheldon y P. Hofmann, gravemente heridos. El embajador de los Estados Unidos en Pekín solicitó y obtuvo del gobierno chino 50.000 dólares a título de indemnización punitiva³¹⁹. En 1922, los Esta-

»El Gobierno griego garantizará la seguridad de la Comisión en territorio griego. Le dará todas las facilidades que necesite para el desempeño de su cometido y sufragará los gastos que realice.

»La Conferencia de Embajadores invitará enseguida al Gobierno albanés a que tome las medidas necesarias [...]

»7) El Gobierno griego se comprometerá a pagar al Gobierno italiano por el asesinato de su delegado una indemnización cuyo importe total será fijado por la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya, por el procedimiento sumario [...].» (Eagleton, *op. cit.*, págs. 187 y 188.)

Eagleton añadió:

«Para el pago de esta indemnización, se pidió al Gobierno griego que depositara 50 millones de liras italianas como fianza. Basándose en un informe preliminar, de carácter no decisorio, y sin esperar el informe definitivo, la Conferencia de Embajadores "decide que, como pena por ese concepto [negligencia en la persecución de los delincuentes], el Gobierno griego pague al Gobierno italiano la suma de 50 millones de liras italianas".» (*Ibid.*, pág. 188.)

³¹⁴ Según Graefrath:

«El ejemplo clásico de cómo, bajo el disfraz de la satisfacción, se practicaban la humillación y dominación colonial fue el modo de satisfacción aplicado a China después de la rebelión de los boxers. Otro ejemplo de demandas excesivas de satisfacción, cuyo cumplimiento fue impuesto por la fuerza, fueron las exigencias italianas a Grecia con ocasión del asesinato del general Tellini en 1923.» (*Loc. cit.*, pág. 85.)

³¹⁵ *Prassi italiana*, 1.ª serie, vol. II, N.º 1020.

³¹⁶ *Ibid.*, 2.ª serie, vol. III, N.º 2571.

³¹⁷ Whiteman, *Damages*, vol. I, págs. 725 y ss.

³¹⁸ Kiss, *Repertoire*, vol. III, N.º 982.

³¹⁹ G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), 1943, vol. V, pág. 725.

dos Unidos obtuvieron del gobierno chino la adopción de severas medidas a raíz del asesinato del comerciante estadounidense C. Coltman por soldados chinos³²⁰.

126. Conviene señalar otros dos casos importantes durante el período anterior a la segunda guerra mundial. El primero concierne a una acción militar efectuada en territorio búlgaro por Grecia en 1925. El Consejo de la Sociedad de las Naciones, tras considerar a Grecia responsable, decidió que ésta debía pagar una indemnización superior al valor del daño material sufrido por Bulgaria a fin de reparar también el daño moral causado³²¹. El segundo, el incidente de la cañonera *Panay* entre el Japón y los Estados Unidos, es un caso en que se recurrió cumulativamente a la satisfacción junto con la reparación por equivalencia. En una nota de 14 de diciembre de 1937 relativa al hundimiento, por un avión japonés, de esa cañonera estadounidense y de otros tres buques de los Estados Unidos durante las hostilidades en China, el Japón lamentó profundamente el incidente, presentó sus sinceras disculpas, prometió indemnizar todas las pérdidas y se comprometió a tratar «adecuadamente» a los responsables del incidente y a dar instrucciones para evitar sucesos similares en el futuro³²².

2. LA PRÁCTICA DIPLOMÁTICA A PARTIR DE 1945

127. La práctica diplomática más reciente comprende, en primer lugar, una serie de casos en que se presentaron disculpas o se lamentó lo ocurrido³²³. En marzo de 1949, un marinero estadounidense que disfrutaba de un permiso en La Habana se encaramó, por incitación de sus camaradas, a la estatua de José Martí, héroe de la independencia de

Cuba. A raíz de la protesta del Gobierno cubano, el embajador de los Estados Unidos depositó una corona de flores al pie de la estatua y leyó una declaración lamentando lo ocurrido³²⁴. Francia también presentó disculpas a la Unión Soviética en 1961 después de la protesta de la URSS por el ataque contra un avión soviético, con el Presidente Breznev a bordo, realizado por cazas franceses sobre las aguas internacionales del Mediterráneo³²⁵. Las manifestaciones ante la embajada francesa en Belgrado en 1961³²⁶, los incendios de las bibliotecas del Servicio de Información de los Estados Unidos en El Cairo, en 1964³²⁷, y en Karachi, en 1965³²⁸, dieron lugar también a disculpas y manifestaciones de pesar. Se adoptó la misma actitud después de una manifestación contra el Presidente de la República francesa, Georges Pompidou, en visita a los Estados Unidos en 1970³²⁹, después del registro del equipaje del Presidente libanés Soleiman Frangie, en el aeropuerto de Nueva York en 1974³³⁰ y en muchos episodios similares³³¹. Por último, el gobierno cubano presentó disculpas, además de una promesa de compensación, a raíz del hundimiento en 1980 de un buque de las Bahamas por un avión cubano³³².

128. Modalidades de satisfacción como el saludo a la bandera o las misiones expiatorias parecen haber desaparecido en la práctica reciente. Por el contrario, parecen haber aumentado en importancia y frecuencia las modalidades con publicidad, concerniente en particular a la petición de disculpas o al ofrecimiento de éstas. Después del saqueo de la embajada francesa en Saigón por estudiantes vietnamitas, en 1964, el gobierno de Viet Nam publicó un comunicado en la prensa local en que presentaba disculpas e indicaba que se evaluaran los daños sufridos en las personas y en los bienes para que fuera posible el pago de una indemnización³³³. En 1967, con motivo de los atentados con explosivos contra la embajada de Yugoslavia en Washington y contra los consulados yugoslavos en Nueva York, Chicago y San Francisco, el Secretario de Estado de los Estados Unidos presentó disculpas en nombre de su país al embajador de Yugoslavia mediante un comunicado oficial de prensa³³⁴. El gobierno chino pidió al gobierno de Indonesia excusas públicas por el saqueo en 1966 de los consulados chinos en Yakarta, Macassar y Medan durante disturbios anticomunistas³³⁵. La República Popular de China también pidió y obtuvo excusas públicas a raíz de los incidentes en la estación de ferrocarril de Ulan Bator, durante los cuales diplomáticos y nacionales chinos fueron objeto de malos tratos por la policía local³³⁶.

³²⁰ «El 2 de enero de 1923, los funcionarios diplomáticos estadounidenses formularon una enérgica protesta al gobierno chino en la que exigían: 1) disculpas por la afrenta causada al Gobierno de los Estados Unidos y por el absoluto desprecio hacia los derechos y la persona de los ciudadanos estadounidenses en China; 2) disculpas del gobernador militar al cónsul de los Estados Unidos; 3) la separación sumarisima del Ejército chino de ciertos oficiales, en particular el tercer oficial presente en el puesto de guardia, y el debido castigo de los culpables de la muerte injustificable de Coltman; 4) una indemnización de daños y perjuicios a la familia de Coltman; 5) la supresión de la prohibición del transporte de divisas por los comerciantes estadounidenses, conforme a lo autorizado por tratado; y 6) el reconocimiento del derecho a presentar demandas de daños y perjuicios por razón de la prohibición.»

«El 11 de febrero de 1923, el Ministerio de Relaciones Exteriores chino contestó: 1) que el gobernador militar de Chahar presentaría disculpas al embajador de los Estados Unidos; 2) que el gobierno chino examinaría atentamente el asunto y castigaría a los oficiales implicados de acuerdo con la ley como advertencia para el futuro; 3) que el gobierno pagaría una indemnización a la familia de Coltman por motivos humanitarios y de respeto; 4) que autorizaría a los comerciantes estadounidenses a sacar metálico del distrito para su propio uso; y 5) que el gobierno chino no era responsable de las pérdidas sufridas por los comerciantes estadounidenses a causa de la prohibición.» (Whiteman, *Damages*, vol. I, págs. 702 y 703.)

³²¹ Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 7.º año, N.º 2, febrero de 1926, págs. 172 y ss.

³²² L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8.ª ed. rev. por H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I: *Peace*, pág. 354, nota 2; trad. española de Julio López Oliván de la 8.ª ed. inglesa, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Barcelona, Bosch, 1961, t. I, vol. I: *Paz*, pág. 375, nota 51.

³²³ Las disculpas o manifestaciones de pesar también se han dado en casos en que los Estados no han reconocido su responsabilidad. Por ejemplo, después del accidente aéreo de 27 de julio de 1955, en que un avión de línea israelí fue derribado por una aeronave militar búlgara, Bulgaria lamentó lo ocurrido pero negó haber violado el derecho de libertad de navegación aérea (Whiteman, *Digest*, vol. 8, págs. 781 y ss.).

³²⁴ Bissonette, *op. cit.*, págs. 67 y 88.

³²⁵ «Chronique», RGDIP, t. 65, 1961, págs. 603 y ss.

³²⁶ *Ibid.*, pág. 610.

³²⁷ *Ibid.*, t. 69, 1965, págs. 130 y 131.

³²⁸ *Ibid.*, t. 70, 1966, págs. 165 y 166.

³²⁹ *Ibid.*, t. 75, 1971, págs. 177 y ss., especialmente pág. 181.

³³⁰ *Ibid.*, t. 79, 1975, págs. 810 y 811. Consistió, al parecer, en un examen mediante «perros husmeadores».

³³¹ Véase Przetacznik, *loc. cit.*, págs. 951 y ss.

³³² «Chronique», RGDIP, t. 84, 1980, págs. 1078 y 1079.

³³³ *Ibid.*, t. 68, 1964, pág. 944.

³³⁴ *Ibid.*, t. 71, 1967, pág. 775.

³³⁵ *Ibid.*, t. 70, 1966, págs. 1013 y ss.

³³⁶ *Ibid.*, t. 71, 1967, págs. 1067 y 1068.

129. Hay que destacar que el efecto de resonancia de las disculpas públicas en los casos de la índole examinada en el párrafo anterior puede lograrse no sólo mediante la prensa u otros medios de comunicación. Se le puede dar aún más efectividad mediante la elección del nivel del órgano del Estado autor del que emanan las disculpas. Por ejemplo, después del atentado contra la vida y la integridad física del embajador de los Estados Unidos en Tokio, en 1964, el Primer Ministro y el Ministro de Relaciones Exteriores del Japón presentaron disculpas al embajador de los Estados Unidos y el Ministro del Interior dimitió de su cargo. Además, el emperador Hirohito envió un delegado personal para que se sumara a los miembros del Gobierno en la presentación de disculpas³³⁷.

130. La desaprobación (*désaveu*) por el Estado autor de la acción de su representante, la constitución de una comisión de investigación y el castigo de las personas responsables es lo que en la práctica diplomática de la posguerra suele pedirse y obtenerse.

131. Un caso de desaprobación³³⁸ se dio en las relaciones entre Bolivia y los Estados Unidos. Tras la publicación en marzo de 1959 en la revista norteamericana *Time* de un artículo atribuido al portavoz de la embajada de los Estados Unidos en La Paz, considerado ofensivo para Bolivia, el Departamento de Estado de los Estados Unidos corrigió inmediatamente esas declaraciones³³⁹.

132. Dos casos relativos al castigo de las personas responsables son muy conocidos. El primero fue el concerniente a la muerte en Palestina, en 1948, del conde Bernadotte cuando actuaba al servicio de las Naciones Unidas. Las Naciones Unidas exigieron a Israel que castigara a las personas responsables, presentara disculpas y pagara una indemnización³⁴⁰. El segundo caso, en 1960, fue el secuestro en Argentina y el traslado a Israel de Adolf Eichman, acusado de crímenes contra la humanidad. Aunque Israel no atendió las exigencias del gobierno argentino, la naturaleza de éstas no carecía de significación desde el punto de vista de la práctica de la satisfacción en las relaciones internacionales³⁴¹. El castigo de los culpables fue exigido por el gobierno de los Estados Unidos después del atentado en 1957 con una bomba contra la biblioteca del Servicio de Información de los Estados Unidos en Atenas³⁴². En el caso de la muerte en 1975 de dos oficiales de los Estados Unidos en Teherán, los responsables fueron ejecutados³⁴³.

133. La práctica diplomática reciente comprende por lo menos dos asuntos dignos de mención: el del «*Rainbow Warrior*» y el del «*Stark*».

³³⁷ *Ibid.*, t. 68, 1964, pág. 736.

³³⁸ Para casos de desaprobación ocurridos en el período de 1850 a 1939, véase Bissonette, *op. cit.*, págs. 104 y ss.

³³⁹ Whiteman, *Digest*, vol. 5, págs. 169 y 170.

³⁴⁰ *Ibid.*, vol. 8, págs. 742 y 743. Las Naciones Unidas también exigieron una indemnización por el asesinato del coronel Sérot (*ibid.*, pág. 744).

³⁴¹ «[...] El Gobierno argentino, al formular a Israel su más enérgica protesta por el acto cometido en violación de uno de los derechos fundamentales del Estado argentino, confía en que Israel reparará ese acto de la única forma apropiada, a saber, devolviendo a Eichmann durante la semana en curso y castigando a las personas culpables de violar nuestro territorio nacional [...]» (Whiteman, *Digest*, vol. 5, pág. 210.)

Véase «Chronique», RGDIP, t. 64, 1960, pág. 774.

³⁴² Whiteman, *Digest*, vol. 8, pág. 816.

³⁴³ «Chronique», RGDIP, t. 80, 1976, pág. 257.

134. Como es sabido, el *Rainbow Warrior* fue hundido en 1985 en el puerto de Auckland por dos agentes de los servicios de seguridad franceses que habían utilizado pasaportes suizos falsos para entrar en Nueva Zelandia; un ciudadano holandés que se encontraba a bordo del buque resultó muerto. Nueva Zelandia exigió que Francia presentara formalmente disculpas y pagara 10 millones de dólares de los Estados Unidos, suma muy superior al valor de la pérdida material sufrida. Francia reconoció su responsabilidad, pero se negó a pagar la considerable cantidad exigida por Nueva Zelandia a título de indemnización. El asunto fue sometido finalmente al Secretario General de las Naciones Unidas, quien decidió que Francia presentara formalmente disculpas y pagara la suma de 7 millones de dólares a Nueva Zelandia; además, el Secretario General decidió que los dos agentes franceses fueran devueltos a Francia y confinados en la isla de Hao durante tres años por lo menos³⁴⁴.

135. En el caso del *Stark*, después de los daños ocasionados en 1987 a ese buque por un proyectil iraquí, el Presidente del Iraq escribió inmediatamente al Presidente de los Estados Unidos explicando que el ataque había sido un accidente y expresando su «sentido pésame» por la muerte de los marinos estadounidenses, y agregando: «Los buenos sentimientos y las manifestaciones de pesar no son suficientes»³⁴⁵.

D. — La satisfacción (y la indemnización punitiva) como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito y su relación con otras formas de reparación

136. El análisis de la doctrina, la jurisprudencia y, en especial, la práctica diplomática pone de manifiesto sin disputa la existencia de diversas formas de satisfacción como modo de reparación en derecho internacional. Confirma, en particular, la posición de la doctrina predominante, según la cual el remedio jurídico del daño moral, político o jurídico sufrido por el Estado lesionado es la satisfacción, es decir, una forma de reparación de naturaleza cuasi retributiva, distinta de las formas compensatorias de la reparación, como la restitución y la indemnización o compensación pecuniaria. Por supuesto, la distinción entre las formas compensatoria y retributiva o punitiva de reparación, en especial, entre la indemnización pecuniaria y las diversas formas de satisfacción, no es absoluta. Hasta un remedio jurídico como la reparación por equivalencia (por no mencionar la restitución en especie) desempeña, en las relaciones tanto interestatales cuanto interindividuales, una función que no puede considerarse meramente compensatoria. Aunque de seguro no tiene un papel punitivo, desempeña una función muy general de disuasión y prevención respecto de la comisión de actos ilícitos. El papel predominantemente retributivo y no compensatorio de la satisfacción, sin embargo, se encuentra ampliamente re-

³⁴⁴ Decisión del Secretario General de 6 de julio de 1986 (Naciones Unidas, *Recueil*, vol. XIX, págs. 197 y ss.). Véase también G. Apollis, «Le règlement de l'affaire du *Rainbow Warrior*», RGDIP, t. 91, 1987, págs. 9 y ss.

³⁴⁵ En 1989, Iraq aceptó pagar a los Estados Unidos la suma de 27,3 millones de dólares para indemnizar a las familias de los 37 marineros muertos a bordo del *Stark*. Por lo que respecta a la indemnización por los daños al buque y a la tripulación, a esta fecha las negociaciones continúan. (*The New York Times*, 28 de marzo de 1989, pág. A5.)

conocido e incontestablemente recalado por una práctica diplomática de antigua raigambre³⁴⁶.

137. Esta distinción funcional entre la satisfacción, por una parte, y la restitución y la indemnización pecuniaria, por otra, no excluye que esas tres formas o dos de ellas entren en juego a la vez para lograr una reparación conjunta y completa de los daños tanto materiales como morales, políticos o jurídicos. Se ha señalado, en realidad, que tanto en la jurisprudencia como en la práctica diplomática la satisfacción va acompañada muchas veces de una indemnización pecuniaria.

138. Por otra parte, la naturaleza autónoma de la satisfacción no le impide aparecer a menudo subsumida en los remedios jurídicos más estrictamente compensatorios o hasta confundida con ellos. Así puede haber ocurrido, por ejemplo, en el asunto del «*Rainbow Warrior*», en el que tanto la suma reclamada por Nueva Zelandia como la otorgada por el Secretario General de las Naciones Unidas excedía como mucho del valor de la pérdida material (véase párr. 134 *supra*). Otros ejemplos son, en particular, el asunto relativo al linchamiento de once italianos en Nueva Orleans (véase párr. 125 *supra*) y el asunto del reverendo Labaree (*ibid.*). En tales casos cabe, a primera vista, poner en duda que se trate de satisfacción en sentido estricto. No obstante, el elemento de satisfacción es igual-

³⁴⁶ Dominicé, como se ha señalado (párr. 108 *supra*), mantiene el criterio opuesto; su brillante ensayo concluye así: «En definitiva, no es la satisfacción lo que constituye un modo de reparación sino la reparación que constituye una de las formas de satisfacción» (*loc. cit.*, pág. 121). La clara tendencia de este publicista a subsumir, cuando no disolver, las diversas formas de satisfacción en la reparación en sentido lato —tendencia que viene a ser subrayada por el empleo del término satisfacción como mero sinónimo de reparación— obedece probablemente a una valoración diferente de la práctica de los Estados (especialmente la práctica diplomática). Esto lo lleva a subestimar la función autónoma y específica de la satisfacción internacional en sentido estricto. La misma práctica, analizada por el Relator Especial quizás más minuciosamente, lleva en cambio a la conclusión opuesta, que acaso revista una importancia considerable desde el punto de vista de la codificación y el desarrollo progresivo en esta esfera. Desde el punto de vista del desarrollo progresivo, en particular, las diversas formas de satisfacción parecen el medio más idóneo para atender la necesidad de adecuar las consecuencias de los delitos al grado de culpa y de resolver el problema de las consecuencias especiales, o incluso más severas, que deben atribuirse a los crímenes internacionales. Esta manera de juzgar la práctica diplomática (especialmente en comparación con la jurisprudencia) encuentra cierta confirmación —además de la interpretación que se ha hecho del pronunciamiento del superárbitro Parker en el asunto del «*Lusitania*» (véase párr. 114 *supra*)— en las siguientes ideas formuladas por Reitzer en su tan citada obra:

«No es difícil deducir la conclusión que se desprende del análisis precedente: se impone la *dicotomía* entre la práctica diplomática, por una parte, y la jurisprudencia arbitral y judicial, por otra. En otras palabras, las normas jurídicas por las que se rige el grado de reparación son diferentes según que los dos Estados en litigio estén solos en escena o que entre en ésta un tercer órgano imparcial y desinteresado. Esta idea no tiene nada de sorprendente. Todos los juristas saben que una diferencia fundamental en las normas *procesales* entraña casi invariablemente una diferencia en las normas jurídicas *materiales*. El haber pasado por alto esta distinción esencial y haber querido *hacer extensiva la reglamentación arbitral a los supuestos en que se encuentran frente a frente dos Estados* constituye, a nuestro juicio, el error principal de la doctrina usual y la fuente de una gran parte de los malentendidos y equívocos que gravitan sobre toda la materia. Dicho de otro modo, esos equívocos nacían sobre todo del hecho de que con frecuencia se han presentado las normas deducidas —con razón o sin ella— de la jurisprudencia arbitral concerniente a los daños materiales como normas de *derecho internacional consuetudinario*. La línea de demarcación correcta *no se sitúa entre los daños causados a los ciudadanos de un Estado y los demás perjuicios, sino entre la práctica diplomática y la jurisprudencia internacional.*» (*Op. cit.*, págs. 131 y 132.)

mente perceptible, bien porque el Estado ofendido hubiera exigido y obtenido una o varias formas de satisfacción, bien porque el importe de la indemnización pecuniaria excediera en mayor o menor grado del alcance de la pérdida material. Y hay casos en que la existencia de algún tipo de satisfacción viene indicada por las confesiones hechas por el Estado autor.

139. Como se desprende claramente de la jurisprudencia y de la práctica diplomática (y como ha indicado la doctrina), la satisfacción adopta modalidades que son todas ellas típicas y en cierto modo específicas de las relaciones internacionales. Esas modalidades son, en particular: las disculpas, por las que se admite implícitamente la responsabilidad y se desaprueba y lamenta lo sucedido; el castigo de las personas responsables; la declaración por un organismo internacional, político o judicial, de la ilicitud del acto; las seguridades o garantías contra la repetición del hecho ilícito; el pago de una suma de dinero sin proporción con la magnitud de la pérdida material. Según el Relator Especial, esta última forma de satisfacción evidentemente equivale al abono al Estado ofendido de lo que una parte de la doctrina, basándose en un conocido concepto del *common law*, denomina «indemnización punitiva» (*punitive damages*).

140. La satisfacción en forma de indemnización punitiva, o en cualquier otra forma de naturaleza retributiva, quizá sea incompatible en ciertos casos, por sus modalidades o circunstancias, con el principio de la igualdad entre los Estados. Así ocurrió en el caso de las medidas reclamadas a título de satisfacción, especialmente antes de la segunda guerra mundial, por Estados ofendidos que se aprovecharon de la situación para formular demandas excesivas o humillantes a Estados más débiles con desprecio de su dignidad y su soberanía. Entre otros ejemplos se pueden citar el asunto de la rebelión de los bóxers y el asunto del asesinato de Tellini (véase párr. 124 *supra*). Hay que añadir, sin embargo, que se han dado casos en que Estados autores poderosos han concedido a Estados lesionados formas de satisfacción de naturaleza decididamente retributiva; por ejemplo, en los asuntos de la cañonera *Panay* (véase párr. 126 *supra*) y del «*Rainbow Warrior*» (véase párr. 134 *supra*).

141. La naturaleza retributiva de la satisfacción puede parecer a primera vista —y, de hecho, así la juzgan algunos autores contemporáneos— incompatible con la composición o la estructura de una «sociedad de Estados». Se puede sostener, en especial:

a) Que el castigo o la pena se compece mal con la naturaleza de personas distintas de los seres humanos y, en particular, con la majestad de los Estados soberanos.

b) Que la imposición de un castigo o una pena en un sistema jurídico presupone la existencia de instituciones que encarnen, como en las sociedades nacionales, a toda la colectividad, mientras que tales instituciones no existen ni es probable que existan pronto —si es que existen alguna vez— en la «sociedad de Estados».

142. Los argumentos de este género, aunque no carecen de fuerza, no parecen constituir razones válidas contra la aceptación de la satisfacción entre las formas de reparación. Por el contrario, parece haber buenas razones que subrayan positivamente el papel de la satisfacción.

143. En primer lugar, la falta misma en la «sociedad de Estados» de instituciones capaces de desempeñar funciones «coercitivas», como la persecución, enjuiciamiento y castigo de las infracciones penales, hace más necesario aún recurrir a remedios que permitan llenar, aunque sea en muy pequeña medida, el vacío representado por la falta de esas instituciones. Limitar las consecuencias de cualquier delito internacional (y aún menos de un crimen internacional) a la restitución en especie y la indemnización pecuniaria supondría pasar por alto la necesidad de proporcionar algún remedio específico —con una función tanto preventiva como punitiva— para el daño moral, político y jurídico sufrido por el Estado o los Estados ofendidos además o en vez del importe del daño material³⁴⁷. Pasar por alto esa función significaría a su vez alentar a los Estados —especialmente a los más ricos— a suponer imprudente y peligrosamente que cualquier daño que causen a uno o varios otros Estados puede ser fácilmente reparado mediante simple indemnización pecuniaria. Es preciso concluir que, lejos de ser incompatible con la falta de institucionalización de la «sociedad de Estados», una forma de reparación de naturaleza retributiva o relativamente más retributiva o punitiva, como la satisfacción en sus diversas modalidades, contribuiría a llenar el vacío representado por la inexistencia de instituciones adecuadas. El pasaje antes citado de sir Hersch Lauterpacht se inspira en una idea, si no idéntica, indudablemente similar³⁴⁸.

144. El carácter punitivo o retributivo de la satisfacción no está en contradicción con la igualdad soberana de los Estados implicados. Sea cual fuere su modalidad, la satisfacción reclamada por el Estado lesionado no consiste nunca, como se desprende de la abundante práctica analizada, en una acción o medida adoptada directamente por el Estado lesionado mismo contra el autor del hecho ilícito. En una etapa posterior, por supuesto, se puede plantear la posibilidad de infligir al Estado autor una sanción por medio del comportamiento directo del Estado lesionado; se trata, evidentemente, de la cuestión de las represalias. Esta es la fase en que, habiéndose formulado sin éxito demandas de reparación o satisfacción, la situación pasa de las consecuencias sustantivas o inmediatas del hecho ilícito a las consecuencias representadas por la reacción del Estado lesionado ante el incumplimiento por el Estado responsable de su obligación «secundaria» de reparar. Antes de esa fase más crítica y decisiva, la satisfacción no implica ninguna medida directa de este género. Aunque la demanda de satisfacción procederá normalmente del Estado lesionado —a menos que el Estado autor haya tomado oportunamente la iniciativa—, la satisfacción que haya de prestarse consistirá en medidas adoptadas por el autor mismo. No hay que temer, pues, que la satisfacción lleve aparejada la idea de una sanción aplicada por un Estado contra otro Estado y constituya así una grave vulneración de la igualdad soberana del Estado autor³⁴⁹. En la medida, sin duda relativa, en que cabe ha-

blar de sanción, no se trata tanto de una sanción infligida al Estado autor como de una medida de expiación, de una sanción «autoinfligida» destinada a contrarrestar mediante actos del propio agente el daño moral, político o jurídico sufrido por el Estado ofendido. Es esclarecedora, a este respecto, la opinión del eminente jurista Morelli:

La satisfacción presenta cierta analogía con la pena. También ésta cumple una función de desagravio. Por otra parte, la satisfacción, al igual que la pena, tiene carácter retributivo, en cuanto persigue el fin a que tiende mediante un mal que sufre el sujeto responsable. La diferencia estriba en que, mientras que la pena es un mal que es infligido por otro sujeto, en el caso de la satisfacción el mal consiste en cierto comportamiento del propio sujeto responsable, comportamiento que constituye, como en las demás formas de reparación, el contenido de una obligación de ese sujeto³⁵⁰.

145. Mientras que ninguna de las posibles objeciones a la satisfacción parece así resistir, hay por el contrario buenos motivos para pensar que esta forma de reparación cumple una función positiva en las relaciones entre Estados. Además de las razones que se desprenden de lo que antecede, hay que recalcar que es precisamente recurriendo a una o varias de las diversas modalidades de satisfacción (cualitativamente distintas de los remedios meramente compensatorios) que las consecuencias del comportamiento ilícito del Estado autor pueden adecuarse a la gravedad del hecho ilícito. El Relator Especial se refiere en particular al grado de culpa en sentido lato, esto es, a las diversas gradaciones concebibles del dolo y la culpa que, incluso en un hecho internacionalmente ilícito, forzosamente tienen, después de todo, que llegar a ser pertinentes en algún momento. En realidad, el Relator Especial, aunque no se le oculta que la Comisión, con razón o sin ella, ha optado por no mencionar expresamente la culpa entre las condiciones de la responsabilidad, estima difícil aceptar que algún grado de culpa no pueda considerarse —*de lege lata* o *de lege ferenda*— en cierto modo pertinente para la determinación de las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito. La cuestión de las repercusiones de la culpa se tratara en el capítulo V. Como se pondrá de manifiesto en ese capítulo, es especialmente en los casos en que se ha formulado con éxito una demanda de satisfacción que la culpa es pertinente (véanse párrs. 183 y ss. *infra*). Y también es probable que sea precisamente en tales casos, a saber, en el caso de delitos de especial gravedad (para no mencionar por ahora los crímenes) que la negativa del agente a prestar una satisfacción adecuada puede justificar que el Estado lesionado recurra a medidas más severas.

146. Si las conclusiones anteriores son aceptables, la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados debería incluir sin falta, en opinión del Relator Especial, una disposición que contemplase la satisfacción como una forma de reparación distinta y específica. El Relator Especial opina que tal disposición es indispensable desde el punto de vista tanto de la codificación estricta como del desarrollo progresivo del derecho de la responsabilidad internacional. Así pues, en el capítulo VI se presenta una disposición de ese género.

147. Por otra parte, una norma positiva sobre la satisfacción debería ir acompañada de una indicación de los límites dentro de los cuales una demanda de satisfacción en una o varias de sus modalidades posibles debería ser aten-

³⁴⁷ Se hace referencia aquí al daño material sufrido por el Estado lesionado, incluidos los daños patrimoniales, personales o morales sufridos por sus nacionales o infligidos a éstos.

³⁴⁸ Véase nota 264 *supra*.

³⁴⁹ La confusión entre ambas fases es, desde luego, inevitable cada vez que se hace caso omiso de la distinción —indispensable, a juicio del Relator Especial— entre las consecuencias inmediatas (o sustantivas) y las consecuencias mediatas (o procesales) del hecho internacionalmente ilícito.

³⁵⁰ Morelli, *op. cit.*, pág. 358.

didada por el Estado autor. Se ha señalado que la práctica diplomática concerniente a la satisfacción muestra que no son raros los abusos por parte de los Estados lesionados o presuntamente lesionados. Los Estados poderosos han

conseguido a menudo imponer formas de satisfacción excesivas o humillantes a los más débiles. Una disposición expresa contra tales abusos sería un complemento indispensable de una norma positiva.

CAPÍTULO IV

Garantías de no repetición del hecho ilícito

148. El estudio de la práctica y de la doctrina muestra que las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito comprenden también las garantías contra su repetición. Sin embargo, este remedio jurídico por lo general se trata sólo de pasada y en relación con otras consecuencias, especialmente la satisfacción³⁵¹. Las garantías contra la repetición se examinan también en relación con otras formas de reparación, en particular la «indemnización punitiva» y la compensación o indemnización pecuniaria. Personnaz, por ejemplo, atribuye esa función preventiva a la prestación indemnizatoria³⁵²; García Amador, por su parte, subraya

³⁵¹ Para Bissonnette, por ejemplo, las garantías contra la repetición de un hecho ilícito

«[...] se distinguen también de la *restitutio in integrum* porque no hay intención de restablecer la situación perturbada por el acto ilícito.

»Por otra parte, si bien la demanda de seguridad para el futuro se distingue de la demanda de castigo de los culpables porque no contiene ningún elemento punitivo, se acerca a ésta, sin embargo, porque trata de impedir la repetición de los actos ilícitos. Por todo ello, debe ser considerada como una de las formas de la satisfacción.» (*Op. cit.*, pág. 121.)

Asimismo, Graefrath señala:

«La reafirmación de la obligación infringida, a fin de salvaguardar el derecho violado contra nuevas violaciones ulteriores, es el verdadero sentido de la presentación formal de disculpas, del procesamiento y castigo de los culpables o de la promulgación de las disposiciones legales o administrativas correspondientes para impedir tales violaciones en el futuro. El Estado se disocia de la violación, bien porque el acto no fue intencionado, bien porque, en cualquier caso, velará en el futuro por que tal violación no se repita. Ofrece garantías de la futura observancia de la obligación. En ese sentido, la satisfacción reviste por supuesto una importancia práctica [...].

»En todos los casos en que cabe temer la continuación o repetición de una violación y, especialmente, si se trata de violaciones de obligaciones nacidas de normas de *jus cogens*, la demanda de satisfacción tiende a la adopción de medidas encaminadas a evitar la continuación o repetición del comportamiento ilícito, a impedir esa perturbación de la cooperación internacional pacífica en el futuro [...]» (*Loc. cit.*, pág. 87.)

Según Brownlie, los «objetos» de la satisfacción son tres y a menudo se dan acumulativamente. Dichos objetos son

«[...] las disculpas u otro tipo de reconocimiento de la antijuricidad del hecho, efectuado por medio del saludo a la bandera o el pago de una indemnización, el castigo de las personas implicadas y la adopción de medidas para impedir la repetición del daño.» (*Op. cit.*, pág. 208.)

Véase asimismo Przetacznik, *loc. cit.*, págs. 966 y 967; y F. V. García Amador, *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad — Análisis crítico de la concepción tradicional*, Madrid, 1963, págs. 447 a 453.

³⁵² Según Personnaz,

«[...] una indemnización pecuniaria puede producir el efecto de incitar a los Estados a adoptar en el futuro las medidas necesarias para evitar que en lo sucesivo se reproduzca ese estado de cosas. [...] La intención implícita de tales indemnizaciones, que pueden ser o no compensato-

ria la función preventiva de la «indemnización punitiva»³⁵³.

149. Si bien la mayoría de los autores consideran que las garantías contra la repetición son una forma de satisfacción, es innegable que tales garantías comprenden aspectos, muchas veces no suficientemente aclarados, que las distinguen de otras modalidades de la satisfacción. En primer lugar, las garantías de que se trata no figuran entre las consecuencias de todo hecho ilícito, sino que se manifiestan sólo con respecto a los hechos ilícitos cuya repetición parece más probable. Es cierto también, por supuesto, que todas las medidas —tanto retributivas como compensatorias— son en sí mismas útiles más o menos directamente para evitar la repetición del hecho ilícito. No hay duda, por ejemplo, de que

[...] la mejor manera que tiene el Estado de impedir la repetición de actos ilícitos contra sus nacionales y, por consiguiente, de protegerlos, es exigir el castigo de los culpables por el aparato judicial del país en cuyo territorio se ha cometido el acto ilícito³⁵⁴.

La petición de garantías contra la repetición da a entender que el Estado lesionado trata aparentemente de obtener del infractor algo más que la mera reparación y distinto de ésta, por considerar insuficiente el restablecimiento de la situación anteriormente existente. Por ejemplo, a raíz de las manifestaciones contra la embajada de los Estados Unidos en Moscú de febrero de 1965 (menos de tres meses después de las de noviembre de 1964), el Presidente de los Estados Unidos afirmó:

Los Estados Unidos deben insistir en que se preste a sus bienes y su personal diplomático la protección que requieren el derecho internacional y los usos, la cual es necesaria para el mantenimiento de las relaciones diplomáticas entre los Estados.

Las manifestaciones de pesar y el ofrecimiento de una indemnización no pueden servir de protección adecuada³⁵⁵.

En otras palabras, el Estado lesionado exige garantías contra la repetición porque estima que la mera reposición de la situación normal preexistente no lo protege satisfactoriamente.

rias, puede englobar la idea de que mediante tales penas el gobierno infractor quizá se vea inducido a mejorar su administración de justicia y dar al reclamante la seguridad de que en el futuro se evitarán tales transgresiones e injusticias para con sus ciudadanos.» (*Op. cit.*, pág. 325.)

³⁵³ García Amador, documento A/CN.4/134 y Add.1, párr. 145.

³⁵⁴ Bissonnette, *op. cit.*, pág. 72.

³⁵⁵ «Chronique». RGDIP, t. 69, 1965, pág. 161. Italia, después de los linchamientos de ciudadanos italianos en los Estados Unidos en el período de 1890 a 1895, también estimó que el pago de una indemnización por el gobierno de los Estados Unidos no era suficiente y exigió que se modificasen las leyes de los Estados Unidos para evitar la repetición de episodios similares.

150. Las principales cuestiones que se plantean en relación con la práctica y la teoría de las garantías de no repetición son: *a)* la fuente de la obligación del Estado agente de proporcionar tales garantías; *b)* la cuestión de si es necesaria una demanda explícita del Estado víctima; *c)* la cuestión de si la elección de las garantías concretas que haya que dar corresponde al Estado agente o al Estado víctima, y *d)* la cuestión de si el Estado agente puede negarse a dar determinadas garantías. El estudio de las tentativas anteriores de codificación proporciona algunas indicaciones interesantes.

151. En el proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, presentado por L. Strisower durante los trabajos preparatorios del período de sesiones de Lausana del Instituto de Derecho Internacional, en 1927, el artículo 13 estipula:

Artículo 13

La responsabilidad del Estado por daños causados a los extranjeros comprende [...] una satisfacción al Estado lesionado en la persona de sus nacionales, en forma de excusas más o menos solemnes y, en los casos apropiados, el castigo, disciplinario o de otra índole, de los culpables, así como las medidas de garantía necesarias contra la repetición del acto lesivo³⁵⁶.

Por otra parte, el anteproyecto de artículos revisado sobre la responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, presentado por F. V. García Amador en su sexto informe, dispone en el artículo 27 (significativamente titulado «Medidas para impedir la repetición del hecho lesivo»), párrafo 2, lo siguiente:

2. [...] el Estado de la nacionalidad tendrá derecho, sin perjuicio de la reparación que proceda por el daño sufrido por el extranjero, a que el Estado demandado tome las medidas que se requieran para evitar que se repitan hechos de la naturaleza de los que se le imputan³⁵⁷.

El anterior Relator Especial, Sr. Willem Riphagen, parece atribuir una función diferente a las garantías contra la repetición. El párrafo 3 del artículo 4 de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, presentado en su segundo informe, dice:

3. En el supuesto a que se refiere el párrafo 2 de este artículo, el Estado, además, dará satisfacción al Estado lesionado en forma de excusas y de garantías apropiadas contra la repetición de la violación³⁵⁸.

El artículo 6 de la segunda parte de este mismo proyecto de artículos, presentado por el Sr. Riphagen en su sexto informe, que dispone:

1. El Estado lesionado podrá exigir al Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito:

[...]

d) que dé garantías apropiadas contra la repetición del hecho³⁵⁹.

parece hacer nuevamente hincapié en esa disposición, pues este último enunciado, al omitir toda referencia a la satisfacción, atribuye a las garantías contra la repetición una función más diferenciada. Sin embargo, la expresión «garantías apropiadas» ha suscitado un amplio debate. Se ha considerado que, al no ir acompañada de ninguna aclaración, podía constituir una fuente de abusos por parte del Estado lesionado³⁶⁰.

152. Así pues, los anteriores proyectos de codificación parecen poner de manifiesto:

a) Una cierta tendencia a atribuir a las garantías una posición autónoma con respecto a los demás remedios jurídicos, incluida la propia satisfacción.

b) La existencia de una obligación del Estado autor del hecho lesivo, en las circunstancias que se determinen, de dar garantías contra la repetición siempre que lo exija el Estado lesionado.

c) La idea de que la elección de las garantías corresponde en principio al Estado lesionado.

d) La falta de toda indicación acerca del tipo de garantías que haya que ofrecer o de los límites que haya que imponer a su elección.

153. La práctica de los Estados, aunque confirma las conclusiones que se deducen del estudio de los proyectos antes mencionados, parece ser más compleja y matizada. En particular, como el derecho del Estado víctima a exigir garantías contra la repetición no ha sido nunca puesto en tela de juicio, parece forzoso concluir que se considera generalmente que las garantías figuran entre las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito. La misma práctica da a entender que la obligación correspondiente del Estado autor del hecho lesivo debe cumplirse sólo a instancias del Estado lesionado.

154. Por lo que respecta a los tipos de garantías que pueden exigirse, la práctica internacional no es uniforme. En la mayoría de los casos, el Estado lesionado exige:

a) Bien garantías contra la repetición del hecho ilícito, sin ninguna aclaración.

b) Bien, en los casos en que el hecho ilícito afecta a sus nacionales, se les asegure una mejor protección de la persona y de sus bienes.

155. Por lo que respecta a la hipótesis *a*, se pueden citar, entre otros, los ejemplos siguientes: el incidente del Dogger-Bank entre Rusia y el Reino Unido, en 1904, en el que este último país exigió, entre otras cosas, «seguridades contra la repetición de tales incidentes intolerables»³⁶¹; los cuatro asuntos en 1880 relativos a la «visita y registro de buques mercantes estadounidenses por buques de la marina de guerra española en alta mar frente a las costas orientales de Cuba», después de los cuales los Estados Unidos declararon que esperaban recibir de España «prontas disculpas por esos incidentes y claras seguridades contra su repetición...»³⁶²; el intercambio de notas entre China e Indonesia después del ataque en marzo de 1966

³⁵⁶ Véase nota 252 *supra*.

³⁵⁷ El párrafo 1 del artículo 27 dice:

«1. Aun cuando se trate de un acto u omisión cuyas consecuencias trasciendan el daño causado al extranjero y configure, por lo tanto, una circunstancia agravante de responsabilidad, no procederá ninguna forma de reparar que comporte una "satisfacción" al Estado de la nacionalidad atentatoria al honor y la dignidad del Estado demandado.» (Documento A/CN.4/134 y Add.1, adición.)

³⁵⁸ *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. III, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4, párr. 164.

³⁵⁹ *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 9, documento A/CN.4/389.

³⁶⁰ Véase, en especial, la intervención del Sr. Calero Rodrigues en el 37.º período de sesiones de la Comisión, *Anuario... 1985*, vol. I, págs. 100 y 101, 1892.ª sesión, párr. 34.

³⁶¹ Martens, *Nouveau Recueil*, 2.ª serie, t. XXXIII, pág. 642.

³⁶² Moore, *Digest*, vol. II, págs. 903 y ss., especialmente págs. 903 y 907.

contra el consulado general de China en Yakarta. El viceministro chino de asuntos extranjeros exigió, entre otras medidas, «una garantía contra toda renovación de tales incidentes en el futuro»³⁶³; el ataque efectuado en Zurich por cuatro miembros de la Organización de Liberación de Palestina el 18 de febrero de 1969, luego del cual el gobierno suizo entregó notas oficiales de protesta a los gobiernos de Jordania, Siria y el Líbano condenando el ataque e instando a los tres gobiernos a que tomaran disposiciones «para impedir toda nueva violación del territorio suizo»³⁶⁴.

156. Como ejemplos de la hipótesis *b* cabe mencionar: el intercambio de notas entre los Estados Unidos y España concernientes a los misioneros estadounidenses y, en particular, el asunto Doane en 1886, en el que el Sr. E. T. Doane, misionero estadounidense en las Filipinas, que había protestado contra las autoridades españolas por la confiscación de una parte de las tierras pertenecientes a la misión, fue arrestado y deportado a Manila; después de las protestas del gobierno de los Estados Unidos «el Gobierno español procuró reparar en cierto modo el daño que había hecho reponiendo al Sr. Doane en el lugar de sus actividades y reiterando las seguridades que había dado con respecto a la protección de los misioneros y de sus bienes»³⁶⁵; el asunto Wilson, relativo al asesinato en 1894 de un ciudadano estadounidense en Nicaragua, y en el que los Estados Unidos reclamaron, entre otras cosas, que «el Gobierno de Nicaragua adopte medidas a fin de no dejar lugar a duda acerca de su propósito y capacidad de proteger las vidas e intereses de los ciudadanos de los Estados Unidos que viven en la reserva [de Mosquitos], y castigar los crímenes cometidos contra ellos»³⁶⁶; el asunto Vracaritch, concerniente a la detención en Munich el 2 de noviembre de 1961 de Lazo Vracaritch, ex capitán de la fuerza de resistencia yugoslava, por haber «cobardemente asesinado a soldados alemanes durante la ocupación de Yugoslavia en 1941»; el ministro de justicia de la República Federal de Alemania, encargado del asunto, en un comunicado a la prensa, de 8 de noviembre, declaró, *inter alia*, que «la detención del nacional yugoslavo Lazo Vracaritch constituye un lamentable caso aislado y las autoridades competentes han tomado las medidas adecuadas para garantizar que no se produzcan semejantes hechos»³⁶⁷; el intercambio de notas entre los Estados Unidos y la Unión Soviética después de la violación por las autoridades soviéticas de la inmunidad personal de los agregados militares estadounidenses (29 de septiembre de 1964) y su posterior expulsión (14 de diciembre de 1964), en que los Estados Unidos insistieron «en obtener formalmente del Gobierno soviético la seguridad de que no se volverían a producir otras violaciones de la inmunidad diplomática»³⁶⁸; el incidente entre China y el Reino Unido, en el que, tras un ataque contra el consulado británico en Shanghai, el 16 de mayo de 1967, el gobierno británico exigió garantías de la segu-

ridad de sus diplomáticos y otros ciudadanos británicos en China³⁶⁹.

157. En las dos hipótesis consideradas, el Estado autor del hecho ilícito se encuentra aparentemente sujeto a una *obligación de resultado*. Ante la demanda de garantías del Estado lesionado, la elección de las medidas más adecuadas para lograr el objetivo de impedir la repetición recae, al parecer, en el Estado autor.

158. En otras ocasiones —generalmente menos recientes—, el Estado lesionado ha pedido que el Estado autor del hecho ilícito adopte medidas específicas o actúe de cierta manera considerada apta para evitar la repetición. En tales casos, el Estado autor parece encontrarse sujeto a una *obligación de comportamiento*. A este respecto parece que existen tres posibilidades:

a) En una serie de casos, la petición de garantías reviste la forma de una demanda de que el Estado autor del hecho ilícito dé formalmente seguridades de que en el futuro respetará determinados derechos del Estado ofendido o de que reconozca la existencia de una situación determinada a favor de este Estado. Cabe mencionar, entre otros ejemplos: la controversia de 1893 entre Francia y Siam, en la que Francia pidió a Siam «el reconocimiento de sus reivindicaciones territoriales sobre la orilla izquierda del Mekong»³⁷⁰; el asunto en 1901 de las oficinas de correos otomanas, en el que las Potencias occidentales exigían de Turquía reparaciones y excusas por la violación de la correspondencia del 5 de mayo de 1901, así como el reconocimiento oficial y definitivo de las administraciones postales extranjeras actualmente establecidas en Constantinopla y en las diversas ciudades del Imperio otomano; Turquía presentó excusas por los hechos del 5 de mayo y dio formalmente la seguridad de que en lo sucesivo las oficinas de correos inglesas, austríacas y francesas funcionarían libremente en Turquía³⁷¹; el asunto «*Constitución*», en 1907³⁷², en el que el Uruguay pidió que «el Gobierno argentino condenase el incidente (del *Huracán*) y declarase no haber tenido intención de ofender la dignidad de la República Oriental ni de negar su jurisdicción sobre el río de la Plata como país vecino y limítrofe»³⁷³; el asunto del «*Armenia*», paquebote francés detenido ilegalmente en 1894 por las autoridades turcas, en el que, a raíz de las protestas francesas, Turquía concedió una indemnización de 18.000 francos a la Compañía Paquet, propietaria del buque, y prometió velar mejor en adelante por el respeto de las estipulaciones de los tratados que garantizaban la inviolabilidad de la persona y del domicilio de los franceses en Oriente³⁷⁴.

b) En otras ocasiones, el Estado lesionado ha pedido al Estado autor del hecho ilícito que dé determinadas instrucciones a sus agentes. Se pueden citar como ejemplos: el asunto *Alliança*, navío postal estadounidense atacado por

³⁶⁹ *Ibid.*, t. 71, 1967, pág. 1064.

³⁷⁰ Martens, *Nouveau Recueil*, 2.ª serie, t. XX, págs. 160 y ss.

³⁷¹ «Chronique», RGDIP, t. 8, 1901, págs. 777 y ss., especialmente páginas 788 y 792.

³⁷² Un vapor uruguayo que había naufragado frente a la isla argentina Martín García, en el río Uruguay, fue socorrido por otro buque uruguayo, el *Huracán*. Las autoridades de Martín García capturaron al *Huracán* y tomaron prisionera a la tripulación de ambos buques.

³⁷³ «Chronique», RGDIP, t. 15, 1908, pág. 318.

³⁷⁴ *Ibid.*, t. 2, 1895, págs. 623 y 624.

³⁶³ «Chronique», RGDIP, t. 70, 1966, pág. 1013.

³⁶⁴ R. A. Falk, «The Beirut raid and the international law of retaliation», AJIL, vol. 63, 1969, pág. 419.

³⁶⁵ Moore, *Digest*, vol. VI, págs. 345 y 346.

³⁶⁶ *Ibid.*, págs. 745 y 746.

³⁶⁷ «Chronique», RGDIP, t. 66, 1962, págs. 376 y 377.

³⁶⁸ *Ibid.*, t. 69, 1965, págs. 156 y 157.

una cañonera española en la costa de Cuba, en 1895, en el que los Estados Unidos manifestaron que esperaban que España «desapruebe inmediatamente ese acto no autorizado y manifieste debidamente su pesar por lo ocurrido», y que se veían obligados a insistir en «que se den inmediatamente órdenes formales a los comandantes navales españoles para que no se opongan al paso del comercio legítimo estadounidense por ese canal y que prohíba todos los actos que pongan en peligro injustificadamente la vida y los bienes amparados lícitamente por el pabellón de los Estados Unidos»³⁷⁵; el asunto del *Herzog* y el *Bundesrath*, dos buques alemanes capturados durante la guerra de los bóers, en diciembre de 1899 y enero de 1900, por la marina de guerra británica, en el que Alemania señaló al gobierno británico la necesidad de «dar instrucciones a los comandantes navales británicos de no molestar a los buques mercantes alemanes que no se encuentren en los parajes del teatro de la guerra»³⁷⁶; el asunto *Jova*, concerniente al saqueo por tropas españolas, en 1896, de la propiedad de un ciudadano estadounidense, en el que los Estados Unidos señalaron que «las circunstancias reseñadas parecen exigir la más minuciosa encuesta y el castigo riguroso de los infractores, con reparación a la parte lesionada y órdenes estrictas de impedir la repetición de tales actos de robo y expoliación»³⁷⁷.

c) En un tercer grupo de casos, el Estado lesionado pidió al Estado autor del hecho lesivo que observara determinado comportamiento considerado apto para impedir la creación de las condiciones que favorecieron la realización del hecho ilícito. Los ejemplos más interesantes son: el asunto de los boxers, antes mencionado, en el que varias de las medidas exigidas de China tenían claramente por objeto específico impedir que en el futuro sobrevinieran hechos de la misma especie (párr. 124 *supra*); el atentado en Sakai (Japón) en 1869, donde, por órdenes del gobierno del Mikado, once marineros franceses resultaron muertos y cinco heridos por oficiales del Daimio de Tosa, cuyas tropas ocupaban la ciudad. Francia exigió que las tropas del Daimio, responsables de la muerte de los marineros franceses, no pasaran por los puertos abiertos a los extranjeros ni fueran estacionadas en ellos³⁷⁸; el asunto de

la *Fundición de Trail (Trail Smelter)*, en el que el tribunal arbitral también demandó garantías específicas contra la repetición. Al fallar la cuestión N.º 3, enunciada en el artículo III del Convenio de 15 de abril de 1935 entre los Estados Unidos de América y el Canadá³⁷⁹, dijo lo siguiente:

3) Teniendo en cuenta la respuesta a la cuestión anterior, ¿qué medidas o régimen, en su caso, debe adoptar o aplicar la Fundición de Trail?

El tribunal mencionó concretamente una serie de medidas (primero provisionales y después definitivas) aptas para «impedir que se produzcan en el futuro emisiones importantes de humos a los Estados Unidos»³⁸⁰.

159. En varias ocasiones, la petición de garantías llegó hasta incluir la aprobación o derogación por el Estado autor del hecho ilícito de disposiciones legislativas concretas. Véanse, entre otros ejemplos: el antes mencionado asunto de los boxers³⁸¹; la correspondencia entre Gran Bretaña y Persia en 1838, en que Gran Bretaña fijó el procedimiento mediante el cual deseaba obtener la protección de los súbditos británicos, exigiendo un firmán a tal efecto³⁸²; el asunto *Matheof*, que llevó al Parlamento británico a la aprobación de la ley de 21 de abril de 1709 sobre los privilegios diplomáticos, *Diplomatic Privileges Act* o *Act of Anne*³⁸³; el asunto entre Francia y Bélgica concerniente al atentado contra la vida del emperador Napoleón III en 1854, por un ciudadano francés que se refugió en Bélgica, y cuya extradición fue primero rechazada porque se consideraba un crimen político para el cual Bélgica no tenía legislación de extradición; a fin de evitar incidentes futuros, el Parlamento belga aprobó la ley de 22 de marzo de 1856³⁸⁴; el asunto *Cutting*, en 1886, entre los Estados Unidos de América y México después de la detención en México de un nacional estadounidense por haber publicado un artículo en un periódico texano considerado difamatorio para con un ciudadano mexicano; como el proceso estaba conforme a la legislación mexicana existente a la época, los Estados Unidos, a fin de prevenir una repetición de tales casos, exigieron que se modificara el artículo del Código Penal mexicano en cuestión, lo que se

³⁷⁵ Moore, *Digest*, vol. II, págs. 908 y 909.

³⁷⁶ Martens, *Nouveau recueil*, 2.ª serie, t. XXIX, págs. 456 y ss., especialmente pág. 486.

³⁷⁷ Moore, *Digest*, vol. VI, pág. 910.

³⁷⁸ Whiteman, *Damages*, vol. I, págs. 722 y 723. Véase también *Archives Diplomatiques*, 1869, París, 9.º año, t. 2 (abril-junio de 1869), páginas 601 y ss. Francia también exigió garantías específicas por los graves perjuicios sufridos por ciudadanos franceses en México a comienzos de la independencia de ese país y por la apatía de parte del gobierno mexicano en cuanto a sus reclamaciones. En 1838, el gobierno francés presentó al gobierno mexicano una especie de ultimátum por el que pedía, entre otras cosas, que

«[...]»

»2) el gobierno mexicano se comprometa a no poner dificultades al pago regular y puntual de los créditos de los ciudadanos franceses reconocidos a su cargo;

«[...]»

»4) el gobierno mexicano se comprometa de manera específica y solemnemente, en condiciones de reciprocidad:

«[...]»

»5) a no imponer en ningún caso a esos súbditos ningún género de contribuciones de guerra ni empréstitos forzosos, sea cual fuere su destino.

«[...]»

(Lapradelle-Politis, t. I, págs. 545 y ss., especialmente pág. 547.)

³⁷⁹ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXII, pág. 75.

³⁸⁰ Naciones Unidas, *Recueil*, vol. III, págs. 1934 y ss.

³⁸¹ Véase la nota conjunta presentada al gobierno chino el 22 de diciembre de 1900, condición X (nota 312 *supra*).

³⁸² BFSP, 1838-1839, vol. XXVII, pág. 93.

³⁸³ J. Dumas, «La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers», *Recueil des cours...*, 1931-II, t. 36, reseña:

«[...] Así, durante el reinado de la reina Ana, el embajador *Matheof*, representante de Rusia ante la Corte de Londres, pudo ser detenido por sus acreedores en la vía pública porque la ley inglesa no protegía a los extranjeros contra la prisión por deudas. Tras ser objeto de malos tratos, fue puesto bajo la custodia de un oficial de justicia. Pese a las excusas recibidas del gobierno y del procesamiento de sus agresores, *Matheof* salió de Inglaterra en un estado de gran irritación, sin presentar sus cartas de llamada y sin querer aceptar el regalo de despedida de la reina. Se reconoció que la culpa de quienes lo habían detenido era consecuencia de las lagunas de la propia ley y, en 1707, se votó un *act* del Parlamento para completar la legislación en vigor e impedir que pudiera reproducirse una vulneración del *habeas corpus* en perjuicio de un embajador extranjero [...]» (Pág. 188.)

³⁸⁴ Según esta ley, el asesinato o tentativa de asesinato contra el jefe de un gobierno extranjero o contra miembros de su familia no se considerara como crimen político (*ibid.*, pág. 189).

produjo ulteriormente³⁸⁵; los linchamientos de nacionales italianos, particularmente en Erwin (Mississippi), en 1901, en que Italia exigió a los Estados Unidos que modificara la legislación que no reconocía la competencia de los tribunales federales en ciertos asuntos, lo que en la práctica impedía el castigo de los autores de delitos contra extranjeros³⁸⁶; el asunto del «Alabama», en el que debido a las protestas de los Estados Unidos, Gran Bretaña modificó la ley de 1819 por la ley de 9 de agosto de 1870, que prohibía la construcción, en su territorio, de buques destinados a los beligerantes, autorizaba la detención de cualquier buque sospechoso y condenaba al buque infractor de la neutralidad británica a restituir las presas que hubiera conducido a un puerto británico³⁸⁷.

160. En caso de derogación, la exigencia de garantías se subsume en la petición de reparación (*restitutio in integrum*) que, por consiguiente, reviste la función adicional de proteger al Estado víctima contra posibles hechos ilícitos futuros del mismo género. En caso de promulgación de una disposición legislativa, la petición —según algunos autores³⁸⁸— tiene una función esencialmente preventiva, lo que es típico de las garantías de no repetición.

161. Debe señalarse, sin embargo, que la práctica más reciente no ofrece ejemplos de demandas explícitas de modificación de la legislación o promulgación de nuevas disposiciones. No obstante, los organismos internacionales formulan peticiones análogas. Por ejemplo, es frecuente que organismos internacionales especiales pidan a los Estados responsables de violaciones de los derechos humanos que modifiquen su legislación para impedir la repetición de tales violaciones. Esas peticiones comprenden, en particular, las formuladas por el Comité de Derechos Humanos en sus decisiones sobre denuncias presentadas por particulares. En el asunto *Torres Ramírez*, el Comité, tras comprobar que la legislación uruguaya no es-

taba en conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resolvió:

Por consiguiente, el Comité considera que el Estado parte está obligado a proporcionar a la víctima recursos efectivos, incluida una reparación, por la violación de sus derechos, y a tomar medidas para evitar que vuelvan a producirse violaciones similares³⁸⁹.

162. Una cuestión difícil es la de determinar si, y en qué circunstancias, el Estado víctima puede negarse razonablemente a dar garantías de no repetición. Parece discutible, por ejemplo, si el Estado autor del hecho ilícito puede invocar la existencia de «obstáculos jurídicos de derecho interno», y hasta qué punto lo puede hacer. Desde el punto de vista del derecho internacional, tales obstáculos serían seguramente «obstáculos de hecho», y no «obstáculos estrictamente jurídicos»³⁹⁰. Sin embargo, las reclamaciones de Italia en el asunto Erwin (véase párr. 159 *supra*), y la satisfacción de las pretensiones de los Estados Unidos en el asunto del *Alabama*³⁹¹ son significativas a este respecto. Una cuestión análoga es la de si el Estado autor del hecho lesivo puede negarse legítimamente a dar garantías de naturaleza presuntamente demasiado onerosa. Al examinar la satisfacción se señaló que las modalidades de este remedio jurídico debían ser comparables a la gravedad de la infracción. Aunque la práctica estatal no contiene declaraciones explícitas en ese sentido, quizás haya que aplicar el mismo principio en relación con las garantías contra la repetición.

163. El análisis de la doctrina y la práctica parece justificar la conclusión de que las garantías contra la repetición constituyen una forma de satisfacción que cumple una función relativamente diferenciada y autónoma. Así pues, parece estar justificado que el artículo de la segunda parte del proyecto, relativo a la satisfacción, incluya una mención expresa de las seguridades y garantías contra la repetición. Este remedio jurídico estaría sujeto evidentemente a la cláusula limitativa aplicable a cualquier forma de satisfacción.

³⁸⁵ El artículo 186 del Código Penal de México, en virtud del cual se pronunció la condena, regulaba la persecución y el castigo de los delitos cometidos en el extranjero por extranjeros contra ciudadanos mexicanos (*ibid.*, págs. 189 y 190.)

³⁸⁶ Moore, *Digest*, vol. VI, págs. 848 y 849.

³⁸⁷ N. Politis, *La justice internationale*, París, 1924, pág. 41. Es especialmente significativa la declaración de los Estados Unidos a este respecto:

«El neutral, si no dispone en su legislación de medios suficientes para velar por el cumplimiento de su deber de neutralidad, está obligado, a petición del beligerante, a modificar sus leyes.» (Lapradelle-Politis, t. II, pág. 788.)

³⁸⁸ Véase Bissonnette, *op. cit.*, págs. 124 y 125.

³⁸⁹ Decisión de 23 de julio de 1980, párr. 19 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento N.º 40 (A/35/40)*, pág. 128]. Otros ejemplos son el asunto *Lanza*, decisión de 3 de abril de 1980, párr. 17 (*ibid.*, pág. 121), y el asunto *Dermit Barbato*, decisión de 21 de octubre de 1982, párr. 11 [*ibid.*, *trigésimo octavo período de sesiones, Suplemento N.º 40 (A/38/40)*, pág. 136]. Por falta de tiempo no ha sido posible efectuar un análisis completo de la práctica del Comité de Derechos Humanos ni un estudio de la jurisprudencia de la Comisión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

³⁹⁰ Véase el informe preliminar del Relator Especial, documento A/CN.4/416 y Add.1 (nota 1 *supra*), párr. 98 al final.

³⁹¹ Véase nota 387 *supra*.

CAPÍTULO V

Formas y grados de la reparación y el efecto de la culpa:
observaciones preliminares

A.—Introducción

164. Durante la elaboración de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, la Comisión tendrá que plantearse la cuestión de la culpa como uno de los factores de la determinación cualitativa y cuantitativa de la reparación en cualquiera de sus modalidades. Se trata, por supuesto, de la culpa entendida en su sentido más amplio, que abarca tanto la intención maliciosa (dolo) como la negligencia en sus diversos grados (culpa lata, leve y levísima). No facilita en absoluto la tarea el que la Comisión aparentemente haya renunciado por el momento a tratar explícitamente el tema de la culpa. No se trata expresamente de la culpa ni en los artículos de la primera parte del proyecto, relativos a la definición del hecho internacionalmente ilícito, aprobados en primera lectura³⁹², ni en los artículos de la segunda parte presentados por el anterior Relator Especial, Sr. Riphagen, examinados en el 37.º período de sesiones de la Comisión y remitidos al Comité de Redacción³⁹³. Una importante excepción, por supuesto, parece ser la referencia implícita a la culpa contenida en el artículo 31 de la primera parte del proyecto, según el cual un Estado puede llegar a probar que, de no serle atribuible ninguna culpa, no se le podrá imputar hecho ilícito ni responsabilidad alguna³⁹⁴. También se hacían referencias a la culpa en los informes y propuestas del Sr. Ago³⁹⁵ y en las observaciones de algunos gobiernos³⁹⁶. Asimismo, algunos miembros de la Comi-

sión hicieron ocasional referencia a la culpa durante los debates sobre otros temas. Hay que añadir, naturalmente, las referencias al problema de la culpa que figuran en el séptimo informe del Sr. Riphagen³⁹⁷.

165. Aunque las observaciones mencionadas en el párrafo anterior parecen dar a entender que la Comisión «excluyó» la culpa del enunciado de los elementos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito en la primera parte del proyecto de artículos, el Relator Especial se inclina a pensar que no fue así en realidad. En su opinión, y especialmente habida cuenta del artículo 31 y el comentario correspondiente³⁹⁸, la Comisión parece entender más bien que la culpa es una condición *sine qua non* de la ilicitud y de la responsabilidad.

166. Pero que esta interpretación de la postura de la Comisión sea o no la correcta, y que haya o no casos en los que se atribuya responsabilidad aunque no intervenga ningún grado de culpa, lo cierto es que no cabe ninguna duda, a juicio del Relator Especial, acerca de la pertinencia de la culpa en lo que se refiere a la determinación concreta de las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito. Una cosa es afirmar que la existencia de culpa no es esencial para que un acto atraviese el umbral que separa lo lícito de lo ilícito, y otra muy distinta decir que las consecuencias jurídicas de un acto que ha traspasado ese umbral son las mismas, haya mediado o no culpa (incluido el dolo) en cualquiera de sus grados. Sea cual fuere la postura adoptada por la Comisión en la primera parte del proyecto de artículos, el Relator Especial opina que no puede seguir avanzando mucho en la segunda parte sin estudiar el efecto de la culpa sobre las formas y grados de la

³⁹² *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

³⁹³ *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 23 y ss., párrs. 117 a 163.

³⁹⁴ El artículo 31 dice:

«Artículo 31.—Fuerza mayor y caso fortuito

»1. La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si el hecho se debió a una fuerza irresistible o a un acontecimiento exterior imprevisible ajenos a su control que hicieron materialmente imposible que ese Estado procediera en conformidad con tal obligación o que se percatara de que su comportamiento no era conforme a esa obligación.

»2. El párrafo 1 no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de imposibilidad material.»

Para el comentario a este artículo, véase *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 146 y ss.

³⁹⁵ En realidad, el único documento de la Comisión en que se examina la «culpa» de manera explícita y bastante detenida es en el estudio preparado por la Secretaría titulado «La “fuerza mayor” y el “caso fortuito” como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina» [*Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 65, documento A/CN.4/315]. La subsección a de la sección 1 del capítulo III, relativo a la «doctrina», está dedicada a «Consideraciones introductorias sobre el problema: la “teoría de la culpa” y la “teoría objetiva”» (párrs. 489 a 511).

³⁹⁶ Véanse, en particular, las observaciones de carácter general de Austria, relativas a los capítulos I y II de la primera parte del proyecto de arti-

culos [*Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), págs. 93 y ss., documento A/CN.4/328 y Add.1 y Add.1 a 4], que se refieren a la cuestión de la «falta» (párrs. 14 a 18). Este país juzga «sorprendente» que ni el Relator Especial ni la Comisión hubiesen dado ninguna explicación acerca de la exclusión de la culpa, ni en lo que se refería al notable contraste existente entre tal exclusión y las premisas que había sentado la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados, presidida por el propio Sr. Ago. Esta había mencionado la «falta» como «elemento subjetivo» del hecho ilícito internacional planteándose la «Cuestión de que sea necesaria o no la existencia de una falta del órgano responsable de la conducta inculpada. La responsabilidad objetiva y la responsabilidad ligada a la falta *lato sensu*. Problemas de los grados de la falta» (*Anuario... 1963*, vol. II, pág. 266, documento A/CN.4/152, párr. 6). El comentario de Austria concluía así:

«18. Hay algo que debe, no obstante, decirse claramente: aunque se esté de acuerdo con el punto de vista del Relator Especial —que la Comisión hizo suyo— acerca de que “la responsabilidad internacional de los Estados era uno de los temas en que el desarrollo progresivo del derecho podría desempeñar un papel especialmente importante”, tal desarrollo progresivo exigiría todavía en cada caso argumentos convincentes para ser aceptable. Y cerrar los ojos ante un problema no puede llevar a convencimiento alguno.»

³⁹⁷ *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/397 y Add.1.

³⁹⁸ Véase nota 394 *supra*.

reparación³⁹⁹. Especialmente si se tiene en cuenta que la segunda parte no abarca sólo las consecuencias de los delitos (que no es razonable en cualquier caso colocar globalmente en el mismo plano de ilicitud y grado de responsabilidad), sino también las consecuencias de los crímenes.

B.—El problema de la atribución de culpa al Estado

167. Originalmente, se estimaba que la culpa era un elemento «natural» de la responsabilidad extracontractual en las relaciones entre soberanos, y se la consideraba, y se la sigue en parte considerando, como un elemento «natural» del acto ilícito civil o de la infracción penal en los ordenamientos jurídicos internos. Gentili y Grocio hicieron extensivo el concepto romano de culpa a las acciones y omisiones de los soberanos y los Estados. Las dificultades surgieron bastante más tarde, en especial en las obras de Anzilotti y de Kelsen. No es mera casualidad que las dificultades aparecieran cuando el tema fue estudiado por esos dos tratadistas, que son quizá quienes más tienen que decir acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. El razonamiento que llevó a Anzilotti y Kelsen a presentar la responsabilidad internacional como una responsabilidad objetiva basada en la sola causalidad e independiente de cualquier intención maliciosa (dolo) o negligencia (culpa) es notablemente representativo del nexo que existe entre ese problema y el de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno.

168. Teniendo en cuenta que la culpa es una actitud de la persona individual, el problema consistía, según Anzilotti, en si la atribución de responsabilidad internacional al Estado por una acción o una omisión que infringiera una obligación jurídica internacional dependía de la culpa en sentido lato (dolo o culpa) del individuo-órgano que había realizado la acción o la omisión. Teniendo en cuenta asimismo, según el mismo tratadista, que la voluntad o acción de un individuo se podía considerar como voluntad o acción del Estado en la medida en que así lo estableciera el derecho interno de ese Estado, dos hipótesis, A y B, se podían plantear. Según A, el acto (o la omisión) del individuo-agente constituía una violación tanto del derecho internacional como del derecho nacional aplicable; según B, el comportamiento del agente constituía una violación del derecho internacional pero no del derecho interno⁴⁰⁰. En la hipótesis A, la condena misma de tal acto del agente por el derecho interno excluía la posibilidad de que ese

mismo derecho pudiera atribuir el acto del agente al Estado. En palabras de Anzilotti:

[...] Así pues, la culpa del funcionario que actúa en contra de las leyes debería, lógicamente, tener por efecto que los actos que haya realizado no puedan ser considerados actos del Estado [...]⁴⁰¹.

De ahí se deducía que si, no obstante, el derecho internacional consideraba responsable al Estado, ello era, según Anzilotti, apoyándose en una base objetiva. La explicación de dicho tratadista era que la responsabilidad del Estado se basaba —más bien que en la culpa del agente o del Estado— en una especie de garantía que estaba obligado a dar el Estado por los daños causados por su organización. En la hipótesis B, como el comportamiento del agente se consideraba conforme al derecho interno (es decir, dentro de los límites de la competencia del agente y conforme a la legislación vigente), no se podía atribuir a aquél ninguna culpa, a pesar de que su comportamiento fuera contrario al derecho internacional:

[...] [los agentes] estaban obligados a observar las leyes de su Estado, y se han comportado tal como debían. Habría, pues, que buscar la culpa en los autores de la ley, que ha permitido u ordenado [...] actos contrarios a los deberes internacionales del Estado; quizás también en los autores de la Constitución misma del Estado, que ha investido a ciertos agentes de poderes incompatibles con el cumplimiento de esos deberes. Mas la búsqueda de esa culpa no sólo sería difícil, sino incluso imposible muchas veces y casi siempre ajena a los hechos que, en un caso determinado, dan lugar a la responsabilidad internacional del Estado, ya que un vicio o defecto de las leyes puede darse a pesar de toda vigilancia o previsión. Por lo demás, como no se puede dudar [...] de la responsabilidad del Estado, sea cual sea el vicio de su legislación o de su organización y sea cual sea la causa de la que proviene, la determinación o la exclusión de una culpa no tendría en definitiva ninguna consecuencia para la responsabilidad. Se podría hablar en este caso de una *culpa qui inest in re ipsa*, de una culpa que tiene su base en el hecho de no contar con una organización interior adecuada para permitir en todos los casos el cumplimiento de los deberes internacionales del Estado, es decir, de una culpa que en realidad no sería una culpa. Mas esto serían meras abstracciones sin ninguna relación con la realidad. Por lo tanto, una vez más debemos reconocer que la responsabilidad descansa en un fundamento puramente objetivo*: el Estado responde del hecho lesivo por la razón de que ese hecho proviene de su actividad*⁴⁰².

Así, el que el Estado fuera internacionalmente responsable no se debía, según Anzilotti, a ninguna culpa (propia o del agente). La responsabilidad internacional volvía a tener una base puramente objetiva. Hans Kelsen sostenía una posición similar⁴⁰³.

169. Al rechazar la idea de Anzilotti y Kelsen de que la atribución del acto o la omisión del agente era de la incumbencia del derecho interno, Ago llegó a una conclusión diferente⁴⁰⁴. En su opinión, era erróneo pensar que el

³⁹⁹ No hay que olvidar que la ilicitud del hecho (así como la responsabilidad misma) no se puede distinguir realmente, en último caso, de sus consecuencias jurídicas. La tipificación de un hecho como hecho ilícito no es sino una de las caras de la moneda, siendo la otra precisamente las consecuencias, desde el punto de vista de la responsabilidad y las formas y grados de la reparación, que la ley atribuye al hecho. En la medida en que la culpa sea pertinente por lo que se refiere a las formas y grados de la reparación, lo será también a los efectos de la tipificación del hecho. La distinción entre la primera parte y la segunda parte, sin duda indispensable para la codificación de las disposiciones correspondientes, no afecta a la unidad esencial del fenómeno jurídico de que se trata.

⁴⁰⁰ La hipótesis B se daba tanto si la acción o la omisión del agente era simplemente lícita (no prohibida) como si era obligatoria conforme al derecho interno. El resultado indicado en la última parte del párrafo era el mismo, con la única diferencia de que, si la acción u omisión del agente era obligatoria, su culpa sería aun menos atribuible al Estado que en el caso de una conducta permisible meramente lícita.

⁴⁰¹ Anzilotti, «La responsabilité internationale...», RGDIP, t. 13, 1906, pág. 289.

⁴⁰² *Ibid.*, pág. 290.

⁴⁰³ Como se recordará, Kelsen hablaba de sanción internacional y de *zentrale Zurechnung* y *periphere Zurechnung*. *Zentrale Zurechnung* era la atribución («imputación») de la conducta del agente al Estado por el derecho interno del Estado. *Periphere Zurechnung* era la atribución («imputación») de la consiguiente sanción (lo que la Comisión denomina las consecuencias jurídicas o la obligación de reparar) al Estado, que incumbía al derecho internacional. De este modo, Kelsen llegaba a la misma conclusión que Anzilotti con respecto a la culpa. Como en ningún caso el ordenamiento jurídico interno atribuía («imputaría») una culpa al Estado (*zentrale Zurechnung*), el derecho internacional atribuía la responsabilidad sobre una base causal, puramente objetiva. (H. Kelsen, «Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. 12, 1932, págs. 481 y ss.)

⁴⁰⁴ P. Ago, «La culpa nell'illecito internazionale», *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, t. III, Padua, CEDAM, 1940; reimpresso en Ago,

derecho internacional dependía, por así decirlo, del derecho interno para la atribución al Estado del comportamiento del agente. Convenía con Anzilotti y Kelsen en que tal atribución sólo podía ser obra de normas jurídicas, en el sentido de que sólo en virtud de normas jurídicas podía «imputarse» al Estado el comportamiento de uno o varios individuos, cuestión acerca de la cual el Relator Especial está en desacuerdo (véanse párrs. 170 a 172). Pero adoptó una postura diferente con respecto a la fuente de las normas jurídicas por las que se efectuaba la supuesta operación jurídica. Tales normas, a juicio de Ago (al igual que en opinión de otros), sólo podían ser las normas del mismo ordenamiento jurídico dentro de cuyo ámbito el Estado era una persona internacional, a saber, el propio derecho internacional⁴⁰⁵. De eso se desprendía naturalmente que si el agente de un Estado actuaba como tal, la atribución al Estado de su comportamiento y de cualquier elemento de ese comportamiento, como el dolo o la culpa, no hallaría ningún obstáculo en el hecho de que el mismo comportamiento no fuera «imputable» al agente o al Estado en virtud del derecho interno. Ago compartía asimismo la opinión, común a las teorías generalmente aceptadas de la personalidad jurídica de derecho interno, según la cual el órgano y el Estado (como persona moral) constituían la misma entidad⁴⁰⁶. De ahí que cuando el derecho internacional calificaba el comportamiento del agente considerándolo (por medio de la imputación) como un comportamiento del Estado, lo hacía basándose en sus propias normas y no en virtud de normas jurídicas internas que, desde su punto de vista, tenían el valor de simples hechos⁴⁰⁷. Así pues, el comportamiento observado por el agente en violación de una obligación jurídica internacional era un hecho internacionalmente ilícito si así lo disponía el derecho internacional, aun cuando ese comportamiento fuera perfectamente correcto desde el punto de vista del derecho interno. Por consiguiente, el derecho internacional podía considerar que tal comportamiento estaba viciado por dolo o culpa independientemente de que el derecho interno no lo considerase así viciado sino perfectamente lícito o incluso obligatorio. Ago rechazaba de ese modo todas las teorías según las cuales la responsabilidad de los Estados en derecho internacional tenía que ser

forzosamente «en todo o en su mayor parte una responsabilidad puramente objetiva»⁴⁰⁸. Concluía, por el contrario, que la cuestión de la culpa sólo se podía resolver con arreglo a las normas internacionales de cuya violación se trataba.

170. En opinión del Relator Especial, la posición de Anzilotti y Kelsen según la cual la culpa no es prácticamente atribuible a los Estados como personas internacionales es insostenible. Corresponde, pues, a Ago el gran mérito de haber eliminado con su magistral crítica de la atribución conforme al derecho interno un obstáculo a la admisión del papel de la culpa en la esfera de la responsabilidad internacional. Al mismo tiempo, las críticas de Ago a la teoría objetiva entonces prevaleciente parece que no alcanzan a aclarar a fondo la cuestión de la atribución. En particular, el Relator Especial no juzga convincente la teoría según la cual la atribución de un hecho a un Estado como persona internacional (incluido cualquier grado de culpa) sería una operación *jurídica* de derecho internacional distinta de la atribución al Estado de las consecuencias jurídicas de ese hecho. Sería presuntuoso, por supuesto, tratar como es debido este problema en el presente contexto⁴⁰⁹. Teniendo en cuenta, sin embargo, la importancia de la cuestión, el Relator Especial no puede dejar de expresar al menos sus dudas. Considera indispensable, en particular, verificar la premisa cuyo examen Ago no abordó en su estudio publicado en 1940⁴¹⁰ y que, a juicio del Relator Especial, fue causa de que su replanteamiento quedase incompleto. En realidad, la principal dificultad de la teoría de Anzilotti y Kelsen reside en la analogía que por lo general se presume que existe entre los Estados como personas internacionales, por una parte, y las personas jurídicas de derecho interno, por otra⁴¹¹. Esta analogía condujo a ambos autores a escoger para la atribución al Estado del comportamiento de sus órganos el mismo modelo que, con razón o sin ella, utiliza la mayoría de los juristas para explicar la atribución a una persona jurídica del comportamiento de sus órganos. Mas esa analogía, que generalmente se da por supuesta, es muy discutible.

171. De acuerdo con esa analogía, así como el comportamiento del agente se «imputa» a una persona jurídica, a los efectos del derecho interno, por aplicación de las normas de los estatutos de la entidad que rigen la estructura

Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati, Nápoles, Jovene, 1978, t. I, págs. 271 y ss.

⁴⁰⁵ En su estudio «La colpa nell'illecito...» (*loc. cit.*, pág. 290). Ago cita a T. Perassi, *Lezioni di diritto internazionale*, Roma, 1937, primera parte: «[...] Cuando se tiene en cuenta una declaración de voluntad o un acto para los efectos que le atribuye un ordenamiento jurídico, corresponde a ese ordenamiento jurídico determinar*, mediante sus propias normas, las condiciones en que esa voluntad o acto es atribuible a una persona determinada. La imputación de una voluntad o un acto a una persona* y la determinación de los efectos que produce respecto de la persona a la que es imputable son operaciones jurídicas* que lógicamente dependen del mismo ordenamiento jurídico.» (Pág. 94.)

Morelli adopta una posición muy semejante, *op. cit.*, págs. 185 y ss. y págs. 342 y ss. Por las razones que expone más adelante (párrs. 170 y ss. *infra*), el Relator Especial estima que la única imputación efectuada por normas jurídicas es la imputación de las consecuencias jurídicas del comportamiento. El origen del comportamiento jurídicamente pertinente y la atribución de ese comportamiento a una persona es normalmente, y por lo menos con respecto a las entidades fácticas, una cuestión de hecho.

⁴⁰⁶ Idea que, a juicio del Relator Especial, contradice la necesidad de una imputación jurídica del comportamiento del órgano al Estado (véanse nota 405 *supra* y párrs. 170 a 172 *infra*).

⁴⁰⁷ Ago, «La colpa nell'illecito...», *loc. cit.*, pág. 290.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, págs. 292 y 293.

⁴⁰⁹ El Relator Especial examinó esta cuestión hace mucho tiempo en el marco de una teoría general del Estado como persona internacional (*Staat im Sinne des Völkerrechts*) en *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milán, Giuffrè, 1951, págs. 128 y ss., y 335 y ss., en especial págs. 343 a 346 y 360 a 371. Volvió a estudiar el problema en 1971 en «Stati e altri enti (Soggettività internazionale)», *Novissimo Digesto Italiano*, Turin, vol. XVIII, 1971, págs. 150 y ss., párrs. 27 a 30; y en «L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international», *Österr. Z. öff. Recht*, vol. 26, 1975-1976, págs. 311 a 331, en especial págs. 324 y ss.

⁴¹⁰ Véase nota 404 *supra*.

⁴¹¹ Esta analogía, muy generalmente aceptada, abarca las subdivisiones del Estado unitario o federal dentro de un sistema normativo nacional. Se trata, en particular, de subdivisiones territoriales como las provincias, los municipios, los cantones, los *Länder*, las regiones o los Estados miembros de una federación. Esas entidades, aunque no personificadas en el derecho interno, son realmente muy semejantes a las personas jurídicas desde el punto de vista de la relación entre su ordenamiento jurídico respectivo y el ordenamiento jurídico nacional dentro del cual operan como subdivisiones jurídicas del Estado.

y competencia de sus órganos⁴¹², el comportamiento de los órganos de un Estado como persona internacional tendría que ser «imputado» al Estado, a los efectos de las relaciones jurídicas internacionales, basándose en las normas del ordenamiento jurídico nacional que definen los órganos de ese Estado y su competencia⁴¹³. Junto con el concepto general de derecho interno de que el Estado como persona moral «no puede hacer mal» —especialmente no puede cometer actos ilícitos culposos o dolosos⁴¹⁴—, esa analogía lleva a la conclusión de que la infracción de una obligación internacional por el Estado sólo puede dar lugar a una responsabilidad basada en el simple nexo causal objetivo que existe entre la infracción y sus consecuencias lesivas. Toda intención dolosa o culpa reside en el agente o agentes cuyo comportamiento ha constituido la infracción de la obligación.

172. Esta analogía no parece justificada⁴¹⁵. Los Estados, como personas internacionales, son ciertamente entidades colectivas, que como tales se asemejan en su substrato a las personas jurídicas. Sin embargo, no poseen, desde el punto de vista del derecho internacional, ninguno de los rasgos más esenciales que caracterizan a las personas jurídicas desde el punto de vista del derecho de la sociedad nacional. Las personas jurídicas de derecho interno son seres de existencia legal y naturaleza instrumental en el ámbito del ordenamiento jurídico de una sociedad cuyos miembros primarios —y sujetos de derecho— son personas individuales; y existen y actúan, no como entidades «dadas», sino como instrumentos *jurídicos* de las relaciones *jurídicas* entre individuos⁴¹⁶. En ese sentido, las personas jurídicas son personas «secundarias» en comparación con las personas físicas⁴¹⁷. Por el contrario, los Estados soberanos, como personas internacionales, son las personas primarias en el ámbito de un ordenamiento jurídico único en su género que presupone los Estados del mismo

⁴¹² Véase el estudio del Relator Especial, *Gli enti soggetti*, págs. 121 y ss. y págs. 335 y ss.

⁴¹³ Esta sería precisamente, según la terminología de Kelsen, la *zentrale Zurechnung* (véase nota 403 *supra*).

⁴¹⁴ La intención dolosa o la negligencia son una característica del comportamiento del agente (y el Estado como persona moral sólo está sujeto, llegado el caso, a una responsabilidad indirecta, puramente civil).

⁴¹⁵ Es objeto de cabal refutación en el estudio del Relator Especial *Gli enti soggetti...*, en especial págs. 16 a 39 y págs. 373 a 410. (Este trabajo ha sido analizado por J. Kunz, en AJIL, vol. 47, 1953, págs. 512 a 513; y en *Österr. Z. öff. Recht*, vol. 6, 1953, págs. 105 y ss.) El Relator Especial resumió su crítica de la teoría de la analogía en «The concept of international law and the theory of international organization», *Recueil des cours... 1972-III*, págs. 646 a 653; y en *The United Nations Declaration on Friendly Relations and the System of International Law*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, págs. 216 a 223. Comparten la crítica de la analogía con las personas jurídicas (y el concepto del Estado como persona internacional de hecho) formulada por el Relator Especial, L. Ferrar: Bravo, *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati*, Pompeya, Morano, 1964, págs. 154 y ss. y *passim*; M. L. Forlati Picchio, *La sanzione nel diritto internazionale*, Padua, CEDAM, 1974, pág. 322; G. Battaglini, «Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto», *Le droit international à l'heure de sa codification, Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, vol. I, pág. 103, y en otros trabajos del mismo autor mencionados en la nota 424 *infra*; y F. Lattanzi, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milán, Giuffrè, 1983, pág. 117.

⁴¹⁶ Véase el estudio del Relator Especial, *La persona giuridica come soggetto strumentale*, Milán, Giuffrè, 1952 (reimpresión del capítulo I, revisado, de *Gli enti soggetti...*).

⁴¹⁷ *Ibid.*, págs. 61 a 63; y *Gli enti soggetti...*, págs. 95 a 98.

modo que el derecho nacional presupone los individuos⁴¹⁸. La falacia de la analogía viene demostrada por una multitud de datos, dos de los cuales es necesario subrayar aquí. El primero es que, a diferencia de las personas jurídicas públicas y privadas, establecidas por la ley aun cuando su creación sea resultado de la iniciativa de particulares, los Estados nacen, como personas internacionales, por el mero hecho de su existencia como entidades políticas independientes. Y así, mientras que las personas morales son entidades jurídicas creadas por ley e impregnadas por ésta, los Estados son sólo el producto de acontecimientos históricos. No están en absoluto impregnados por el «derecho de las naciones» en el mismo sentido en que las personas jurídicas están impregnadas (y «condicionadas» desde dentro) por el derecho nacional⁴¹⁹. El segundo dato, que guarda además relación directa con esta materia, es que, a diferencia de las subdivisiones y personas jurídicas, organizadas por su derecho nacional y capaces de actuar únicamente en el ámbito de ese derecho por medio de sus órganos legítimos —que sólo pueden actuar válidamente dentro de su respectiva esfera de competencia *jurídica*—, los Estados como personas internacionales no son organizados por el derecho internacional⁴²⁰. La organización de un Estado a los efectos de sus relaciones jurídicas internacionales es, desde el punto de vista del derecho internacional, una simple estructura *de hecho* de la que el derecho nacional mismo no constituye, desde el punto de vista del derecho internacional, nada más que otro elemento de hecho⁴²¹.

173. Una vez desechada la falacia representada por el falso modelo de la «persona jurídica», se está en mejores condiciones de percibir la verdadera naturaleza de la atribución de actos al Estado como persona internacional. La atribución no parece constituir realmente una operación efectuada por normas jurídicas, en particular por el derecho interno o el derecho internacional —indudablemente no del mismo modo que la tipificación de un hecho como hecho ilícito y la «imputación» de responsabilidad son operaciones jurídicas—. La atribución de un acto al Estado a los efectos de deducir una consecuencia jurídica es, de manera más realista, una operación efectuada por el intérprete de la ley —letrado de un ministerio de relaciones

⁴¹⁸ Los Estados podrían convertirse en instrumentos jurídicos de las relaciones *jurídicas* interindividuales sólo en el marco de un problemático (y por ahora lejano) derecho público de la humanidad. En ese marco constituirían ciertamente subdivisiones jurídicas: subdivisiones jurídicas de un «ordenamiento jurídico mundial» y, por supuesto, de un «Estado mundial». Véase los estudios del Relator Especial, «The concept of international law...», *loc. cit.*, págs. 651 a 653; y *The United Nations Declaration ...*, págs. 221 a 223.

⁴¹⁹ No es casualidad que los Estados, aunque se consideren instituciones desde el punto de vista de la sociedad que gobiernan, prefieran ser llamados, a efectos internacionales (y no necesariamente en un sentido militar) «potencias». En ese sentido, los Estados son independientes y no sólo autónomos. La autonomía es un rasgo distintivo de las subdivisiones, es decir, de las entidades esencialmente dependientes como las mencionadas en la nota 411 *supra*.

⁴²⁰ Si bien este segundo dato puede parecer simplemente consecuencia del primero, ambos son sólo dos de las innumerables consecuencias del dato fundamental, a saber, que el derecho internacional no es ni parece estar cerca de llegar a ser un derecho público interindividual de la humanidad. (*The United Nations Declaration...*, págs. 221 a 223.)

⁴²¹ Por lo que respecta a las excepciones «aparentes» o marginales, véase «Stati e altri enti», *loc. cit.*, pág. 166, párr. 42, nota 1; y *The United Nations Declaration...*, págs. 218 y 219.

exteriores o juez internacional— a fin de determinar si el hecho constitutivo de una violación de una obligación internacional emana en realidad de un Estado determinado a los efectos jurídicos de la determinación de la ilicitud y la imputación de la responsabilidad. Si, al fin y al cabo, es una ficción hablar de actos de las personas jurídicas, el concepto de una atribución *jurídica* a tales personas de los actos de sus órganos tiene por lo menos un fundamento jurídico. Su fundamento reside en la pertinencia, antes señalada, de la organización de las personas jurídicas para el ordenamiento jurídico nacional en cuyo ámbito existen.

174. La pertinencia de la organización legal de la persona jurídica es realmente tan decisiva que la circunstancia de que un individuo haya actuado de conformidad con la doble condición legal de ser agente estatutario de la persona moral y haber obrado dentro de los límites de su competencia estatutaria es requisito necesario y suficiente para que el derecho nacional aplicable (del que los estatutos de la persona jurídica forman parte integrante) considere que ese acto es atribuible a la persona moral. No ocurre lo mismo, en cambio, con respecto a un hecho ilícito de un Estado según el derecho internacional y a los efectos de este ordenamiento jurídico. En primer lugar, dado que el derecho internacional no interviene normalmente con respecto a la creación y organización del Estado⁴²², las normas de derecho interno que establecen la titularidad y competencia de los órganos del Estado no son complementarias del derecho internacional del mismo modo que los estatutos de las personas morales son complemento legal del derecho nacional (véase párr. 172 *supra*). Desde este punto de vista, esas normas del ordenamiento nacional son meramente indicativas de la organización de hecho del Estado⁴²³. En segundo lugar, la atribución al Estado del acto de un órgano no está condicionada a la legitimidad del órgano ni a su competencia conforme al derecho interno, como lo confirman los artículos 1 a 15 de la primera parte del proyecto de artículos (véase párr. 176 *infra*). Así pues, no habría que referirse a una atribución jurídica de actos al Estado por el derecho internacional, sino más bien a la relación de hecho entre el acto y la organización del Estado —es decir, que el acto corresponda de hecho al Estado como persona internacional—, cuya existencia será determinada por el intérprete⁴²⁴.

175. Si, en el caso de las personas jurídicas de derecho interno, la atribución jurídica de una voluntad o un acto

constituye un recurso terminológico práctico, en el caso de los Estados como personas internacionales la atribución jurídica parece ser realmente un error y una redundancia. Es un error que, como se ha dicho, no tiene ninguna base legal desde el punto de vista del derecho internacional. Es una redundancia porque presenta como fenómeno jurídico distinto una operación que no es sino una duplicación de la determinación de la ilicitud y la imputación de responsabilidad. Lo más que puede decirse a favor del concepto de atribución de actos a los Estados como operación jurídica es que se trata sólo de otra manera de expresar que es una *operación lógica* realizada por el intérprete a los efectos de una posible imputación de responsabilidad jurídica.

176. Esto no significa, por supuesto, que la atribución pueda efectuarse arbitrariamente. El asesor jurídico del ministerio de relaciones exteriores o el árbitro llamado a tomar esta resolución debe recurrir por supuesto a criterios, normas y principios, incluyendo, además de las reglas del sentido común, normas nacionales e internacionales. Sin embargo, también debe tener en cuenta elementos de hecho, algunos de los cuales prevalecen sobre las disposiciones legales, como se desprende claramente de los artículos 1 a 15 de la primera parte del proyecto. En principio, esos artículos (por ejemplo, los artículos 5, 6 y 7) indican, como criterio de atribución, el derecho interno del Estado, que ciertamente no forma parte del derecho internacional⁴²⁵. Sin embargo, en la misma serie de artículos se pueden leer disposiciones que se refieren inequívocamente a elementos que no tienen en absoluto carácter normativo. De conformidad con el artículo 8, un hecho que no sería atribuible a un Estado en virtud de su derecho interno puede ser atribuido a éste si ha sido realizado por personas que actúen de hecho por cuenta del Estado. Y, para mencionar aún otro ejemplo, en virtud del artículo 10, un hecho no atribuible tampoco a un Estado en virtud de su derecho interno puede ser atribuido a éste si ha sido realizado por órganos que actúen en ejercicio de prerrogativas del poder público, pero excediéndose en su competencia con arreglo al derecho interno o contraviniendo sus instrucciones. En tales casos, indudablemente, no se da siquiera una atribución del derecho interno. Si quien actúa *de hecho* como órgano no es el titular legal del mismo, o si un órgano incompetente actúa *de hecho* como si fuera competente, no se toman en consideración las disposiciones de derecho interno en virtud de las cuales el acto no sería atribuible. Por lo que respecta al derecho internacional, cabría suponer, por supuesto, que la imputación jurídica al Estado se efectúa por las normas mismas enunciadas en los artículos 1 a 15 de la primera parte del proyecto o por cualesquiera normas de derecho internacional general de las que esos proyectos de artículos constituyan la codificación. Sin embargo, parece evidente que esas normas no influyen realmente en la estructura del Estado, esto es, en la legitimación de los órganos del Estado o su competencia, sino que simplemente aceptan o «reflejan», por así decirlo, la estructura de hecho existente. Más que normas jurídicas, representan sólo pautas o criterios de hecho que hay que seguir para determinar el nexo que de hecho une a los individuos que actúan —y sus actos y actitudes— con la organización de hecho del Estado como

⁴²² *Gli enti soggetti...*, págs. 320 y ss.

⁴²³ A este respecto, el Relator Especial coincide con la postura de Ago. Desde los tiempos de Triepel y Anzilotti, esta opinión es ampliamente compartida por los publicistas, especialmente en las escuelas alemana e italiana de derecho internacional.

⁴²⁴ *Gli enti soggetti...*, págs. 343 a 349; «L'Etat dans le sens des droits des gens...», *loc. cit.*, págs. 313, 314 y 327. Véase una clara comparación entre la doctrina de la imputación jurídica (*rechtliche Zurechnung*) y la posición del Relator Especial en I. Feustel, *Die Kompetenz-Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge in der italienischen Lehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 1977, págs. 74 a 82. Parecen compartir el punto de vista del Relator Especial, Ferrari Bravo, *Diritto internazionale...*, págs. 154 y ss., 178 y 216; y Battaglini, «Amministrazione e sovranità nell'ex Territorio libero di Trieste», *Studi in onore di Manlio Udina*, Milán, Giuffrè, t. I, pág. 128 (especialmente con respecto a la atribución de la actitud psicológica del órgano); y «Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice», *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, Milán, parte I, pág. 423.

⁴²⁵ Véase nota 423 *supra*.

persona internacional⁴²⁶. La «operación» que realmente lleva a cabo el derecho internacional con respecto a ese comportamiento es la imputación a un Estado (el mismo Estado o uno o varios otros Estados) de las *consecuencias jurídicas* del comportamiento. En otras palabras, el derecho internacional sólo tiene que decidir si el hecho es jurídicamente pertinente, y para quién y con qué consecuencias. Así pues, la única imputación que efectúa el derecho internacional es lo que Kelsen denominó *periphäre Zurechnung*. El acto, el comportamiento, «corresponde» a un Estado determinado como cuestión de hecho. Si el comportamiento ha tenido o no lugar y quién es el sujeto agente son en realidad cuestiones que el intérprete (asesor jurídico gubernamental, árbitro o tribunal) resuelve como cuestión de hecho, esto es, como una condición para la solución de la cuestión de derecho representada por la determinación de las consecuencias jurídicas y su «imputación» (*periphäre Zurechnung*)⁴²⁷.

⁴²⁶ No hay, naturalmente, que pasar por alto cierta semejanza entre las normas contenidas en los citados artículos 1 a 15 de la primera parte del proyecto y las normas enunciadas en el artículo 7 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, no obstante la diferencia que representa el hecho de que éstas parezcan indicar por lo menos que ciertos órganos son «competentes». La dificultad de este problema hace que el Relator Especial vacile en expresar una opinión incluso sobre dicha diferencia. No obstante, se aventura provisionalmente a decir que el efecto o repercusión del artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 en la posición del derecho internacional (convencional y general) respecto de la organización de los Estados (efecto que, a juicio del Relator Especial, no se ha determinado exactamente todavía) no es necesariamente de tal índole que modifique de modo considerable la situación expuesta aquí (y en su estudio «L'Etat dans le sens du droit des gcns...»), esto es, que existe una relación fundamentalmente de hecho entre el Estado y los actos de sus órganos. Examinan brevemente ese problema (con respecto al artículo 7 de la Convención de Viena de 1969) Ferrari Bravo, «Alcune riflessioni sui rapporti fra diritto costituzionale e diritto internazionale in tema di stipulazione di trattati», *Le droit international à l'heure de sa codification, op. cit.*, págs. 273 y ss.; y L. Condorelli, «L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances», *Recueil des cours...* 1984-17, t. 189, págs. 34 y 35.

⁴²⁷ Un estudio reciente muy interesante (y en muchos aspectos curioso) de los problemas de la «imputación», o relacionados con ésta, es el curso dictado en 1984 en la Academia de La Haya por Condorelli (véase nota 426 *supra*, al final). Sin perjuicio de un análisis más detenido de ese estudio, el Relator Especial tiene la impresión de que, si bien en ciertos aspectos quizá se haya sobreestimado el intervencionismo del derecho internacional en la organización de los Estados, la «imputación» del acto —que Condorelli también considera, al parecer, como una operación (jurídica) del derecho internacional— parece interpretarse más de una vez de manera tan general que apenas se puede distinguir, al menos a juicio del Relator Especial, de lo que con razón o sin ella considera éste que es, a partir del rechazo de la analogía con la persona jurídica, la única verdadera imputación a un Estado como persona internacional que realiza el derecho de las naciones, o sea, la atribución de las *consecuencias jurídicas* del acto. El Relator Especial no alcanza a ver, en particular, de qué modo la extensión de la responsabilidad del Estado a ciertos hechos o actos podría o debería implicar, además de la responsabilidad, la atribución al Estado de actos o hechos que no hayan sido cometidos por individuos que ocupen, aunque sea de hecho, alguna posición en la organización del Estado. Se refiere, por ejemplo, al caso de la responsabilidad del Estado previsto en el párrafo 1 del artículo 139 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982. ¿Supone esa disposición la elevación de los individuos que actúan, como en otros casos mencionados por Condorelli, a la capacidad o calidad (¿jurídica?) de órganos del Estado? Al Relator Especial le resulta difícil de creer, y tiene la impresión de que esa dificultad deriva principalmente del hecho de que concibe de modo diferente de Condorelli, lo que éste denomina «la norma» o «lo clásico», que, junto con el llamado «derecho a la autoorganización» de los Estados y otros «conceptos elementales» utilizados por dicho autor, debería ser el punto de partida de cualquier discusión de las «nuevas tendencias». Pero de lo que aquí se trata es de todo el problema del Estado desde el punto de vista del derecho internacional, y especialmente de la analogía con la

177. La exclusión de la analogía con las personas jurídicas de derecho interno o, por lo menos, el hecho de dar nueva forma a su versión actual, permite eliminar de raíz las dificultades que han surgido y pueden seguir surgiendo con respecto a la admisibilidad de la atribución de culpa al Estado. La naturaleza de hecho de la persona excluye que la cuestión de la atribución de intención dolosa o negligencia al Estado como persona internacional sea una cuestión de imputación jurídica de la culpa por el derecho interno (Anzilotti y Kelsen) o internacional (Perassi, Ago, Morelli y otros). La alternativa entre el derecho interno y el derecho internacional, examinada por esos tratadistas, es una cuestión totalmente debatible. Es una cuestión debatible porque la llamada *zentrale Zurechnung* de un acto a un Estado no es una operación efectuada por las propias normas jurídicas sino sólo una operación lógica realizada por las partes o por un juez basándose en los datos positivos y negativos que indican si el comportamiento es o no un comportamiento de la organización de ese Estado en sentido amplio. En el proceso de atribución está de más, pues, un cribado jurídico de determinados elementos del comportamiento, de resultados del cual uno o varios de esos elementos quede excluido, por así decirlo, «separado» de la atribución. El elemento denominado «subjetivo» o «psicológico» del comportamiento —sea la culpa, el error o la mala fe— es tan atribuible al Estado como cualquier otro de los elementos objetivos del comportamiento, sin que ninguna norma de derecho interno o de derecho internacional pueda alterar la consiguiente conclusión de hecho. Y así, la transgresión por un Estado de una de sus obligaciones internacionales puede darse con o sin culpa, y si interviene ésta, puede cometerse con intención dolosa o con cualquier grado de negligencia (culpa lata, leve o levisima). La cuestión de si media intención dolosa o cualquier grado de culpa en un caso determinado es una cuestión de hecho, como lo es la existencia misma de un acto de un Estado.

178. Al sostener que la atribución de culpa al Estado es fundamentalmente una cuestión de hecho, como lo es la determinación de la existencia de culpa en el comportamiento de un individuo (a los efectos del derecho de los actos ilícitos civiles en un ordenamiento positivo nacional), no se pretende ni mucho menos dar a entender que esa operación no sea mucho más difícil. Además de la mayor dificultad que entraña el problema jurídico básico de determinar en qué casos es pertinente el llamado «elemento subjetivo» (véase párrs. 179 y ss.) y con qué consecuencias (párrs. 183 y ss.), la misma determinación de

persona jurídica. Las mismas dificultades plantea, en opinión del Relator Especial, el curso contemporáneo e igualmente interesante de P.-M. Dupuy, dictado el mismo año en la Academia de La Haya, «Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats», *Recueil des cours...* 1984-17, t. 188, págs. 9 y ss. El término «imputación» parece utilizarse demasiado indistintamente y aún con más frecuencia para designar la atribución del acto o la imputación de responsabilidad, o ambas cosas; y aunque se alude continuamente a la analogía con la persona jurídica (a juicio del Relator Especial muy discutible), se encuentra en este estudio esta idea curiosa:

«[...] Por una parte, el Estado, que sigue siendo persona moral, deja de encarnarse, en último extremo, de resultados de la objetivación de lo ilícito; por otra parte, la mecanización de la imputación lleva a atribuir a esa persona moral desencarnada todas las consecuencias dañosas de actividades ilícitas realizadas bajo su jurisdicción.» (*Ibid.*, pág. 85.)

La analogía se vuelve aquí, por no decir otra cosa, muy problemática en verdad.

hecho de si existe o no intención dolosa o cualquier grado de negligencia de un Estado es sin duda algo mucho más arduo que el correspondiente problema de derecho privado. Aunque la existencia de la persona internacional sea, en cierto modo, tan de hecho como la de la persona física, resulta por lo menos tan tremendamente complejo como el sustrato de esa colosal persona moral que es el Estado en cuanto persona de derecho interno. Es, en realidad, más complejo que eso, precisamente porque (como se desprende también de los mencionados artículos 1 a 15 de la primera parte del proyecto) la organización del Estado va más allá de los límites de la organización «legal» establecida por el derecho interno. La consecuencia de esa complejidad (combinada con su naturaleza de hecho) es que un acto del Estado como persona internacional está constituido la mayoría de las veces, cuando no siempre, por una pluralidad de actos y actitudes emanadas de diferentes órganos situados frecuentemente en diferentes niveles de la jerarquía de la organización del Estado⁴²⁸. Ahora bien, de la misma manera que el comportamiento exterior u objetivo de uno o varios funcionarios de rango inferior puede de por sí materializar o no de hecho un comportamiento del Estado como persona internacional, las actitudes llamadas psicológicas (quizá diferentes) de esos funcionarios pueden o no constituir de hecho culpa del Estado como persona internacional. Teniendo en cuenta, por lo tanto, la dificultad mucho mayor que representa cualquier determinación de intención o motivo en comparación con la determinación del comportamiento llamado «objetivo», la atribución de un grado de culpa puede muchas veces ser más problemática que la atribución de un comportamiento «objetivo». Y el hecho de que no sea posible basarse de modo tan exclusivo y directo en normas jurídicas (como en el caso de la persona jurídica de derecho interno) explica probablemente, en parte, las dudas que han afectado y siguen afectando la cuestión de la culpa en la esfera de la responsabilidad internacional.

179. Sean cuales fueren las dificultades de la atribución de hecho, la cuestión de si la culpa es pertinente, y de qué forma y hasta qué punto lo es, constituye por supuesto una cuestión de derecho; una cuestión que indudablemente tiene que decidirse según el contenido de la norma internacional en violación de la cual se ha cometido el hecho ilícito. Dependerá, pues, de tal norma si la culpa, en cualquiera de sus grados, es o no condición de responsabilidad (véanse párrs. 165 y 166 *supra*).

180. Ahora bien, la pertinencia de la culpa con respecto a las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito es una cuestión distinta. A este respecto, parece lógico y racional, como han reconocido diversos tratadistas, que la existencia o inexistencia de culpa, y en caso de culpa, el grado de intención dolosa o negligencia, desempeñen cierto papel en la determinación del grado de responsabilidad y, por consiguiente, de las formas y grados de la reparación debida. Las principales autoridades en esta cuestión son Oppenheim y Ago.

⁴²⁸ Esto es lo que el Relator Especial definiría como «la complejidad material —social, por así decirlo— del acto de la persona de derecho de gentes, opuesta a la “unicidad” del acto de la persona física» («L'Etat dans le sens du droit des gens, *loc. cit.*, págs. 315 y ss.) Véase también el resumen de este análisis en el estudio recién citado.

181. Según Oppenheim:

[...] Es preciso, como es natural, establecer una gran diferencia entre los actos de reparación por delitos internacionales deliberada e intencionalmente cometidos, y reparación por hechos delictivos originados meramente por una negligencia culpable⁴²⁹.

El Relator Especial estima que existirá «una gran diferencia» entre un hecho en el que no haya mediado culpa alguna y un hecho en el que haya intervenido culpa (hecho culposos).

182. Según Ago:

[...] El problema de las diversas gradaciones y matices de la culpa en la esfera de lo ilícito internacional parece que debe revestir importancia sobre todo con respecto a otra cuestión, sobre la que sin duda ejerce notable influencia, es decir, la de la naturaleza y el alcance de la reparación debida por el Estado responsable [...]⁴³⁰.

C.—El efecto de la culpa en las formas y grados de la reparación

1. CULPA E INDEMNIZACIÓN PECUNIARIA

183. Como el estudio de la jurisprudencia muestra, es bastante raro que los jueces tomen explícitamente en consideración el efecto del denominado elemento «subjetivo» del hecho internacionalmente ilícito en la indemnización o compensación pecuniaria. A primera vista parece que la cuantía de la reparación por equivalencia debida por el Estado autor se determina exclusivamente basándose en la naturaleza y la extensión del daño causado, no considerándose pertinente a tal efecto la ausencia, la presencia o el grado de culpa⁴³¹. Hay algunos casos, sin embargo, en que se manifiesta la tendencia opuesta, y a este respecto habrá que ver:

- i) Si la documentación que el Relator Especial ha conseguido reunir es realmente completa.
- ii) Si la falta de mención expresa del denominado elemento «subjetivo» por el árbitro no encubre con más o menos frecuencia un examen implícito —y, a veces, quizás inadvertido— de ese elemento.

184. De los casos en que se ha mencionado expresamente la cuestión, tres parecen muy significativos:

a) El asunto del *Alabama*, en que el Comisario británico expresó la siguiente opinión:

[...] la reparación reclamada [...] debe ser razonablemente proporcionada, no sólo a la pérdida que ha sido consecuencia de esa culpa (acto u omisión), sino también a la gravedad de esa culpa misma. Una culpa leve puede tener como consecuencia un gran perjuicio, pero no hay que dejar que la magnitud de la pérdida determine el importe de la indemnización sin que se tenga en cuenta el *carácter venial de la culpa** [...]⁴³².

⁴²⁹ Oppenheim, *op. cit.*, pág. 354; trad. española, véase nota 322 *supra*, *op. cit.*, pág. 375.

⁴³⁰ Ago, «La colpa nell'illecito...», *loc. cit.*, pág. 302. Aceptan una postura análoga, entre otros, Giuliano, Scovazzi, Treves, *op. cit.*, pág. 581; Brownlie, *op. cit.*, pág. 46; y B. Simma, «Reflections on article 60 of the Vienna Convention on the law of treaties and its background in general international law», *Osterr. Z. off. Recht*, vol. 20, 1970, págs. 11 y 12.

⁴³¹ Así opinan, por ejemplo, Personnaz, *op. cit.*, pág. 106, y recientemente Gray, quien afirma:

«[...] En realidad, si el fin del otorgamiento de una indemnización es compensar la pérdida del extranjero perjudicado, en ese caso la cuestión de la culpa del Estado demandado debería considerarse impertinente [...]» (*Op. cit.*, pág. 24.)

⁴³² Lapradelle-Politis, vol. II, pág. 825.

b) El asunto *Fabiani*, en que también es evidente en la decisión cierto grado de consideración explícita de la gravedad de la culpa. Como explica Subilia:

[Fabiani] había sido víctima de actos reiterados de denegación de justicia por parte de las autoridades venezolanas, que en particular se habían opuesto a la ejecución de un laudo arbitral dictado a su favor en Marsella el 15 de diciembre de 1880. Según el Gobierno francés, el daño excedía de la simple pérdida de goce de la suma objeto de arbitraje, ya que Fabiani fue declarado posteriormente en quiebra por falta de pago de sumas inferiores a las que el laudo arbitral hubiera debido permitirle recobrar. Esa quiebra había causado a Fabiani un daño considerable, material y moral, por el que también se exigía reparación⁴³³.

El árbitro consideró que

[...] [la parte lesionada] habría obtenido tal o cual ganancia de no haberse producido el hecho ilícito, estando la prueba sujeta a condiciones menos estrictas en caso de culpa grave o de dolo* y conservando el juez plena libertad de apreciación⁴³⁴.

c) El asunto *Dix*, en que el Comisario Bainbridge, hablando en nombre de la Comisión Mixta de Reclamaciones estadounidense-venezolana, declaró:

«[...] El derecho internacional, como el derecho interno, rechaza toda compensación por consecuencias remotas... a falta* de pruebas de una intención deliberada de causar un daño*. [...]»⁴³⁵.

185. A pesar de esos ejemplos, la doctrina tal vez tiene razón en mantener la opinión de que la existencia o inexistencia y el grado del llamado «elemento intencional» no deberían influir de ningún modo en el cálculo de la indemnización. Y si, como el Relator Especial ha intentado poner de manifiesto, el fin de la reparación dineraria es poner a la parte perjudicada en el mismo estado en que se hubiera encontrado de no haberse cometido el hecho ilícito, o sea, dar a la parte perjudicada una suma de dinero en compensación de todos los daños causados por el hecho ilícito, pero sólo de tales daños; si, en otras palabras, el importe de la reparación por equivalencia en sentido estricto depende exclusivamente de la naturaleza y alcance del daño ocasionado, es difícil discernir qué relación puede guardar con la existencia o inexistencia de cierto grado de culpa por parte del Estado autor.

186. El Relator Especial, sin embargo, se inclina a pensar que esa interpretación quizá no sea tan correcta como puede parecer lógicamente a primera vista. Más aún si se tiene en cuenta que, en la práctica, las diversas formas de reparación no operan tan independientemente entre sí como parece dar a entender su distinción de principio. Se ha señalado ya, en particular, que:

- i) Las funciones compensatoria y retributiva están en cierto modo siempre presentes en cualquiera de las formas de reparación, y que la distinción, por marcada que sea en una fase determinada, es esencialmente una distinción de grado (véase párr. 136 *supra*).
- ii) La función punitiva considerada más típica de la satisfacción (y las garantías de no repetición) puede encontrar en algunos casos un invisible sucedáneo, por así decirlo, en el otorgamiento o concesión más o menos espontánea de un importe más elevado de indemnización pecuniaria (véase párr. 138 *supra*). Algunas observaciones de Salvioli, por ejemplo, pa-

recen dar a entender que la cuestión requiere un estudio más profundo y detenido⁴³⁶.

2. CULPA Y SATISFACCIÓN (Y GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN)

187. Sea cual fuere el efecto de la culpa en el importe de la indemnización pecuniaria, parece evidente que ese elemento ha desempeñado una función importante en relación con las formas y grados de la satisfacción, considerada en el sentido técnico repetidamente subrayado. Una vez más, se puede invocar la autorizada opinión de Oppenheim⁴³⁷.

188. Teniendo en cuenta la extensión que ha adquirido el presente informe, el Relator Especial sugiere que los propios miembros de la Comisión analicen atentamente la práctica recogida en las secciones correspondientes (párrs. 106 y ss.), y en especial, aunque no exclusivamente, la abundante práctica diplomática (párrs. 119 y ss.)⁴³⁸. La impresión que se deduce es que, tanto en la ju-

⁴³⁶ Salvioli escribe:

«[...] A mi juicio, el punto que concierne al comportamiento subjetivo del culpable* no está necesariamente vinculado a la cuestión de la extensión de las consecuencias ulteriores del acto ilícito; éstas —como ya hemos dicho— se sitúan dentro del ámbito de los principios de la “normalidad” de la “posibilidad de previsión”, etc. [...] En el caso del dolo*, lo que el autor ha querido —pongamos por ejemplo— es causar el daño y pero para imputar al culpable un daño ulterior y “es preciso demostrar que la realización de ese daño era normal, que debía haberse previsto; y eso no deriva necesariamente del hecho de la voluntad inicial que, quizás, tendía sólo a la realización de y.»

Más adelante añade:

«No obstante, estimo que basándose en una consideración de índole completamente diferente se puede justificar la tendencia a ser más exigente con el autor del dolo* que con el que ha obrado culposamente*, incluso en lo que concierne a la determinación de los daños ulteriores que deben ser reparados. La atribución de los perjuicios extrínsecos a quien ha obrado dolosamente* [...] constituye una forma especial de sanción, una medida de castigo por razón de la mayor gravedad de la lesión del ordenamiento jurídico internacional, cuando ésta se ha cometido dolosamente* [...]» (Op. cit., págs. 269 y 270.)

⁴³⁷ Según Oppenheim:

«[...] los tribunales internacionales* han reconocido en numerosos casos daños y perjuicios que, en el fondo, podían ser considerados como de carácter penal*. Los daños y perjuicios de carácter punitivo han sido reconocidos especialmente en aquellos casos en que el Estado no detuvo o no castigó efectivamente a los reos de actos criminales contra extranjeros. La práctica de los Estados y de los tribunales ofrece otros ejemplos de reparación imposible de distinguir de los de carácter punitivo, consistentes en una compensación pecuniaria sin relación alguna con el daño* efectivamente causado.» (Op. cit., pág. 355; trad. española, véase nota 322 *supra*, op. cit., pág. 376.)

Esta opinión, si se lee juntamente con el párrafo 178 *supra*, representa un reconocimiento explícito del efecto de la existencia y el grado de intención dolosa o culpa en la satisfacción, especialmente en la forma de «indemnización punitiva».

⁴³⁸ Con respecto a la especial pertinencia que reviste la culpa en los casos en que la reparación adopta la forma de la satisfacción, véanse, por ejemplo, las interesantes observaciones de R. Luzzatto, «Responsabilità e colpa in diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, Milán, vol. 51, 1968, pág. 63. Entre paréntesis, la referencia de Luzzatto (*ibid.*, pág. 58, nota 13) al manual de R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 4.ª ed., Palermo, Priulla, 1963, y al estudio del Relator Especial, *Gli enti soggetti...*, a propósito del problema de la «imputación», debe corregirse, puesto que en 1963 la posición de Quadri sobre esta cuestión, así como sobre otras, era bastante diferente de la que había sido en la primera edición de su manual en 1949. La posición del Relator Especial con respecto a las opiniones de Quadri se exponen en «Stati e altri enti...», *loc. cit.*, págs. 141 y ss., párr. 11 y nota 8, párrs. 27, 28 y notas, párr. 30 y notas; y en «L'Etat dans le sens du droit des Gens...», *loc. cit.*, págs. 297 y ss., 325, 326, 345 y 358 (notas 305 y 306).

⁴³³ Subilia, *op. cit.*, págs. 59 y 60, nota 141.

⁴³⁴ Martens, *Nouveau Recueil*, 2.ª serie, vol. XXVII, pág. 699.

⁴³⁵ Descamps-Renault, *Recueil 1903*, pág. 841.

risprudencia como en la práctica diplomática, el llamado elemento «subjetivo» representado por la culpa en sus distintos grados ha desempeñado un papel importante con respecto:

- i) A la entrada en juego de la satisfacción en lugar, o como importante complemento, de la compensación o indemnización pecuniaria.
- ii) A la calidad y el número de las formas de satisfacción reclamadas y, en la mayoría de los casos, obtenidas.

Así como el primero de esos datos aparece en todos los casos sin excepción, el segundo surge en un número bastante elevado de ellos.

189. En la práctica menos reciente, son especialmente pertinentes, a juicio del Relator Especial, los ya citados asuntos de la *Responsabilidad de Alemania por actos cometidos después del 31 de julio de 1914 y antes de que Portugal participara en la guerra*, *Moke*, *Arends*, de la rebelión de los boxers y *Tellini*⁴³⁹. Otros asuntos probable-

⁴³⁹ El Relator Especial hace referencia, en particular, a los fundamentos de las modalidades de satisfacción como forma de reparación en las que se subraya, además de la función retributiva o punitiva que también se manifiesta en muchos otros ejemplos, la naturaleza intencional de la infracción. En el asunto de la *Responsabilidad de Alemania* se habla de «una pena infligida al Estado culpable y que se inspira, como las penas en general, en las ideas de retribución, admonición e intimidación» (véase nota 42 *supra*); en el asunto *Moke* se otorgó una indemnización de carácter punitivo para condenar el empleo ilícito de la fuerza (véase el extracto de la decisión citada en nota 287 *supra*). En el asunto *Arends*, el superárbitro dijo que «el Gobierno demandado está dispuesto a reconocer su responsabilidad por el desafortunado acto de sus funcionarios» (véase nota 288 *supra*). Aunque, indudablemente, en el asunto *Tellini* las demandas del Gobierno fascista italiano eran arrogantemente desproporcionadas, las que formuló la Conferencia de Embajadores se presentaron de forma que parecía dar a entender un importante grado de negligencia por parte de Grecia.

mente importantes, sin perjuicio de un estudio más a fondo, son los de la violación de la frontera búlgara por Grecia en 1925 (véase párr. 126 *supra*), el asunto de la cañonera *Panay* entre los Estados Unidos y el Japón en 1937 (*ibid*) y la mayoría de los ejemplos de la práctica diplomática posterior a 1945, que se han analizado someramente (párrs. 127 a 135 *supra*). En ambas series de casos, el Estado autor reconoció probablemente cierto grado de culpa, bien porque el daño había sido causado a nacionales o agentes extranjeros por funcionarios públicos (militares o policiales), o bien porque las víctimas o el objeto del daño eran personas o locales con respecto a los cuales el Estado lesionado tenía derecho a una protección especial.

190. Cabe, en varios de los asuntos mencionados, plantear por supuesto la cuestión de si, y hasta qué punto, la culpa del agente estatal de rango inferior autor material del acto o la omisión es en realidad culpa del Estado ofensor, o si la responsabilidad de éste tiene una base puramente objetiva («riesgo del Estado»). Ahora bien, para responder a esa cuestión, será necesario un análisis más amplio y más profundo de la jurisprudencia⁴⁴⁰. Sin embargo, sin perjuicio de los resultados de un estudio ulterior (y también a la luz de las observaciones de los miembros de la Comisión), el Relator Especial se inclinaría a pensar que no se puede considerar al Estado exento de culpa cuando no da a los miembros de su organización —especialmente a los miembros de la policía y las fuerzas armadas— instrucciones adecuadas acerca de las obligaciones positivas y negativas que les incumben con respecto al trato de los agentes y nacionales extranjeros.

⁴⁴⁰ G. Palmisano prepara actualmente un estudio sobre este problema: «Colpa dell'organo e colpa dello Stato nella responsabilità internazionale: spunti critici di teoria e prassi», que aparecerá en *Comunicazioni e Studi*, Milán, vol. 19, 1991.

CAPÍTULO VI

Proyectos de artículos sobre la reparación por equivalencia, la satisfacción y las garantías de no repetición

191. El Relator Especial propone los siguientes proyectos de artículos:

Artículo 8. — Reparación por equivalencia

1. (VARIANTE A.) El Estado lesionado tiene derecho a reclamar al Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito una indemnización pecuniaria por cualquier daño no reparado mediante la restitución en especie, de la cuantía necesaria para restablecer la situación que existiría de no haberse cometido el hecho ilícito.

1. (VARIANTE B.) Si la restitución en especie, efec-

tuada conforme a lo dispuesto en el artículo 7, no alcanza a restablecer la situación que existiría de no haberse cometido el hecho internacionalmente ilícito, el Estado lesionado tiene derecho a reclamar al Estado que haya cometido el hecho ilícito una indemnización pecuniaria de la cuantía necesaria para compensar cualquier daño no reparado mediante la restitución en especie.

2. La indemnización pecuniaria a que se refiere este artículo abarcará cualquier daño económicamente valorable que de resultados del hecho ilícito se haya causado al Estado lesionado, incluido cualquier daño moral sufrido por los nacionales de ese Estado.

3. La indemnización a que se refiere este artículo com-

prende las ganancias dejadas de obtener de resultados del hecho internacionalmente ilícito.

4. A los efectos de este artículo se entiende por daño resultante de un hecho internacionalmente ilícito cualquier pérdida relacionada con ese hecho mediante un nexo causal ininterrumpido.

5. Cuando el daño sea debido en parte a causas distintas del hecho internacionalmente ilícito, en particular a la culpa concurrente del Estado lesionado, se reducirá la indemnización en la medida correspondiente.

Artículo 9.—Intereses

1. En el caso de que la indemnización debida por la ganancia dejada de obtener consista en los intereses de una cantidad de dinero, estos intereses se devengarán:

a) desde el primer día en que no se hayan tenido en cuenta, a efectos de la indemnización, para el cálculo de la cantidad otorgada como principal;

b) hasta el día del pago efectivo.

2. Se otorgarán intereses compuestos siempre que sean necesarios para una indemnización completa, y el tipo de interés será el más adecuado para conseguir ese resultado.

Artículo 10.—Satisfacción y garantías de no repetición

1. Cuando un hecho internacionalmente ilícito cause al Estado lesionado un daño jurídico o moral que no pueda ser reparado mediante la restitución en especie o una indemnización pecuniaria, el Estado que haya cometido el hecho ilícito estará obligado a dar al Estado lesionado una satisfacción adecuada en forma de disculpas, indemnización punitiva o nominal, castigo de los individuos responsables o seguridades o garantías contra la repetición, o de una combinación de todos esos elementos.

2. 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.

3. La declaración de la ilicitud del hecho por un tribunal internacional competente podrá constituir de por sí una modalidad de satisfacción apropiada.

4. En ningún caso la demanda de satisfacción entrañará exigencias humillantes para el Estado que haya cometido el hecho ilícito ni la violación de la igualdad soberana o la jurisdicción interna de ese Estado.

OBRAS CITADAS

AGO, R.

«La colpa nell'illecito internazionale». *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, t. III, Padua, CEDAM, 1940; reimpresso en *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, t. I, Nápoles, Jovene, 1978.

«Le délit international». *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1939-II*, Paris, Sirey, 1947, t. 68; reimpresso en *Scritti...*

«Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados». *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1970, vol. II, documento A/CN.4/233.

ANZILOTTI, D.

«La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers». *Revue générale de droit international public*, Paris, t. 13, 1906; reimpresso en S.I.O.I. *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. II, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, t. I, Padua, CEDAM, 1956.

«Sugli effetti dell'inadempimento di obbligazioni internazionali aventi per oggetto una somma di danaro». *Rivista di diritto internazionale*, Roma, t. 7, 1913.

Corso di diritto internazionale, vol. I, *Introduzione. Teorie generali*, 4.ª ed., Padua, CEDAM, 1955.

Cours de droit international, trad. francesa de G. Gidel de la 3.ª ed. italiana, Paris, 1929.

Curso de derecho internacional, trad. española de J. López Oliván de la 3.ª ed. italiana, Madrid, Reus, 1935.

APOLLIS, G.

«Le règlement de l'affaire du *Rainbow Warrior*». *Revue générale de droit international public*, Paris, vol. 91, 1987.

ARANGIO-RUIZ, G.

Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale, Milán, Giuffrè, 1951.

La persona giuridica come soggetto strumentale, Milán, Giuffrè, 1952.

«Stati e altri enti (Soggettività internazionale)». *Novissimo Digesto Italiano*, Turin, vol. XVIII, 1971.

«The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations», with an appendix on «The concept of international law and the theory of international organisation», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1972-III*, Leyden, Sijthoff, 1974, t. 137.

«L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. 26, 1975-1976.

The United Nations Declaration on Friendly Relations and the System of International Law, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Nordhoff, 1979.

BATTAGLINI, B.

«Amministrazione e sovranità nell'ex Territorio libero di Trieste (In margine a una attuale controversia)». *Studi in onore di Manlio Udina*, t. I, Milán, Giuffrè, 1975.

«Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice». *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, parte I, Milán.

«Il riconoscimento internazionale di principi generali del diritto». *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, t. I, Milán, Giuffrè, 1987.

BISSONNETTE, P. A.

La satisfaction comme mode de réparation en droit international (tesis, Universidad de Ginebra), Annemasse, Impr. Grandchamp, 1952.

- BLUNTSCHLI, J. C.
Das Moderne Völkerrecht der Zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt, 3.^a ed., Nördlingen, 1878.
 Trad. francesa de C. Lardy, *Le droit international codifié*, 5.^a ed. rev. y aum., París, 1895.
- BOLLECKER-STERN, B.
Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale, París, Pedone, 1973.
- BROWNLIE, I.
System of the Law of Nations: State Responsibility, Parte I, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- ČEPELKA, Č.
Les conséquences juridiques du délit en droit international, Praga, Universidad Karlova, 1965.
- CHENG, B.
General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Londres, Stevens, 1953.
- COMBACAU, J.
 «La responsabilité internationale», en H. Thierry *et al.*, *Droit international public*, 4.^a ed., París, Montchrestien, 1984.
- CONDORELLI, L.
 «L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984-VI*, Dordrecht, Nijhoff, 1988, t. 189.
- DESCAMPS, E. y L. RENAULT
Recueil international des traités du XIX^e siècle, année 1903, París.
- DOMINICÉ, CH.
 «La satisfaction en droit des gens», *Mélanges Georges Perrin*, Lausana, Payot, 1984.
- DUMAS, J.
 «La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1931-II*, París, 1932, t. 36.
- DUPUY, P. M.
 «Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984-V*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, t. 188.
- EAGLETON, C.
The Responsibility of States in International Law, Nueva York, 1928.
- FALK, R. A.
 «The Beirut raid and the international law of retaliation», *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 63, 1969.
- FAUCHILLE, P.
Traité de droit international public (8.^a ed. del Manual de derecho internacional público de H. Bonfils), t. I, 1.^a parte, París, 1922.
- FERRARI BRAVO, L.
Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati, Pompeya, Morano, 1964.
 «Alcune riflessioni sui rapporti fra diritto costituzionale e diritto internazionale in tema distipulazione di trattati», *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, t. I, Milán, Giuffrè, 1987.
- FEUSTEL, I.
Die Kompetenz-Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge in der italienischen Lehre, Berlin, Duncker & Humblot, 1977.
- FORLATI PICCHIO, M. L.
La sanzione nel diritto internazionale, Padua, CEDAM, 1974.
- GARCÍA AMADOR, F. V.
 «Sexto informe sobre la responsabilidad internacional», *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1961, vol. II, documento A/CN.4/134 y Add.1.
Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad. Análisis crítico de la concepción tradicional, Madrid, Escuela de funcionarios internacionales, 1963.
- GIULIANO, M.
Diritto internazionale, vol. I, *La società internazionale e il diritto*, 2.^a ed. con la colaboración de T. Scovazzi y T. Treves, Milán, Giuffrè, 1983.
- GRAEFRATH, B.
 «Responsibility and damages caused: Relationship between responsibility and damages», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984-II*, La Haya, Nijhoff, 1985, t. 185.
- GRAY, C. D.
Judicial Remedies in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1987.
- GUGGENHEIM, P.
Traité de droit international public, t. II, Ginebra, Georg, 1954.
- HACKWORTH, G. H.
Digest of International Law, vol. V, Washington (D.C.), 1943.
- HAURIOU, A.
 «Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux», *Revue générale de droit international public*, París, t. 31, 1924.
- JIMENEZ DE ARECHAGA, E.
 «International responsibility», en M. Sorensen, ed., *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968.
- KELSEN, H.
 «Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. 12, 1932.
- KISS, A. CH.
Répertoire de la pratique française en matière de droit international public, t. III, París, 1965.
- LA FONTAINE, H.
Pasicrisie internationale. Histoire documentaire des arbitrages internationaux, Berna, 1902.

- LAPRADELLE, A. DE Y N. POLITIS
Recueil des arbitrages internationaux, t. I (1798-1855), París, 1905; t. II (1856-1872), París, 1923; t. III (1872-1875), París, 1954.
- LATTANZI, F.
Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale, Milán, Giuffrè, 1983.
- LAUTERPACHT, H.
 «Regles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1937-IV, París, 1938, t. 62.
- LUZZATTO, R.
 «Responsabilità e colpa in diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, Milán, vol. 51, 1968.
- MARTENS, G. F. DE
Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international, 2.ª serie, t. XX (1890-1894), Gotinga, 1896; 2.ª serie, t. XXVII (1874-1896), Leipzig, 1902; 2.ª serie, t. XXIX (1885-1902), Leipzig, 1903; 2.ª serie, t. XXX (1879-1902), Leipzig, 1903; 2.ª serie, t. XXXIII (1886-1905), Leipzig, 1906.
- MOORE, J. B.
History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. IV, Washington (D.C.), 1898.
A Digest of International Law, vols. II, V y VI, Washington (D.C.), 1906.
- MORELLI, G.
Nozioni di diritto internazionale, 7.ª ed., Padua, CEDAM, 1967.
- NACIONES UNIDAS
Recueil des sentences arbitrales, vol. I, N.º de venta: 1948.V.2.; vol. II, N.º de venta: 1949.V.1.; vol. III, N.º de venta: 1949.V.2.; vol. IV, N.º de venta: 1951.V.1.; vol. V, N.º de venta: 1952.V.3.; vol. VI, N.º de venta: 1955.V.3.; vol. VII, N.º de venta: 1956.V.5.; vol. IX, N.º de venta: E/F.59.V.5.; vol. X, N.º de venta: E/F.60.V.4.; vol. XI, N.º de venta: E/F.61.V.4.; vol. XII, N.º de venta: E/F.63.V.3.; vol. XIX, N.º de venta: E/F.90.V.7.
- NAGY, K.
 «The problem of reparation in international law», en H. Bokor-Szegö, ed., *Questions of International Law, Hungarian Perspectives*, vol. 3, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1986.
- OPPENHEIM, L.
International Law: A Treatise, vol. I, *Peace*, 8.ª ed. rev. por H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955.
Tratado de Derecho Internacional Público, vol. I, Paz, trad. española de J. López Oliván de la 8.ª ed. rev. por H. Lauterpacht, Barcelona, Bosch, 1961.
- PALMISANO, G.
 «Colpa dell'organo e colpa dello Stato nella responsabilità internazionale: spunti critici di teoria e prassi», *Comunicazione e Studi*, Milán, vol. XIX (aparecerá en 1991).
- PERASSI, T.
Lezioni di diritto internazionale, 1.ª parte, Roma, 1937.
- PERSONNAZ, J.
La réparation du préjudice en droit international public, París, 1939.
- POLITIS, N.
La justice internationale, París, 1924.
- PRZETACZNIK, F.
 «La responsabilité de l'Etat à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre Etat», *Revue générale de droit international public*, París, t. 78, 1974.
- QUADRI, R.
Diritto internazionale pubblico, 1.ª ed., Palermo, Priulla, 1949; 4.ª ed., Palermo, Priulla, 1963.
- RALSTON, J. H.
Venezuelan Arbitrations of 1903, Washington (D.C.), 1904.
- REITZER, L.
La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international, París, 1938.
- REUTER, P.
 «Le dommage comme condition de la responsabilité internationale», *Estudios de Derecho Internacional: Homenaje al Profesor Mijaja de la Muela*, t. II, Madrid, Tecnos, 1979.
- RIPERT, G.
 «Les règles de droit civil applicables aux rapports internationaux», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1933-II, París, 1934, t. 44.
- ROTH, A.
Schadenersatz für Verletzungen Privater bei völkerrechtlichen Delikten, Berlín, 1934.
- ROUSSEAU, CH.
Droit international public, t. V: *Les rapports conflictuels*, París, Sirey, 1983.
- SALMON, J. J. A.
 «Des "mains propres" comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *Annuaire français de droit international*, 1964, París, vol. X.
- SALVIOLI, G.
 «La responsabilité des Etats et la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1929-III, París, 1930, t. 28.
- SCHOEN, P.
 «Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen», *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, vol. 10, suplemento 2, 1917.
- SCHWARZENBERGER, G.
International Law, vol. I, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, 3.ª ed., Londres, Stevens, 1957.
- SERENI, A. P.
Diritto internazionale, t. III, *Relazioni internazionali*, Milán, Giuffrè, 1962.
- SIMMA, B.
 «Reflections on article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its background in general international law», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. 20, 1970.

SOCIEDAD DE LAS NACIONES

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

Idem, *Supplément au tome III* [C.75(a).M.69(a).1929.V].

SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE
INTERNAZIONALE (S.I.O.I.)

La prassi italiana di diritto internazionale, 1.^a serie (1861-1887), vol. II, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1970; 2.^a serie (1887-1918), vol. III, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1979.

SPINEDI, M.

«Responsabilità internazionale», *Encyclopedia Giuridica*, 1985.

STRISOWER, L.

Rapport sur «La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1927, Bruselas, vol. 33, t. I.

STRUPP, K.

«Das völkerrechtliche Delikt», en F. Stier-Somlo, ed., *Handbuch des Völkerrechts*, vol. III, 1.^a parte a, Stuttgart, 1920.

SUBILIA, J. L.

L'allocation d'intérêts dans la jurisprudence internationale (tesis, Universidad de Lausana), Lausana, Imp. Vaudoise, 1972.

VERDROSS, A.

Völkerrecht, 5.^a ed., Viena, Springer, 1964.

VERZIJL, J. H. W.

International Law in Historical Perspective, vol. VI, *Juridical Facts as Sources of International Rights and Obligations*, Leyden, Sijthoff, 1973.

VISSCHER, CH. DE

«La responsabilité des Etats», *Bibliotheca Visseriana*, t. II, Leyden, 1924.

WENGLER, W.

Völkerrecht, t. I, Berlin, Springer, 1964.

WHITEMAN, M. M.

Damages in International Law, vol. I, Washington (D.C.), 1937.

Digest of International Law, vol. 5, Washington (D.C.), 1965; vol. 8, Washington (D.C.), 1967.

INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/422 y Add.1*

Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, del Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial

[Original: inglés]
[11 y 24 de abril de 1989]

ÍNDICE

		Página
Nota		63
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCIÓN	1	64
<i>Sección</i>		
I. OBSERVACIONES DE CARÁCTER GENERAL	2-19	65
Disposiciones interpretativas (artículo 3)	19	69
II. OBSERVACIONES SOBRE LA PARTE III DEL PROYECTO: [LIMITACIONES DE] [EXCEPCIONES A] LA INMUNIDAD DEL ESTADO	20-41	70
Artículo 13 (Lesiones a las personas y daños a los bienes)	20-22	70
Artículo 15 (Patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio y otras formas de propiedad intelectual o industrial)	23	70
Artículo 18 (Buques de propiedad del Estado o explotados por él y destinados a un servicio comercial)	24-31	70
Artículo 19 (Efectos de un compromiso arbitral)	32-40	73
Artículo 20 (Casos de nacionalización)	41	76
III. OBSERVACIONES SOBRE LA PARTE IV DEL PROYECTO: INMUNIDAD DEL ESTADO RESPECTO DE MEDIDAS COERCITIVAS EN LO QUE CONCIERNE A SUS BIENES ..	42-46	76
Modificaciones propuestas	46	78
Artículo 21 (Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas)	46	78
Artículo 23 (Clases especiales de bienes)	46	78

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/422/Corr.1 y A/CN.4/422/Add.1/Corr.1.

NOTA

Instrumentos relativos a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes mencionados en el presente informe

Convenciones multilaterales

Fuente

Convención internacional para la unificación de ciertas normas relativas a la inmunidad de los buques de propiedad estatal (Bruselas, 10 de abril de 1926), denominada en adelante «Convención de Bruselas de 1926»

Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXXVI, pág. 199.

Protocolo adicional (Bruselas, 24 de mayo de 1934)

Ibid., pág. 214.

Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados y Protocolo adicional (Basilea, 16 de mayo de 1972), denominado en adelante «Convenio europeo de 1972» Consejo de Europa, Serie de tratados europeos, N.º 74, Estrasburgo, 1972.

Legislaciones nacionales

Los textos legislativos que figuran a continuación, exceptuada la Ley de Australia, se reproducen en el volumen de la serie legislativa de las Naciones Unidas: *Documentation concernant les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens* (Número de venta: E/F.85.V.10), parte I.

	<i>Fuente</i>
AUSTRALIA	
<i>Foreign States Immunities Act 1985</i> (Ley de 1985 sobre la inmunidad de los Estados extranjeros)	<i>Australia, Acts of the Parliament of the Commonwealth of Australia passed during the year 1985</i> , Canberra, 1986, vol. 2, pág. 2696.
CANADÁ	
<i>Loi de 1982 sur l'immunité des États</i> (Ley de 1982 sobre la inmunidad de los Estados)	<i>La Gazette du Canada, Partie III</i> , Ottawa, vol. 6, N.º 15, 22 de junio de 1982.
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	
<i>Foreign Sovereign Immunities Act of 1976</i> (Ley de 1976 sobre la inmunidad de los Estados extranjeros)	<i>United States Code, 1982 Edition</i> , vol. 12, título 28, cap. 97.
PAKISTAN	
<i>State Immunity Ordinance, 1981</i> (Ordenanza de 1981 sobre la inmunidad de los Estados)	<i>The Gazette of Pakistan</i> , Islamabad, 11 de marzo de 1981.
REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE	
<i>State Immunity Act 1978</i> (Ley de 1978 sobre la inmunidad de los Estados)	Reino Unido, <i>The Public General Acts, 1978</i> , primera parte, cap. 33, pág. 715.
SINGAPUR	
<i>State Immunity Act, 1979</i> (Ley de 1979 sobre la inmunidad de los Estados)	Naciones Unidas, <i>Documentation concernant les immunités juridictionnelles...</i> , págs. 28 y ss.
SUDÁFRICA	
<i>Foreign States Immunities Act, 1981</i> (Ley de 1981 sobre la inmunidad de los Estados extranjeros)	<i>Republic of South Africa Government Gazette</i> , Ciudad del Cabo, vol. 196, N.º 7849, 28 de octubre de 1981.

Introducción

1. El segundo informe del Relator Especial se ocupa, como el precedente, de todo el conjunto del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes¹, que la Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura en su 38.º período de sesiones, en 1986, tras ser examinado extensamente. En su informe preliminar², presentado a la Comisión en su 40.º período de sesiones, celebrado en 1988, el Relator Especial analizó las observaciones formuladas por los gobiernos de 24 Estados³, en respuesta a la solicitud de la Comisión, y recomendó, teniendo en cuenta esas observaciones, algunas modificaciones en los artículos. El presente informe complementa el informe preliminar y ambos se deben considerar juntamente para los fines de examinar en segunda lectura el proyecto de artículos⁴.

¹ Para el texto, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 7 y ss.

² *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/415.

³ Estas observaciones, presentadas antes del 24 de marzo de 1988 juntamente con las enviadas después de esa fecha por los gobiernos de otros cinco Estados, se reproducen en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/410 y Add.1 a 5.

⁴ A los efectos del presente estudio, cabe mencionar también los siguientes informes del anterior Relator Especial: segundo informe: *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 209, documento A/CN.4/331 y Add.1; quinto informe: *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 27, documento A/CN.4/363 y Add.1; sexto informe: *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 5, documento A/CN.4/376 y Add. 1 y 2.

I.—Observaciones de carácter general

2. Si se examinan más detenidamente las observaciones de los gobiernos, se observa una evidente división de opiniones en cuanto a la situación actual de la regla de la inmunidad de los Estados en el derecho internacional⁵. Teniendo en cuenta los dos puntos de vista principales, el Relator Especial examinará en este informe la regla de la inmunidad de los Estados y propondrá un enfoque apropiado con miras a una posible codificación del tema. A decir verdad, el anterior Relator Especial, Sr. Sucharitkul, examinó detalladamente en su segundo informe la práctica de los Estados en lo concerniente a la regla de la inmunidad de los Estados y llegó a la conclusión de que no hay nada en la práctica general de los Estados, como prueba del derecho consuetudinario, que permita poner en tela de juicio que el principio de la inmunidad de los Estados está firmemente establecido como norma de derecho internacional consuetudinario⁶. En esa etapa inicial quedó confirmada esa conclusión como justificación para que la Comisión comenzara su labor sobre el tema, y a partir de entonces la Comisión se ha esforzado por aclarar en qué grado se aplica el principio de la inmunidad de los Estados a las distintas actividades de los Estados extranjeros.

3. Aunque los proyectos de artículos, que fueron aprobados provisionalmente en 1986 en primera lectura, se deben considerar en relación con los principios aceptados del derecho internacional y la práctica incipiente de los Estados, la Comisión ha identificado ya el concepto básico del proyecto, a saber que un Estado goza de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, con ciertas limitaciones o excepciones⁷. En su informe preliminar, el Relator Especial procuró no volver a abrir el debate relativo al fundamento teórico de la regla de la inmunidad del Estado. Por ese motivo no se ocupó en detalle de la jurisprudencia y la legislación interna ni de los acuerdos internacionales. Sin embargo, después de la presentación del informe preliminar, hacia el final del 40.º período de sesiones, algunos miembros de la Comisión expresaron el deseo de que se les informara más detalladamente acerca de la reciente evolución de la práctica general en lo relativo a la inmunidad de los Estados. Aunque el anterior Relator Especial lo había hecho ya en algunos de sus informes de manera excelente, se trata de una petición totalmente justificada, en particular por parte de los miembros relativamente recientes de la Comisión. El Relator Especial se complace en atender a esa petición incluyendo en el presente informe un resumen de la reciente evolución de la práctica general de los Estados, sin referirse en detalle a la cuestión del fundamento teórico de la regla de la inmunidad de los Estados. No obstante, sería pertinente subrayar que lo que se necesita en esta etapa de la segunda lectura es tratar de elaborar un nuevo acuerdo multilateral que permita resolver el conflicto de intereses soberanos derivado de la aplicación o no aplicación de la regla de la inmunidad de los Estados, en lugar de confir-

mar simplemente el principio más fundamental de la soberanía en esta esfera concreta.

4. Uno de los puntos de vista que figuraron entre las observaciones de los gobiernos se refiere a que un Estado es totalmente inmune respecto de la jurisdicción de un tribunal extranjero en prácticamente todas las circunstancias, salvo que haya consentido expresamente en someterse a esa jurisdicción. Según esa posición, la inmunidad absoluta es una norma de derecho internacional general y, en consecuencia, los Estados que no la cumplan violan el derecho internacional. Al parecer, varios Estados, como Bulgaria, China, la República Democrática Alemana, la Unión Soviética y Venezuela, han apoyado la doctrina de la inmunidad absoluta⁸, que se basa en parte en el hecho de que en el pasado fue durante algún tiempo la norma que aplicaban predominantemente los tribunales de varios Estados. Sin embargo, la doctrina de la inmunidad absoluta ha dado paso gradualmente a una doctrina de inmunidad restringida y, por lo tanto, no parece que exista actualmente una norma de derecho internacional consuetudinario que exija automáticamente a un Estado que conceda inmunidad jurisdiccional a otros Estados en términos generales⁹. En este informe se examinará brevemente el proceso por el que los tribunales nacionales han pasado a adoptar un criterio restrictivo con respecto a la inmunidad.

5. La doctrina de la inmunidad absoluta parecía estar arraigada en la jurisprudencia del siglo XIX. Cabe sugerir la siguiente práctica estatal selectiva. En Francia, el Tribunal de Casación, en el asunto del *Gobierno español c. Casaux* (1849)¹⁰, afirmó la doctrina de la inmunidad absoluta con respecto a actos de derecho privado, aplicando el principio general de que un gobierno no podía quedar sometido a la jurisdicción de un Estado extranjero con respecto a compromisos que pudiera haber contraído¹¹. A principios de este siglo, los tribunales alemanes comenzaron a abrazar también la doctrina de la inmunidad absoluta. Por ejemplo, en el asunto *Hellfeld c. Fisc de l'Empire russe* (1910)¹², el Tribunal Prusiano de Conflictos de Jurisdicción opinó que la distinción entre el Estado que ejerce su soberanía y el Estado que actúa como persona jurídica de derecho privado no se había reconocido en general en el derecho internacional. Nuevamente, en el asunto de los *Préstamos polacos* (1921)¹³, el mismo tri-

⁸ *Ibid.*, párr. 11.

⁹ Pero, para la opinión sustentada por algunos Estados de que el principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados se reconoce universalmente en derecho internacional, véase documento A/CN.4/410 y Add.1 a 5 (nota 3 *supra*), observaciones, por ejemplo, de Bulgaria, párr. 3, y China, párr. 1.

¹⁰ Dalloz, *Recueil périodique et critique de jurisprudence*, 1849, París, parte I, pág. 9; Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts*, 1849, París, parte I, pág. 93.

¹¹ Véase S. Sucharitkul, «Immunities of foreign States before national authorities», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1976-I, Leyden, Sijthoff, 1977, vol. 149, págs. 140 y 141.

¹² *Zeitschrift für Internationales Recht*, Leipzig, 1910, vol. 20, pág. 416; Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts*, 1912, París, parte IV, pág. 1.

¹³ *Annual Digest of Public International Law Cases, 1919-1922*, Londres, 1932, pág. 116, asunto N.º 78.

⁵ Véase documento A/CN.4/415 (nota 2 *supra*), párrs. 8 a 10.

⁶ Documento A/CN.4/331 y Add.1 (nota 4 *supra*), párr. 90.

⁷ Véase documento A/CN.4/415 (nota 2 *supra*), párrs. 66 y 110.

bunal apoyó la regla de la inmunidad absoluta sosteniendo que, con arreglo al derecho internacional, un Estado extranjero, tanto en su capacidad pública como en transacciones que correspondían al derecho privado, no estaba sometido a la jurisdicción de los tribunales de otro país, salvo en los casos en que se sometiera voluntariamente y en cuestiones relacionadas con bienes inmuebles¹⁴. En el Reino Unido, los tribunales inferiores siguieron en general la doctrina absoluta desde 1880, por lo menos en relación con el embargo preventivo o el secuestro de buques de propiedad de Estados extranjeros¹⁵, aunque en el asunto *The «Cristina»* (1938)¹⁶, algunos lores del Tribunal Supremo se reservaron su opinión en cuanto a si la doctrina era aplicable en el derecho internacional¹⁷. Aparte de esta jurisprudencia selectiva, se ha dicho a menudo que los tribunales de muchos países, incluidos los Estados Unidos de América, Australia, la India y Sudáfrica, abrazaron la doctrina de la inmunidad absoluta en el pasado¹⁸.

6. Por otra parte, incluso en esa etapa inicial, sobre todo en los decenios de 1920 y 1930, los tribunales de Bélgica¹⁹ e Italia²⁰ desarrollaron y aplicaron la denominada teoría restrictiva, que negaba la inmunidad a los Estados extranjeros en los litigios derivados de actos no realizados en su calidad de Estados soberanos (*actos jure gestionis*). Ya en 1879, un tribunal belga negó la inmunidad en un litigio relacionado con un contrato de venta de guano, observando que ya no puede tratarse de una cuestión de soberanía cuando un gobierno extranjero «realiza actos y celebra contratos que en toda época y en todas partes se han considerado contratos comerciales sujetos a la jurisdicción de los tribunales de comercio»²¹. Un autor, tras un amplio estudio de la práctica de los Estados, publicado en 1933, llegó a la conclusión de que la idea de que la doctrina de la inmunidad restringida basada en la distinción entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis* era «propia de Bélgica e Italia debía ampliarse para incluir a Suiza, Egipto, Rumania, Francia, Austria y Grecia»²². A partir de entonces, se ha desarrollado y aplicado la distinción entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis* en una serie de importantes países de tradición jurídica romanista de Europa occidental²³.

7. Como la práctica del comercio entre Estados se ha extendido rápidamente, sobre todo a partir de 1945, el nú-

mero de Estados que rechazan la teoría absoluta ha seguido aumentando hasta nuestros días. En los Estados Unidos, el Tribunal Supremo determinó, en el asunto *Berizzi Brothers Co. c. S. S. «Pesaro»* (1926)²⁴ la inmunidad de un buque de propiedad del Gobierno italiano y explotado por éste que se dedicaba al transporte de pasajeros y carga a los Estados Unidos²⁵. Pero, en asuntos subsiguientes, el Tribunal opinó que la concesión de inmunidad a un Estado era una cuestión de política nacional determinada por el poder ejecutivo, y posteriormente, en 1952, el Departamento de Estado anunció que abrazaba la teoría restrictiva en la denominada «*Tate letter*»²⁶. La posición actual de los Estados Unidos se rige por las disposiciones de la Ley de 1976 sobre la inmunidad de los Estados extranjeros, *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, que refleja la doctrina de la inmunidad restringida. Los tribunales del Reino Unido admitieron la aplicabilidad de la teoría restrictiva en el asunto *The «Philippine Admiral»* (1975)²⁷. En este asunto el Comité Judicial del Consejo Real, rompiendo la tradición, determinó que un Estado extranjero no podía reclamar la inmunidad de jurisdicción en una acción *in rem* contra un buque si éste era utilizado por el gobierno de dicho Estado para prestar servicios comerciales²⁸. A ese respecto, cabría referirse a la opinión de dos miembros del Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, Lord Denning y el magistrado Shaw, en el asunto *Trendt Trading Cooperation Ltd. c. Central Bank of Nigeria* (1977)²⁹. Dichos miembros del Tribunal sostuvieron que el Banco no tenía derecho a inmunidad en una acción *in personam*, puesto que la carta de crédito en relación con la cual el demandante había demandado al Banco era un documento mercantil. Como Lord Denning observó en un *obiter dictum* en ese asunto, la posición de esos dos miembros del Tribunal indicaba la adopción del principio de que un Estado extranjero no goza de inmunidad cuando efectúa una transacción mercantil con un comerciante en el Reino Unido³⁰. Con posterioridad a ese asunto, el Reino Unido promulgó la *State Immunity Act 1978*, que representaba la teoría de la inmunidad restringida.

8. En la República Federal de Alemania, la anterior posición favorable a la doctrina de la inmunidad absoluta fue rechazada de manera decisiva en el asunto *Danish State Railways in Germany* (1953)³¹ por el Tribunal de Distrito de Kiel, que dictaminó que «un Estado debe estar muy su-

¹⁴ Véase I. Sinclair, «The law of sovereign immunity. Recent developments», *Recueil des cours...*, 1980-II, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1981, vol. 167, págs. 130 y 131.

¹⁵ *Ibid.*, págs. 121 a 127.

¹⁶ *The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council*, 1938, pág. 485.

¹⁷ Véase Sucharitkul, *loc. cit.* (nota 11 *supra*), pág. 162.

¹⁸ Véase I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3.ª edición, Oxford, Clarendon Press, 1979, págs. 328 y 329, nota 5.

¹⁹ Véase Sucharitkul, *loc. cit.*, págs. 132 a 135.

²⁰ *Ibid.*, págs. 126 a 132.

²¹ Asunto *Rau, Vanden Abeele et Cie c. Duruy (Pasicrisie belge, 1879)*, Bruselas, parte II, pág. 175).

²² E. W. Allen, *The Position of Foreign States before National Courts, Chiefly in Continental Europe*, Nueva York, Macmillan, 1933, pág. 301, citado en Sinclair, *loc. cit.* (nota 14 *supra*), pág. 134.

²³ Véase H. Lauterpacht, «The problem of jurisdictional immunities of foreign States», *The British Year Book of International Law*, 1951, vol. 28, págs. 250 a 272.

²⁴ *United States Reports*, vol. 271, 1927, pág. 562.

²⁵ Véanse Sucharitkul, *loc. cit.* (nota 11 *supra*), pág. 155; y G. M. Badr, *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, pág. 36.

²⁶ Publicada en *The Department of State Bulletin*, Washington (D.C.), vol. 26, 1952, págs. 984 y 985. Véase Sinclair, *loc. cit.* (nota 14 *supra*), págs. 161 a 163.

²⁷ *Owners of the ship «Philippine Admiral» c. Wallem Shipping (Hong Kong) Ltd. and others (The All England Law Reports, 1976, vol. I, pág. 78)*.

²⁸ Véase Badr, *op. cit.* (nota 25 *supra*), págs. 48 y 79; y Sinclair, *loc. cit.* (nota 14 *supra*), págs. 154 y 155.

²⁹ *The All England Law Reports*, 1977, vol. I, pág. 881.

³⁰ Véase R. Higgins, «Recent developments in the law of sovereign immunity in the United Kingdom», *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 71, 1977, págs. 425 a 430. Véanse también Badr, *op. cit.* (nota 25 *supra*), págs. 49 y 50; y Sinclair, *loc. cit.* (nota 14 *supra*), págs. 155 y 156.

³¹ *Juristenzeitung*, Tübingen, vol. 9, 1954, pág. 117; *International Law Reports*, 1953, Londres, 1957, vol. 20, pág. 178.

jeto a la jurisdicción de los tribunales extranjeros con respecto a actividades de carácter privado y civil», tales como la explotación de los servicios de autobuses por un Estado extranjero en Alemania. Esta doctrina restrictiva se reconoció también en la decisión adoptada en 1963 por el Tribunal Constitucional en el asunto *X c. Empire d'... [Irán]*³². Tras un estudio amplio de la jurisprudencia de otros Estados, los tratados pertinentes y las diversas tareas de codificación³³, el Tribunal apoyó la teoría de la inmunidad restringida de la manera siguiente:

Como medio de determinar la distinción entre actos *jure imperii* y *jure gestionis*, cabría más bien remitirse a la naturaleza de la transacción del Estado o a la relación jurídica resultante y no al motivo o finalidad de la actividad estatal. Así pues, la distinción depende de si el Estado extranjero ha actuado en ejercicio de su autoridad soberana, es decir, con arreglo al derecho público, o como particular, es decir, con arreglo al derecho privado³⁴.

Ese enfoque con respecto a la cuestión de la inmunidad de los Estados fue aplicado por los tribunales de otros países, por ejemplo, por el Tribunal Supremo de Austria en los asuntos *Dralle c. la República de Checoslovaquia* (1950)³⁵ y *Holubeck c. los Estados Unidos* (1961)³⁶; por el Tribunal de Apelaciones de Bruselas en el asunto *S.A. «Eau, gaz, électricité et applications» c. Office d'Aide mutuelle* (1956)³⁷, y por los tribunales de los Países Bajos en los asuntos *Krol c. el Banco de Indonesia* (1958)³⁸, *N. V. Cabolent c. la Compañía de Petróleo Nacional Iraní* (1968)³⁹ y *Parsons c. la República de Malta* (1977)⁴⁰.

9. Además, otros países, entre ellos Singapur (1979), el Pakistán (1981), Sudáfrica (1981), el Canadá (1982) y Australia (1985) promulgaron recientemente varias leyes similares a las adoptadas por los Estados Unidos de América y el Reino Unido. Estos intentos de codificación negaban claramente el principio general de la inmunidad absoluta de un Estado extranjero y abrazaban el principio restrictivo de la inmunidad de los Estados. Se han señalado también a la atención determinadas prácticas pertinentes en materia de tratados, sobre todo en la esfera de las actividades mercantiles de un Estado extranjero y sus agencias. La Convención de Bruselas de 1926 y su Protocolo Adicional de 1934 mantenían la inmunidad jurisdiccional de los Estados únicamente en el caso de los buques

de propiedad estatal no destinados a fines comerciales. Este principio fue confirmado por la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, de 1958⁴¹, que trataba los buques de propiedad estatal explotados para fines comerciales de la misma manera que los buques mercantes privados, abandonando la distinción entre buques de carácter público y privado basada únicamente en quién era su propietario⁴².

10. Teniendo en cuenta el breve esbozo anterior de la práctica de los Estados desde el siglo XIX hasta el período actual, ya no se puede sostener que la teoría de la inmunidad absoluta de los Estados sea una norma universalmente obligatoria del derecho internacional consuetudinario⁴³. Sin embargo, cabría argüir que la doctrina de la inmunidad absoluta sigue siendo la norma que observan los Estados que no han accedido a su modificación. Pero, como sugirió el anterior Relator Especial en su sexto informe⁴⁴, a menos que los partidarios de la doctrina absoluta proporcionen «una prueba judicial concreta de un fallo que otorgue la inmunidad en los casos en que ésta haya sido denegada en los países que aplican la inmunidad restringida», las tendencias restrictivas no perderán su vigencia simplemente porque se enuncie una doctrina opuesta o se declare un principio absoluto⁴⁵. Un hecho crucial es que «la jurisprudencia de los Estados que sostenían la inmunidad absoluta se ha modificado ahora drásticamente»⁴⁶ y, por lo tanto, no existe un consenso general a favor de la inmunidad absoluta.

11. Seguidamente, el Relator Especial se referirá a la regla de la inmunidad de los Estados desde el punto de vista opuesto. La cuestión es saber si actualmente el derecho internacional general deja a un Estado en libertad para denegar la inmunidad a otros Estados según le convenga. Si la regla de la inmunidad de los Estados se rige por el derecho internacional, cabe suponer que el derecho internacional contiene una norma que limita la libertad de los Estados para denegar la inmunidad a otros Estados. Sin embargo, no se ha resuelto el problema del alcance de las limitaciones a esa libertad de forma que se pueda elaborar una formulación precisa sobre la que sea posible lograr un consenso general. De hecho, los que abogan por la doctrina restrictiva de la inmunidad de los Estados han propuesto que los actos de un Estado extranjero se dividan en dos categorías: actos *jure imperii* y actos *jure gestionis*, y

³² *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes*, Tübingen, 1964, vol. 16, pág. 27; *International Law Reports*, Londres, 1972, vol. 45, pág. 57; Naciones Unidas, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, pág. 282.

³³ *International Law Reports*, vol. 45, págs. 63 a 73.

³⁴ *Ibid.*, pág. 80.

³⁵ *Österreichische Juristen Zeitung*, Viena, vol. 5, 1950, pág. 341, asunto N.º 356; *International Law Reports*, 1950, Londres, 1956, vol. 17, asunto N.º 41, pág. 155; *Journal du droit international* (Clunet), París, 77.º año, 1950, pág. 749; Naciones Unidas, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, pág. 183.

³⁶ *Juristische Blätter*, Viena, vol. 84, 1962, pág. 43; *International Law Reports*, Londres, 1970, vol. 40, pág. 73; Naciones Unidas, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, pág. 203.

³⁷ *Pasicrisie belge*, Bruselas, 1957, parte II, pág. 88; *International Law Reports*, 1956, Londres, 1960, vol. 23, pág. 205.

³⁸ *Nederlandse Jurisprudentie*, Zwole, 1959, N.º 164; *International Law Reports*, 1958-II, Londres, 1963, vol. 26, pág. 180.

³⁹ *Nederlandse Jurisprudentie*, Zwole, 1969, N.º 484; *International Law Reports*, Londres, 1974, vol. 47, pág. 138; Naciones Unidas, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, pág. 344.

⁴⁰ Véase *Netherlands Yearbook of International Law*, 1978, vol. 9, págs. 272 y 273.

⁴¹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 516, pág. 241.

⁴² Véase Brownlie, *op. cit.* (nota 18 *supra*), pág. 329; véase también la argumentación del Tribunal Constitucional Federal en el asunto *X c. République des Philippines* (1977) (Naciones Unidas, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, págs. 310 y 311).

⁴³ Véase, por ejemplo, Sinclair, *loc. cit.* (nota 14 *supra*), págs. 214 a 217.

⁴⁴ Documento A/CN.4/376 y Add.1 y 2 (nota 4 *supra*), párr. 46.

⁴⁵ Badr se refiere también a ese «consenso general implícito con respecto a la regla de la inmunidad restringida» de la manera siguiente:

«[...] un hecho digno de señalarse es que no hay constancia de que los Estados que aplican la norma restrictiva hayan recibido protesta alguna u otro tipo de declaración por la vía diplomática a lo largo de los años de esos otros Estados cuyas demandas ante los tribunales de los primeros no han prosperado. Si hubiera habido conciencia de que, con arreglo al derecho internacional, los Estados tenían derecho a inmunidad respecto de la jurisdicción de otros Estados, esas crecientes «violaciones» de esa norma del derecho internacional general no habrían dejado de suscitar reacciones apropiadas de los Estados «lesionados» [...]» [*Op. cit.* (nota 25 *supra*), págs. 33 y 34.]

⁴⁶ Documento A/CN.4/376 y Add.1 y 2 (véase nota 4 *supra*), párr. 47.

que el Estado extranjero tenga derecho a la inmunidad sólo con respecto a la primera categoría. Por desgracia, en la práctica esa distinción ha planteado dificultades en su aplicación a distintos tipos de actividades de los Estados⁴⁷. Esa parece ser una de las razones por que los que abogan por la doctrina de la inmunidad absoluta dudan en aceptar la tendencia restrictiva⁴⁸.

12. Con respecto a esa distinción, el Relator Especial examinará la cuestión del llamado criterio de la «finalidad o la naturaleza». En la teoría restrictiva, los actos *jure imperii* son actos realizados por un Estado para «fines públicos», y sólo para estos actos se concede o se debe conceder la inmunidad. Pero el criterio de la finalidad ha sido rechazado por la jurisprudencia y criticado por juristas de diferentes países porque se supone que todos los actos realizados por un Estado tienen alguna finalidad pública⁴⁹. Por consiguiente, algunos tribunales han considerado que el factor determinante es la naturaleza del acto del Estado extranjero⁵⁰. Según ese criterio de la naturaleza, el Estado extranjero no tiene derecho a la inmunidad si el acto es de tal carácter que un particular podría haberlo realizado. Sin embargo, el criterio de la naturaleza del acto también plantea dificultades. A un Estado extranjero al que se demanda por incumplimiento de un contrato celebrado con un particular no se le debe conceder la inmunidad; pero, si se supone que los particulares en general no mantienen fuerzas armadas, un Estado extranjero gozará de inmunidad respecto de una demanda derivada de un contrato para la adquisición de los suministros entregados a esas fuerzas⁵¹.

13. En cuanto a la dificultad de aplicar el criterio de la «finalidad o la naturaleza», un tratadista, al examinar en una obra publicada en 1988 la jurisprudencia reciente en una serie de países⁵², observó que, si bien los asuntos más recientes de «contratos para la adquisición, el transporte o la financiación de bienes para obras públicas» en un Estado extranjero demandado se consideran prácticamente asuntos de carácter mercantil en los que no cabe la inmunidad, sigue habiendo «situaciones limítrofes» en los casos de «servicios estatales en sectores como el transporte, las telecomunicaciones o la educación»⁵³. En estos últimos casos indica que la jurisprudencia varía de un país a otro e incluso de un tribunal a otro en el mismo país. Sin embargo, sigue diciendo que:

Siempre habrá una zona limítrofe, pero esa zona gris se podía reducir si se aplicaban los criterios correctos y si los tribunales estaban dispuestos a traspasar los confines nacionales para tratar de hallar normas internacionales comunes⁵⁴.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, Sinclair, *loc. cit.* (nota 14 *supra*), págs. 210 a 214.

⁴⁸ Según C. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, Grotius Publications, 1988:

«[...] En realidad, uno de los principales argumentos de los que abogan por la inmunidad absoluta ha sido el de que es imposible establecer una separación entre los dos tipos de actividades de los Estados [...]» (Pág. 41.)

⁴⁹ Véase, por ejemplo, Brownlie, *op. cit.* (nota 18 *supra*), págs. 330 a 332.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, Sucharitkul, *loc. cit.* (nota 11 *supra*), pág. 187.

⁵¹ Véanse, por ejemplo, Sinclair, *loc. cit.* (nota 14 *supra*), págs. 213 y 214; y Brownlie, *op. cit.*, pág. 331.

⁵² Schreuer, *op. cit.* (nota 48 *supra*), págs. 17 a 31.

⁵³ *Ibid.*, págs. 18 y 26.

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 41.

Cabe observar también que en 1979 Ian Brownlie sugirió el mismo enfoque cuando dijo que la «técnica menos objetable» era la de dejar claro que «un tipo determinado de actividad o tema, como, por ejemplo, los buques de propiedad pública explotados con fines comerciales», constituía una excepción a la regla de la inmunidad, dejando a un lado el intento de establecer criterios generales para distinguir entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis*⁵⁵.

14. En resumen, no existe un significado único, generalmente aceptado, de los actos *jure imperii* o de los actos *jure gestionis*, aunque algunos tratadistas apoyan el principio de la inmunidad restringida. Pero, al mismo tiempo, como ya no se puede pasar por alto «una tendencia clara e inequívoca hacia el reconocimiento del principio de que la inmunidad jurisdiccional de los Estados no es ilimitada»⁵⁶, el Relator Especial entiende que tanto los actos *jure imperii* como los actos *jure gestionis* deben ser explicados y definidos en términos jurídicos objetivos.

15. Desde el punto de vista anterior se considerará la formulación del artículo 6 del proyecto. Una formulación posible de una regla general de la inmunidad de los Estados sería la siguiente⁵⁷:

Artículo 6. — Inmunidad del Estado

En general, un Estado extranjero gozará de inmunidad respecto de la jurisdicción del Estado del foro por actos que haya realizado en ejercicio de su autoridad soberana, es decir *jure imperii*, y no gozará de inmunidad en las circunstancias previstas en los presentes artículos.

Esta formulación no da derecho automáticamente al Estado extranjero a la inmunidad porque dicho Estado debe demostrar que realizó el acto objeto del litigio en su capacidad *jure imperii*, aunque ese acto no quede comprendido en una de las excepciones expresas. Sin embargo, esa formulación, que impone al Estado extranjero la carga de demostrar su derecho a la inmunidad, no se ha propuesto nunca y no se ha adoptado en el actual artículo 6⁵⁸. El cri-

⁵⁵ Brownlie, *op. cit.* (nota 18 *supra*), pág. 331.

⁵⁶ Sinclair, *loc. cit.* (nota 14 *supra*), pág. 196.

⁵⁷ Como ejemplo de la adopción de esa fórmula, cabe señalar el proyecto de Convención de Montreal sobre la inmunidad de los Estados, aprobado por la Asociación de Derecho Internacional en su 60.ª Conferencia (Montreal, 29 de agosto al 4 de septiembre de 1982), cuyo artículo II dice lo siguiente:

«Artículo II. — Inmunidad jurisdiccional del Estado

»En general, un Estado extranjero gozará de inmunidad respecto de la jurisdicción del Estado del foro por actos que haya realizado en ejercicio de su autoridad soberana, es decir, *jure imperii*. No gozará de inmunidad en las circunstancias previstas en el artículo III.»

(El artículo III del proyecto prevé varias excepciones a la inmunidad de jurisdicción.) Véase ILA, *Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982*, Londres, 1983, págs. 5 y ss., resolución N.º 6, «State immunity».

⁵⁸ El artículo 6, tal como fue adoptado en primera lectura, dispone lo siguiente:

«Artículo 6. — Inmunidad del Estado

»Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en los presentes artículos [y en las normas pertinentes del derecho internacional general].» (Véase nota 1 *supra*.)

terio que más se sigue es el de que, si no se aplica ninguna de las excepciones expresas, un Estado extranjero goza de inmunidad respecto de la jurisdicción; una primera formulación de ese criterio comienza por una regla general de inmunidad y luego pasa a enumerar las excepciones a la inmunidad de un Estado extranjero⁵⁹, y la segunda alternativa enumera las excepciones y luego establece una regla general supletoria de inmunidad⁶⁰.

16. La primera alternativa mencionada respecto de la formulación fue empleada en el artículo 6, pero hay dos opiniones contradictorias en cuanto a la posibilidad de añadir o no la frase entre corchetes «y en las normas pertinentes del derecho internacional general»⁶¹. Si se suprimiera esa frase, tal vez se limitara la jurisdicción de algunos Estados cuyos tribunales están aplicando ya la regla de la inmunidad restringida⁶². En realidad, es concebible que algunos casos previstos en las leyes nacionales no queden incluidos en los casos de no inmunidad previstos en el proyecto. Habida cuenta de los recientes acontecimientos que respaldan la doctrina de la inmunidad restringida, no sería ilógico conservar la frase, ya que permitiría el desarrollo futuro del derecho sobre el tema.

17. Por otra parte, si se conservara la frase, podría aumentar el número de excepciones a la regla de la inmunidad al someter la disposición a la interpretación unilateral del tribunal del Estado del foro, lo que daría lugar a limitaciones excesivas respecto de los actos *jure imperii*⁶³. El Relator Especial propone que, si se acepta que se suprima la frase por estas u otras razones, se incluya en el proyecto el siguiente artículo 6 *bis* para los fines de mantener un equilibrio entre los dos puntos de vista diferentes mencionados anteriormente:

Artículo 6 bis

A pesar de lo dispuesto en el artículo 6, cualquier Estado Parte podrá, al firmar esta Convención o depositar su ratificación o adhesión o en cualquier otra fecha posterior, declarar cualquier excepción a la inmunidad de los Estados además de los casos comprendidos en los artículos 11 a 19, con arreglo a lo cual el tribunal de ese Estado podrá incoar un proceso contra otro Estado Parte, a menos que este último Estado formule objeciones dentro de treinta días a partir de la fecha de la declaración. El tribunal del Estado que haya hecho la declaración no podrá incoar un proceso con arreglo a la excepción a la inmunidad de los Estados contenida en la declaración contra el Estado que ha formulado objeciones contra esa declaración. El Estado que haya hecho la declaración o el Estado que haya presentado la objeción podrá retirar su declaración o su objeción en cualquier momento.

⁵⁹ Véanse, por ejemplo, la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Ley de los Estados Unidos de América, arts. 1604 y 1605; la *State Immunity Act 1978*, Ley del Reino Unido, párr. 1 del art. 1 y arts. 2 a 11; y el proyecto de convención de Montreal sobre la inmunidad de los Estados, de la ILA (véase nota 57 *supra*), arts. II y III.

⁶⁰ Véase, por ejemplo, la Convención europea de 1972, arts. 1 a 15.

⁶¹ Véase el documento A/CN.4/415 (nota 2 *supra*), párrs. 59 a 65.

⁶² Véase documento A/CN.4/410 y Add.1 a 5 (nota 3 *supra*), observaciones, por ejemplo, de Australia, párrs. 14 y 15; los Países nórdicos, párr. 3; la República Federal de Alemania, párr. 6; y Suiza, párr. 23.

⁶³ *Ibid.*, observaciones de Bulgaria, párr. 9; la República Democrática Alemana, párr. 15; y la URSS, párr. 9.

18. Tal vez sea demasiado pronto para predecir si el nuevo artículo 6 *bis* propuesto resultará aceptable a una serie de Estados, pero el Relator Especial cree que se ajusta a la tendencia general actual de la práctica de los Estados hacia la norma restrictiva de la inmunidad de los Estados en el derecho internacional; en los casos que no queden comprendidos en el ámbito de los artículos 11 a 19, el proyecto no prejuzga el alcance de la inmunidad jurisdiccional reconocida ya en los Estados que formularon la declaración facultativa con arreglo al artículo 6 *bis* propuesto. En cualquier caso, esa disposición podría favorecer la formación de una norma precisa del derecho internacional consuetudinario que se podría basar en la jurisprudencia regular y uniforme de los Estados, pero ello no ha ocurrido todavía. A ese respecto, el Relator Especial opina que si se aprueba el nuevo artículo 6 *bis* propuesto sobre la declaración facultativa y se suprime la frase entre corchetes del artículo 6, tal vez tenga que volver a considerarse el artículo 28.

Disposiciones interpretativas (artículo 3)

19. El Relator Especial sugirió en su informe preliminar que el párrafo 2 del artículo 3 se ajustara al párrafo 3 del nuevo artículo 2 propuesto en ese informe⁶⁴, habida cuenta de que varios gobiernos no estaban de acuerdo en cuanto al criterio de la finalidad incluido en el anterior párrafo, debido a su carácter subjetivo o artificial. El párrafo 2 del artículo 3 había sido una fórmula de compromiso propuesta por el Comité de Redacción en el 35.º período de sesiones⁶⁵. En efecto, como había tropezado con firmes objeciones la adopción del criterio de la finalidad para determinar si un contrato era o no mercantil, la Comisión había tratado de establecer un criterio que tuviera también en cuenta el motivo o la finalidad última que un Estado extranjero persiguiera al celebrar contrato con un particular. Tal es la razón de la presencia de ese párrafo en el proyecto. Sin embargo, ese doble criterio, que se refiere sobre todo a la naturaleza del contrato, pero también a la práctica pertinente de un Estado extranjero, podía dar lugar a incertidumbres en su aplicación, puesto que la práctica de un Estado no es necesariamente clara, y propender a la doctrina de la inmunidad absoluta. Si se interpreta el texto literalmente, se deberá utilizar el criterio de la finalidad como suplementario en casos de duda. Pero, según el comentario al párrafo 2 del artículo 3, «si de la aplicación del criterio de la "naturaleza" se desprende que el contrato o acuerdo es aparentemente mercantil, el Estado tiene la posibilidad de impugnar esta conclusión atendiendo a la finalidad del contrato o acuerdo»⁶⁶. Como observó un gobierno, la finalidad del contrato se determinaría casi siempre sobre una base unilateral⁶⁷. En realidad, el doble criterio tenía por objeto dar una protección adecuada a los esfuerzos de los países en desarrollo encaminados a su desarrollo económico nacional. Aunque el Relator Especial no niega esta necesidad al formular este artículo, estima que podría establecerse un criterio más

⁶⁴ A/CN.4/415 (véase nota 2 *supra*), párr. 29.

⁶⁵ Véase *Anuario... 1983*, vol. I, pág. 316, 1805.ª sesión, párr. 68.

⁶⁶ *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 39, párr. 2 del comentario.

⁶⁷ Véase documento A/CN.4/410 y Add.1 a 5 (nota 3 *supra*), observaciones del Reino Unido, párr. 9.

equilibrado con la fórmula que aparece en el párrafo 3 del nuevo artículo 2 propuesto, según la cual se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato, pero su finalidad se tendrá también en cuenta en la medida en que en un

acuerdo internacional entre los Estados interesados o en un contrato escrito entre el Estado extranjero y el particular se estipule claramente que el contrato tiene un fin público.

II.—Observaciones sobre la parte III del proyecto: [Limitaciones de] [Excepciones a] la inmunidad del Estado

ARTÍCULO 13 (Lesiones a las personas y daños a los bienes)

20. Como indicó el anterior Relator Especial en su quinto informe⁶⁸, las disposiciones pertinentes de recientes instrumentos de codificación prevén la denegación de la inmunidad por actos ilegales de Estados extranjeros que causan la muerte o lesiones a las personas o daños a los bienes o la pérdida de éstos. Esas disposiciones requieren por lo general una jurisdicción territorial como factor que limita la aplicación de la excepción por daños; por ejemplo, la Ley del Reino Unido, *State Immunity Act 1978*, establece, en el apartado *b* del artículo 5, que un Estado no goza de inmunidad en lo que respecta a los litigios relacionados con determinadas lesiones o daños «causados por un acto u omisión en el Reino Unido». Por otra parte, hay dos requisitos acumulativos en el artículo 13 del proyecto, que es muy similar al artículo 11 de la Convención europea de 1972: «...el autor del acto o la omisión... [debe encontrarse] en dicho territorio en el momento del acto o la omisión». Aunque el Relator Especial en su informe preliminar sugirió que se suprimiera el segundo requisito de relación territorial⁶⁹, esta excepción por daños no se aplicaría a los daños causados en el extranjero o a otros actos nocivos transfronterizos debido al primer requisito de relación territorial: el acto o la omisión pertinentes deben producirse «total o parcialmente en el territorio del Estado del foro».

21. En cuanto a la cuestión de la responsabilidad de los Estados, la ilegalidad del acto o la omisión previstas en el artículo 13 no la determinan las normas del derecho internacional. Según el comentario a este artículo, «esta excepción a la regla de la inmunidad sólo se aplica en los casos o circunstancias en que el Estado interesado habría sido responsable en virtud de la *lex loci delicti commissi*»⁷⁰. Es decir, que la ley aplicable es en principio la ley del Estado del foro. El Relator Especial entiende que las palabras «el acto o la omisión que se alega ser atribuible al Estado» no se rigen por el requisito general de la responsabilidad de los Estados. Este punto debería aclararse también teniendo en cuenta las observaciones de algunos gobiernos.

22. Además, si bien el artículo 13 abarca literalmente las lesiones físicas a las personas o los daños a los bienes tangibles, cabría argüir que su alcance sería demasiado am-

plio para que pudiera recibir el apoyo de un número significativo de Estados para su formulación. En realidad, por lo que se refiere a los propósitos de la Comisión que se recogen en el comentario, el artículo 13 debía abarcar fundamentalmente los accidentes que ocurren habitualmente en el territorio del Estado del foro. El texto actual de artículo 13, que la Comisión aprobó en 1984, corresponde al que el anterior Relator Especial presentó inicialmente en 1983; fue sustituido, en el intervalo, por una versión revisada que limitaba su aplicación a los accidentes de tráfico que normalmente podía cubrir un seguro⁷¹. En todo caso, la Comisión debería volver a considerar el alcance del artículo habida cuenta de que los casos de responsabilidad relacionados con delitos han sido hasta entonces muy escasos en la práctica.

ARTÍCULO 15 (Patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio y otras formas de propiedad intelectual o industrial)

23. Algunos países en desarrollo han planteado objeciones al artículo 15 porque tendría un efecto perjudicial sobre su crecimiento y desarrollo económicos. En general, consideran que abstenerse de promulgar leyes para proteger la propiedad industrial o intelectual no es contrario a los intereses nacionales, ya que la libre reproducción de cualesquiera de los nuevos adelantos tecnológicos en sus países puede beneficiar a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, el artículo 15 no afecta en ningún modo a la competencia de un Estado para seleccionar y aplicar sus políticas internas en su territorio. En realidad, el artículo ha establecido dos limitaciones territoriales específicas a esa excepción propuesta a la inmunidad de los Estados. En primer lugar, la supuesta infracción debe haberse producido en el territorio del Estado del foro, y en segundo lugar, el caso debe afectar a derechos que están protegidos en el Estado del foro. Por consiguiente, con arreglo al artículo 15, un tribunal nacional no estaría facultado para decidir en relación con infracciones que se produjeran fuera del territorio del Estado del foro.

ARTÍCULO 18 (Buques de propiedad del Estado o explotados por él y destinados a un servicio comercial)

24. El Relator Especial propone que se suprima la expresión «no gubernamental», porque si se mantiene se podrían interpretar los párrafos 1 y 4 en el sentido de que un buque de propiedad de un Estado y destinado a un servi-

⁶⁸ Documento A/CN.4/363 y Add.1 (véase nota 4 *supra*), párrs. 86 a 98.

⁶⁹ Documento A/CN.4/415 (véase nota 2 *supra*), párr. 141.

⁷⁰ *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), pág. 69, párr. 2 del comentario al artículo 14 (ahora artículo 13).

⁷¹ *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 22, nota 59.

cio comercial goza de inmunidad respecto de la jurisdicción de otro Estado; además, si todos los buques destinados a un servicio comercial con arreglo al sistema mercantil de un Estado pudieran invocar la inmunidad, un buque comercial explotado con arreglo al sistema de libre mercado estaría sujeto a la jurisdicción local. Esa consecuencia jurídica nada equitativa es totalmente inaceptable para un número importante de Estados. Se señaló que, en los países que mantienen un sistema mercantil estatal, el Estado es propietario del buque pero autoriza a una entidad independiente del Estado a que utilice y explote ese buque para fines comerciales. En ese caso, a menos que el Estado pueda permitir que la empresa explotadora independiente (la «empresa estatal» mencionada en el artículo 11 *bis* propuesto por el Relator Especial en su informe preliminar⁷²) responda a una demanda suscitada por la explotación del buque, el Estado deberá ser siempre responsable de cualquier acto relacionado con la explotación de ese buque. Esa propuesta concordaría con la tendencia general resultante de convenciones internacionales como la Convención de Bruselas de 1926, la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua de 1958⁷³, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982⁷⁴. En la Convención de Bruselas se reconoció que los buques de propiedad estatal o explotados por un Estado y los cargamentos transportados en ellos estaban sujetos a la jurisdicción local de la misma manera que los buques mercantes privados ordinarios, y que la inmunidad del Estado sólo se podía invocar con respecto a los buques de propiedad estatal que eran utilizados para fines públicos o no comerciales. También se puede encontrar esa distinción en las convenciones sobre el derecho del mar: la distinción entre buques gubernamentales explotados para fines comerciales y los explotados para fines no comerciales.

25. Si se sigue el espíritu y la letra de esas convenciones internacionales, se deberían suprimir los términos «no gubernamental» y «no gubernamentales» en los párrafos 1 y 4 del artículo 18. Con respecto al párrafo 6, el Relator Especial considera que se debería volver a redactar porque podría interpretarse erróneamente en el sentido de que los Estados pueden alegar la prescripción y todas las demás excepciones y limitaciones de responsabilidad sólo en los procesos relacionados con la explotación de los buques y cargamentos pertinentes. Por último, el Relator Especial duda de que conceder la inmunidad a los buques de propiedad de países en desarrollo o explotados por ellos resulte ventajoso a esos países a largo plazo. Si no responden de las reclamaciones relacionadas con la explotación de los buques y los cargamentos a bordo de esos buques, los particulares de los países desarrollados dudarían en contratar los servicios comerciales de los buques de propiedad de países en desarrollo o explotados por ellos.

26. Con respecto al artículo 18, dos gobiernos señalaron que sería conveniente incluir en el proyecto de artículos el concepto de bienes de Estado separados a fin de resolver los problemas relativos a los buques de propiedad del Estado o explotados por él y destinados a un servicio

comercial⁷⁵. Habida cuenta de esas observaciones y de la necesidad de una nueva disposición que sea similar al artículo 11 *bis* propuesto por el Relator Especial en su informe preliminar⁷⁶, el Relator Especial sugiere que en el artículo 18 se incluya el nuevo párrafo 1 *bis* siguiente:

1 bis. Si una empresa estatal, sea un organismo o una entidad distinta del Estado, explota un buque de propiedad del Estado y destinado a un servicio comercial por cuenta del Estado y si, en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado, los litigios relativos a la explotación de ese buque corresponden a la jurisdicción del tribunal de otro Estado, se entenderá que aquel Estado ha consentido en el ejercicio de esa jurisdicción en un proceso relativo a la explotación de ese buque, a menos que la empresa estatal, con derecho a poseer bienes de Estado separados y a disponer de ellos, tenga capacidad para demandar o ser demandada en ese proceso.

27. La Comisión ha de tener debidamente en cuenta las diferencias cruciales que existen entre los dos grandes sistemas político-económicos del mundo de hoy, especialmente a la luz del aumento de sus relaciones comerciales. Sin embargo, los países socialistas tienen una clara ventaja en el marco de la teoría absoluta. En efecto, como sus organizaciones comerciales son parte integrante del Estado, les resulta fácil hacer valer la inmunidad. El Relator Especial, en un intento de reducir un tanto esa ventaja, propuso el artículo 11 *bis*. La misma consideración es aplicable en el caso del artículo 18.

28. También respecto del artículo 18, un gobierno sugirió que la Comisión examinara la cuestión de las aeronaves de propiedad del Estado o explotadas por él y destinadas a un servicio comercial⁷⁷. Esta cuestión se rige por los tratados relativos al derecho de la aviación civil internacional, que incluyen los siguientes:

a) El Convenio sobre la reglamentación de la navegación aérea (París, 13 de octubre de 1919)⁷⁸, con los protocolos que la enmiendan.

b) El Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (Varsovia, 12 de octubre de 1929)⁷⁹.

c) El Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de las aeronaves (Roma, 29 de mayo de 1933)⁸⁰.

⁷⁵ Véase documento A/CN.4/410 y Add.1 a 5 (nota 3 *supra*), observaciones de la RSS de Bielorrusia, párr. 13, y de la URSS, párr. 15.

⁷⁶ Véase nota 72 *supra*.

⁷⁷ Véase documento A/CN.4/410 y Add.1 a 5 (nota 3 *supra*), observaciones de Suiza, párr. 30.

⁷⁸ Denominado «Convenio de París de 1919», Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XI, pág. 173.

⁷⁹ Denominado «Convenio de Varsovia de 1929», *ibid.*, vol. CXXXVII, pág. 11. En español, véase *Gaceta de Madrid*, año CCLXX, t. III, N.º 233, 1931, pág. 1362.

⁸⁰ Denominado «Convenio de Roma de 1933», *ibid.*, vol. CXCII, pág. 289. En español, véase Colección legislativa de España, *Legislación y disposiciones de la administración central*, Madrid, 1934, t. CXXXVIII, vol. 2 (1934), pág. 471. Según el artículo 3 de este Convenio, estarán exentas de embargo preventivo:

«a) Las aeronaves destinadas exclusivamente a un servicio del Estado, incluyendo el correo y exceptuando el comercio.

»b) Las aeronaves puestas efectivamente en servicio en una línea re-

(Continuación en la página siguiente.)

⁷² Documento A/CN.4/415 (véase nota 2 *supra*), párr. 122.

⁷³ Véase nota 41 *supra*.

⁷⁴ *Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122.

d) El Convenio sobre aviación civil internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944)⁸¹.

e) El Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (Roma, 7 de octubre de 1952)⁸².

29. El Convenio de Chicago de 1944, que hace una distinción entre las aeronaves de Estado y las aeronaves civiles, es aplicable únicamente a estas últimas. En virtud del apartado *b* del artículo 3 del Convenio, las aeronaves de Estado comprenden las «utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía». Ello significa que no se ha de considerar que una aeronave es aeronave de Estado simplemente porque el Estado es propietario de ella o procede a su explotación. Se justifica, pues, llegar a la conclusión de que la inmunidad del Estado no puede hacerse valer en los juicios relativos a aeronaves de propiedad del Estado o explotadas por él, salvo cuando se trate de aeronaves utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía⁸³. En otras palabras, la aeronave de propiedad de un Estado extranjero o explotada por él queda asimilada a una aeronave de propiedad o explotación privada (aeronave civil) y queda sujeta a la jurisdicción del Estado del territorio, sobre la base de la soberanía territorial (art. 1). Así, el Convenio de Chicago se basa en el supuesto de que el Estado no puede hacer valer su inmunidad cuando aeronaves de su propiedad o explotadas por él y destinadas a un servicio comercial hacen uso de los derechos y prerrogativas previstos en ese instrumento.

30. En el Convenio de Varsovia de 1929 se establecían algunas normas uniformes relativas a las condiciones del transporte internacional por vía aérea, incluidos los documentos de transporte y la responsabilidad del transportista. Sin embargo, no se prevé reserva alguna en relación con la inmunidad del Estado. Cabe señalar las siguientes disposiciones:

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica al transporte internacional de personas, equipaje o mercancías en una aeronave contra el pago de una tarifa [...]

(Continuación de la nota 80)

gular de transportes públicos y las aeronaves de reserva indispensables.

«c) Cualquier otra aeronave destinada a transportes de personas o de bienes contra remuneración cuando esté preparada para partir a efectuar un transporte de esta clase, exceptuando el caso en que se trata de una deuda contraída para el viaje que va a emprender o de un crédito nacido en el curso del viaje.»

(Véase L. J. Bouchez, «The nature and scope of State immunity from jurisdiction and execution», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1979, vol. X, pág. 27.)

La Conferencia de la Aviación Civil Internacional (Chicago, 1.º de noviembre al 7 de diciembre de 1944), en su resolución VI, recomendó a los Estados representados en la Conferencia que aún no lo hubiesen hecho que se adhieran al Convenio de Roma o lo ratificaran, porque:

«[...] el embargo o la detención de una aeronave en los casos en que el acreedor no puede hacer valer un fallo ejecutivo obtenido de antemano en un procedimiento ordinario, o un derecho de ejecución equivalente, redundan en desmedro del desplazamiento normal de las aeronaves en el comercio internacional.»

[*International Civil Aviation Conference. Final Act and Related Documents*, Washington (D.C.), 1945, Department of State, publication 2282, pág. 38.]

⁸¹ Denominado «Convenio de Chicago de 1944», Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 15, pág. 295.

⁸² Denominado «Convenio de Roma de 1952», *ibid.*, vol. 310, pág. 212.

⁸³ Bouchez, *loc. cit.* (nota 80 *supra*).

Artículo 2

1. El presente Convenio se aplica* al transporte realizado por el Estado o por personas jurídicas de derecho público a condición de que se cumplan los requisitos enunciados en el artículo 1⁸⁴.

[...]

Además, de conformidad con el Convenio de Roma de 1952, un particular puede interponer una acción civil por daños y perjuicios en el caso de colisión u otro accidente de una aeronave de propiedad de un Estado o explotada por él, al menos en el marco de ese acuerdo internacional. Cabe mencionar las siguientes disposiciones del Convenio:

Artículo 2

1. La obligación de reparar los daños previstos en el artículo 1 del presente Convenio incumbe al operador de la aeronave.

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.

[...]

3. El propietario inscrito en el registro de matrícula se presume operador [...]

Artículo 26

El presente Convenio no se aplica a los daños causados por aeronaves militares, de aduanas o de policía.

Artículo 30

A los fines de este Convenio, las expresiones siguientes significarán:

— «Persona», cualquier persona física o jurídica, incluso Estados.

[...]

31. El Relator Especial se inclina por la opinión de que, con prescindencia de los tratados que anteceden, no hay una norma uniforme de derecho internacional consuetudinario relativa la inmunidad de las aeronaves de propiedad del Estado o explotadas por él. Un académico observó en una obra publicada en 1967 que la práctica no era uniforme respecto de las aeronaves de propiedad del Estado o explotadas por él y que el Reino Unido les concedía inmunidad teniendo en cuenta en cada caso el grado de propiedad o control del Estado⁸⁵. Según el parecer de los países socialistas, las aeronaves destinadas al transporte internacional son propiedad del Estado (es decir, activos fijos administrados por una empresa de propiedad del país) y en general no se renuncia a la inmunidad de la aeronave⁸⁶. Según la ley soviética, la aerolínea soviética Aeroflot no es una persona jurídica y no puede ser demandada en un Estado extranjero por la responsabilidad que pu-

⁸⁴ Los «requisitos» se refieren al significado de la expresión transporte internacional.

⁸⁵ G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, 5.ª ed., Londres, Stevens, 1967, pág. 103.

⁸⁶ Con respecto a la posición de la República Democrática Alemana en particular, véase F. Enderlein, «The immunity of State Property from foreign jurisdiction and execution: Doctrine and practice of the German Democratic Republic», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1979, vol. 10, pág. 123. La República Democrática Alemana es parte en el Convenio de Varsovia de 1929 (Alemania firmó y ratificó el Convenio el 10 de septiembre de 1933) en virtud de una nota de fecha 1.º de septiembre

diera caberle por daños dimanados del transporte aéreo internacional⁸⁷. Sin embargo, como la Unión Soviética es parte en el Convenio de Varsovia de 1929 y en el Convenio de Roma de 1952, cabe inferir que, a pesar de su posición jurídica, en la práctica la URSS acepta que las aeronaves comerciales de propiedad del Estado que utiliza Aeroflot no tienen inmunidad de conformidad con las reglas sobre responsabilidad establecidas en los dos Convenios. En todo caso, aparte de los dos tratados, prácticamente no existe jurisprudencia sobre casos pertinentes que pueda constituir práctica del Estado⁸⁸. Por lo tanto, el Relator Especial sugeriría que la cuestión de las aeronaves quedase resuelta en la forma indicada en los comentarios que anteceden y no se incluyera en el artículo 18 una disposición especial al respecto.

ARTÍCULO 19 (Efectos de un compromiso arbitral)

32. Con respecto a las dos variantes que figuran entre corchetes en el artículo 19, el Relator Especial considera que la expresión «negocio civil o mercantil» es preferible a la expresión «contrato mercantil»⁸⁹. Si el artículo 19 tiene como fundamento el consentimiento tácito, no hay razón alguna, en los casos en que haya un compromiso arbitral,

de 1955 en el sentido de que se consideraba obligada por ese Convenio. (Véase C. N. Shawcross y K. M. Beaumont, *Air Law*, 3.^a ed., Londres, Butterworth, 1975, apéndice A, pág. 7.)

⁸⁷ Véase C. Osakwe, «A Soviet perspective on foreign sovereign immunity: Law and practice», *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville (Va.), vol. 23, 1983, págs. 24 y 25. La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas es parte en el Convenio de Varsovia de 1929 desde 1934 y en el Convenio de Roma de 1952 desde 1982.

⁸⁸ Algunos casos pertinentes fueron fallados en los Estados Unidos de América. En *Sugarman c. Aeroméxico, Inc.* (1980) (*Federal Reporter, 2nd series*, 1980, vol. 626, pág. 270), el tribunal dictaminó que la aerolínea mexicana había renunciado a la inmunidad del Estado en una acción relativa a sus operaciones en los Estados Unidos al pedir una autorización para funcionar como transportista aéreo extranjero sin hacer referencia a la excepción relativa a la actividad comercial que figura en el artículo 1605 a 2 de la Ley de los Estados Unidos. *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*; en *Aboujdid c. Singapore Airlines Ltd.* (1986) (*New York Supplement, 2nd series*, vol. 503, pág. 555), el tribunal dictaminó que la inmunidad del Estado no era aplicable a las transacciones comerciales, por más que los presuntos actos de negligencia de las aerolíneas tuvieron lugar fuera de los Estados Unidos sin surtir efecto directo en los Estados Unidos. En *Barkanic c. General Administration of Civil Aviation of the People's Republic of China* (1987) [*Federal Reporter, 2nd series*, 1987, vol. 822, pág. 11; *United States Report*, 1987, vol. 484, pág. 964 (apelación declarada inadmisibles)], el tribunal dictaminó que tenía jurisdicción *ratione materiae* sobre una aerolínea de un Estado extranjero si un pasajero estadounidense había comprado y pagado un billete en los Estados Unidos a un agente de la aerolínea extranjera y utilizado el billete como pasaje. En general, una aerolínea de propiedad de un Estado extranjero o explotada por él equivale a un Estado extranjero con arreglo a la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, y tiene que renunciar a su inmunidad en las acciones relativas a las líneas que explota hacia los Estados Unidos o desde ellos cuando obtiene en este país una autorización para funcionar como transportista aéreo extranjero. Cabe prever que los casos pertinentes en esta materia quedarían resueltos prácticamente en su integridad mediante la aplicación de la norma del contrato o la transacción comercial como excepción a la inmunidad del Estado con arreglo a la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, ya citada.

⁸⁹ Para las observaciones de los gobiernos, véase el documento A/CN.4/415 (nota 2 *supra*), párrs. 193 a 199. Sin embargo, en el 37.º período de sesiones de la Comisión, el Sr. Razafindralambo observó que «la expresión "en materia civil o mercantil" puede también plantear problemas en casos de inversiones, pues los contratos de inversión son híbridos *sui generis* y pueden contener cláusulas sometidas al derecho administrativo, como cláusulas sobre obras públicas o cláusulas sobre concesiones». (*Anuario... 1985*, vol. I, pág. 243, 1917.^a sesión, párr. 17.)

para establecer un vínculo entre la denegación de la inmunidad y una de las excepciones a la inmunidad, tales como la correspondiente al contrato mercantil⁹⁰. De hecho, en los contratos mercantiles concertados entre Estados y particulares extranjeros suele preverse el arbitraje, si bien ello no parece guardar relación directa con el reconocimiento de la excepción a la inmunidad que constituye el arbitraje. En la mayor parte de la legislación sobre inmunidad del Estado promulgada recientemente figura también la norma de la no inmunidad dimanada de la existencia de compromisos arbitrales, que no se refieren necesariamente a contratos mercantiles⁹¹. Además, la referencia al «negocio civil» parece presentar la ventaja de no excluir casos tales como el arbitraje de una controversia dimanada del salvamento de un buque, que tal vez no quepa considerar de carácter exclusivamente mercantil.

33. En cuanto a la referencia a un tribunal, el artículo 19 emplea la expresión «ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente», en circunstancias de que la propuesta original del anterior Relator Especial en su sexto informe era «por un tribunal de otro Estado en cuyo territorio o de acuerdo con cuya ley se haya realizado o vaya a realizarse el arbitraje»⁹². El Relator Especial prefiere esta última formulación.

34. Si bien a veces se dice que el arbitraje constituye un procedimiento especial de solución de controversias, distinto del fallo de un tribunal⁹³, ha correspondido a los tribunales ordinarios un papel de apoyo en el arbitraje⁹⁴. A la luz de esa práctica jurídica, el artículo 19 introduce en

A este respecto, Mann ha manifestado que una concesión sigue siendo un contrato en el derecho interno según cual sea la ley aplicable en un caso determinado y por más que constituya un contrato de derecho público y no un contrato comercial ordinario (F. A. Mann, «State contracts and international arbitration», *The British Year Book of International Law*, 1967, vol. 42, pág. 8.

⁹⁰ Véase Schreuer, *op. cit.* (nota 48 *supra*), pág. 69.

⁹¹ El Convenio europeo de 1972 (art. 12) se refiere al arbitraje en negocios civiles y mercantiles. La *State Immunity Act 1978*, del Reino Unido (art. 9), el proyecto de Convención de Montreal de la ILA sobre la inmunidad de los Estados (véase nota 57 *supra*) (art. III) y la Ley de Australia, *Foreign States Immunities Act 1985* (art. 17), se refieren al arbitraje en general.

⁹² Documento A/CN.4/376 y Add.1 y 2 (véase nota 4 *supra*), párr. 256 (art. 20).

⁹³ Véase, por ejemplo, la opinión de R.-J. Dupuy, árbitro único en el asunto *Texaco et Calasiatic c. Gouvernement libyen* (1977) [*Journal du droit international* (Clunet), Paris, 104.º año, 1977, pág. 359, párr. 44 del laudo arbitral], citado por el Sr. Mahiou en *Anuario... 1985*, vol. I, pág. 238, 1916.^a sesión, párr. 28. Véase también documento A/CN.4/410 y Add.1 a 5 (nota 3 *supra*), observaciones de Bulgaria, párr. 12.

⁹⁴ Véase Schreuer, *op. cit.* (nota 48 *supra*), págs. 71 a 75; y el sexto informe del anterior Relator Especial, documento A/CN.4/376 y Add.1 y 2 (nota 4 *supra*), párrs. 247 y 248. El Sr. Sucharitkul manifestó que

«[...] El arbitraje puede existir como un procedimiento jurídico ante los tribunales o fuera de ellos. Incluso como solución fuera de los tribunales, el procedimiento arbitral no está completamente libre del control judicial, ya sea por medio de la revisión judicial, la apelación o el mandamiento de ejecución. [...]» (*Ibid.*, párr. 234.)

El Sr. Razafindralambo admitió claramente esta función de apoyo en los siguientes términos:

«[...] Un acuerdo de arbitraje entraña necesariamente la renuncia a la inmunidad jurisdiccional con respecto al tribunal arbitral, y también con respecto al tribunal nacional para toda acción relacionada con el arbitraje. [...]» (*Anuario... 1985*, vol. I, pág. 243, 1917.^a sesión, párr. 16.)

La acción guardaría relación con cuestiones tales como la designación de árbitros y la apelación ante un tribunal, que las partes deben someter a un órgano judicial imparcial y externo.

el proyecto una denegación de la inmunidad del Estado ante los tribunales internos en procedimientos relativos al arbitraje, aunque una de las partes sea un Estado extranjero. Naturalmente, las modalidades de la función de supervisión que desempeñan los tribunales nacionales pueden variar según las normas aplicables de cada legislación interna. Según el texto del artículo 19 y el comentario correspondiente, la supervisión del arbitraje se extiende a cuestiones relacionadas con el «compromiso arbitral», como su interpretación y validez, el procedimiento de arbitraje y la anulación de laudos arbitrales⁹⁵. En algunas leyes nacionales sobre procedimiento civil se prevé la posibilidad de anular un laudo arbitral por razones de orden público. En la Convención de Nueva York de 1958⁹⁶ se establece que un laudo arbitral sólo podrá ser anulado en virtud de una orden de un tribunal del Estado en que haya tenido lugar el arbitraje.

35. Acerca de esta cuestión del alcance de las actuaciones judiciales que entrañan el ejercicio de la jurisdicción de supervisión por un tribunal de otro Estado, Qatar sugirió que se agregara en el apartado c del artículo 19 una referencia al procedimiento relativo al «reconocimiento y la ejecución» de un laudo arbitral⁹⁷. El anterior Relator Especial parecía considerar que la cuestión quedaría comprendida en la parte IV del proyecto, relativa a la ejecución en general. Expresando este criterio en el 37.º período de sesiones, manifestó que: «Asimismo, el arbitraje está relacionado con las medidas preventivas de embargo y ejecución, cuestiones que se tratarán todas con más detalle en la parte IV del proyecto»⁹⁸. Por otra parte, en el examen del artículo 19 (que entonces era el artículo 20), indicó que algunos tribunales del Estado en que tuviera lugar el arbitraje necesitarían para confirmar y ejecutar el laudo arbitral una competencia que iría más allá de la supervisión normal del arbitraje⁹⁹. Esta opinión sería correcta pero, como señaló Reuter con respecto a la ejecución de los laudos arbitrales, hay otras dos situaciones: a) la ejecución del laudo por un tribunal de otro Estado con arreglo a cuya legislación ha tenido lugar o tendrá lugar el arbitraje, y b) la ejecución por un tribunal de otro Estado en que estén situados los bienes de que se trate¹⁰⁰. Por lo tanto, el Relator Especial señala a la atención de la Comisión la cuestión de la ejecución de los laudos arbitrales que se plantea en el artículo 19.

⁹⁵ Véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 68, párr. 1 del comentario al artículo 20.

⁹⁶ Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 330, pág. 60).

⁹⁷ Según ese Estado, «Hay que reconocer el hecho evidente de que la ejecución de un laudo arbitral puede depender de la participación de un tribunal». [Véase documento A/CN.4/410 y Add.1 a 5 (nota 3 *supra*), observaciones de Qatar, párr. 9.]

⁹⁸ *Anuario... 1985*, vol. I, pág. 249, 1918.ª sesión, párr. 13.

⁹⁹ *Ibid.*, pág. 249, párr. 10. En su sexto informe, había expresado lo siguiente:

«Una vez que un Estado convenga en un instrumento escrito en someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre él y otras partes privadas en una transacción, existe una presunción casi irrefutable de que ha renunciado a su inmunidad jurisdiccional en relación con todas las cuestiones pertinentes derivadas del procedimiento arbitral, desde su comienzo hasta la confirmación y la ejecución judicial del laudo arbitral*. [...]» [Documento A/CN.4/376 y Add.1 y 2 (véase nota 4 *supra*), párr. 255.]

¹⁰⁰ *Anuario... 1985*, vol. I, pág. 241, 1916.ª sesión, párr. 47.

36. Salvo en el caso de la Ley de Australia, *Foreign States Immunities Act 1985*¹⁰¹, en las codificaciones recientes no se considera que la sumisión de un Estado a arbitraje constituye una renuncia a la inmunidad de ejecución. En contraste con el artículo 19 del proyecto, en ellas no se hace referencia a la cuestión de la ejecución de los laudos arbitrales¹⁰², o simplemente ésta queda incluida en las disposiciones generales relativas a la ejecución¹⁰³. También en la práctica estatal parece haber dos opiniones contrapuestas acerca de si el Estado, al concertar un compromiso arbitral, no puede hacer valer su inmunidad en un procedimiento relativo a la ejecución del laudo dictado en su contra. Según una opinión, cabe considerar que ha renunciado a su inmunidad de ejecución en cualquier otro Estado en que pueda procederse a la ejecución del laudo. Así, en el asunto *Ipitrade International, S.A. c. Federal Republic of Nigeria*¹⁰⁴, la Sociedad Ipitrade pidió¹⁰⁵ al Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia, en los Estados Unidos de América, que confirmara el laudo arbitral dictado en Suiza, el 25 de abril de 1978, en contra de Nigeria¹⁰⁶. El 25 de septiembre de 1978, el Tribunal ejecutó el laudo arbitral sobre la base de que Nigeria había renunciado a su inmunidad al celebrar el compromiso arbitral¹⁰⁷. El mismo Tribunal había adoptado una posición similar en el asunto *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya (1980)*¹⁰⁸. Después de recibir la petición de la LIAMCO de que confirmara y ejecutara el laudo arbitral dictado en Suiza el 12 de abril de 1977¹⁰⁹, el Tribunal dictaminó que al aceptar en la concesión las cláusulas compromisorias, Libia había renunciado tácitamente a su inmunidad soberana en los Estados Unidos, ya que, según esas cláusulas, el arbitraje podía tener lugar en cualquier país. Si bien el Tribunal admitió que tenía jurisdicción, no la ejerció¹¹⁰. El Tribunal de Apelaciones de Svea, en Suecia, al

¹⁰¹ La Ley de Australia (art. 17) admite el ejercicio de la jurisdicción de supervisión de un tribunal en un proceso: a) en razón de un caso presentado a la opinión de un tribunal, b) para determinar una cuestión relativa a la validez o la aplicación del compromiso o del procedimiento arbitral, o c) respecto de la anulación del laudo. Además, la Ley prevé en ciertas condiciones que el Estado extranjero no tendrá inmunidad en los juicios relativos «al reconocimiento del carácter obligatorio para cualquier efecto, o para el de la ejecución, de un laudo dictado en el arbitraje, con prescindencia del lugar en que haya sido dictado».

¹⁰² Véanse, por ejemplo, el Convenio europeo de 1972 y la Ley de los Estados Unidos, *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*.

¹⁰³ Véanse, por ejemplo, la Ley del Reino Unido, *State Immunity Act 1978* (párrs. 2 a 4 del art. 13) y el proyecto de Convención de Montreal de la ILA sobre la inmunidad de los Estados (nota 57 *supra*), art. VIII.

¹⁰⁴ *Federal Supplement*, 1979, vol. 465, pág. 824; *International Law Reports*, Cambridge, 1982, vol. 63, pág. 196.

¹⁰⁵ De conformidad con el artículo 5 de la Convención de Nueva York de 1958 (véase nota 96 *supra*), en que también eran partes Nigeria y Suiza.

¹⁰⁶ Aunque Nigeria se negó a participar en el juicio arbitral, aduciendo como excepción la inmunidad del Estado, el laudo se consideró definitivo y ejecutorio con arreglo a la legislación suiza.

¹⁰⁷ El compromiso preveía que la ejecución del contrato se regiría por la legislación de Suiza y que cualquier controversia que surgiera al respecto se sometería al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

¹⁰⁸ *Federal Supplement*, 1980, vol. 482, pág. 1175; *International Law Reports*, Cambridge, 1982, vol. 62, pág. 220.

¹⁰⁹ Véase *International Law Reports*, vol. 62, pág. 198.

¹¹⁰ La controversia no podía someterse a arbitraje con arreglo a la legislación de los Estados Unidos, ya que el Tribunal no podía dictar un fallo acerca de la validez de la nacionalización como acto del Estado. Véase Schreuer, *op. cit.* (nota 48 *supra*), pág. 79.

que recurrió la LIAMCO, resolvió, en su fallo de 18 de junio de 1980, que la aceptación por un Estado de una cláusula compromisoria había constituido una renuncia de su inmunidad, incluso en los procedimientos relativos a la ejecución del laudo¹¹¹.

37. Según la otra opinión, el compromiso arbitral no siempre puede considerarse una renuncia a la inmunidad del Estado en los juicios ejecutivos. De conformidad con una enmienda a la *Ley Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, de los Estados Unidos, recientemente propuesta, la aceptación por un Estado extranjero de una cláusula compromisoria significaría que no tendría inmunidad en un procedimiento destinado a obligarle a someterse al arbitraje o a confirmar, reconocer o ejecutar un laudo si, por ejemplo, a) el arbitraje tuviese lugar en los Estados Unidos, o b) el laudo quedase regido o pudiese quedarlo por un tratado vigente en los Estados Unidos que exigiera el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales¹¹². Además de esas opiniones, cabe mencionar también que en Suiza el Tribunal Federal se negó a ejecutar un laudo arbitral que había sido dictado en 1977 en Ginebra en contra de Libia, porque en el fondo de la controversia no había una «relación interna suficiente» con el foro suizo¹¹³. Como la práctica estatal es bastante confusa, tal vez la Comisión preferirá abstenerse de hacer referencia en el artículo 19 al procedimiento relativo a la ejecución de los laudos arbitrales. Un autor ha señalado que «en recientes fallos de los Estados Unidos y otros países [...] se ha denegado al Estado extranjero inmunidad de ejecución sobre la base de que había consentido en el arbitraje»¹¹⁴, mientras que otro considera que la práctica judicial más reciente en materia de ejecución de laudos arbitrales dista de ser clara¹¹⁵. A la luz de lo que antecede, el Relator Es-

pecial cree que en el proyecto se ha resuelto correctamente, aunque en términos negativos, la cuestión de la ejecución de los laudos arbitrales a pesar del comentario de Australia, en que se sugiere la necesidad de una disposición de carácter más expreso¹¹⁶.

38. Se plantea además una cuestión especial relativa a la ejecución de los laudos arbitrales respecto de la cual la Comisión debería adoptar una posición clara cuando volviera a examinar el actual artículo 19. En este contexto, habría que tener en cuenta el hecho de que hay por lo menos dos tipos de ejecución de los laudos; uno es la ejecución en el sentido generalmente aceptado de la palabra, que correspondería a la parte IV del proyecto, y el otro consiste en «dar al laudo la forma de un fallo o un título equivalente a un fallo mediante un *exequatur* o alguna certificación judicial similar»¹¹⁷. Dejando de lado el primer tipo de ejecución del laudo, no resulta claro si la actuación judicial encaminada a obtener una resolución preliminar de *exequatur* del laudo queda excluida de las actuaciones en que no se puede hacer valer la inmunidad del Estado en virtud del artículo 19. Si la actuación judicial que hay que interponer para convertir un laudo arbitral en una resolución de un tribunal interno constituye un «punto final» en el juicio arbitral y no el comienzo de la ejecución, habría que considerar que el Estado parte en un compromiso arbitral no goza de inmunidad en ese procedimiento¹¹⁸.

39. Si se enfoca la cuestión desde el punto de vista de que «la solicitud de ejecución no suele servir para otro fin que el de constituir el primer paso hacia la ejecución»¹¹⁹, habría que dar lugar a la excepción de inmunidad del Estado en la actuación judicial encaminada a obtener la resolución preliminar de *exequatur* siempre que el Estado no hubiese consentido en someterse a la jurisdicción de los tribunales respecto de la ejecución propiamente dicha. En cambio, si se considera que, estableciendo una distinción entre el reconocimiento de un laudo y su ejecución, el reconocimiento constituye «el complemento natural del carácter obligatorio del compromiso arbitral y no debe quedar a merced de consideraciones de inmunidad soberana»¹²⁰, la inmunidad sería aplicable al proceso de ejecución pero no al paso anterior, el reconocimiento del laudo arbitral.

¹¹¹ A los efectos de la ejecución del laudo arbitral de 12 de abril de 1977 antes mencionado (párr. 36), la LIAMCO había pedido al Tribunal que fuera ejecutado como fallo sueco obligatorio (véase *International Law Reports*, vol. 62, pág. 225). Sin embargo, dos magistrados expresaron una opinión disidente en el sentido de que un Estado soberano tenía inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales suecos, la que también se aplicaba al procedimiento de *exequatur* y que la cláusula compromisoria que figuraba en los acuerdos de concesión no podía ser equiparada a una renuncia expresa del derecho a hacer valer la inmunidad (*ibid.*, pág. 228).

¹¹² Véase T. B. Atkeson y S. D. Ramsey, «Proposed amendment of the Foreign Sovereign Immunities Act», *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 79, 1985, pág. 771.

¹¹³ *Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste c. LIAMCO*, fallo del Tribunal Federal de 19 de junio de 1980 [*Annuaire suisse de droit international*, 1981, vol. 37, pág. 217; *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 20, pág. 151]. Como el litigio se refería a las consecuencias financieras dimanadas de la cancelación de una concesión petrolera en Libia, el Tribunal Federal sostuvo que Libia tenía inmunidad respecto de la orden de embargo dictada por el tribunal de Zurich en 1977 en favor de la LIAMCO. Véase M. Blessing y T. Burckhardt, «Sovereign immunity—A pitfall in State arbitration?», *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, Zurich, Schulthess, 1984, pág. 113.

¹¹⁴ P. M. McGowan, «Arbitration clauses as waivers of immunity from jurisdiction and execution under the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976», *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, vol. 5, 1984, pág. 430.

¹¹⁵ Schreuer, *op. cit.* (nota 48 *supra*), pág. 76. Véase también J. W. Dellapenna, *Suing Foreign Governments and Their Corporations*, Washington (D.C.), Bureau of National Affairs, 1988. Dellapenna hace el siguiente razonamiento:

«No hay consenso entre los Estados acerca del reconocimiento de los fallos extranjeros ni acerca de los medios adecuados para ejecutar un fallo contra un Estado extranjero. [...]

»Quien haya obtenido el reconocimiento oficial en el extranjero de

un fallo de un tribunal de los Estados Unidos dictado en contra de un Estado extranjero tendrá que resolver luego la cuestión del grado en que la legislación del país en que se ha de ejecutar el fallo permite la ejecución u otra medida coercitiva contra un Estado extranjero. La mayoría de los países mantienen la tradición de la inmunidad absoluta de ejecución, aunque apoyen resueltamente la inmunidad restrictiva de litigios [...] [y] probablemente seguirán conservándola.» (Págs. 401 a 403.)

¹¹⁶ Véase el documento A/CN.4/415 y Add.1 a 5 (nota 3 *supra*), observaciones de Australia, párr. 37.

¹¹⁷ Mann, *loc. cit.* (nota 89 *supra*), pág. 18.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*, pág. 19.

¹²⁰ Véase G. R. Delaume, *Transnational Contracts: Applicable Law and Settlement of Disputes*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, vol. II, fasc. 16 (1990), págs. 18 y 19, cap. XIV, párr. 14.03 (publicación de hojas cambiables). En el asunto *République fédérative socialiste de Yougoslavie c. Société européenne d'études et d'entreprises* (véase párr. 40), el Tribunal de grande instance de París determinó también que la resolución que concedía el *exequatur* para el laudo,

[...] «al afirmar la validez del laudo para todos los efectos, no constituía más que la secuela necesaria de él» y no transgredía en modo alguno la inmunidad de ejecución de que gozaba el Estado yugoslavo.» (Véase nota 121 *infra*.)

40. Respecto de esta cuestión, cabe mencionar también la práctica de los tribunales franceses, que establece una distinción estricta entre el reconocimiento de los laudos arbitrales y su ejecución efectiva. Según la decisión del Tribunal de grande instance de París en el asunto *République fédérative socialiste de Yougoslavie c. Société européenne d'études et d'entreprises* (1970)¹²¹:

El Estado de Yugoslavia, por el solo hecho de hacerse parte en una cláusula compromisoria, ha aceptado renunciar a su inmunidad de jurisdicción respecto de los árbitros y su laudo hasta el procedimiento de *exequatur*, inclusive, necesario para que el laudo cobre plena fuerza;

La renuncia de la inmunidad de jurisdicción no entraña en modo alguno la renuncia de la inmunidad de ejecución. La resolución que concede el *exequatur* para el laudo arbitral litigioso no constituye, sin embargo, una medida de ejecución, sino simplemente una medida preliminar que antecede a las medidas de ejecución. [...]

La misma posición adoptó la Corte de Apelaciones de París en el asunto *Benvenuti et Bonfant SARL c. Gouvernement de la République populaire du Congo* (1981)¹²². Por más que éste tal vez constituya «el método peculiar por el cual Francia da curso a las solicitudes de ejecución de laudos arbitrales contra Estados extranjeros»¹²³, el Relator Especial estima que ese método serviría a la Comisión de útil orientación para reconsiderar la cuestión y, por lo tanto, sugeriría que la Comisión examinara la posibilidad de agregar al artículo 19 el siguiente apartado d:

d) el reconocimiento del laudo,

en la inteligencia de que no habría de ser interpretado en

¹²¹ *Journal du droit international* (Clunet), París, 98.º año, 1971, pág. 131 y en particular págs. 132 y 133; *International Law Reports*, Cambridge, 1984, vol. 65, págs. 46 y ss.

¹²² *Journal du droit international* (Clunet), París, 108.º año, 1981, pág. 843 y sobre todo pág. 845; *International Law Reports*, Cambridge, 1984, vol. 65, pág. 89. En este asunto se dictó en 1980 un laudo arbitral de conformidad con el Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 575, pág. 206). A petición de la Sociedad Benvenuti et Bonfant, el Tribunal de grande instance de París concedió a ésta un *exequatur* para la ejecución del laudo, con sujeción a la condición de que la Sociedad no podría adoptar ninguna medida de ejecución sin autorización previa del Tribunal. Con posterioridad, la Sociedad recurrió ante la Corte de Apelaciones de París para que revocase esa condición. Si bien el artículo 55 del Convenio de Washington prevé que nada de lo dispuesto en el artículo 54, que rige el procedimiento para obtener el *exequatur* en los laudos arbitrales, se interpretará en el sentido de limitar la inmunidad de ejecución, la Corte de Apelaciones dictaminó que «la resolución que concede el *exequatur* para un laudo arbitral no constituye una medida de ejecución, sino simplemente una medida preliminar que antecede a las medidas de ejecución».

¹²³ Schreuer, *op. cit.* (nota 48 *supra*), pág. 77.

modo alguno en el sentido de entrañar una renuncia a la inmunidad de ejecución.

ARTÍCULO 20 (Casos de nacionalización)

41. Las disposiciones del artículo 20 del proyecto tienen que considerarse en relación con el artículo 15. La posición de los países en desarrollo con respecto al artículo 15 es la de que, dado que sus políticas económicas exigen la expropiación o nacionalización de determinadas empresas o industrias que pueden comprender bienes intangibles, el apartado b del artículo 15 podría tener el efecto de obstaculizar su desarrollo económico e industrial en lo relativo a su competencia para adoptar medidas de expropiación o nacionalización que afecten los derechos mencionados en el artículo. Después de que algunos miembros de la Comisión expresaran preocupaciones análogas, se propuso el artículo 20 como cláusula general de salvaguardia¹²⁴. El Relator Especial considera que el artículo 20 debería mantenerse en el proyecto. En realidad, podría ser necesario que un tribunal interno juzgara la legitimidad de unas medidas de nacionalización adoptadas en el extranjero en relación con una acción judicial relativa a derechos de propiedad intelectual o industrial. Partiendo de la hipótesis: i) de que la sociedad A, constituida con arreglo a la legislación del Estado X, ha registrado una patente en el Estado X, y también en el Estado Y, al cual exportó su producto la sociedad A; y ii) que, con posterioridad, el Estado X nacionalizó la sociedad A y luego solicitó a las autoridades del Estado Y que la patente en el Estado Y se volviera a emitir o se registrara a nombre del Estado X. En ese caso, si la oficina de patentes del Estado Y volvía a emitir la patente para el Estado X y la sociedad A entablaba una acción judicial por infracción de patente, el tribunal del Estado Y tropezaría con el problema de la validez de la medida de nacionalización del Estado X. En virtud del apartado b del artículo 15, el Estado X no podría invocar la inmunidad de Estado ante los tribunales del Estado Y, y los tribunales podrían juzgar la legitimidad de la medida de nacionalización del Estado X con arreglo a las normas vigentes del derecho internacional. En ese caso, independientemente de lo dispuesto en el artículo 20, los tribunales nacionales podrán aplicar las normas vigentes de derecho internacional en materia de nacionalización.

¹²⁴ Correspondiente al párrafo 2 del anterior proyecto de artículo 11, véanse *Anuario...* 1984, vol. II (segunda parte), pág. 62, nota 200, e *ibid.*, pág. 73, párr. 12 del comentario al artículo 16 (ahora artículo 15).

III.—Observaciones sobre la parte IV del proyecto: Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas en lo que concierne a sus bienes

42. La opinión mayoritaria de los gobiernos y de los tratadistas es que la inmunidad respecto de las medidas de apremio es independiente de la inmunidad jurisdiccional de un Estado. Sin embargo, hay algunos tratadistas que arguyen que si se permite a los demandantes que incoen acciones contra Estados extranjeros y luego no se les deja

aprovechar el éxito del litigio invocando la inmunidad respecto de la ejecución se les puede poner en la posición doblemente frustrante de encontrarse con un fallo que no se puede aplicar y elevadas costas judiciales¹²⁵. Entre los

¹²⁵ Véase Schreuer, *op. cit.* (nota 48 *supra*), pág. 125.

gobiernos, Suiza señala que la inmunidad de ejecución no es de naturaleza distinta que la inmunidad de jurisdicción y que el proyecto de la Comisión se aparta considerablemente de la Convención europea de 1972 en lo que se refiere a las medidas de ejecución¹²⁶. La Convención europea de 1972 adopta una solución complicada. La norma básica es una prohibición general de aplicar medidas de ejecución con sujeción a la posibilidad de una renuncia expresa. Sin embargo, la Convención establece una obligación directa de los Estados contratantes de acatar (voluntariamente) un fallo contrario a ellos. En caso de incumplimiento, se le da a la parte que invoca la ejecución del fallo la posibilidad de incoar un proceso ante un tribunal del Estado contra el cual se ha dictado el fallo. Alternativamente, un protocolo adicional ofrece la posibilidad de incoar un proceso ante un tribunal especial, el Tribunal europeo en materia de inmunidad de los Estados. Existe también la posibilidad de que los Estados partes formulen una declaración facultativa que restablezca la posibilidad de aplicar, al fin y al cabo, medidas de ejecución. Al igual que entre los Estados que formulan la declaración facultativa, los fallos derivados de actividades industriales o comerciales pueden ser ejecutados contra los bienes del Estado deudor que se utilicen exclusivamente para esas actividades. El sistema de la Convención europea se basa en la obligación de los Estados partes de acatar voluntariamente el fallo dictado contra ellos y, por lo tanto, sería difícil aplicar en otros lugares el mismo sistema en su totalidad.

43. Además de una renuncia, la Ley del Reino Unido, *State Immunity Act 1978*, permite la ejecución de un fallo o un laudo arbitral con respecto a bienes que se están utilizando de momento o se tiene intención de utilizar para fines comerciales. La Ley de los Estados Unidos, *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, establece una norma general de inmunidad de ejecución con una serie de excepciones. Sin embargo, las excepciones se refieren únicamente a los bienes de uso comercial. Una de las diferencias entre la Ley del Reino Unido y la de los Estados Unidos es que, con arreglo a la Ley de los Estados Unidos, sólo es posible una renuncia con respecto a los bienes de uso comercial, mientras que con arreglo a la Ley del Reino Unido puede aplicarse una renuncia a bienes no destinados a un uso comercial. La tendencia general en la práctica de los Estados europeos es la de permitir la ejecución con respecto a los bienes de uso comercial y negarla en el caso de bienes destinados a fines públicos. El artículo 21 del proyecto se ha redactado con arreglo a esa tendencia. La única cuestión que se ha de considerar es la de si se debe suprimir del apartado *a* la frase «y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido el proceso», como sugieren varios gobiernos¹²⁷. La práctica de los países europeos quedaría reflejada mejor si esa sugerencia fuese aprobada. Si dicha frase no se suprime, la adición al principio del artículo de las palabras «Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa» podría mitigar las dificultades con que tropiezan los países que prefieren que se suprima la mencionada frase del apartado *a*.

¹²⁶ Véase documento A/CN.4/410 y Add.1 a 5 (nota 8 *supra*), observaciones de Suiza, párr. 31.

¹²⁷ *Ibid.*, observaciones de: Australia, párr. 39; Canadá, párr. 2; Países nórdicos, párr. 11; Qatar, párr. 11; Reino Unido, párr. 33, c; y Suiza, párr. 31.

44. Las cuentas bancarias de un Estado figuran en muchos casos relacionadas con las medidas de apremio. Una opinión posible es la de que las cuentas bancarias son por naturaleza bienes de uso comercial que cabe considerar que no tienen ninguna utilidad pública. Otra opinión es la de que la simple posibilidad de utilidad pública en el futuro es suficiente para considerar que la cuenta bancaria goza de inmunidad. Ambas opiniones son más bien extremas. En el asunto de la *National Iranian Oil Company* (NIOC) (1983)¹²⁸, relativo al embargo de haberes de la NIOC depositados en varios bancos de la República Federal de Alemania, el Tribunal Constitucional Federal determinó que la simple posibilidad de que los fondos se pudieran utilizar en el futuro para fines públicos no era motivo suficiente para la inmunidad. El Tribunal de Distrito de Francfort dictó un fallo similar en el asunto *Non-resident Petitioner c. Central Bank of Nigeria* (1975)¹²⁹. Se presume que las sumas depositadas en cuentas bancarias bajo el control de una misión diplomática o consular tienen un fin público y, por lo tanto, gozan de inmunidad¹³⁰. Con arreglo a la Ley del Reino Unido, se podría aplicar la inmunidad de ejecución «si se demostrara que el Estado reservaba la cuenta bancaria únicamente [...] para pagar deudas contraídas en transacciones comerciales»¹³¹. La carga de la prueba recaería en la parte que invoca la ejecución del fallo. De hecho, el texto actual del apartado *a* del párrafo 1 del artículo 23 parece expresar el criterio del derecho consuetudinario de una manera lo suficientemente clara.

45. En cuanto a la cuenta del banco central, el Tribunal de Apelaciones británico ha negado en dos ocasiones la inmunidad al Banco Central de Nigeria¹³². Por otra parte, la Ley de los Estados Unidos, *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, mantiene la inmunidad de embargo y ejecución de los bienes pertenecientes a un banco central u otra autoridad monetaria extranjeros depositados en su propia cuenta. Teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley de los Estados Unidos y las observaciones de la República Federal de Alemania¹³³ se podría volver a redactar el apartado *c* del párrafo 1 del artículo 23 de la manera siguiente: «*c*) los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria que estén situados en el territorio de otro Estado y que correspondan a fines monetarios, a menos que dichos bienes hayan sido asignados o destinados en el sentido del apartado *b* del artículo 21» y, como consecuencia, se suprima el párrafo 2.

¹²⁸ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes*, Tübingen, 1984, vol. 64, pág. 1; *International Law Reports*, Cambridge, vol. 65, pág. 215.

¹²⁹ *Neue Juristische Wochenschrift*, Francfort, vol. 23, 1976, pág. 1044; *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 16, 1977, pág. 501; Naciones Unidas, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, págs. 290 y ss.

¹³⁰ La Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, pág. 162), no contiene disposiciones expresas sobre cuentas bancarias.

¹³¹ Opinión de Lord Diplock en *Alcom Ltd. c. Republic of Colombia* (1984) (*The All England Law Reports*, 1984, vol. 2, pág. 13).

¹³² Véase *Trendtex Trading Corporation Ltd. c. Central Bank of Nigeria* (1977) (véase nota 29 *supra*); e *Hispano-Americana Mercantil S.A. c. Central Bank of Nigeria* (1979) (*Lloyd's Law Reports*, 1979, vol. 2, pág. 277; Naciones Unidas, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, pág. 449).

¹³³ Véase documento A/CN.4/410 y Add.1 a 5 (nota 3 *supra*), observaciones de la República Federal de Alemania, párr. 31.

Modificaciones propuestas

46. El Relator Especial sugiere que se introduzcan los siguientes cambios en los artículos 21 y 23:

ARTÍCULO 21 (Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas)

Añádase al comienzo del artículo lo siguiente: «Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa»;

o

Suprímase la siguiente frase del apartado *a*: «y guarden relación con el objeto de la demanda o con el organismo o la entidad contra el que se haya promovido el proceso».

ARTÍCULO 23 (Clases especiales de bienes)

Añádase lo siguiente al final del apartado *c* del párrafo 1: «que correspondan a fines monetarios».

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

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/420

Observaciones y comentarios recibidos de los gobiernos

[Original: inglés]
[30 de marzo de 1989]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Nota	79
INTRODUCCIÓN	79
Observaciones y comentarios recibidos de los Estados Unidos de América	80

NOTA

Convenciones multilaterales mencionadas en el presente documento

	<i>Fuente</i>
Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 500, pág. 162.
Convención de Viena sobre relaciones consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	<i>Ibid.</i> , vol. 596, pag. 392.
Convención sobre las misiones especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Naciones Unidas, <i>Anuario Jurídico</i> , 1969 (N.º de venta: S.71.V.4), pág. 134.
Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (Viena, 14 de marzo de 1975) Denominada en adelante «Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975»	<i>Ibid.</i> , 1975 (N.º de venta: S.77.V.3), pág. 91.

Introducción

1. En su 38.º período de sesiones, celebrado en 1986, la Comisión de Derecho Internacional aprobó provisionalmente en primera lectura el proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática

no acompañada por un correo diplomático¹. La Comisión decidió que, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su estatuto, el proyecto de artículos se transmitiese a los gobiernos por conducto del Secretario General para que formularan comentarios y observaciones y que se pidiese que tales comentarios y observaciones fueran presentados al Secretario General a más tardar el 1.º de enero de 1988².

2. En el párrafo 9 de la resolución 41/81 de 3 de diciembre de 1986, así como en el párrafo 10 de la resolución 42/156 de 7 de diciembre de 1987, ambas resoluciones tituladas «Informe de la Comisión de Derecho Internacional», la Asamblea General instó a los gobiernos a que

¹ Para el texto del proyecto de artículos, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 25 y ss.

² *Ibid.*, pág. 25, párr. 32.

atendiesen debidamente la petición de la Comisión de Derecho Internacional de que formularan comentarios y observaciones acerca del proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático.

3. Cumpliendo la petición de la Comisión, el Secretario General envió a los gobiernos circulares de fecha 25 de febrero de 1987 y 22 de octubre de 1987, respectivamente, invitándoles a presentar sus comentarios y observaciones antes del 1.º de enero de 1988.

4. En los documentos A/CN.4/409 y Add.1 a 5³ se recogen las respuestas recibidas en 1988. A continuación se reproduce una respuesta adicional recibida el 29 de marzo de 1989.

³ Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

OBSERVACIONES Y COMENTARIOS RECIBIDOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

*[Original: inglés]
[23 de marzo de 1989]*

1. La Comisión de Derecho Internacional elaboró proyectos de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático que fueron aprobados provisionalmente en primera lectura en el 38.º período de sesiones de la Comisión celebrado en 1986¹. Por esa misma época, la Comisión envió el proyecto de artículos a los gobiernos de los Estados Miembros por conducto del Secretario General y les pidió que presentaran comentarios y observaciones por escrito al Secretario General que serían transmitidos a la Comisión. Los proyectos de artículos fueron examinados en la Sexta Comisión durante los períodos de sesiones cuadragésimo primero, cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero de la Asamblea General. Los Estados Unidos de América, al igual que otros Estados, formularon sus observaciones sobre los proyectos de artículos en la Sexta Comisión².

2. El Relator Especial examinó en su octavo informe³ las observaciones y comentarios por escrito presentados por los gobiernos, así como el resumen de las opiniones expre-

sadas por los Estados durante el debate en la Sexta Comisión. En su 40.º período de sesiones, la Comisión comenzó la segunda lectura del proyecto de artículos y examinó las propuestas de revisión de los artículos hechas por el Relator Especial a la luz de los comentarios de los gobiernos. Al finalizar el debate, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículos, junto con las propuestas del Relator Especial y las formuladas en sesión plenaria en la Comisión, en el entendimiento de que el Relator Especial podría hacer nuevas propuestas al Comité de Redacción basadas en los comentarios y observaciones formulados en sesión plenaria en la CDI y en los que pudieran formularse en la Sexta Comisión⁴. Aunque el informe de la CDI sobre su 40.º período de sesiones no estuvo disponible hasta un poco antes de que comenzaran las sesiones de la Sexta Comisión, algunos Estados expresaron opiniones sobre los proyectos de artículos en la Sexta Comisión⁵.

3. Habiendo tenido oportunidad de examinar ese informe, los Estados Unidos de América presentan los siguientes comentarios y observaciones para que los examinen el Relator Especial y otros miembros de la Comisión en el 42.º período de sesiones de la Comisión. Nuestros comentarios iniciales reflejan en general nuestra opinión de que no hace falta un proyecto de artículos sobre este tema en la actualidad y de que la aprobación del proyecto de artículos sería contraproducente. Luego pasamos a hacer comentarios específicos sobre algunos artículos. El hecho de que los Estados Unidos de América no hagan co-

¹ Para el texto, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 25 y ss.

² Véanse «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo primer período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.410), secc. C; «Resumen por temas... cuadragésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.420), secc. F. 3; «Resumen por temas... cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.431), secc. E. Véanse también las observaciones y comentarios de los gobiernos transmitidos a la Comisión por el Secretario General, reproducidos en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/409 y Add.1 a 5.

³ *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/417.

⁴ *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 81, párr. 292.

⁵ Véase «Resumen por temas... cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General (A/CN.4/L.431), secc. E.

mentarios sobre determinados artículos o sobre cuestiones planteadas por determinados artículos no quiere decir que apoyen esos artículos o cuestiones.

I.—Observaciones generales

4. Si bien el Gobierno de los Estados Unidos de América encomia a la Comisión de Derecho Internacional, y en especial a su Relator Especial, el Sr. Alexander Yankov, por la labor realizada sobre este tema, al igual que otros Estados que han presentado comentarios y observaciones por escrito, seguimos convencidos de que no es necesario ni incluso conveniente que se elaboren artículos sobre el tema⁶.

5. De una forma u otra, el tema del estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática viene siendo examinado por la Comisión desde 1949. Al contrario de lo que ocurre con muchos, si no la mayoría, de los demás temas de cuyo examen se ha encargado la Comisión recientemente, la Comisión ya se ha ocupado de ese tema y las Naciones Unidas y la mayoría de los Estados Miembros han tomado medidas al respecto en una serie de circunstancias.

6. El régimen existente para el correo diplomático y la valija diplomática figura en términos generales en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961. La Convención, que codificó en general el derecho internacional consuetudinario y la práctica internacional en materia de relaciones diplomáticas, se basó en el proyecto de artículos elaborado por la Comisión entre 1954 y 1958. La Comisión al elaborar esos artículos y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas al aprobarlos casi sin modificaciones en 1961 reconocieron que el régimen no abarcaba muchos de los detalles de este tema, y posteriormente se encomendó a la Comisión la tarea de analizar esos problemas y elaborar en forma más detallada el régimen relativo a la valija diplomática.

7. No obstante, la Comisión y las Naciones Unidas se han ocupado ulteriormente del tema en una serie de diferentes contextos y han seguido desarrollando el régimen establecido en el artículo 27. El mismo régimen básico fue propuesto por la Comisión en el proyecto de artículos que elaboró con respecto a las misiones especiales entre 1961 y 1968 y que incorporó a la Convención sobre las misiones especiales aprobada en 1969⁷. También fue propuesto por la Comisión en el proyecto de artículos que elaboró sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales y que incorporó a la Convención aprobada por la Conferencia convocada por las Naciones Unidas sobre ese tema en 1975⁸. La Comisión propone ahora un régimen similar, modificado para desarrollar y, en algunos casos, establecer nuevos derechos u obligaciones en relación con la valija y el correo. En un artículo, generalmente reconocido como el más impor-

tante del proyecto, la Comisión sigue estudiando una disposición que permitiría al Estado receptor solicitar que sea abierta la valija o negar la entrada de ésta. Esta disposición es similar a las disposiciones que la Comisión elaboró en relación con las misiones consulares entre 1955 y 1961 e incorporó a la Convención de Viena sobre relaciones consulares, aprobada por una Conferencia internacional de plenipotenciarios convocada por las Naciones Unidas sobre este tema en 1963. Los Estados Unidos de América, al igual que otros gobiernos y algunos miembros de la Comisión, se oponen a un cambio semejante del régimen de la valija diplomática y creen que la historia de la Convención de Viena de 1961 es instructiva al respecto.

8. En parte, la Comisión y la Conferencia de las Naciones Unidas de 1961 se negaron a tratar los muchos detalles del régimen relativo a la valija diplomática porque las soluciones propuestas para varias cuestiones específicas y a veces aisladas creaban más problemas de los que parecían resolver. Si bien los Estados Unidos de América encomian la labor que ha realizado la Comisión desde que comenzó este esfuerzo más reciente sobre el tema, el proyecto de artículos demuestra que la situación no ha cambiado en el curso de los años. El proyecto de artículos trata de englobar en un documento el régimen de la valija diplomática tal como se ha aplicado en varios contextos diferentes y de resolver los problemas que puedan haberse planteado en la práctica de los Estados. Al Gobierno de los Estados Unidos de América le preocupa la controversia que han suscitado los artículos, sobre todo el artículo 28, pues ello demuestra que la situación sigue siendo la misma que existía en 1961.

9. A ese respecto, el Gobierno de los Estados Unidos de América cree que es importante no subestimar el valor del régimen actual. El uso de la valija diplomática, con la protección que ésta otorga a la correspondencia y a otros artículos transportados en ella para uso oficial de la misión, ha sido y sigue siendo vital para el funcionamiento de todas las misiones diplomáticas y, por consiguiente, para el manejo eficaz de las relaciones exteriores. El régimen básico previsto en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1961, complementado por el derecho internacional consuetudinario y la práctica internacional, establece un marco jurídico adecuado para el manejo de las relaciones diplomáticas permitiendo el equilibrio necesario y conveniente entre los derechos y obligaciones correspondientes del Estado que envía y el Estado receptor. En los casos en que ha sido necesario, la comunidad internacional y Estados concretos han adaptado ese régimen, que recoge la práctica de siglos, según las circunstancias. Intentar abarcar en el proyecto de artículos las características especiales de las diferentes adaptaciones de ese régimen en otros contextos complica el derecho en esa esfera, disminuye la flexibilidad inherente a los enfoques separados pero paralelos del régimen de la valija en diferentes contextos y, por lo tanto, es innecesario e inconveniente.

10. Teniendo en cuenta el uso constante y generalizado que hacen de la valija todos los países, como Estados que envían y como Estados receptores, los Estados Unidos de América estiman que han sido relativamente pocos los problemas que se han planteado en la práctica. A ese respecto, los Estados Unidos de América, al igual que por lo menos otro Estado, lamentan que la Comisión no haya vinculado el proyecto de artículos a un estudio de la prác-

⁶ Véase A/CN.4/417 (nota 3 *supra*), párr. 13 y nota 11.

⁷ Art. 28 (Libertad de comunicación) de la Convención aprobada por la Asamblea General el 8 de diciembre de 1969 [resolución 2530 (XXIV), anexo].

⁸ Art. 57 (Libertad de comunicación) de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975.

tica actual de los Estados que pudiera demostrar la necesidad de los artículos propuestos⁹.

11. Sin tratar de restar gravedad a algunos de los problemas que han surgido, sobre todo en lo relativo a la posible utilización de la valija para apoyar el terrorismo, la cuestión estriba en si la revisión amplia y detallada que se propone hacer la Comisión, con todos los problemas que la revisión parece acarrear, es útil o necesaria para resolver esos problemas. Los Estados Unidos de América estiman que es mejor que los problemas existentes los resuelvan los Estados interesados dentro del actual marco general. Por esa razón, el Gobierno de los Estados Unidos de América recomienda que la Comisión deje a un lado por el momento el examen de este tema.

II.—Observaciones concretas sobre artículos determinados

Artículo 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos)

Artículo 2 (Correos y valijas no comprendidos en el ámbito de aplicación de los presentes artículos)

Artículo 3 (Términos empleados)

12. El proyecto de artículos pretende abarcar el uso del correo diplomático y de la valija diplomática por las organizaciones internacionales y las misiones en esas organizaciones, así como por misiones especiales.

13. Algunos Estados han puesto reparos a la amplitud con que se enfoca en el proyecto de artículos la utilización de la valija y el correo. Si bien, como indica el Relator Especial, sólo un gobierno se mostró expresamente contrario a ese enfoque amplio de la cuestión de la valija¹⁰, se desprende de las observaciones escritas que algunos Estados se oponían indirectamente a ese enfoque. Por lo menos otros dos gobiernos sugirieron que se limitara el proyecto de artículos a las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 y señalaron que la Convención sobre las misiones especiales de 1969 y la Convención de Viena sobre la representación de los Estados de 1975 no habían logrado ni mucho menos la aceptación general de las Convenciones de 1961 y 1963¹¹. Los comentarios de otros gobiernos en relación con las consecuencias del artículo 33 propuesto parecen suscitar la misma preocupación¹².

14. Por la razón expuesta anteriormente en sus comentarios generales, los Estados Unidos de América creen que, si se han de aprobar esos artículos, sólo deberían abarcar cuestiones estrictamente relacionadas con las valijas y correos diplomáticos y consulares. No se deberían extender a las misiones especiales, las misiones permanentes en organizaciones internacionales y las organizaciones internacionales, ya que muchos Estados no son partes en la Convención sobre las misiones especiales de 1969 ni en la Convención de Viena sobre la representación de los Estados de 1975. Si no obstante la Comisión insiste en ampliar el alcance de los artículos para que abarquen esos tipos de

correos y valijas, los Estados Unidos de América creen que, a fin de promover la aceptación de los artículos por los muchos Estados que no son partes en estas dos Convenciones, debe mantener una disposición como la que figura en el artículo 33.

Artículo 17 (Inviolabilidad del alojamiento temporal)

15. El artículo 17 determinaría la inviolabilidad del alojamiento temporal de un correo diplomático. Al parecer, la mayoría de los Estados que hicieron observaciones sobre esta disposición se opusieron a ella¹³. El Relator Especial opinó que el artículo 17 aprobado en primera lectura, sin ninguna reserva formal, ofrecía la base para una disposición apropiada, pero que la cuestión merecía nuevo estudio con el fin de hallar una formulación que ofreciera mejores posibilidades de aceptación¹⁴. Los Estados Unidos de América se sumarian a los Estados y a los miembros de la Comisión que se han opuesto ya a esa disposición, por la razón de que dicha disposición se apartaría del derecho y la práctica existentes con arreglo a las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 e impondría una nueva carga excesiva sobre el Estado receptor y el Estado de tránsito sin que se justifique esa protección extraordinaria.

Artículo 18 (Inmunidad de jurisdicción)

16. El artículo 18 otorgaría al correo diplomático inmunidad de la jurisdicción penal respecto de todos los actos realizados en el desempeño de sus funciones y de la jurisdicción civil excepto en el caso de una acción por daños resultantes de un accidente ocasionado por un vehículo en determinadas circunstancias. También se refiere a las medidas de ejecución y a la obligación de testificar. Algunos Estados se opusieron a esta disposición¹⁵. El Relator Especial señaló que, habida cuenta del debate celebrado en la Comisión, el artículo 18, con algunas modificaciones no sustantivas propuestas¹⁶, parecía aceptable a un gran número de miembros de la Comisión¹⁷. En este momento, los Estados Unidos de América están de acuerdo con los demás Estados que se oponen a este artículo, que se aparta del derecho y la práctica existentes con arreglo a las Convenciones de Viena de 1961 y 1963, tiene posibilidades de crear confusión y controversia y es innecesario para el desempeño de las funciones del correo, teniendo en cuenta la inviolabilidad personal ya otorgada al correo.

Artículo 28 (Protección de la valija diplomática)

17. El artículo 28 es la disposición más importante del proyecto. También sigue siendo el artículo más controvertido, como se desprende de los comentarios presentados por los gobiernos, sus declaraciones en la Sexta Comi-

⁹ Véase A/CN.4/409 y Add.1 a 5 (nota 2 *supra*, al final), observaciones de Australia, párr. 1.

¹⁰ Documento A/CN.4/417 (véase nota 3 *supra*), párrs. 48 y 49.

¹¹ Véase A/CN.4/409 y Add.1 a 5 (nota 2 *supra*, al final), observaciones de Australia, párr. 3; y del Reino Unido, párr. 4.

¹² *Ibid.*, observaciones de Austria, párrs. 2 y 4; Canadá, párr. 1; Grecia, párr. 2.

¹³ *Ibid.*, observaciones de Alemania, República Federal de, párr. 3; Australia, párr. 5; Austria, párr. 8; Bélgica, párr. 6; Francia, párr. 16; Países Bajos, párrs. 5 y 6; Países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), párr. 6; Reino Unido, párrs. 18 y 19; Suiza, párrs. 8 y 9.

¹⁴ *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 90, párr. 378.

¹⁵ A/CN.4/409 y Add.1 a 5 (nota 2 *supra*, al final), observaciones de Alemania, República Federal de, párrs. 4 a 8; Australia, párr. 6; Bélgica, párr. 7; Reino Unido, párrs. 20 y 21.

¹⁶ Documento A/CN.4/417 (véase nota 3 *supra*), párrs. 158 a 161.

¹⁷ *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 91, párr. 385.

sión¹⁸, el octavo informe del Relator Especial¹⁹ y el informe de la Comisión sobre su 40.º período de sesiones²⁰. A juicio de los Estados Unidos de América, así como de muchos otros Estados, las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 establecen de manera suficiente un «equilibrio aceptable entre el carácter confidencial del contenido de la valija y la prevención de los posibles abusos»²¹ y no es necesario ni conveniente introducir cambios.

18. Sin embargo, si se van a aprobar esos artículos, los Estados Unidos de América están de acuerdo con los Estados y los miembros de la Comisión que opinan que la inviolabilidad de la valija es el requisito básico para proteger el carácter confidencial del contenido de la valija y el funcionamiento adecuado de las comunicaciones diplomáticas. Teniendo presente ese objetivo, los Estados Unidos de América son partidarios de que se mantengan los corchetes que figuran en el párrafo 1 del artículo 28. A ese respecto, los Estados Unidos de América están de acuerdo con lo que parece ser la mayoría abrumadora de los gobiernos, esto es, que las valijas diplomáticas no deben ser objeto de inspección²².

19. Del mismo modo, los Estados Unidos de América están totalmente de acuerdo con los gobiernos que se oponen a la disposición del párrafo 2 que permitiría que un Estado receptor exigiera que fuera devuelta una valija si no se le permitía inspeccionarla²³. Los Estados Unidos de América desean señalar también que, incluso entre los gobiernos que apoyan esa disposición, varios de ellos expresaron preocupación acerca de la forma en que se aplicaría e insistieron en su opinión de que esa autoridad se debía ejercer sólo en circunstancias muy extraordinarias o excepcionales²⁴. A juicio de los Estados Unidos de América,

¹⁸ Véanse «Resumen por temas... cuadragésimo primer período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.410), párrs. 294 a 330; y «Resumen por temas... cuadragésimo segundo período de sesiones» (A/CN.4/L.420), párrs. 246 y 247.

¹⁹ Documento A/CN.4/417 (véase nota 3 *supra*), párrs. 221 a 253.

²⁰ *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 96 y ss., párrs. 429 a 452.

²¹ *Ibid.*, párr. 430.

²² Véase documento A/CN.4/409 y Add.1 a 5 (nota 2 *supra*, al final), observaciones de Australia, párrs. 10 y 11; Bélgica, párr. 8; Brasil, párr. 7; Camerún, párrs. 3 y 4; Canadá, párr. 3; Checoslovaquia, párr. 3; España, párr. 11; Francia, párrs. 28 y 29; Grecia, párr. 10; Nueva Zelandia, párrs. 2 y 3; República Democrática Alemana, párr. 12; Venezuela, párr. 3. Sin embargo, véanse también las observaciones de Alemania, República Federal de, párrs. 11 y 12; Reino Unido, párrs. 33 a 38; Suiza, párrs. 13 a 16; Yugoslavia, párrs. 5 a 8.

²³ *Ibid.*, observaciones de Australia, párr. 7; Bulgaria, párr. 10; Francia, párr. 7; Grecia, párr. 10; República Democrática Alemana, párr. 12; URSS, párr. 7.

²⁴ *Ibid.*, observaciones de Alemania, República Federal de, párrs. 11 y 12; Nueva Zelandia, párr. 4; Suiza, párr. 16.

esto podría establecer una norma nada práctica que se prestaría a abusos. Otros gobiernos consideraron que era suficiente apoyarse en el principio de la reciprocidad para impedir los abusos en la aplicación de las disposiciones del párrafo 2²⁵. Los Estados Unidos de América estiman que en muchos casos la reciprocidad no es nada práctica y podría exacerbar la situación, desencadenando tal vez una serie de medidas de revancha que, de hecho, impedirían la libre circulación de las comunicaciones diplomáticas.

20. En resumen, los Estados Unidos de América reiteran su agradecimiento por la labor de la Comisión y de su Relator Especial sobre el presente tema, pero opinan que la Comisión no debería proceder a la segunda lectura del proyecto de artículos sin llevar a cabo primero un estudio de la práctica de los Estados con respecto al correo y la valija diplomáticos y consulares para determinar si es necesario y conveniente introducir cambios en el régimen actual. A este respecto, los Estados Unidos de América observan que por lo menos un gobierno ha indicado que los Estados de envío no suelen utilizar valijas consulares, ya que la Convención de Viena de 1963 permite a los Estados utilizar valijas consulares o diplomáticas para comunicarse con los consulados²⁶.

21. Si la Comisión, no obstante, decide proceder con la segunda lectura del proyecto de artículos, los Estados Unidos de América opinan que las modificaciones examinadas anteriormente son esenciales para que el proyecto de artículos tenga posibilidades reales de resultar ampliamente aceptable a los gobiernos. Por último, si los proyectos de artículos aprobados por la Comisión son comparables al texto actual, los Estados Unidos de América creen que la recomendación que haga la Comisión a la Asamblea General con arreglo al artículo 23 de su estatuto acerca del uso que se debe dar al proyecto de artículos, si es que la hace, debería reflejar las opiniones y prácticas divergentes de los Estados en la materia. A ese respecto, los Estados Unidos de América creen que la Comisión debería recomendar que la Asamblea General, como máximo, tome nota del proyecto como un posible conjunto de directrices y no prevea la convocación de una conferencia internacional para celebrar una convención sobre la base del proyecto.

22. Los Estados Unidos de América agradecen esta oportunidad de dar a conocer sus opiniones a la Comisión por escrito y confían en que puedan ayudar a la Comisión y al Relator Especial en sus trabajos ulteriores sobre el tema.

²⁵ *Ibid.*, observaciones de Austria, párr. 10; Checoslovaquia, párr. 4.

²⁶ *Ibid.*, observaciones de Australia, párr. 9.

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

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/419 y Add.1*

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

*[Original: francés]
[24 de febrero de 1989]*

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	1-2	85
I. LOS CRÍMENES DE GUERRA	3-29	86
A. Proyecto de artículo 13	3	86
B. Comentario	4-29	86
1. Definición de crimen de guerra	4-11	86
2. Terminología	12-14	87
3. Gravedad del crimen de guerra y distinción entre crimen de guerra e infracción grave ..	15-27	87
4. Observaciones de redacción sobre las dos variantes del proyecto de artículo 13	28-29	89
II. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD	30-74	89
A. Proyecto de artículo 14	30	89
B. Comentario	31-74	90
1. Las nociones de crimen contra la humanidad y de genocidio	33-42	90
2. La noción de acto inhumano	43-58	91
a) Atentados contra las personas	44-46	91
b) Atentados contra los bienes	47-58	92
3. El carácter masivo o sistemático	59-67	93
4. Otras infracciones	68-72	93
5. Observaciones de redacción sobre el proyecto de artículo 14	73-74	94

* Se incorporan los documentos A/CN.4/419/Corr.1 y 2.

Introducción

1. Este séptimo informe está dedicado a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad a que se refieren los proyectos de artículos 13 y 14. Después de los proyectos de artículos figuran comentarios donde se consignan las pugnas doctrinales y los debates en el seno de la Comisión de Derecho Internacional.

2. En cuanto a los debates de la Comisión, el Relator Especial creyó conveniente hacer un breve resumen, pues algunos miembros todavía no formaban parte de la Comisión en la época en que esos debates tuvieron lugar. Además, a veces los comentarios

se refieren a puntos nuevos que todavía no han sido discutidos en la Comisión. Por ejemplo, la distinción entre la noción de crimen de guerra y la de infracción grave, en el sentido de los Convenios de Ginebra de 1949 y de su Protocolo adicional I¹, así como el atentado contra bienes de interés cultural, artístico, histórico, o contra bienes que representan intereses vitales, como el medio humano. En los comentarios también se explica por qué se ha preferido una determinada redacción a otra que figura en el proyecto de código de 1954², así como las razones por las cuales se ha propuesto tipificar una nueva infracción.

¹ Véanse notas 5 y 6 *infra*.

² Aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones en 1954; texto reproducido en *Anuario...* 1985, vol. II (segunda parte), pág. 8, párr. 18.

I.— Los crímenes de guerra

A.— Proyecto de artículo 13

3. El Relator Especial propone el proyecto de artículo 13 siguiente:

CAPÍTULO II

CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

[...]

Artículo 13.—Crímenes de guerra

PRIMERA VARIANTE

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

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

SEGUNDA VARIANTE

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

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

c) ³ Constituyen crímenes de guerra, en particular:

i) los atentados graves contra las personas y los bienes y, en especial, el homicidio intencional, la tortura, la

toma de rehenes, la deportación o el traslado de poblaciones civiles de un territorio ocupado, los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar intencionalmente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción o la apropiación de bienes no justificadas por las necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita o arbitraria;

ii) el uso ilícito de medios y métodos de guerra y, en especial, de armas que, por su naturaleza, afectan sin distinción a los objetivos militares y los objetivos no militares, de armas de efectos incontrolados y de armas de destrucción en masa.

B.—Comentario

1. DEFINICIÓN DE CRIMEN DE GUERRA

4. Se ha juzgado necesario atenerse a una definición general en vez de proceder a una enumeración de los actos constitutivos de crimen de guerra. Esta enumeración tropezaría con la dificultad de saber si es o no exhaustiva. Además, sería difícil, si no imposible, llegar a un acuerdo sobre el tipo de crimen que habría que incluir o descartar en la lista de las infracciones. Finalmente, la lista se vería sometida a un constante escrutinio, debido a la rápida evolución de los métodos y las técnicas.

5. La célebre cláusula de Martens, enunciada en el preámbulo del Convenio (IV) de La Haya de 1907⁴ y reproducida oportunamente en el párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo I⁵ adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁶, conserva todo su valor.

⁴ Véase el octavo párrafo del preámbulo del Convenio (IV) sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 18 de octubre de 1907. Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 326.

⁵ Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1125, pág. 214).

⁶ Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, de 12 de agosto de 1949, Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.

³ Los comentarios que siguen no se refieren al apartado *c* debido a que su texto (A/CN.4/419/Add.1) se presentó después de que el presente informe (A/CN.4/419) fuera distribuido a los miembros de la Comisión. Véase *Anuario...* 1989, vol. I, 2106.ª sesión, párr. 2.

6. Comentando el párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo adicional I, el CICR señala:

Se ha juzgado necesario reproducir una vez más esta fórmula en el Protocolo, y ello por dos razones. Ante todo, a pesar del aumento considerable de las cuestiones abarcadas por el derecho de los conflictos armados, y a pesar de su codificación detallada, no es posible considerar que una codificación esté completa en un momento determinado: la cláusula de Martens impide interpretar que todo lo que no está expresamente prohibido en los tratados pertinentes está autorizado. Además, se debe considerar como un elemento dinámico que proclama la aplicabilidad de los principios mencionados, a pesar de la evolución ulterior de las situaciones o de la técnica⁷.

7. Jean Spiropoulos, Relator Especial del proyecto de código de 1954, dijo:

[...] Lanzarse a tal aventura ahora hará ilusoria la consecución de nuestra meta actual, a saber, la redacción y la adopción de tal código por los gobiernos en un porvenir cercano. Lo que la Comisión puede hacer, a nuestro modo de ver, es adoptar una definición general de los mencionados delitos, dejando al juez la tarea de investigar si, a la luz del reciente desarrollo de las leyes de la guerra, lo que se somete a su examen son «delitos de guerra». [...] ⁸

8. Esta opinión es más plausible que las distintas infracciones del derecho de los conflictos armados que se recogen y mencionan en los convenios pertinentes, especialmente el Convenio de La Haya de 1907; los Convenios de Ginebra de 1949 (Convenio I, art. 50; Convenio II, art. 51; Convenio III, art. 130; Convenio IV, art. 147) y su Protocolo adicional I, arts. 11 y 85. Sería inútil y tedioso reproducir estos textos en el código.

9. Sean cuales fueren las reservas que puedan inspirar las sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, no cabe sino compartir la afirmación de que las leyes de guerra se desprenden de los usos y costumbres reconocidos progresiva y universalmente por la doctrina jurídica y la jurisprudencia de los tribunales militares, que ese derecho no es inmutable, que se adapta sin cesar a las necesidades de un mundo cambiante y que, a menudo, los tratados no hacen sino expresar y precisar los principios de un derecho que ya está vigente⁹.

10. La doctrina misma ha reconocido que la enumeración exhaustiva de los crímenes de guerra es una tarea imposible. Sir David Maxwell Fyfe, en su respuesta al cuestionario de la Asociación Internacional de Derecho Penal y la International Bar Association, decía: «No creo que sea posible elaborar un código que contenga definiciones completas y detalladas». Vespasien V. Pella, a la sazón Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, dijo también:

En las circunstancias actuales, la elaboración de una lista exhaustiva resulta imposible.

Recordemos que la Comisión encargada de determinar la responsabilidad de los autores de la guerra y de la aplicación de las sanciones, creada en 1919 por la Conferencia Preliminar de la Paz, preparó una lista que incluía 32 casos de violaciones de las leyes y los usos de la guerra. Incluso añadiendo a la lista otros casos tipificados por diversas leyes nacionales

⁷ CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Ginebra, Martinus Nijhoff, 1986, págs. 38 y 39, párr. 55.

⁸ Primer informe de J. Spiropoulos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (A/CN.4/25), pág. 35. Original en *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, págs. 266 y 267, párr. 82.

⁹ Véase Naciones Unidas, *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. Historique et analyse*, memorando del Secretario General (N.º de venta: 1949.V.7), pág. 69.

durante la segunda guerra mundial, o poco después de ella, así como por la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra, no puede considerarse que esta lista esté al día.

[...]

[...] creemos preferible atenerse a la fórmula del párrafo 11 del artículo 2 del proyecto de código de la Comisión de Derecho Internacional¹⁰.

11. Esta fórmula se convirtió en el párrafo 12 del artículo 2 del proyecto de código de 1954.

2. TERMINOLOGÍA

12. Surgió un debate para determinar si la palabra «guerra» y la expresión «crimen de guerra» estaban anticuadas y si habría que utilizar más bien la expresión «conflicto armado». Se optó por mantener —en la Comisión surgió una fuerte tendencia en este sentido— la palabra «guerra» y la expresión «leyes y usos de la guerra» que figura en numerosas convenciones internacionales aún en vigor, y también en leyes nacionales.

13. El Convenio (IV) de La Haya de 1907 se refiere a las «leyes y usos de la guerra» y esta expresión figura en el apartado *b* del artículo 6 del estatuto del Tribunal Militar Internacional¹¹ (Tribunal de Nuremberg), y en el apartado *b* del artículo 5 del estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente¹² (Tribunal de Tokio). También figura, entre otros, en el *British Royal Warrant* de 14 de junio de 1945 (Regulation I)¹³; la ordenanza francesa de 28 de agosto de 1944 (art. 1, párr. 1)¹⁴; la *Australian War Crimes Act* de 1945 (art. 3)¹⁵; y la ley china de 24 de octubre de 1946 (art. III, punto 38)¹⁶.

14. Esos breves ejemplos pueden calmar la inquietud de quienes creen que definir el crimen de guerra simplemente como «la violación de las leyes o usos de la guerra» sería contrario al principio *nullum crimen sine lege*. Los Estados mencionados, y otros muchos que utilizan esta expresión, aceptan el principio de la irretroactividad de la ley penal.

3. GRAVEDAD DEL CRIMEN DE GUERRA Y DISTINCIÓN ENTRE CRIMEN DE GUERRA E INFRACCIÓN GRAVE

15. Se observará que las dos variantes del proyecto de artículo 13 introducen la noción de gravedad en la definición de crimen de guerra. Este elemento es nuevo. Ni los convenios de La Haya ni los estatutos de los tribunales militares internacionales ni la ley N.º 10 del Consejo de

¹⁰ V. V. Pella, «La codification du droit pénal international», *Revue générale de droit international public*, Paris, t. 56, 1952, págs. 411, 412 y 413.

¹¹ Estatuto anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, pág. 279).

¹² Véase *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII (julio 1945 - diciembre 1946), págs. 354 y ss.

¹³ Para un comentario más detallado sobre este instrumento, véase *Law Reports of Trials of War Criminals* (preparado por la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra), Londres, H. M. Stationery Office, 1947, vol. I, pág. 105.

¹⁴ *Ibid.*, 1948, vol. III, pág. 93.

¹⁵ *Ibid.*, vol. V, pág. 94.

¹⁶ *Ibid.*, 1949, vol. XIV, pág. 152.

Control Aliado¹⁷ hacían distinción alguna entre los actos calificados de crímenes de guerra en función de su gravedad. La palabra «crimen», en la expresión «crimen de guerra», no se tomaba en su sentido técnico y jurídico aplicable a las infracciones más graves, sino en el sentido general de infracción, independientemente de cualquier elemento de gravedad.

16. La distinción entre infracciones graves y las demás infracciones, denominadas también infracciones simples, no aparece hasta más tarde con los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional I. En estos instrumentos se adscriben consecuencias jurídicas a esta distinción, pues sólo las infracciones graves implican sanciones penales obligatorias para los Estados.

17. La Comisión no había introducido ninguna distinción entre los actos constitutivos de crímenes de guerra en función de su gravedad. Existe, de este modo, una diferencia de enfoque entre los Convenios de Ginebra de 1949 y los convenios en que se inspiró la Comisión como base para su proyecto de código de 1954. Esta diferencia se puso de relieve en 1976 en el tercer período de sesiones de la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados. El Sr. Roucouas recuerda en un artículo el difícil debate que tuvo lugar a este respecto:

[...] Algunas delegaciones han afirmado constantemente la identidad cualitativa que existe entre las infracciones graves del derecho humanitario y los crímenes de guerra, o el hecho de que las infracciones graves constituyen una parte de la categoría más general de crímenes de guerra, mientras que otras delegaciones expusieron numerosos argumentos para disipar la confusión entre ambos conceptos¹⁸.

En realidad, este debate, de naturaleza más bien teórica, amenaza con crear un antagonismo entre dos conceptos que se mezclan íntimamente y que son inseparables.

18. Los crímenes de guerra y las infracciones graves tienen una cierta esfera común. Son dos nociones que en parte se superponen. Se superponen en lo relativo a la protección de las personas y los bienes previstos en los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I, y por esta razón el párrafo 5 del artículo 85 de este Protocolo dispone expresamente que las infracciones graves constituyen crímenes de guerra.

19. Sin embargo, los crímenes de guerra y las infracciones graves sólo se superponen en parte: la noción de crímenes de guerra es más amplia que la de «infracción grave», pues se aplica no sólo a las infracciones graves previstas en los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I, sino también a otras infracciones, y, en especial, a las relacionadas con las hostilidades y el uso ilícito de armas. Por esta razón, en el presente proyecto de código se define el crimen de guerra como una «violación grave» de las leyes y usos de la guerra en vez de utilizar la expresión «infracción grave», dejándole a esta última expresión el sentido técnico y limitado que se le confiere en los instrumentos de Ginebra.

20. No obstante, en el actual proyecto del artículo 13, el adjetivo «grave» figura provisionalmente entre corchetes,

pues corresponde a la Comisión ejercer la opción que se le ofrece: la de calificar como crimen de guerra toda violación del derecho de la guerra o sólo las violaciones graves, las que revisten un carácter criminal, en oposición a las que corresponden a la categoría de delito.

21. Este problema no lo había ignorado la Comisión. Durante su segundo período de sesiones, en la sesión del 4 de julio de 1950, tuvo lugar un debate sobre la propuesta de un miembro de la Comisión, Sr. Manley O. Hudson, tendiente a introducir el elemento de gravedad en la definición de crímenes de guerra¹⁹. Esta propuesta se apoyaba en los Convenios de Ginebra de 1949, que habían introducido la noción de gravedad en la definición de ciertas infracciones. El Relator Especial, Jean Spiropoulos, afirmó que consideraba «como crimen todas las violaciones de las leyes de guerra»²⁰.

22. Sin embargo, durante debates más recientes, con motivo del examen del cuarto informe del actual Relator Especial, algunos miembros opinaron que sólo había que incluir las violaciones más graves. A juicio de estos miembros, habida cuenta de que la Comisión definió los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad como infracciones muy graves, únicamente los crímenes de guerra que revistieran este carácter debían considerarse como tales. El crimen de guerra se integró entonces en una noción más vasta de la que constituye un elemento, la noción de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, y no cabe imaginar que los hechos que no ofrezcan un grado elevado de gravedad puedan considerarse como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

23. Sin embargo, entre los hechos denominados corrientemente «crímenes de guerra» se incluyen algunos que constituyen simples delitos: infligir golpes y heridas, por ejemplo. Se ha reprochado a ciertos tribunales militares, especialmente a los de la zona británica, por aplicar a veces la ley N.º 10 a hechos de importancia secundaria. Esta situación se explica especialmente por el hecho de que los tribunales hubieran querido extremar la severidad para no dejar impune ningún hecho sancionable, incluso aunque no entraran en la categoría de crímenes en sentido estricto. Tampoco hay que olvidar que la ley N.º 10, a diferencia de los estatutos de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, había definido los crímenes de guerra como «atrocidades o delitos» (art. II, párr. 1 b). La palabra crimen no se utilizaba en su sentido técnico, sino en el sentido general de infracción.

24. En la actualidad, tal vez conviniera, en aras del rigor jurídico, restituir a la palabra crimen su sentido de infracción grave. Sería muy difícil justificar el emplazamiento ante una jurisdicción penal internacional, por ejemplo, de faltas o delitos, a menos que estuvieran relacionados con actos criminales que fueron juzgados en la misma jurisdicción. No se puede considerar como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad cualquier acto banal. El acto perseguido debe tener una cierta intensidad criminal; sin embargo, no todos los hechos calificados de crimen de guerra tienen la misma intensidad de horror.

25. Aun cuando la noción de crimen de guerra se limite a los actos que constituyan una violación grave del dere-

¹⁷ Ley relativa al castigo de las personas culpables de crímenes de guerra contra la paz y la humanidad, promulgada en Berlín el 20 de diciembre de 1945 (Haute Commission alliée en Allemagne, *Répertoire permanent de législation*, Baden-Baden, 1950).

¹⁸ E. J. Roucouas, «Les infractions graves au droit humanitaire», *Revue hellénique de droit international*, Atenas, t. 31, 1978, pág. 70.

¹⁹ Véase *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. I, págs. 148 y 149, 60.ª sesión, párrs. 12 y 21.

²⁰ *Ibid.*, párr. 15.

cho de guerra, será más amplia que la noción de infracción grave, tanto más cuanto que la enumeración de estas infracciones en los instrumentos de Ginebra tiene un carácter limitativo. Hay una esfera en la que impera únicamente la noción de crimen de guerra y en la que no puede deslizarse la noción de «infracción grave»: la manera de llevar a cabo las hostilidades y el uso ilícito de armas. Existen ya numerosos instrumentos internacionales que se refieren a estas materias²¹. Independientemente de esos instrumentos se plantean los problemas complejos, y todavía no solucionados, de las armas de destrucción en masa: armas químicas, armas nucleares, etc. No parece necesario proporcionar una enumeración de estas armas en el código. Ya se han indicado anteriormente los inconvenientes del método enumerativo, y no hace falta repetirlos.

26. En resumen, la noción de «infracción grave» en el sentido de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo adicional I es menos amplia que la de «crimen de guerra» en el sentido del presente proyecto de código, que abarca no sólo las infracciones graves previstas en los instrumentos mencionados, sino también otras violaciones del derecho de los conflictos armados. Es cierto que el párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo adicional I reproduce la célebre cláusula de Martens del preámbulo del Convenio (IV)

²¹ Por ejemplo: la Declaración de San Petersburgo de 1868 a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra (Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 323); la Declaración de La Haya que prohíbe el empleo de las balas que se hinchan (denominadas dum dum), de 29 de julio de 1899 (J. B. Scott, ed., *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, 3.ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 1918, pág. 227); la Convención (VIII) de La Haya relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto, de 18 de octubre de 1907 (*ibid.*, pág. 151); el Tratado de Washington relativo al empleo de submarinos y gases asfixiantes en tiempo de guerra, de 6 de febrero de 1922 [M. O. Hudson, ed., *International Legislation*, Washington (D.C.), 1931, vol. II (1922-1924), pág. 794]; el Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, de 17 de junio de 1925 (Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 342).

de La Haya de 1907. Pero ¿cabe deducir de ello que la enumeración de las infracciones graves en los instrumentos de Ginebra no tiene carácter limitativo? Parecería que la intención de los redactores de esos instrumentos hubiera sido más bien establecer una enumeración exhaustiva. De esta manera, la noción de infracción grave tiene un contenido no sólo limitado, sino en cierta medida fijo, mientras que la noción de crimen de guerra tiene un contenido que se puede ampliar a medida que nuevas prohibiciones hagan crecer el arsenal de armamentos prohibidos.

27. Sin embargo, no hay que explotar estas diferencias para establecer una frontera rígida entre el crimen de guerra y la infracción grave del derecho humanitario. Se ha distinguido a veces entre lo que se denomina el derecho de La Haya y el derecho de Ginebra, refiriéndose este último, más especialmente, a la clase de personas y de bienes protegidos por los Convenios de Ginebra, mientras que el derecho de La Haya se refiere en especial a la dirección de la guerra o la reglamentación y la prohibición del uso de ciertas armas. Esta distinción no tendría justificación hoy en día, ya que en el artículo 35 del Protocolo adicional I se recoge y desarrolla el artículo 22 del Convenio (IV) de La Haya de 1907. La distinción entre crimen de guerra e infracción grave tampoco está claramente delimitada hoy en día. No obstante, existen diferencias que convendría subrayar.

4. OBSERVACIONES DE REDACCIÓN SOBRE LAS DOS VARIANTES DEL PROYECTO DE ARTÍCULO 13

28. La primera variante mantiene la expresión «leyes o usos de la guerra», en el entendimiento de que la palabra «guerra» debe tomarse en su sentido material y no en su sentido clásico y formal. En este sentido se aplica a todo conflicto armado y no sólo a los conflictos armados entre los Estados.

29. En la segunda variante se utiliza la expresión «normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados» en vez de «leyes o usos de la guerra».

II.—Crímenes contra la humanidad

A.—Proyecto de artículo 14

30. El Relator Especial propone el siguiente proyecto de artículo 14:

Artículo 14.—Crímenes contra la humanidad

Constituyen crímenes contra la humanidad:

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

- i) la matanza de miembros del grupo;
- ii) la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- iii) el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

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

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

2. (PRIMERA VARIANTE.) El *apartheid*, es decir los actos definidos en el artículo II de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, de 1976, y, de manera general, la institución de todo sistema de gobierno basado en la discriminación racial, étnica o religiosa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) El establecimiento de colonos en un territorio ocupado;

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

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

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

B.—Comentario

31. Los crímenes contra la humanidad han sido tratados en los párrafos 10 y 11 del artículo 2 del proyecto de código de 1954. El párrafo 10 trata de los actos que constituyen el crimen de genocidio y el párrafo 11 se refiere a los denominados «actos inhumanos». No obstante, en el proyecto de 1954 no se emplea la expresión «crimen contra la humanidad», ni la palabra «genocidio», y parece útil restituirles el lugar que les corresponde por las razones anteriormente expuestas. Por otra parte, aunque se haga una distinción entre los actos de genocidio y los actos inhumanos, en el proyecto de 1954 no se proporciona ninguna definición del acto inhumano, limitándose a una enumeración basada en el móvil del acto (motivaciones de orden político, racial, religioso, cultural, etc.).

32. El nuevo proyecto de artículo 14 recoge la noción de crimen contra la humanidad y toma de ahí su título. Esta noción no debe olvidarse, pues es la que confiere a los crímenes que se están examinando su carácter específico, es decir, su perfil particular de oprobio y de horror, y es también esta noción la que subraya su carácter de crimen contra el derecho de gentes.

1. LAS NOCIONES DE CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD Y DE GENOCIDIO

33. La expresión crimen contra la humanidad figura en los estatutos de los tribunales militares internacionales establecidos después de la segunda guerra mundial, y ello no fue fruto del azar sino la consecuencia de una reflexión madura. Es preciso referirse a los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra, constituida el 20 de octubre de 1943, en Londres²². No se debe malinterpretar en este contexto la expresión «Naciones Unidas», que no tiene ninguna relación con la Organización del mismo nombre creada dos años más tarde en San Francisco. Se trataba únicamente de las naciones aliadas en guerra contra las Potencias del Eje. Desde el principio de sus trabajos, la Comisión de las Naciones Unidas de 1943 se planteó la cuestión de saber si era preciso limitar las investigaciones a los crímenes de guerra en el sentido tradicional de la expresión o si era preciso ampliar ese sentido para incluir otras infracciones. Trató primero de ampliar la lista de las infracciones elaborada anteriormente por la Comisión encargada de determinar las responsabilidades de los autores de la guerra, establecida en 1919, apoyándose en la cláusula de Martens contenida en el preámbulo del Convenio (IV) de La Haya de 1907²³.

34. Pronto la Comisión de 1943 reparó en que esta cláusula no permitía cubrir todas las categorías de crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial. Algunas infracciones, por muy amplio que fuera el concepto de crimen de guerra, no podían clasificarse en esta categoría. Lo mismo sucedía con otros crímenes cuyos autores y víctimas tenían la misma nacionalidad, o cuyas víctimas tenían la nacionalidad de un Estado aliado al del autor. Tal

²² Véase *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, Londres, H. M. Stationery Office, 1948.

²³ Véase nota 4 *supra*.

era el caso de los crímenes nazis cometidos contra ciudadanos alemanes, austríacos u otros, o crímenes perpetrados contra los apátridas o contra cualquier otra persona sobre la base de consideraciones raciales, religiosas, políticas o de otra índole.

35. La Comisión de las Naciones Unidas de 1943 propuso a la sazón designar estas infracciones como «crímenes contra la humanidad», estimando que constituían infracciones de un tipo particular que, incluso cometidos en tiempo de guerra, ofrecían rasgos originales que los distinguían en ciertos aspectos de los crímenes de guerra.

36. La Comisión de 1943 amplió su competencia para la investigación de estos crímenes «cometidos contra cualquier persona, sin consideración de nacionalidad, incluidos los apátridas, por motivos raciales, de nacionalidad, de convicción religiosa e independientemente del lugar de su comisión»²⁴. El Gobierno británico, que fue consultado, adoptó esta tesis desde 1944, pero subrayó, no obstante, que estos crímenes no deberían tenerse en cuenta, salvo si estaban vinculados al estado de guerra.

37. Con la firma del Acuerdo de Londres el 8 de agosto de 1945²⁵, la noción de crimen contra la humanidad se incorpora definitivamente en el estatuto del Tribunal de Nuremberg (art. 6 c); en el estatuto del Tribunal de Tokio (art. 5 c) y en la ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado (art. II, párr. 1 c).

38. Anteriormente vinculada al estado de beligerancia, como se ha indicado, la noción de crimen contra la humanidad ha adquirido progresivamente su autonomía y hoy en día esta noción tiene una existencia distinta de la del crimen de guerra. De este modo, no sólo en el proyecto de código de 1954, sino incluso en las convenciones entradas en vigor (sobre el genocidio o el *apartheid*), ya no se vincula más esta noción al estado de guerra.

39. Cabe preguntarse por qué el proyecto de código de 1954 no utiliza la expresión «crimen contra la humanidad» en los párrafos 10 y 11 del artículo 2. Sin embargo, en los «Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg»²⁶, la CDI había otorgado a esta expresión su legítimo lugar. Conviene reparar aquí esta omisión y restituirle a la expresión todos sus derechos. Forma parte de las conquistas del derecho internacional, gracias al proceso de su desarrollo progresivo. Tiene sus rasgos y características propios que la diferencian de los crímenes de guerra.

40. Es cierto que un mismo acto puede constituir al mismo tiempo un crimen de guerra y un crimen contra la humanidad si se ha cometido en tiempo de guerra (de este modo, el apartado c del párrafo 4 del artículo 85 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 incluye entre los crímenes de guerra la práctica del *apartheid*). Pero esta circunstancia, aunque justifique una calificación doble, de ninguna manera puede servir de base para confundir ambas nociones. La noción de crimen contra la humanidad es más amplia que la de crimen de guerra, por lo menos desde dos puntos de vista:

a) El crimen contra la humanidad puede cometerse tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz; el crimen de guerra sólo puede cometerse en tiempo de guerra.

b) El crimen de guerra sólo puede cometerse entre beligerantes, entre autores y víctimas enemigos entre sí; el crimen contra la humanidad puede cometerse tanto entre beligerantes como entre personas de una misma nacionalidad.

41. Por consiguiente, esta noción, hay que repetir, tiene contenido propio, rasgos específicos que justifican el mantenimiento de la expresión «crimen contra la humanidad».

42. Lo mismo cabe decir del término «genocidio». Los actos enumerados en el párrafo 10 del artículo 2 del proyecto de código de 1954 son precisamente los que constituyen el crimen de genocidio, y se han tomado de la Convención de 9 de diciembre de 1948²⁷. El párrafo 1 del nuevo proyecto de artículo 15 engloba el conjunto de estos actos bajo el término genocidio.

2. LA NOCIÓN DE ACTO INHUMANO

43. La noción de acto inhumano lo mismo puede aplicarse a los atentados contra las personas físicas que a los atentados contra los bienes.

a) Atentados contra las personas

44. Hay que hacer dos observaciones a este respecto. Por una parte, los actos enumerados en el párrafo 11 del artículo 2 del proyecto de código de 1954 pueden todos ser constitutivos de crímenes de derecho común, y se encuentran tipificados en casi todos los códigos penales internos. Por otra parte, pueden consistir tanto en malos tratos de obra como en actos humillantes o degradantes.

45. Lo que distingue los actos inhumanos de los crímenes de derecho común es su móvil. Son actos inspirados por la intolerancia ideológica, política, racial, religiosa o cultural y que afectan a lo más íntimo de la persona, es decir, a sus convicciones, sus creencias o su dignidad. Conviene recordar, a este respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Zona Británica, en uno de sus primeros fallos, en el que dice:

[...] todas las clases de atentado que ocasionan daño a las personas pueden constituir o causar crímenes contra la humanidad: toda clase de intervención en el ser, crecimiento y desarrollo, o la esfera de acción del ser humano, toda alteración en sus relaciones con su medio, todo atentado contra sus bienes o sus valores por los que se ve indirectamente afectado [...]»²⁸

46. Así pues, pueden constituir crímenes contra la humanidad los actos humillantes o degradantes, que no revisten ningún carácter de atrocidad física, como el hecho de infligir graves humillaciones en público o de obligar a los individuos a actuar en contra de los dictados de su conciencia, y, de manera general, ridiculizarlos u obligarlos a cometer actos degradantes. Por esta razón, el proyecto de artículo 14 se refiere expresamente a los tratos humillantes o degradantes contra poblaciones o grupos de

²⁴ *History of the United Nations War Crimes Commission...*, pág. 176.

²⁵ Véase nota 11 *supra*.

²⁶ Denominados en adelante «Principios de Nuremberg»; texto reproducido en *Anuario...* 1985, vol. II (segunda parte), pág. 12, párr. 45.

²⁷ Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 78, pág. 296.

²⁸ *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen*, Berlin, 1949, vol. 1, pág. 13; citado en Meyrowitz, *op. cit.* (nota 30 *infra*), pág. 274.

personas por motivos políticos, o a causa de su raza, su religión, etc.

b) *Atentados contra los bienes*

47. Los atentados contra los bienes no figuraban en la definición de crimen contra la humanidad del proyecto de código de 1954. No obstante, figuraron en la enumeración de los crímenes de guerra previstos en el Principio VI *b* de los Principios de Nuremberg, así como en los estatutos de los tribunales militares internacionales en que estaba tipificado «el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares»²⁹. No entraremos aquí en las controversias que suscita la expresión «no justificada por las necesidades militares». La cuestión pertenece al derecho de guerra y no procede tratarla en el presente contexto.

48. Se plantea la cuestión de saber si los atentados contra los bienes pueden constituir crímenes contra la humanidad. Los textos existentes, relativos a los crímenes contra la humanidad, no prevén específicamente los atentados contra los bienes. Cabe preguntarse si estos actos presentan un carácter de gravedad suficiente para que se les considere como crímenes contra la humanidad.

49. La jurisprudencia se había mostrado más bien favorable a la tipificación del atentado masivo contra los bienes. El caso de la multa colectiva de mil millones de marcos impuesta a los judíos alemanes por la ordenanza de 12 de noviembre de 1938, a raíz del asesinato en París de un diplomático alemán por un judío de origen polaco, es ilustrativa a este respecto. En el fallo dictado por un tribunal militar norteamericano contra algunos ministros del tercer Reich³⁰, esta multa fue considerada como «un ejemplo típico de la persecución contra los judíos alemanes», que correspondía a la categoría de «persecución por motivos de orden político, racial o religioso», incluida en la definición de crímenes contra la humanidad del estatuto de Nuremberg (art. 6 *b*). Según el fallo, la confiscación y «la liquidación de los bienes que pertenecían a los judíos alemanes, en beneficio del Reich formaban parte de un programa de persecución de los judíos en Alemania, y representaban una violación del derecho internacional y de los tratados internacionales, por lo que [eran] constitutivos de crímenes en el sentido de la acusación N.º 5 del acta de acusación», que consideraba como crimen contra la humanidad, entre otras cosas, la circunstancia de que las autoridades alemanas se hubieran apropiado y enajenado los efectos personales de los detenidos en los campos de concentración. Todavía se puede citar el fallo de 4 de julio de 1946 de la Corte de Apelación de Fribourg-en-Brigau, según el cual «la confiscación ilegal de los bienes pertenecientes a los judíos, en 1940, por órganos directivos del Estado, constituye un crimen contra la humanidad»³¹.

²⁹ Art. 6 *b* del estatuto de Nuremberg; véase también art. II, párr. 1, inc. *b* de la ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado.

³⁰ Véase *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law N.º 10 (Nuernberg, October 1946 - April 1949)*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1952, asunto N.º 11 (*The Ministries Case*), vol. XIV, especialmente págs. 676 y 678; citado en H. Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, pág. 267.

³¹ *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, Tubinga, vol. 1, 1946, pág. 93; citado en Meyrowitz, págs. 267 y 268.

50. Se desprende de esta jurisprudencia que los atentados contra los bienes pueden constituir un crimen contra la humanidad, siempre que revistan dos caracteres: que sean una manifestación de persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos y que tengan un carácter masivo³².

51. Esta jurisprudencia conserva hoy en día todo su valor, no sólo porque los prejuicios todavía existen, sino también, y sobre todo, porque junto con los bienes nacionales aparece una nueva categoría de bienes que cada vez adquieren un carácter más acusado de patrimonio de la humanidad. Muchos monumentos en todo el mundo ofrecen un interés histórico, arquitectónico o artístico que les confiere un valor de patrimonio de la humanidad.

52. En el pasado, muchos monumentos que no gozaban de ningún tipo de protección fueron destruidos, causando un gran perjuicio a la humanidad. Cabe citar como ejemplo el incendio, a comienzos de la era cristiana, de la biblioteca de Alejandria. En la actualidad, la UNESCO clasifica ciertos lugares y monumentos como patrimonios de la humanidad. Por ejemplo, en la isla de Goré, en el Senegal, debido a que durante siglos fue un centro importante de trata de esclavos y el punto más occidental de Africa de donde salían los barcos de esclavos hacia América, los antiguos mostradores comerciales, que se han conservado a través de los años, simbolizan este período poco glorioso de la historia humana y constituyen un lugar de recogimiento y de peregrinaje.

53. Por otra parte, conviene señalar que los atentados contra los bienes que ofrecen un interés cultural estaban ya prohibidos por convenciones aún en vigor. Así pues, el Convenio sobre la protección de las instituciones artísticas y científicas y de los monumentos históricos, firmado en Washington el 15 de abril de 1935³³ (que reforzaba el Pacto Roerich), constituía un primer esfuerzo en este sentido. Cabe señalar que este Convenio estaba previsto tanto para tiempo de guerra como en tiempo de paz. Después de la segunda guerra mundial, la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, firmada en La Haya el 14 de mayo de 1954 bajo el auspicio de la UNESCO³⁴, también se refería, pese a su título, a la salvaguardia de los bienes culturales en tiempo de paz. En efecto, el artículo 3 de la Convención imponía a las partes la obligación de proteger esos bienes en tiempo de paz. Esta Convención ofrece la siguiente definición muy amplia de bienes culturales:

Artículo 1. — Definición de bienes culturales

[...]

a) los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;

b) los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a, tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los

³² Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 269.

³³ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXII, pág. 291.

³⁴ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 249, pág. 293.

refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a;

[...]

54. Es también notable que la Convención de La Haya de 1954 haya previsto ya sanciones penales o disciplinarias contra las personas que cometieran una infracción contra los bienes protegidos.

55. Más próxima todavía está la disposición del apartado d del párrafo 4 del artículo 85 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que incluye entre las infracciones graves:

d) El hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos [...]³⁵.

56. Es cierto que el crimen de guerra no puede configurarse en estos casos, si los bienes destruidos se encuentran próximos a objetivos militares. Pero esta circunstancia no menoscaba el principio. Por otra parte, cuando se trata de crímenes contra la humanidad no puede existir ninguna restricción de este tipo, pues dichos crímenes están inspirados por móviles diferentes y pueden cometerse independientemente del estado de guerra.

57. También hay que mencionar los bienes que representan un interés vital para la humanidad: el medio ambiente, por ejemplo.

58. Las razones expuestas anteriormente han movido al Relator Especial a incluir el atentado contra los bienes en el párrafo 5 del proyecto de artículo 14.

3. EL CARÁCTER MASIVO O SISTEMÁTICO

59. Los estatutos de los tribunales militares internacionales prevén actos inhumanos cometidos contra «la población civil».

60. Cabe preguntarse si para que un acto constituya un crimen contra la humanidad tiene que revestir un carácter masivo. El carácter masivo es un criterio del crimen contra la humanidad, pero no es el único. A veces, un acto inhumano cometido contra una sola persona puede también constituir un crimen contra la humanidad si se inscribe en un sistema, o se ejecuta según un plan, o si presenta un carácter repetitivo, que no deja albergar ninguna duda acerca de las intenciones de su autor.

61. El carácter masivo del crimen supone evidentemente una pluralidad de víctimas, y esta pluralidad sólo se hace a veces posible por la pluralidad de los autores y por los medios masivos empleados. Los crímenes contra la humanidad se cometen a menudo por individuos que se sirven del aparato del Estado o de medios que les ofrecen grupos financieros importantes. En el caso del *apartheid*, el instrumento es el aparato del Estado. En el caso del genocidio o el mercenarismo, se trata de uno u otro de estos medios, o ambos a la vez.

62. Pero, tal como se ha señalado, un acto individual puede constituir un crimen contra la humanidad si se inscribe en un conjunto coherente y en una serie de actos re-

petidos, inspirados por el mismo móvil político, racial, religioso o cultural.

63. En realidad, el conflicto entre los partidarios del requisito del crimen masivo y los que sostienen que el crimen de guerra también puede cometerse mediante un crimen individual parecería ser un debate sin fundamento.

64. Se desprende del examen del estatuto de los tribunales internacionales (art. 6 c del estatuto de Nuremberg; art. 5 c del Estatuto de Tokio; y art. II, párr. 1 c de la ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado), que prevé tanto los crímenes masivos (exterminio, reducción a la servidumbre, deportación) como casos de víctimas individuales (asesinato, encarcelamiento, tortura, violación).

65. El Comité Jurídico de la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra se expresó en los términos siguientes:

[...] En principio, sería necesaria una acción masiva y sistemática, en particular si estuviese revestida de autoridad, para transformar un crimen de derecho común, sancionable solamente de conformidad con el derecho interno, en crimen de lesa humanidad, perteneciente así al fuero del derecho internacional. Únicamente los crímenes que han puesto en situación de peligro a la comunidad internacional, o que han escandalizado la conciencia de la humanidad, ya sea por sus dimensiones o su brutalidad, o por su gran número o por el hecho de que se haya repetido el mismo tipo de actos en momentos y lugares diversos, han justificado la intervención de Estados distintos de aquel en cuyo territorio se cometieron los crímenes o cuyos nacionales fueron las víctimas³⁶.

66. Por su parte, Meyrowitz sostuvo 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, según uno de los medios previstos en el párrafo 2 del artículo II [de la ley N.º 10]³⁷.

El autor se apoya en una nota de 15 de octubre de 1948 del Gobierno militar británico (Oficina de Zona del Asesor Jurídico), según la cual ni el número de las víctimas ni su calidad permiten calificar un acto de crimen contra la humanidad, sino más bien el hecho de que el acto esté vinculado

a una persecución sistemática de una colectividad o de una parte de una colectividad. Un acto inhumano cometido contra una sola persona puede, de este modo, constituir un crimen contra la humanidad «si el móvil de este acto reside total o parcialmente en una persecución sistemática» dirigida contra un grupo determinado de personas [...]³⁸.

67. En resumen, a falta de carácter masivo, el acto individual debe constituir el eslabón de una cadena que pueda vincularse a un sistema o a un plan. La idea de sistema, de plan y de carácter repetitivo es necesaria para que un acto cometido contra una víctima individual tenga el carácter de crimen contra la humanidad.

4. OTRAS INFRACCIONES

68. Independientemente del atentado contra los bienes, se han previsto otras tres infracciones: el *apartheid* y la práctica de la esclavitud y la expulsión de las poblaciones indígenas de sus territorios o su traslado por la fuerza, el

³⁶ *History of the United Nations War Crimes Commission...*, op. cit. (nota 22 supra), pág. 179; citado por Meyrowitz, op. cit. (nota 30 supra), pág. 253.

³⁷ Meyrowitz, op. cit., pág. 255.

³⁸ Meyrowitz, op. cit., pág. 281, citando un pasaje de la nota británica publicada en *Zentral-Justizblatt für die Britische Zone*, Hamburgo, vol. 2, 1948, págs. 250 y 251. Véase también el cuarto informe del Relator Especial, *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), págs. 60 a 62, documento A/CN.4/398, párrs. 31 a 51.

³⁵ Véase nota 5 supra.

establecimiento de colonos en un territorio ocupado y la modificación por la fuerza de la composición demográfica de un territorio extranjero.

69. En cuanto al *apartheid*, no es necesario repetir las controversias que ha suscitado. Algunos miembros de la Comisión habían preferido que esta noción no se incluyera específicamente y que se utilizara la expresión más general de discriminación racial. Pero un gran grupo sostenía la opinión contraria debido a los rasgos específicos de este crimen, que lo configuran como un crimen aparte. Sólo se indicará que se han propuesto dos variantes para el párrafo 2 del proyecto de artículo 14: una que remite a la Convención sobre el *apartheid* de 1973³⁹ y la otra que reproduce íntegramente el texto del artículo II de esta Convención en el texto del proyecto.

70. En cuanto a la esclavitud, el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de 25 de septiembre de 1926⁴⁰ la define como «el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad», y en el párrafo 2 del mismo artículo define la trata de esclavos como

[...] todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle, todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.

Esta Convención tipificaba ya como crimen la trata de esclavos, puesto que los Estados participantes se comprometían a reprimirla y suprimirla (art. 2). Más tarde, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948⁴¹ (art. 4) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966⁴² (art. 8, párr. 1) condenaron en términos enérgicos la práctica de la esclavitud.

71. En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles (art. 8, párrs. 2 y 3) prohíbe la servidumbre

y el trabajo forzoso. El Pacto se inspiraba en las disposiciones de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 7 de septiembre de 1956⁴³, que en su preámbulo afirmaba que «nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre».

72. Conviene señalar que el proyecto de código de 1954 ya había previsto la reducción a la esclavitud entre los actos inhumanos. Pero algunos miembros de la Comisión juzgaron preferible consagrarle una disposición aparte.

5. OBSERVACIONES DE REDACCIÓN SOBRE EL PROYECTO DE ARTÍCULO 14

73. El proyecto de código de 1954 incluía dos párrafos separados: uno consagrado a los actos constitutivos del crimen de genocidio y otro consagrado a los «actos inhumanos». Ya se había señalado en un período de sesiones anterior que la distinción entre actos de genocidio y actos «inhumanos» no parecía justificada, pues el genocidio es también un acto inhumano, incluso es el prototipo de acto inhumano. Sin embargo, en el presente informe se ha mantenido esta distinción debido al grado de gravedad que existe entre los distintos actos inhumanos y el carácter específico de algunos de ellos.

74. La segunda observación se refiere a la enumeración de actos que pueden constituir actos inhumanos en el sentido del proyecto de código. Como acaba de indicarse, los actos enumerados en el proyecto de 1954 pueden, por lo que respecta a algunos de ellos (el asesinato, el encarcelamiento), constituir también actos ilícitos de derecho común. El asesinato no constituye un crimen contra la humanidad por el solo hecho de que se cometa el asesinato; el encarcelamiento arbitrario tampoco constituye un crimen contra la humanidad de por sí. Estos actos sólo se convierten en crímenes contra la humanidad en función de circunstancias concurrentes. De por sí, no constituyen crímenes contra la humanidad. Por consiguiente, las observaciones anteriores se han tenido en cuenta en la redacción del proyecto de artículo 14, recargando todavía más el acento en el carácter moral y físico del acto y en los móviles en vez de hacer hincapié en el hecho material, pues un mismo acto puede recibir, en función de las circunstancias de su perpetración, calificaciones diferentes.

³⁹ Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1015, pág. 266).

⁴⁰ Convención sobre la esclavitud de 25 de septiembre de 1926 (Sociedad de las Naciones), *Recueil des Traités*, vol. LX, pág. 253. En español, véase *Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.88.XIV.1), pág. 153.

⁴¹ Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

⁴² Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 999, pág. 241, y vol. 1057, pág. 407.

⁴³ *Ibid.*, vol. 266, pág. 66.

EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/421 y Add.1 y 2*

Quinto informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, del Sr. Stephen C. McCaffrey, Relator Especial

[Original: inglés]
[5 de abril, 4 y 19 de mayo de 1989]

ÍNDICE

	Párrafos	Página
INTRODUCCIÓN	1	96
<i>Capítulo</i>		
I. RIESGOS Y PELIGROS RELACIONADOS CON LAS AGUAS (Parte VI del proyecto de artículos)	2-119	96
Introducción	2-8	96
A. Inundaciones y problemas conexos	9-104	99
Observaciones generales	9-17	99
1. Práctica de los Estados	18-65	101
a) Práctica de los Estados reflejada en acuerdos internacionales	18-53	101
i) Inundaciones	19-29	101
ii) Presencia de hielo	30-34	104
iii) Problemas relacionados con el avenamiento	35-40	105
iv) Obstrucciones de la corriente	41-44	106
v) Sedimentación	45-49	106
vi) Erosión	50-53	107
b) La práctica estatal según se refleja en la correspondencia diplomática y en otros do- cumentos oficiales relativos a casos concretos	54-65	108
2. Declaraciones, resoluciones y recomendaciones aprobadas por organizaciones, conferen- cias y reuniones intergubernamentales	66-72	110
3. Informes y estudios preparados por organizaciones intergubernamentales y por organi- zaciones no gubernamentales internacionales	73-80	111
a) Organizaciones intergubernamentales	73-76	111
b) Organizaciones no gubernamentales internacionales	77-80	112
4. Estudios de expertos	81-88	114
5. Decisiones de cortes y tribunales internacionales	89-104	117
a) Decisiones judiciales	90-91	117
b) Laudos arbitrales	92-104	118
i) Asunto del río San Juan	92	118
ii) Asunto de la Presa de Gut	93-101	118
iii) Asunto del Lago Lanós	102	120
iv) Asunto de la Fundición de Trail (Trail Smelter)	103-104	121
B. Otros problemas y condiciones relacionados con las aguas	105-117	121
1. Infiltración de agua salada	105-108	121
2. Sequía y desertificación	109-117	122
C. Artículos propuestos	118-119	124
Artículo 22.— Riesgos, nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas		124
Comentario		125
Artículo 23.— Peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas		126
Comentario		126
II. RELACIÓN ENTRE LOS USOS PARA LA NAVEGACIÓN Y PARA FINES DISTINTOS DE ELLA (Parte VII del proyecto de artículos)	120-127	127
A. Introducción	120	127
B. La navegación y el alcance del proyecto de artículos	121	127
C. Solución de los conflictos entre los usos para la navegación y para otros fines	122-126	127

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/421/Corr.2 y A/CN.4/421/Corr.4.

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
D. El artículo propuesto	127	128
Artículo 24. — Relación entre los usos de la navegación y para fines distintos de ella; inexistencia de prioridad entre los usos		128
Comentario		128
III. REGULACION DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES (Parte VIII del proyecto de artículos)	128-140	129
A. Introducción	128-131	129
B. La práctica de los Estados según consta en los convenios internacionales	132-138	130
C. Labor de la Asociación de Derecho Internacional	139	131
D. El artículo propuesto	140	131
Artículo 25. — Regulación de los cursos de agua internacionales		131
Comentario		132
CONCLUSIÓN	141	132
ANEXO. — Tratados citados en el presente informe		132

Introducción

1. En su cuarto informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación¹, que la Comisión de Derecho Internacional examinó en su 40.º período de sesiones, el Relator Especial incluyó un «calendario previsto para la presentación del material restante» referente al presente tema². El calendario indicaba que en 1989 el Relator Especial presentaría, para que los examinara la Comisión, las partes VI (Riesgos y peligros relacionados con el agua) y VII (Relación entre los usos para fines distintos de la navegación y los usos para fines de la navegación) del plan general que propuso para el proyecto de artículos, así como el material relativo al subtema «Regulación de los cursos de agua internacionales». El Relator Especial señaló que tenía intención de presentar todos los proyectos de artículos para 1990, y que el cumplimiento de ese calendario permitiría a la Comisión terminar la primera lectura del proyecto de artículos antes de que finalizara su actual mandato (1991). En consecuencia, en el presente informe se examinan los riesgos y peligros relacionados con las aguas (parte VI del proyecto), la relación entre los usos para fines distintos de la navegación y los usos para fines de la navegación (parte VII del proyecto) y la regulación de los cursos de agua internacionales (parte VIII del proyecto).

¹ *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2.

² *Ibid.*, párrs. 8 a 10.

CAPÍTULO I

Riesgos y peligros relacionados con las aguas

(Parte VI del proyecto de artículos)

Introducción

2. En su cuarto informe, el Relator Especial presentó el proyecto de artículo 18 [19] titulado «Situaciones de emergencia relacionadas con la contaminación o el medio ambiente», como parte de un conjunto de proyectos de artículos sobre la protección del medio ambiente, la contaminación y asuntos conexos. Debido al tiempo limitado de que se dispuso durante el 40.º período de sesiones de la

Comisión para el examen del cuarto informe, así como por razones de organización, el Relator Especial sugirió que ese proyecto de artículo no se estudiara detenidamente durante el período de sesiones. Indicó su intención de presentar, durante el 41.º período de sesiones, un nuevo artículo más completo sobre los riesgos y peligros relacionados con el agua³. La idea de ampliar el alcance del proyecto de

³ *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 28, párr. 130.

artículo fue apoyada tanto en la CDI⁴ como en la Sexta Comisión durante el cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General⁵.

3. A primera vista, podría parecer que existe una diferencia básica entre las situaciones de emergencia y de peligro resultantes de la contaminación y otras situaciones tales como las inundaciones y el hielo flotante: mientras las primeras son a menudo resultado de la actividad humana, las causas de las últimas son frecuentemente naturales. Podría pensarse que esa diferencia entre las causas de los desastres o situaciones peligrosas justifica regímenes regulatorios diferentes. Sin embargo, si bien es posible a veces separar los peligros, riesgos y catástrofes que son debidos al hombre de aquellos cuyas causas son por completo naturales, no siempre ocurre así. Fenómenos que son a menudo puramente naturales pueden en algunos casos ser exacerbados, o incluso causados de modo pleno por la intervención humana. Las inundaciones, por ejemplo, pueden ser causadas o resultar más dañinas debido a actividades tales como la construcción de canales⁶ o represas⁷ o las prácticas de uso de la tierra, como la deforestación⁸, que causa una escorrentía anormalmente rápida. A la inversa, la naturaleza puede afectar las actividades humanas y producir consecuencias desastrosas, como en el caso de las inundaciones causadas por las represas dañadas por un terremoto.

4. Existe pues una gama continua de posibilidades, que van desde el riesgo o desastre completamente natural, en un extremo, al que es debido por entero a las actividades humanas, en el otro⁹. Por consiguiente, en los regímenes

⁴ Véanse, por ejemplo, las declaraciones del Sr. Yankov (*Anuario... 1988*, vol. I, pág. 166, 2067.^a sesión, párr. 14), el Sr. Calero Rodríguez (*ibid.*, pág. 167, párr. 25) y el Sr. Eiriksson (*ibid.*, pág. 172, 2068.^a sesión, párr. 22).

⁵ Véase, por ejemplo, la declaración del representante de Venezuela (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 29.^a sesión, párr. 31).

⁶ Los canales pueden recoger y concentrar la escorrentía superficial, descargando una gran cantidad de agua en un solo punto (el extremo del canal). Un ejemplo de práctica estatal relativa a ese problema lo constituye el asunto del canal de la calle Rose, que se examina más adelante (párrs. 55 a 63).

⁷ La brusca liberación de un gran volumen de agua de una represa puede producir efectos perjudiciales aguas abajo. La liberación puede ser intencional (v.g., para proteger la propia represa) o puede ser causada por la ruptura del dique. Por último, al represar un río puede impedirse que se «purgue» aguas abajo de la represa mediante la escorrentía de primavera, con el resultado del encenagamiento del lecho del río y la consiguiente capacidad inadecuada de su cauce, lo que, a su vez, puede hacer que el río inunde sus riberas.

⁸ Algunos observadores han atribuido las inundaciones particularmente graves que ocurrieron en Bangladesh en 1987 y en 1988 en parte a la deforestación en la cuenca superior del río. Véanse, por ejemplo, *The New York Times*, 3 de octubre de 1988, págs. A1 y A6; Masum, «Some aspects of impact of floods on Bangladesh economy», y Kahn, «Flood hazard in Bangladesh and its impact on the rural environment», documentos presentados en el Seminario internacional sobre las inundaciones en Bangladesh: Perspectivas ambientales regionales y mundiales, organizado conjuntamente por la Oficina de Investigación de Bangladesh y SCOPE/Bangladesh, del 4 al 8 de marzo de 1989 (en adelante denominado «Seminario de 1989 sobre las inundaciones en Bangladesh»); los documentos presentados al Seminario figuran en el resumen de sus trabajos. Véanse también nota 11 *infra* y las fuentes allí citadas.

⁹ En un estudio preparado en 1977, la Secretaría definió del modo siguiente lo que constituye un caso de fuerza mayor:

«[...] Las causas materiales que dan lugar a los hechos o sucesos denominados fuerza mayor pueden variar. Esta puede deberse ciertamente a un desastre natural como un terremoto, pero también a situaciones

jurídicos de prevención, mitigación y reparación debe tenerse en cuenta no sólo la naturaleza del desastre (v.g., inundación frente a un vertimiento de productos químicos), sino también el grado en que la intervención humana contribuye a las consecuencias nocivas. Parece, a primera vista, que las obligaciones de los Estados del curso de agua aumentarán con el grado de participación humana. Sin embargo, como veremos más adelante, ello no indica necesariamente una completa falta de obligación incluso cuando las fuerzas naturales sean enteramente responsables de un peligro relacionado con el agua. Por el contrario, la práctica de los Estados, principalmente en forma de acuerdos internacionales, está repleta de ejemplos de obligaciones de cooperación, notificación y otras similares que son originadas por peligros cuyas causas son enteramente naturales, tales como inundaciones y hielo flotante (véanse párrs. 20 a 34 *infra*).

5. Del examen precedente puede concluirse que todos los tipos de riesgos y peligros relacionados con el agua, tanto si son naturales como si son causados por el hombre o una combinación de ambos tipos, pueden tratarse en un solo artículo o conjunto de artículos. Sin embargo, la Comisión tal vez desee considerar si los proyectos de artículos relativos a este subtema deben contener no sólo normas primarias en las que se establezcan las obligaciones de los Estados del curso de agua, sino también normas secundarias en las que se especifiquen las consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones. Pues, si bien los Estados del curso de agua deben incurrir en obligaciones respecto a riesgos y peligros cuyas causas sean enteramente naturales, las consecuencias del incumplimiento de esas obligaciones pueden no ser tan amplias como las que se derivarían del incumplimiento de las normas que requieren que los Estados del curso de agua se abstengan de causar riesgos o peligros relacionados con el agua o de exacerbar sus consecuencias perjudiciales¹⁰.

6. En realidad, es precisamente la posibilidad de que la utilización por un Estado de un curso de agua (o incluso de otros recursos) ocasione consecuencias extraterritoriales perjudiciales, o incluso catastróficas, lo que hace que la cooperación entre los Estados del curso de agua sea esencial¹¹. El Grupo de Expertos sobre los aspectos jurídicos e

diminadas de causas humanas como una guerra, una revolución, una violencia de las turbas, etc. Además, ciertas causas que darían lugar a fuerza mayor pueden originarse tanto en hechos naturales como humanos. Por ejemplo, un incendio puede ser provocado por la mano del hombre y también por un rayo; una situación de necesidad económica absoluta equivalente a fuerza mayor puede deberse a una sequía por falta de lluvia, aunque también a la desorganización de los mercados mundiales de productos básicos o al mal manejo de la economía nacional, etc.» [«La “fuerza mayor” y el “caso fortuito” como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina», *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 71, documento A/CN.4/315, párr. 4.]

¹⁰ El artículo 6 de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, propuesto por el Sr. Riphagen [*Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), pág. 104, nota 322], da una indicación de la posible variedad de consecuencias, es decir, de los elementos de reparación *lato sensu*.

¹¹ Según el Grupo de Expertos sobre los aspectos jurídicos e institucionales del desarrollo de los recursos hidráulicos internacionales:

[...] «El desarrollo o la explotación de recursos distintos del agua por un Estado del sistema puede tener repercusiones considerables en el volumen o la calidad del agua disponible para su desarrollo o aprovechamiento por otro Estado del sistema. Una tala de árboles en la zona del

(Continuación en la página siguiente.)

institucionales del desarrollo de los recursos hidráulicos internacionales destaca en su informe la necesidad de que los Estados se organicen «para tratar [de los efectos perjudiciales del uso de las aguas] de una forma racional sobre la base de una información técnica y de una cooperación y planificación integradas detalladas en la cuenca o el sistema»¹². Ese informe continúa:

Las circunstancias que con más frecuencia suscitan esas reclamaciones y crean la necesidad de una planificación internacional consciente (a fin de atender o evitar las reclamaciones) son las que producen en otros Estados una escasez de aguas superficiales o subterráneas; inundaciones; depósitos de aluvión; salinización; agotamiento de la pesca o eliminación de zonas de cría de peces; eutroficación; exceso de vegetación; concentraciones de sales o de otros productos químicos, aguas residuales no tratadas, sustancias radiactivas, petróleo u otros productos de desecho (vertidos desde buques o desde la costa); cambios de temperatura; bloqueo del paso (de peces, navíos o maderas); disminución del arrastre; y, desde luego, cambios de caudal. Así, incluso el uso de fertilizantes, por lo demás inocente y beneficioso, los intentos de luchar contra los invasores jacintos de agua, la construcción de presas para el almacenamiento del agua y la defensa contra las inundaciones, la desecación de un pantano, el enfriamiento de una central termoeléctrica o la devolución del agua de riego a un río pueden tener resultados perjudiciales en otras partes de la cuenca. Aunque los daños se producen con mayor frecuencia río abajo, entre las muchas excepciones a esta regla se encuentran los efectos en las corrientes y lagos fronterizos. Algunas de las circunstancias se manifestarán seguramente tanto río arriba como río abajo, especialmente en lo que se refiere a la pesca, la navegación y el transporte de maderas por flotación.

Los aspectos examinados *supra* sólo ilustran los problemas que tienen mayores posibilidades de solución cuando los Estados que comparten los mismos recursos hidráulicos aceptan la necesidad de una cooperación o una colaboración internacionales activas para alcanzar más eficazmente sus propios objetivos. [...] ¹³.

7. Otro factor que puede contribuir a ocasionar peligros relacionados con el agua y que aumenta, por consiguiente, la importancia de la cooperación entre los Estados del curso de agua es el fenómeno del recalentamiento a escala mundial.

Aproximadamente el 35 % del territorio continental de los Estados Unidos experimentó una grave situación de sequía en 1988 [...].

[...]

Las regiones occidentales de la Unión Soviética también tuvieron un clima caluroso y seco en 1988. China mostró la variabilidad de las condiciones climáticas, ya que algunas zonas de las regiones centrales septentrional y meridional recibieron lluvias torrenciales y una gran parte de las regiones oriental y sudoriental de China fue anormalmente seca. En la India, el monzón, que casi no se había mostrado en 1987, retornó en 1988 con las lluvias más intensas en 70 años. Bangladesh experimentó una de las inundaciones más devastadoras de su historia: tres cuartas partes de la tierra quedaron cubiertas por el agua y hubo grandes pérdidas de vidas humanas. Las lluvias torrenciales también causaron gravísimas inundaciones en el Sudán en agosto [de 1988].

[...]

La intensa sequía, el calor y otras condiciones climáticas extremadas desencadenaron una nueva preocupación por los cambios climáticos mundiales debidos al efecto invernadero, causado por los gases —princi-

(Continuación de la nota 11.)

curso superior de un río en un Estado puede provocar una seria erosión del suelo que ocasione importantes aluviones arrastrados río abajo hacia otro Estado y una alteración perjudicial del calendario natural del caudal, perjudicando así los aprovechamientos en el Estado del curso inferior.» [Naciones Unidas, *Ordenación de los recursos hidráulicos internacionales: aspectos institucionales y jurídicos*, Recursos naturales/Serie del agua N.º 1 (N.º de venta: S.75.II.A.2), párr. 42.]

El Grupo de Expertos se refiere a este respecto a un documento de trabajo sobre la relación entre el agua y los otros recursos naturales preparado por G. J. Cano (presentado a la 53.ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional), véase ILA, *Report of the Fifty-third Conference*, Buenos Aires, 1968, Londres, 1969, anexo, págs. 531 y ss.

¹² Naciones Unidas, *Ordenación de los recursos hidráulicos...*, párr. 50.

¹³ *Ibid.*, párrs. 51 y 52.

palmente anhídrido carbónico— que atrapan la energía radiante del Sol en la atmósfera inferior y calientan el aire en las proximidades de la superficie terrestre. Aunque los científicos mantuvieron un encarnizado debate sobre la relación directa entre la sequía de 1988 y el efecto invernadero, hubo pruebas irrefutables del continuo aumento a escala mundial de los niveles atmosféricos de anhídrido carbónico y otros gases como resultado de un siglo de industria humana. Tres importantes organizaciones internacionales —el Consejo Internacional de Uniones Científicas, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Organización Meteorológica Mundial— publicaron un informe en el que se instaba a una acción inmediata para elaborar políticas encaminadas a hacer frente al cambio climático. En el informe se pedía también que se aprobara y aplicara el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono [...] ¹⁴.

Los científicos y otros observadores han advertido que el recalentamiento del planeta puede provocar condiciones especialmente graves en los países con clima tropical.

[...] Las zonas semiáridas, como gran parte de la África subsahariana, pueden padecer una precipitación aun más baja. Muchas zonas semiáridas son ya marginales para la agricultura, son sumamente sensibles a las variaciones climáticas y han experimentado sequías y hambrunas graves en los últimos decenios. Los climas húmedos tropicales pueden volverse más calidos y húmedos, con un aumento de la frecuencia y la gravedad de las tormentas tropicales. Las inundaciones, que de 1968 a 1988 causaron la muerte de más de 80.000 personas y afectaron al menos a otros 200 millones, podrían empeorar. Los desastres naturales, tales como las inundaciones, que ahora no son habituales, podrían llegar a ser cada vez más frecuentes.

De hecho, ya puede advertirse la perturbación del clima causada por el efecto invernadero. En 1988, las temperaturas mundiales alcanzaron de nuevo las cifras máximas registradas durante el periodo para el que se dispone de datos obtenidos mediante instrumentos o se aproximaron a ellas, siendo 0,7° F más elevadas que el promedio del periodo de 30 años que comenzó en 1950. Los cinco años más calurosos de este siglo ocurrieron todos durante el decenio de 1980. Además, la tasa de recalentamiento del planeta para los dos últimos decenios fue mayor que cualquiera de las registradas anteriormente [...] ¹⁵.

Esos fenómenos indican que es probable que se intensifique la demanda de agua potable en algunas regiones del mundo, en tanto que otras zonas pueden sufrir inundaciones cada vez mayores. Se propone que la Comisión tenga presentes esos factores al examinar la cuestión de los riesgos y peligros relacionados con el agua.

8. El resto del presente capítulo se dividirá en dos secciones, en cada una de las cuales el Relator Especial examinará la bibliografía correspondiente a diferentes clases de riesgos o condiciones naturales. La primera sección se ocupará de las inundaciones y los problemas conexos, y la segunda tratará de otros problemas y condiciones relacionados con el agua. Como esos problemas han sido examinados en informes presentados anteriormente a la Comisión ¹⁶, los estudios de expertos mencionados más

¹⁴ 1989 *Britannica Book of the Year*, Chicago. Encyclopaedia Britannica, Inc., 1989, págs. 159 y 160; véase también pág. 195.

¹⁵ D. A. Wirth, «Climate chaos», *Foreign Policy*, Washington (D.C.), N.º 74, 1989, págs. 9 y 10. Wirth señala que «es probable que el efecto invernadero, si no se controla, cause perturbaciones impredecibles en el equilibrio de poder a escala mundial, exacerbando el riesgo de guerra» (pág. 10). Véase también el informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo:

«Comienzan a aparecer ahora a nivel mundial peligros ambientales para la seguridad. El más preocupante de ellos tiene su origen en las posibles consecuencias de un recalentamiento de la Tierra causado por la acumulación en la atmósfera de anhídrido carbónico y de otros gases. [...] («Nuestro futuro común», documento A/42/427, anexo, cap. 11, párr. 15.)

En igual o similar sentido, véanse SIPRI y PNUMA, *Global Resources and International Conflict: Environmental Factors in Strategic Policy and Action*, Oxford University Press, 1986.

¹⁶ Véase especialmente el tercer informe del Sr. Schwebel, *Anuario...* 1982, vol. II (primera parte), págs. 186 y ss., documento A/CN.4/348,

adelante tendrán sólo carácter ilustrativo, sin pretensión alguna de un tratamiento exhaustivo. El capítulo concluirá con la presentación de un conjunto de proyectos de artículos sobre los riesgos y peligros relacionados con el agua. Si bien los artículos que se propondrán abarcarán tanto los incidentes causados por el hombre cuanto los de origen natural, como se explicó anteriormente, el estudio que sigue no tratará la contaminación en sí¹⁷, pues ese tema fue tratado en el cuarto informe¹⁸.

A.—Inundaciones y problemas conexos

OBSERVACIONES GENERALES

9. Debido a que las inundaciones y otros riesgos relacionados con el agua están a menudo interrelacionados materialmente, los acuerdos internacionales y el resto de las fuentes los tratan a menudo en forma conjunta. Esas relaciones de hecho y las consiguientes interrelaciones jurídicas proporcionan la base para el agrupamiento de varios problemas diferentes en la presente sección del informe. El problema que ha recibido con mucho, más atención en los tratados, así como en la labor de las organizaciones internacionales, es el de las inundaciones. Esto se debe probablemente a que las inundaciones encabezan de modo permanente la lista de desastres naturales¹⁹. Por consiguiente, la sección A se centrará en ese riesgo particular, pero se ocupará también de las siguientes situaciones: presencia de hielo, problemas de avenamiento, obstrucciones del caudal, sedimentación y erosión. A continuación, en la sección B se tratarán los problemas de la intrusión salina, la sequía y la desertificación.

10. Como ya se ha indicado, las inundaciones constituyen uno de los riesgos naturales más graves a escala mundial²⁰. Ocurren anualmente en muchas partes del mundo —por ejemplo, en la India, el Pakistán, Bangladesh y China— y han afectado a países de casi todos los continentes²¹. Las pérdidas de vidas, bienes e ingresos producidas por las inundaciones en algunas partes del mundo son sumamente elevadas. En la región del Asia su-

oriental, en su conjunto, las inundaciones destruyen anualmente más de 10 millones de acres de cultivos y causan pérdidas por un valor de más de 1.000 millones de dólares de los EE. UU.²². Ha habido inundaciones que han causado la muerte de más de 1 millón de personas, han dejado sin hogar a 10 millones y han inundado hasta 10 millones de acres de tierra cultivable²³. Sólo en el Asia sudoriental, las pérdidas de vidas humanas debidas a las inundaciones son anualmente muy elevadas, y la gravedad de las inundaciones parece aumentar en el subcontinente asiático y en África²⁴.

11. Los países en desarrollo han sido especialmente perjudicados por las inundaciones.

[...] En Asia sudoriental mueren ahogadas anualmente millares de personas y las inundaciones destruyen cada año más de 10 millones de acres de cultivos. Las pérdidas debidas a las inundaciones, ya grandes, están aumentando aún más como consecuencia del continuo movimiento de la población y de las actividades económicas en las llanuras inundables. Ejemplo de ello es Bangladesh, que está situado en su mayor parte en el delta del Ganges-Brahmaputra. [...] ²⁵.

Sin embargo, las inundaciones pueden asolar por igual los países desarrollados y los países en desarrollo:

[...] Más del 20 % de la población de Hungría, el Iraq, el Japón, Malasia, los Países Bajos y el Senegal vive en zonas que pueden ser inundadas por las grandes crecidas²⁶.

12. Puede esperarse que en el futuro aumenten las pérdidas debidas a las inundaciones a medida que se utilicen más las llanuras aluviales, particularmente en los países en desarrollo, para el acrecentamiento agrícola, industrial y urbano²⁷.

La ocupación de las llanuras inundables plantea una grave disyuntiva. Por una parte, las llanuras inundables son lugares atractivos para diversas actividades humanas, sobre todo la agricultura y el transporte. Aprove-

párrs. 337 a 379. Véase también el primer informe del Sr. Evensen, *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), págs. 197 y 198, documento A/CN.4/367, párrs. 177 a 182.

¹⁷ Dos de las cuestiones que se examinarán, la sedimentación y la intrusión salina, podrían considerarse como formas de contaminación; no obstante, fuera de esas cuestiones, la contaminación no se examina en el presente informe.

¹⁸ A/CN.4/412 y Add.1 y 2 (véase nota 1 *supra*), párrs. 38 a 88, y cap. III, secc. C, artículo 18 [19].

¹⁹ Por ejemplo, en un estudio se informa de que las inundaciones causaron casi el 40 % del total de pérdidas de vidas humanas debido a desastres naturales durante los 20 años siguientes a 1947. Véase L. Sheehan y K. Hewitt, «A pilot survey of global natural disasters of the past twenty years», *Natural Hazard Research*, Working Paper N.º 11, University of Toronto (Canadá), 1969 (mimeografiado).

²⁰ Véase Naciones Unidas, *Directrices para la prevención y regulación de las pérdidas debidas a las inundaciones en los países en desarrollo*, Recursos naturales/Serie del agua N.º 5 (N.º de venta: S.76.II.A.7), págs. 2 a 11 («La magnitud del problema de las inundaciones en el mundo»).

²¹ Véase el cuadro 1 del estudio citado en la nota anterior, en que se señalan las «inundaciones de importancia histórica» en el Asia oriental, meridional y suboccidental, en América del Norte y del Sur, en Europa y en ciertos Estados insulares. Con respecto a África, véase, v.g., el informe sobre las inundaciones particularmente graves ocurridas en el Sudán en 1988 (véase nota 24 *infra in fine*).

²² W. R. D. Sewell y H. D. Foster, «Flood loss management in developing countries: A model for identifying appropriate strategies», en Naciones Unidas, *River Basin Development: Policies and Planning*, Recursos naturales/Serie del agua N.º 6 (N.º de venta: E.77.A.4), vol. 1, pág. 84 [Actas del Seminario interregional de las Naciones Unidas sobre el aprovechamiento de cuencas fluviales individuales y múltiples (Budapest, 16 a 26 de septiembre de 1975), denominado en adelante «Seminario de Budapest» (en inglés solamente)].

²³ Naciones Unidas, *Directrices para la prevención...* (véase nota 20 *supra*), pág. 1.

²⁴ Véase el examen, en el párrafo 7 del presente informe, de la posible relación entre el fenómeno del recalentamiento del planeta y el empeoramiento de las inundaciones. Como ya se ha señalado, Bangladesh sufrió inundaciones especialmente graves en 1987 y 1988. En las inundaciones de 1988, quedaron anegadas casi las tres cuartas partes del país. Según informes del Gobierno, las inundaciones causaron la muerte de más de 2.000 personas, muchas más sufrieron enfermedades transmitidas por el agua y se cree que al menos 30 millones quedaron sin hogar (1989 *Britannica Book of the Year*, págs. 154 y 159). Véase, en general, el informe preparado en 1988 por el Grupo mixto de trabajo del Gobierno de Bangladesh y las Naciones Unidas, «The 1988 floods in Bangladesh: impact, relief and recovery» (SG/CONF.4/1). El número de muertes causadas por las inundaciones que en 1988 anegaron muchas zonas de las provincias noroccidentales de la India se estimó en millares, y cientos de miles de residentes de los cuatro Estados de la India afectados tuvieron que ser evacuados: se dijo que 9.000 ciudades y aldeas resultaron afectadas (*The New York Times*, 3 de octubre de 1988, pág. A1; véase también el reportaje sobre el huracán Gilbert, *The New York Times*, 1.º de octubre de 1988, pág. A3). «Las lluvias torrenciales también causaron inundaciones sumamente graves en el Sudán en agosto [de 1988]», 1989 *Britannica Book of the Year*, pág. 159.

²⁵ Naciones Unidas, *Directrices para la prevención...* (véase nota 20 *supra*), pág. iii.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Sewell y Foster, *loc. cit.* (nota 22 *supra*), pág. 84.

chando los ricos suelos aluviales, algunas de las grandes civilizaciones del mundo se desarrollaron en las tierras bajas de los grandes ríos, sobre todo a lo largo de las riberas del Tigris y el Eufrates, el Nilo, el Indo y el Yangtze. Las tierras llanas en los valles fluviales sirven asimismo de paso para el transporte y de solares de construcción para hogares y fábricas. [...] No es sorprendente, por tanto, que las llanuras inundables hayan llegado a ser el centro de una proporción considerable de los asentamientos humanos y de las actividades económicas de todo el mundo.

Ahora bien, la ocupación de las llanuras inundables puede resultar costosa y en algunos casos podría provocar desastres, porque cada cierto tiempo el río puede desbordarse y causar una elevada cantidad de daños en las propiedades, pérdidas de ingresos e incluso pérdida de vidas humanas. [...] ²⁸.

13. Se ha identificado la deforestación en las cuencas de las mesetas como una de las principales causas del aumento de inundaciones en el Asia meridional y sudoriental y en América Latina ²⁹. En la India, por ejemplo, se inundan anualmente 20 millones de hectáreas, en parte debido a la deforestación en las tierras altas, lo que da como resultado pérdidas por inundaciones que rebasan los 1.000 millones de dólares de los EE.UU. anuales sólo en la llanura del Ganges ³⁰.

14. Se han identificado cinco tipos de inundaciones, a saber: a) inundaciones causadas por fusión de la nieve; b) inundaciones causadas por barreras de hielo o por el deshielo; c) inundaciones causadas por tormentas de convección; d) inundaciones causadas por temporales ciclónicos; y e) corrientes de fango provocadas por la lluvia ³¹. Por supuesto, otros factores, como las presas construidas aguas arriba (reduciendo la superficie total de la llanura inundable) y las prácticas de uso de la tierra, así como el depósito de grandes cantidades de sedimento (reduciendo así la capacidad de conducción de agua del cauce de un río), pueden contribuir también a un ciclo más regular de inundaciones.

15. Cuando el problema de las inundaciones afecta a más de un país, la experiencia ha demostrado que el método más eficaz de ocuparse de él es la cooperación internacional ³². Como mínimo, la cooperación es necesaria para reunir e intercambiar datos relativos a las condiciones hidrológicas ³³. Sin embargo, los programas de control de inundaciones y prevención de desastres requieren, para ser eficaces, niveles más altos de cooperación. Esos niveles pueden lograrse complementando la relación de intercambio de datos, paso a paso, mediante el desarrollo de sistemas de prevención y alerta, y finalmente mediante la pla-

nificación y la ejecución conjuntas de obras de prevención y control de inundaciones ³⁴.

16. El informe relativo al control de las inundaciones presentado a la ILA en 1972 por el Comité sobre Derecho Internacional de los Recursos Hídricos proporciona una interesante perspectiva histórica de la experiencia humana en materia de inundaciones, describe sus causas y efectos y enumera medidas típicas de prevención:

Las inundaciones y sus desastrosos efectos sobre las tierras adyacentes han ocupado y molestado a la humanidad desde tiempos inmemoriales. Junto con la necesidad de riego, el control del agua fue uno de los factores decisivos del crecimiento de las primeras civilizaciones que surgieron en los valles fluviales del Nilo, el Tigris-Eufrates, el Indo y el Hoangho [...]

[...]

Las inundaciones periódicas que ocurren en esos valles fluviales han convertido grandes extensiones de tierras naturalmente secas en campos fértiles mediante la transformación de las inundaciones en un riego regulado. Sin embargo, al mismo tiempo esas inundaciones pueden causar catástrofes en muchas partes del mundo [...] Cada año hay que gastar grandes sumas de dinero para proporcionar alivio a las poblaciones afectadas por las inundaciones y reparar las obras públicas. Las inundaciones causan daños permanentes cuando dejan tras sí ciénagas que pueden originar enfermedades y epidemias, o cuando las inundaciones estancadas y su posterior evaporación durante la estación seca ocasionan la acumulación de sales nocivas, dejando así yermas vastas extensiones de buena tierra.

Parece a primera vista que el control de las inundaciones es primordialmente un problema de ciencia y tecnología, y que su ejecución es un objeto de legislación y administración nacional.

De las diversas causas de las inundaciones, las más importantes son: las precipitaciones intensas y prolongadas, las tormentas, los huracanes, los ciclones, el deshielo, las barreras de hielo, los deslizamientos en las laderas montañosas y el rebosamiento y derrumbe de tanques, depósitos y presas, la reventazón de lagos que causa la súbita liberación de grandes volúmenes de agua, el embalsamiento de afluentes en su desembocadura en los ríos principales, las fuertes precipitaciones sincronizadas con el desbordamiento de los ríos, el avenamiento inadecuado e ineficiente en las zonas bajas y llanas, la sedimentación de los lechos fluviales debida a las grandes cantidades de materiales aluviales arrastrados por los ríos, los terremotos, los corrimientos de tierras, la erosión, la inundación de las cuencas inferiores y los deltas debida a la abundante sedimentación en las bocas de los ríos, la sincronización de mareas altas e inundaciones en los canales, la creación de barreras debidas a las corrientes litorales y la falta de estructuras adecuadas de control para regular la distribución del agua en los diferentes canales en las regiones de los deltas.

Entre los métodos habituales que se han desarrollado para minimizar los daños causados por las inundaciones figuran los siguientes:

- 1) La construcción de diques, barreras contra inundaciones, malecones o presas para proteger las tierras de las crecidas y mantener las aguas dentro del cauce principal habitual.
- 2) El incremento de la capacidad de evacuación del cauce principal mediante su enderezamiento, ensanchamiento o profundización o mediante una combinación de esas tres medidas.
- 3) La desviación de la totalidad o parte de las crecidas que rebasen la capacidad de conducción de agua del cauce principal.
- 4) La construcción de presas para retener temporalmente las crecidas y dejarlas fluir más adelante en cantidades que pueda conducir el cauce principal.
- 5) La adopción de medidas para reducir la tasa de evacuación de aguas mediante mejores prácticas de uso de la tierra, por ejemplo, reforestación y sustitución de los cultivos que inducen la erosión por cultivos que protejan el suelo.
- 6) La utilización de servicios de previsión de inundaciones y de alerta temprana para minimizar la pérdida de vidas y bienes ³⁵.

²⁸ Naciones Unidas, *Directrices para la prevención...* (véase nota 20 *supra*), pág. 1.

²⁹ Naciones Unidas, *Perspectivas socioeconómicas generales de la economía mundial hasta el año 2000* (N.º de venta: S.90.II.C.2), párr. 364.

³⁰ *Ibid.*, citando Banco Mundial, Comité de Desarrollo, *Environment, Growth and Development*, Washington (D.C.), 1987, publicación N.º 14, pág. 5.

³¹ Naciones Unidas, *Directrices para la prevención...* (véase nota 20 *supra*), pág. 15. Véase también la segunda parte del informe del Comité sobre Derecho Internacional de los Recursos Hídricos, relativo al control de las inundaciones (relator F. J. Berber), presentado a la 55.ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional; véase ILA, *Report of the Fifty-fifth Conference, New York, 1972*, Londres, 1974, pág. 44.

³² Esta conclusión se basa en los numerosos acuerdos internacionales y otras fuentes examinadas seguidamente.

³³ Esta forma de cooperación ya sería impuesta por el artículo 10 (Intercambio regular de datos e información), aprobado provisionalmente por la Comisión en su 40.º período de sesiones [el texto de este artículo y el comentario respectivo figuran en *Anuario...* 1988, vol. II (segunda parte), págs. 47 y ss.].

³⁴ Véase Sewell y Foster, *loc. cit.* (nota 22 *supra*), pág. 91. Como ejemplos de tales estrategias de minimización de las pérdidas causadas por las inundaciones, véanse los métodos indicados en el informe del Comité sobre Derecho Internacional de los Recursos Hídricos (párr. 16 *infra*).

³⁵ ILA, *Report of the Fifty-fifth Conference* (véase nota 31 *supra*), págs. 43 a 45.

17. Si bien se asocian a menudo las inundaciones con consecuencias puramente perjudiciales, no hay que olvidar que algunos tipos de inundaciones pueden tener también ciertos efectos beneficiosos. En algunos países, históricamente o en la actualidad, las inundaciones tienen una periodicidad anual³⁶ y pueden servir para regar la tierra cultivable e incluso enriquecerla mediante el depósito de sedimentos (véase párr. 46 *infra*):

En algunos casos, el hombre ha aprendido a vivir con inundaciones periódicas de la llanura aluvial y las ha convertido en una ventaja económica. En la mayoría de los casos, no obstante, se considera que las inundaciones constituyen un riesgo más que una ventaja. Los riesgos originados por las inundaciones en los países del tercer mundo se han convertido en un grave problema para el desarrollo general, ya que la recuperación de los daños causados por las inundaciones en esos países es mucho más difícil³⁷.

1. PRÁCTICA DE LOS ESTADOS

a) Práctica de los Estados reflejada en acuerdos internacionales³⁸

18. Un tipo de prueba de la existencia de una costumbre internacional es la aparición de disposiciones similares en una gran variedad de acuerdos internacionales³⁹. Hay sin

³⁶ Bangladesh, por ejemplo, experimenta inundaciones anuales por desbordamiento de su cauce debido a la congestión del drenaje, la escorrentía de las precipitaciones y las crecidas debidas a las tormentas (Bhuiya, «Environmental aspects of floods and flood-control measures of Bangladesh», documento presentado en el Seminario de 1989 sobre las inundaciones en Bangladesh (véase nota 8 *supra*)).

El nilómetro del antiguo Egipto era un instrumento que medía el bienestar humano en términos del nivel del río Nilo. Véase, por ejemplo, Curry, «Questioning the nilometer», documento presentado en el Seminario de 1989 sobre las inundaciones en Bangladesh, pág. 2, figura 1. La escala variaba desde «hambre» en 12 «ells» de agua (un ell equivale a 1,1 metro o 45 pulgadas), pasando por «sufrimiento» (13 ells), «felicidad» (14 ells), «seguridad» (15 ells) y «abundancia» (16 ells), hasta llegar a «desastre» (18 ells). De ese modo, mientras los niveles extremadamente bajos de agua se equiparaban a un abastecimiento insuficiente de alimentos y los niveles altos a la prosperidad, los niveles excesivamente altos de agua significaban una terrible desgracia.

³⁷ Kahn, *loc. cit.* (nota 8 *supra*), pág. 37.

³⁸ Para mayor claridad, referencias completas sobre los instrumentos internacionales citados en el texto y en las notas figuran en un anexo al presente informe.

³⁹ Esto es especialmente cierto cuando los acuerdos «se ocupan de materias reguladas generalmente por el derecho internacional», en oposición a «los tratados que se ocupan de materias que se reconoce claramente que deben quedar a la discreción de los Estados...». Un ejemplo de la primera categoría serían los tratados sobre derechos ribereños cuando hay requisitos de derecho internacional consuetudinario relativo a los deberes de los Estados ribereños respecto a otros». [L. Henkin *et al.*, *International Law: Cases and Materials*, 2.^a ed., St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1987, pág. 87.] Véase también G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), 1940, vol. I, pág. 17; y C. C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, Boston, Little, Brown and Co., 1945, vol. I, págs. 10 y 11.

Sobre «la importancia general en derecho internacional de disposiciones similares contenidas en muchos tratados diferentes», en especial con respecto al derecho de los cursos de agua internacionales, véase R. D. Hayton, «The formation of the customary rules of international drainage basin law», en A. H. Garretson, R. D. Hayton y C. J. Olmstead, eds., *The Law of International Drainage Basins*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana Publications, 1967; págs. 868 a 871. Véanse también los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte*, C.I.J. *Recueil* 1969, pág. 3. La CIJ reconoció en esa ocasión la posibilidad de que una norma incorporada en uno o varios tratados pudiera pasar al corpus general del derecho internacional y ser

«[...] aceptada como tal por la *opinio juris*, de modo que se convierta en obligatoria incluso para los países que no sean ni hayan sido nunca partes en la Convención. No hay duda de que este proceso es perfecta-

mente posible y ocurre de vez en cuando; constituye sin duda uno de los métodos reconocidos mediante los cuales pueden formarse nuevas normas de derecho internacional consuetudinario. Al mismo tiempo, no debe considerarse a la ligera que se ha logrado ese resultado. [...]» (*Ibid.*, pág. 42, párr. 71.)

i) Inundaciones

19. Las disposiciones de los tratados relativas a las inundaciones se han reunido y sistematizado de un modo sumamente útil en la segunda parte del informe presentado a la ILA en 1972 por el Comité sobre Derecho Internacional de los Recursos Hídricos⁴¹. Aquí se mencionarán sólo algunos ejemplos ilustrativos.

El magistrado Lachs, en su opinión disidente, declaró que

«[...] la práctica general de los Estados debería reconocerse como prueba prima facie de que es aceptada como derecho. Es cierto que esa prueba puede rebatirse, incluso valiéndose de la propia práctica, si muestra "mucha incertidumbre y contradicción" (asunto del *Derecho de asilo*, fallo, C.I.J. *Recueil* 1950, pág. 277). También puede rebatirse valiéndose de la *opinio juris* respecto a "los Estados en cuestión" o las partes en el asunto.» (*Ibid.*, pág. 231.)

El Memorandum del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, de 21 de abril de 1958, sobre los aspectos jurídicos del uso de los sistemas de aguas internacionales, proporciona ulterior apoyo para el uso de disposiciones similares en diversos tratados como prueba de la existencia de una norma general de derecho relativa a los cursos de agua internacionales:

«Una doctrina jurídica aceptada sostiene que la existencia de normas consuetudinarias de derecho internacional, es decir, de prácticas aceptadas como derecho, puede inferirse de disposiciones similares en varios tratados.

»Se han concertado en todo el mundo bastante más de cien tratados que han regido o rigen actualmente sistemas de aguas internacionales. Esos tratados indican que hay principios que limitan la facultad de los Estados de utilizar sistemas de aguas internacionales sin tener en cuenta los efectos nocivos causados en los Estados vecinos. [...]» [*Legal aspects of the use of systems of international waters with reference to Columbia-Kootenay river system under customary international law and the Treaty of 1909*, 85th Congress, 2nd session, Senate document N.º 118, Washington (D.C.), 1958, pág. 63.]

Con carácter general, véanse: M. Akehurst, «Custom as a source of international law», *The British Year Book of International Law*, 1974-1975, vol. 47, pág. 42; R. R. Baxter, «Treaties and custom», *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1970-1 (Leyden, Sijthoff, 1971), vol. 129, pág. 25; I. F. I. Shihata, «The treaty as a law-declaring and custom-making instrument», *Revue égyptienne de droit international*, El Cairo, vol. 22, 1966, pág. 51; y H. W. A. Thirlway, *International Customary Law and Codification*, Leyden, Sijthoff, 1972.

⁴⁰ Como ya se ha señalado (párr. 14 *supra*), uno de los cinco modos de causar inundaciones lo constituyen las barreras de hielo y la ruptura del hielo.

⁴¹ La segunda parte de ese informe trata del control de las inundaciones: véase ILA, *Report of the Fifty-fifth Conference...* (nota 31 *supra*), págs. 43 y ss. Véanse también «Coopération internationale en matière de lutte contre les inondations», informe consolidado preparado por P. Chaperon para el Comité sobre los problemas del agua de la CEPE (WATER/R.143), 22 de octubre de 1986, y «Dispositions juridiques des accords sur les eaux transfrontières se rapportant à la lutte contre les inondations», nota complementaria de la Secretaría (WATER/R.143/Add.1), 3 de diciembre de 1986, que contiene una compilación de las disposiciones pertinentes de acuerdos internacionales relativos a la lucha contra las inundaciones.

20. En varios acuerdos se requieren la consulta, la notificación, el intercambio de datos e información, el funcionamiento de sistemas de alerta, la preparación de informes y estudios, la planificación y la ejecución de medidas de control de las inundaciones, y la construcción y el mantenimiento de obras civiles. Quizás las disposiciones más frecuentes son las que requieren la vigilancia de los niveles de los ríos, la información con carácter regular y la alerta respecto a cualquier cambio repentino que pueda originar un peligro de inundación. Resulta ilustrativo el artículo 20 del Tratado entre Hungría y Rumania relativo al régimen de la frontera estatal húngaro-rumana y a la cooperación en asuntos de frontera de 1963, en el que se establece:

Artículo 20

Las dos Partes se transmitirán mutuamente en el momento oportuno toda información relativa al nivel de las aguas y la presencia de hielo en las aguas fronterizas que interese a las Partes contratantes si esa información puede servir para evitar el peligro de inundaciones o de hielo a la deriva. De modo similar, acordarán, si es necesario, un sistema regular de señales para utilizarlo durante los periodos de crecida o de hielo a la deriva. [...]

Otra disposición que requiere el intercambio de información con miras a prevenir los riesgos derivados de las inundaciones es la que figura en la primera oración del artículo 17 del Tratado entre la URSS y el Afganistán sobre el régimen de la frontera soviético-afgana, de 1958:

Artículo 17

Las autoridades competentes de las Partes contratantes intercambiarán, tan regularmente como sea posible, la información relativa al nivel y el caudal del agua en los ríos fronterizos y también la relativa a la precipitación en el interior del territorio de las dos Partes que pueda servir para prevenir peligros o daños como consecuencia de inundaciones. [...]⁴².

21. En varios acuerdos se destaca la necesidad de una alerta temprana del peligro de inundaciones. Por ejemplo, en el artículo 17 del Tratado entre los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos referente a la utilización de las aguas de los ríos Colorado y Tijuana, y del río Bravo (río Grande) desde Fort Quitman, Texas, hasta el Golfo de México, de 1944, se establece:

⁴² Una disposición idéntica figura en el artículo 14 del Tratado entre la URSS y el Irán relativo al régimen de la frontera soviético-iraní y al procedimiento para la solución de controversias e incidentes fronterizos, de 1957. Los siguientes son otros ejemplos de disposiciones convencionales relativas al intercambio de datos e información con miras a prevenir peligros derivados de las inundaciones:

El Tratado entre el Canadá y los Estados Unidos de América relativo al aprovechamiento cooperativo de los recursos hidráulicos de la cuenca del río Columbia, de 1961, en el que se dispone que «la información hidrometeorológica se pondrá a disposición de las entidades de ambos países para su inmediata y continua utilización con fines de control de las inundaciones y aprovechamiento energético» (Anexo A, párr. 2); el Acuerdo entre Bulgaria y Grecia para la cooperación en la utilización de las aguas de los ríos que atraviesan los dos países, de 1964, en el que se establece que las Partes intercambiarán los datos e información necesarios «a fin de adoptar oportunamente medidas para prevenir la inundación de las tierras cultivadas...» (art. 4); el Acuerdo entre Polonia y la URSS relativo al régimen de la frontera polaco-soviética, de 1948, que establece, en la primera oración de su artículo 19, que

«Artículo 19

»Las autoridades competentes de las Partes contratantes intercambiarán información relativa al nivel y el volumen del agua y la presencia de hielo en las aguas fronterizas, si tal información puede ayudar a prevenir los peligros creados por las inundaciones o el hielo flotante. [...]

Véase también el Acuerdo entre Alemania y Polonia relativo a la administración de la sección del Warta que forma la frontera y al tráfico en esa sección, de 1927.

Artículo 17

[...] Cada uno de los Gobiernos conviene en proporcionar al otro, con la mayor anticipación posible, la información que tenga sobre las salidas de agua extraordinarias de las presas y las crecientes de los ríos que existan en su propio territorio y que pudieran producir inundaciones en el territorio del otro.

[...]

De modo similar, en el párrafo 8 del artículo IV del Tratado entre la India y el Pakistán relativo el uso de las aguas del Indo, de 1960, cada uno de esos dos Estados

[...] conviene en comunicar a la otra Parte, con la mayor anticipación posible, cualquier información de que disponga respecto a vertimientos extraordinarios de agua de las presas y a crecidas que puedan afectar a la otra Parte.

En el mismo sentido, en el artículo 8 del Acuerdo de 1955 entre Yugoslavia y Hungría⁴³ se establece lo siguiente:

Artículo 8

Las autoridades locales de las partes contratantes se advertirán mutuamente, por el medio más rápido posible, de cualquier peligro de crecidas o de hielo o cualquier otro peligro que pueda surgir en los cursos de agua que forman la frontera estatal y los cursos de agua y los sistemas hidrográficos que atraviesan la frontera estatal.

22. El Acuerdo entre Polonia y la República Democrática Alemana relativo a la navegación por las aguas fronterizas y al aprovechamiento y la conservación de esas aguas, de 1952, impone a las partes no sólo la obligación de adoptar medidas preventivas y de alertar respecto al peligro de inundaciones, sino también la obligación de adoptar medidas concertadas para remediar cualquier fallo de los diques. El título III del Acuerdo, «Principios de cooperación en la adopción de medidas preventivas de inundaciones y bancos de hielo flotantes», dispone en el artículo 21 lo siguiente:

Artículo 21

Cada una de las Partes contratantes tomará precauciones respecto a la inundación de su propio territorio de conformidad con las disposiciones aplicables y, cuando sea preciso, informará a la otra Parte del peligro de rotura de un dique.

Si revienta un dique, las dos Partes combinarán inmediatamente sus esfuerzos para reparar el daño, proporcionando medios técnicos y la mano de obra necesaria.

Los costos correspondientes correrán a cargo de la Parte que solicite asistencia.

23. Algunos acuerdos incluyen requisitos muy concretos respecto a la vigilancia del nivel de las aguas durante los periodos de crecidas. Por ejemplo, en el Protocolo N.º 1, relativo a la regulación de las aguas del Tigris y del Eufrates y de sus afluentes, anexo al Tratado de Amistad y Buena Vecindad entre el Iraq y Turquía, de 1946, se establece en el artículo 3 lo siguiente:

Artículo 3

[...]

Durante los periodos de crecida, los niveles del agua observados cada día a las ocho de la mañana por las estaciones equipadas para la comunicación telegráfica, como Diyarbakir, Cizre, etc., sobre el Tigris y Keban, etc., sobre el Eufrates, serán comunicados por telegrama a las autoridades competentes que el Iraq designe a ese efecto.

Los niveles del agua observados fuera de los periodos de crecida serán comunicados mediante boletines bimensuales a las mismas autoridades.

⁴³ El Acuerdo comprende el estatuto de la Comisión yugoslavo-húngara de hidroeconomía. Véase también el artículo 1, párr. 2 m y n del estatuto.

Los gastos de las comunicaciones anteriormente mencionadas serán sufragados por el Iraq.

Una disposición similar figura en el Tratado entre Francia y la República Federal de Alemania sobre la solución de la cuestión del Sarre, de 1956. Con arreglo al artículo 9 del anexo 8, las autoridades de los dos países deben mantener un servicio de información del nivel del agua del Sarre, en particular,

Artículo 9

[...]

2. Tan pronto como la estación de Sarrebourg, situada en el curso superior del Sarre, transmita una alerta de inundación, se pondrá en funcionamiento el servicio de alerta de crecidas del Sarre en Sarrebruck. A partir de ese momento, los servicios de información competentes se mantendrán permanentemente en contacto hasta que la estación de Sarrebruck transmita el aviso de final de la alerta.

3. Con objeto de acelerar la transmisión de los informes, la República Federal de Alemania mantendrá una línea telefónica especial entre la oficina competente de Sarreguemines y la oficina de navegación interior de Sarrebruck. Esa línea telefónica correrá en forma de cable a lo largo del camino de sirga y se hallará, pues, en suelo francés aguas arriba del punto kilométrico 75.617 (medido en la orilla izquierda).

24. Como reflejo de la importancia que los Estados conceden al funcionamiento correcto de los sistemas de vigilancia y alerta temprana, en algunos acuerdos se permite a una de las partes inspeccionar las estaciones de aforo situadas en el territorio de la otra parte. Por ejemplo, en el artículo 3 del anteriormente mencionado Protocolo N.º 1 anexo al Tratado entre el Iraq y Turquía, de 1946, se establece en la parte pertinente que:

Artículo 3

Turquía procederá a instalar estaciones permanentes de observación y asegurará su funcionamiento y mantenimiento. Los gastos de funcionamiento de esas estaciones serán sufragados por partes iguales por el Iraq y Turquía, a partir de la entrada en vigor del presente Protocolo.

Las estaciones permanentes de observación serán inspeccionadas, a intervalos determinados, por expertos técnicos iraquíes y turcos.

[...]

25. En varios acuerdos se establece que las partes tomarán medidas conjuntas para prevenir el peligro de inundaciones. Entre ellos figura el Convenio entre Francia y la República Federal de Alemania, de 1969, relativo al aprovechamiento del Rin entre Estrasburgo/Kehl y Lauterbourg/Neuburgweir, cuyo artículo 9 establece lo siguiente:

Artículo 9

1. Sobre la base de las conclusiones de la Comisión de Estudio de las Inundaciones del Rin, las Partes contratantes concertarán a la brevedad posible un Acuerdo relativo a las medidas que han de adoptarse para la protección contra las inundaciones y la distribución de los costos resultantes, teniendo en cuenta las contribuciones de todo tipo que pueden esperarse de los demás Estados interesados.

26. De modo similar, en el Acuerdo entre Polonia y la URSS relativo a la utilización de los recursos hidráulicos en las aguas fronterizas, de 1964, se establece que las partes «adoptarán medidas coordinadas con miras a eliminar o reducir el peligro resultante de crecidas, hielo a la deriva y otros fenómenos naturales...» (art. 8, párr. 2)⁴⁴.

⁴⁴ Cf. el Acuerdo entre Yugoslavia y Hungría, de 1955, junto con el estatuto de la Comisión yugoslavo-húngara de hidroeconomía, que facultan a la Comisión a elaborar reglamentos para la protección contra las inundaciones y el hielo y los demás reglamentos que sean necesarios (art. 4, párr. 2).

27. En el artículo 8 del Acuerdo entre Checoslovaquia y Polonia relativo a la utilización de los recursos hidráulicos en aguas fronterizas, de 1958, se establece que las partes no sólo se informarán mutuamente sobre las crecidas, el hielo a la deriva y otros riesgos (párr. 1 c), sino también que las partes «acordarán qué medidas conjuntas han de adoptarse para eliminar o reducir el peligro en caso de crecidas o hielo a la deriva, así como la forma de sufragar los costos correspondientes» (párr. 2).

28. En gran número de acuerdos se establece la cooperación entre los Estados del curso de agua a fin de preparar e intercambiar informes y estudios correspondientes, entre otras cosas, al control de inundaciones. Por ejemplo, el Tratado entre el Canadá y los Estados Unidos de América relativo al aprovechamiento cooperativo de los recursos hidráulicos de la cuenca del río Columbia, de 1961⁴⁵, contiene las siguientes disposiciones pertinentes:

Artículo XV. — Junta Permanente de Ingeniería

[...]

2. La Junta Permanente de Ingeniería deberá:

a) reunir registros de las inundaciones del río Columbia y el río Kootenay en la frontera entre el Canadá y los Estados Unidos de América:

b) informar al Canadá y a los Estados Unidos de América siempre que se produzca una desviación importante respecto a los planes de aprovechamiento hidroeléctrico y control de inundaciones y, si procede, incluirá en el informe recomendaciones de medidas especiales y ajustes compensatorios:

[...]

ANEXO A

PRINCIPIOS DE FUNCIONAMIENTO

Principios generales

[...]

2. Se establecerá y funcionará, como convengan mutuamente las entidades y en consulta con la Junta Permanente de Ingeniería, un sistema hidrometeorológico que incluya la situación de la nieve, estaciones de medición de precipitaciones y la determinación del caudal, a fin de utilizarlo para establecer datos que permitan la programación detallada del control de inundaciones y el aprovechamiento hidroeléctrico. [...]

[...]

29. Otro de los muchos ejemplos de tratados que contienen este tipo de disposiciones es el Acuerdo entre la URSS y la República Popular de China sobre operaciones comunes de investigación para determinar los recursos naturales de la cuenca del río Amur y las posibilidades de explotar su potencial productivo, y sobre operaciones de planificación y estudio, con miras a preparar un plan para la explotación con fines múltiples del río Argún y de la cuenca superior del río Amur, de 1956⁴⁶. Los anexos I y

⁴⁵ Véase también el Tratado entre los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos, de 1944, arts. 6, 12 d, 13 y 16.

⁴⁶ Véanse también el Acuerdo entre la República Árabe Unida y el Sudán relativo al aprovechamiento total de las aguas del Nilo, de 1959 (art. 4, párrs. 1 y 2), y el Protocolo de 1960 sobre el establecimiento de la Comisión Técnica Mixta Permanente; el Acuerdo entre el Gobierno de la Unión Sudafricana y el Gobierno de Portugal relativo al aprovechamiento de las aguas del río Cunene para la instalación de centrales hidráulicas, para el control de las inundaciones y para riego en el Territorio bajo Mandato del África Sudoccidental, de 1926 (arts. 8, 9 y 10); y el Acuerdo entre el Nepal y la India para el aprovechamiento del río Gandak para fines de riego y de producción de energía hidroeléctrica, de 1959 (arts. 1 y 3).

II al Acuerdo contienen las siguientes disposiciones de interés:

ANEXO N.º 1

[...]

Se realizarán operaciones de investigación tal como se indica en las siguientes secciones:

1. ESTUDIO DE LAS CONDICIONES NATURALES

[...]

3. ESTUDIO DE LOS RECURSOS HÍDRICOS
E HIDROELÉCTRICOS

Estudio del potencial de energía hidroeléctrica del río Amur y de los principales ríos de la cuenca del río Amur y preparación de propuestas preliminares sobre posibles esquemas de regulación y utilización de sus aguas, con miras a la construcción de centrales hidroeléctricas, la mejora de las condiciones de navegación, la prevención de inundaciones, la ejecución de proyectos de mejoramiento de las tierras y el desarrollo de la industria pesquera.

[...]

ANEXO N.º 2

[...]

Se realizarán operaciones de planificación y estudio como se indica en las siguientes secciones:

A.—Operaciones de estudio

1. Operaciones hidrométricas para estudiar el régimen de los ríos Argún y Amur desde la fuente hasta la cordillera de Maly Khingan y de sus principales afluentes por ambas orillas.

La finalidad de las operaciones hidrométricas será proporcionar datos para determinar las variaciones del nivel y el caudal de los ríos, el caudal invernal, el flujo de materias sólidas y la composición química del agua.

2. Operaciones geodésicas y topográficas:

[...]

c) Estudios de las zonas inundables de las presas de los proyectos de alta prioridad, a escala 1:25.000; ...

3. Estudios de ingeniería y geología:

[...]

g) Exploración de las zonas inundables, para los proyectos de alta prioridad:

[...]

B.—Operaciones de planificación

[...]

4. Evaluación de las consecuencias económicas de la regulación del caudal de agua a fin de reducir la frecuencia y la magnitud de las inundaciones de las tierras económicamente valiosas en ambas orillas, causadas por repentinas crecidas del nivel del río, y crear condiciones favorables para el mejoramiento de las tierras.

[...]

6. Estimación de las pérdidas debidas a las inundaciones de acuerdo con diferentes variantes del proyecto.

[...]

ii) *Presencia de hielo*

30. Se ha visto que los Estados, en sus acuerdos, se ocupan a menudo de las inundaciones y la presencia de hielo conjuntamente. En la presente sección se exponen algunos otros ejemplos de disposiciones relativas a este último problema.

31. La presencia de hielo puede originar riesgo de inundaciones o puede plantear peligros propios, como la obstrucción de la navegación y las amenazas a estructuras tales como los muelles y los puentes. El modo en que la presencia de hielo causa inundaciones se explica en un estudio de las Naciones Unidas como sigue:

Las inundaciones causadas por barreras de hielo y el deshielo podrían producirse también al principio de la primavera. Suelen producirse en los puntos de constricción, como en un meandro acusado, una garganta, el cruce de un puente y cualquier otro obstáculo físico. También podrían producirse cuando el gradiente de un cauce pasa de una fuerte inclinación a una inclinación suave, o en el punto en que una corriente de agua descarga sobre un lago. En el Canadá y en la URSS esas inundaciones se producen característicamente cuando el hielo y la nieve en las cabeceras de los ríos que fluyen hacia el norte se funden más rápidamente que el hielo y la nieve en los tramos inferiores⁴⁷.

32. El título III del Acuerdo de 1952 entre Polonia y la República Democrática Alemana relativo a la navegación por las aguas fronterizas, ya mencionado en relación con la defensa común contra las inundaciones (párr. 22 *supra*), contiene disposiciones detalladas que prevén la cooperación en relación con la presencia de hielo:

Artículo 19

Las dos Partes contratantes se comprometen a ejercer la vigilancia conjunta y a cooperar mutuamente a fin de prevenir la formación de barreras de hielo potencialmente peligrosas. La dirección técnica de las obras de protección contra el hielo corresponderá a la Parte polaca.

La Parte polaca informará a la Parte alemana en tiempo oportuno acerca del lugar y del momento de las operaciones de evacuación del hielo en el sector fronterizo del río Oder, el curso medio e inferior del río Oder y el Neisse de Lusace.

Las operaciones de deshielo se efectuarán aguas arriba desde la desembocadura del río Oder. En los casos necesarios, y siempre que ello no acarree peligro al curso inferior del río, las barreras de hielo locales podrán demolerse por explosión.

Al realizar las operaciones de deshielo, la Parte polaca tendrá presentes los deseos y las necesidades de la Parte alemana, con vistas a prevenir peligros para el territorio alemán. A solicitud de la Parte polaca, la Parte alemana proporcionará los medios técnicos (buques rompehielo y explosivos) apropiados para los trabajos de evacuación del hielo. Las autoridades competentes de las dos Partes contratantes convendrán el alcance de los medios técnicos que deberá proporcionar cada Parte para las operaciones de deshielo.

Artículo 20

En caso de daños o de accidente durante los trabajos de demolición por explosión, cada Parte se compromete a acudir en ayuda de la otra, a condición de que se le reembolsen los gastos en que incurra para proporcionar dicha ayuda.

Artículo 22

Los gastos por concepto de mano de obra que entrañen las maniobras con los buques rompehielos serán sufragados por la Parte a la que éstos pertenezcan.

En los casos en que se utilice mano de obra para demoliciones por explosión llevadas a cabo por una Parte a solicitud de la otra, ambas Partes se dividirán por igual el costo de dicha mano de obra.

33. Un ejemplo de disposición convencional relativa al problema de los bancos de hielo flotantes es el artículo 8 del Acuerdo sobre el régimen de aguas entre Yugoslavia y Bulgaria, de 1958⁴⁸:

⁴⁷ Naciones Unidas, *Directrices para la prevención...* (véase nota 20 *supra*), págs. 15 y 16.

⁴⁸ Véanse también el Tratado entre Hungría y Austria relativo a la regulación de las cuestiones hidroeconómicas en la región de la frontera, de

Artículo 8

Las autoridades fronterizas y locales de las Partes contratantes deberán darse aviso recíprocamente, en la forma más rápida posible, cuando haya peligro de crecidas o de hielo a la deriva y cuando pueda haber cualquier otro peligro en los ríos y afluentes que discurren por la frontera entre esos Estados o que la atraviesan.

34. Algunos convenios estipulan que las partes deberán adoptar medidas concretas, incluida la construcción de obras de distinta naturaleza, para brindar protección contra los peligros ocasionados por el hielo. Como ejemplo de esta clase de disposiciones, cabe citar el Tratado de 1967 entre Austria y Checoslovaquia relativo a la regulación de cuestiones de ordenación hidráulica respecto de las aguas fronterizas, cuyo artículo 4 dispone que

Los Estados contratantes, de conformidad con sus reglamentaciones internas, promoverán la construcción en sus territorios de instalaciones y facilidades hidráulicas a fin de suministrar protección contra el peligro de las inundaciones y del hielo a lo largo de las aguas fronterizas; [...]

iii) *Problemas relacionados con el avenamiento*

35. Del mismo modo que la presencia del hielo, los problemas relacionados con el avenamiento pueden guardar estrecha relación con las inundaciones. Luego de señalar otros efectos perniciosos de las deficiencias en materia de avenamiento, la presente sección reseña brevemente las disposiciones de diversos tratados que se ocupan de este problema.

36. En su tercer informe⁴⁹, el Sr. Schwebel ofrece una útil síntesis de la clase de problemas que pueden producirse cuando el avenamiento es inadecuado:

El drenaje adecuado de los excedentes de agua es un antiguo problema [cita tratados que datan de 1816]. La falta de drenaje arruina los suelos, conserva los niveles freáticos perjudicialmente altos y produce aguas estancadas o inundaciones locales⁵⁰. No es de extrañar, en este contexto, que el drenaje y la prevención de las inundaciones hayan sido vinculados a menudo en la práctica de los Estados en esta materia, ya que el drenaje mejorado incrementa el caudal del curso de agua en el que descargan los desagüeros. Las descargas no reguladas de aguas de drenaje pueden significar la inundación del territorio de los Estados del curso inferior del sistema. Así, el drenaje ha sido materia de acuerdo entre los Estados del sistema para los fines de regulación o prevención de inundaciones⁵¹.

1956, en el que se dispone que las partes «se informarán mutuamente tan pronto como les sea posible de cualquier peligro como consecuencia de crecidas o de hielo [...] relacionado con las aguas fronterizas de que tengan conocimiento» (art. 11); el Tratado de 1960 entre Finlandia y la URSS (art. 17); el Tratado entre la URSS y Checoslovaquia sobre el régimen de la frontera soviético-checoslovaca y la solución de los incidentes fronterizos, de 1956 (art. 19); y el Tratado y Protocolo final entre Hungría y la URSS relativo al régimen de la frontera de Estado soviético-húngara, de 1950.

⁴⁹ Documento A/CN.4/348 (véase nota 16 *supra*), párr. 356.

⁵⁰ El Sr. Schwebel observa además (*ibid.*, nota 620): «La saturación hídrica y "salinización" de suelos anteriormente fértiles es una consecuencia bien conocida del drenaje inadecuado. Este es el caso en la cuenca del río Indo...», y se refiere a la resolución VII de la Conferencia Mundial de la Alimentación, titulada «Ordenación científica de las aguas: riego, avenamiento y lucha contra las inundaciones» [*Informe de la Conferencia Mundial de la Alimentación*, Roma, 5 a 16 de noviembre de 1974 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.75.II.A.3), págs. 11 y 12].

En el Seminario de 1989 sobre inundaciones en Bangladesh se aludió con frecuencia a los problemas ocasionados por el «estancamiento» como consecuencia del avenamiento inadecuado después de las crecidas. Este fenómeno no sólo destruye los cultivos, sino que puede dar lugar a que aparezcan enfermedades que se propagan por el agua y sus vectores.

⁵¹ El Sr. Schwebel cita, entre otros, el artículo 8 del Convenio entre Bélgica y los Países Bajos para regular el desagüe de los ríos de Flandes, de 1843; y los artículos I, párr. 4, IV, párr. 2, y V de la Convención entre Prusia y los Países Bajos, relativa a los ríos Dinkel y Vechte, de 1905.

37. A manera de ejemplo de esta clase de acuerdos, cabe citar el Tratado de 1928 entre Austria y Checoslovaquia concerniente a la reglamentación sobre las cuestiones jurídicas relativas a la frontera descrita en el artículo 27, apartado 6, del Tratado de Saint-Germain-en-Laye de 1919. El artículo 29 del Tratado de 1928 dispone, en su parte pertinente, lo que sigue:

Artículo 29

1. Los Estados contratantes promoverán la construcción de obras destinadas a proteger los cursos de agua fronterizos y la zona de crecidas de dichos cursos de los daños causados por las inundaciones, a asegurar el avenamiento y la irrigación de los terrenos adyacentes o, según el caso, a regular el caudal de aguas, proporcionar agua a los pueblos fronterizos y asegurarán el aprovechamiento de la energía hidráulica de los cursos de agua fronterizos.

2. Para permitir que dichas obras se construyan de manera racional y de conformidad con las normas técnicas pertinentes, los Estados contratantes acuerdan los siguientes principios:

[...]

b) Al regular de manera sistemática un curso de agua fronterizo [...], se procurará dentro de lo posible asegurar la normalidad del caudal esfluyente de las crecidas [...] Asimismo se procurará [...] evitar el drenaje excesivo de los terrenos situados en cualquiera de las dos riberas, y facilitar en tales terrenos el aprovechamiento de las aguas fangosas y la irrigación durante los períodos de sequía.

[...]

El Tratado suscrito en 1967 entre las mismas partes (véase párr. 34 *supra*), luego de estipular que debería proporcionarse protección contra las inundaciones y el hielo flotante, prevé asimismo que se adopten medidas para asegurar que las aguas fronterizas se mantengan limpias y para que se construyan instalaciones y servicios hidráulicos destinados al avenamiento o a la irrigación de los terrenos contiguos [...] (art. 4, párr. 2).

38. El Tratado de fronteras entre los Países Bajos y la República Federal de Alemania, de 1960, también se refiere a los problemas relacionados con el avenamiento⁵². Este Tratado ilustra de qué manera una obligación general de considerar los intereses del Estado colindante y de evitarle perjuicios puede incluir, como aplicación concreta, el deber de procurar que el avenamiento sea adecuado:

Artículo 58

1. Las Partes contratantes, en el cumplimiento de sus obligaciones en el campo de la gestión de los recursos hídricos, se comprometen a considerar debidamente los intereses del Estado colindante en las aguas fronterizas⁵³. Para dicho fin, convienen en adoptar o apoyar todas las medidas necesarias para establecer y mantener dentro de los tramos de aguas fronterizas situados en sus respectivos territorios, las condiciones de orden que salvaguarden sus intereses recíprocos, y no adoptarán ni tolerarán medida alguna que ocasione perjuicios sustanciales al Estado colindante.

2. En el cumplimiento de las obligaciones contraídas con arreglo al párrafo 1, las Partes contratantes deberán, en especial, adoptar o apoyar, dentro de un lapso de tiempo adecuado, todas las medidas necesarias para:

a) Asegurar y mantener el avenamiento adecuado de las aguas fronterizas, en la medida en que ello sea necesario para satisfacer los intereses del Estado colindante;

⁵² Véase también el párrafo 4 del artículo I de la Convención entre Prusia y los Países Bajos relativa a los ríos Dinkel y Vechte, de 1905, que establece que «el avenamiento de las aguas sobrantes se realizará de tal manera que se prevenga en lo posible la inundación de las riberas del curso inferior del río Dinkel [...]».

⁵³ El artículo 56 del Tratado define la expresión «aguas fronterizas» como aquellas «aguas superficiales [...] que atraviesen o, en algunos tramos, constituyen la frontera entre Alemania y los Países Bajos».

b) Prevenir inundaciones y otros daños resultantes del mantenimiento inadecuado de las compuertas y vertederos:

[...]

3. Además, las Partes contratantes procurarán, en la medida en que lo permitan sus recursos [...] participar económicamente, cuando dicha participación sea equitativa, en las medidas que se adopten respecto de las aguas fronterizas situadas dentro del territorio del Estado colindante.

Estas disposiciones ilustran la manera en que los fenómenos del avenamiento inadecuado y de las crecidas (inundaciones) pueden abordarse en forma conjunta y demuestran la voluntad de brindar la cooperación necesaria para resolver estos problemas comunes.

39. El Acuerdo entre Yugoslavia y Albania sobre el régimen de aguas, de 1956⁵⁴, contiene en el artículo 1 las siguientes disposiciones:

Artículo 1

[...]

2. Las disposiciones del presente Acuerdo se aplicarán a todas las cuestiones relacionadas con la economía de las aguas [...] y en especial a:

[...]

c) Los caudales de agua, el avenamiento y otras medidas análogas;

d) La protección contra las inundaciones;

[...]

i) La protección contra la erosión del suelo;

[...]

40. En el Tratado de 1960 relativo al uso de las aguas del Indo, el párrafo 4 del artículo IV prevé que el Pakistán «conservará en buen estado el tramo que le corresponde de [algunos] drenajes...». El mismo artículo del Tratado estipula además que:

5. Si la India estima necesario profundizar o ampliar cualesquiera de [esos] drenajes [...] el Pakistán se compromete a realizarlo como obra de interés público, siempre que la India esté de acuerdo en sufragar el costo de las obras de profundización o ampliación.

6. Cada Parte procurará en lo posible conservar los cauces naturales de los ríos, a partir de la fecha efectiva [de entrada en vigor del Tratado], en condiciones tales que en dichos cauces se eviten en lo posible obstrucciones de la corriente de las aguas que puedan ocasionar daños materiales a la otra Parte.

Estas disposiciones revelan una vez más el reconocimiento de la interrelación entre las inundaciones, el avenamiento y las obstrucciones del caudal.

iv) Obstrucciones de la corriente

41. Las obstrucciones de la corriente pueden deberse a la presencia de hielo, pueden impedir el drenaje o causar erosión y, en definitiva, provocar inundaciones. Sin embargo, también puede suceder que no guarden relación con estas otras situaciones y constituyan un peligro por sí mismas para actividades tales como la generación de energía hidroeléctrica y la navegación, e incluso ocasionen el desplazamiento del cauce de los ríos. La obstrucción de la corriente de un curso de agua puede deberse a la actividad del hombre, pero a menudo obedece a fenómenos tales como derrumbes o terremotos, al amontonamiento natural de troncos o a procesos tales como la acumulación de sedimento o de residuos. La mayoría de los tratados que

se ocupan de los demás peligros y situaciones a que se alude en el presente capítulo prevén además las medidas que hay que adoptar respecto de la obstrucción de la corriente. Además de las disposiciones ya mencionadas, cabe señalar a título de ejemplo las siguientes.

42. En el Tratado de 1961 entre la URSS y Polonia relativo al régimen de la frontera entre los Estados soviético y polaco y a la cooperación y asistencia mutua en los asuntos fronterizos, el párrafo 3 del artículo 16 prevé que las partes convienen en que «adoptarán conjuntamente las medidas necesarias para eliminar cualquier obstáculo que pueda causar el desplazamiento de los lechos de los ríos, arroyos o canales fronterizos o que puedan obstruir el curso natural de las aguas, la navegación o la flotación de madera por los mismos» y que, si es necesario emprender una obra conjunta para eliminar tales obstáculos, «las autoridades competentes de las Partes Contratantes decidirán la manera en que las obras se habrán de ejecutar. Los gastos involucrados se dividirán entre ellas por igual a menos que se concierte un acuerdo especial sobre la cuestión».

43. En el Tratado relativo al régimen de la frontera estatal húngaro-rumana y a la cooperación en asuntos de frontera, de 1963, Hungría y Rumania acordaron, en el artículo 16, velar por que sus aguas fronterizas se mantuvieran en buenas condiciones y «adoptar las medidas necesarias para eliminar cualesquiera obstáculos que pueda ocasionar el desplazamiento de los lechos de los ríos o arroyos fronterizos o la modificación de la posición de los cauces o que puedan obstaculizar el flujo natural de las aguas» (párr. 2). Convinieron más adelante en que «en los casos en que un río, arroyo o canal fronterizo cambie de lecho de manera espontánea o como consecuencia de algún fenómeno natural, las Partes Contratantes, conjuntamente y sobre la base de la igualdad, deberán ocuparse de corregir el lecho, si ello resultare necesario» (párr. 4).

44. Estos tratados demuestran la importancia que atribuyen los Estados a la protección contra los daños ocasionados por la obstrucción del flujo de las aguas.

v) Sedimentación

45. Menos espectaculares, pero a veces igualmente perjudiciales, son las acumulaciones de sedimento, que también pueden modificar por completo el curso de un río. Muchos cursos de agua arrastran importantes cantidades de limo, como lo demuestra la formación de grandes deltas en los principales ríos del mundo. La carga anual de sedimento que acumulan el Paraná en Sudamérica y el sistema del Ganges-Brahmaputra en Bangladesh se aproxima, en cada caso, a los 250 millones de toneladas de materia sólida⁵⁵. La acumulación de limo puede ocasionar peligros a la navegación y a otros usos de los cursos de agua, e incluso puede desviar un río de su cauce normal. El sedimento arrastrado por los cursos de agua puede llenar gradualmente los embalses, cubrir los lechos de desove, obstruir o dañar las tomas y las plantas de tratamiento de los sistemas de agua potable y malograr los usos

⁵⁴ El Acuerdo comprende el Estatuto de la Comisión yugoslavo-albana de Hidroeconomía y el Protocolo sobre la pesca en ríos y lagos fronterizos.

⁵⁵ Con relación al Paraná, véase Hayton, «The Plata Basin», en Garetson, Hayton y Olmstead, eds., *op. cit.* (nota 39 *supra*), pág. 440, nota 374. En lo que toca al sistema del Ganges-Brahmaputra, véase J. Riddell, «The role of dredging in flood alleviation», documento presentado al Seminario de 1989 sobre las inundaciones en Bangladesh (véase nota 8 *supra*).

para fines recreativos⁵⁶. La entrada del limo en los cursos de agua puede obedecer a causas naturales (por ejemplo, escorrentía muy abundante), a actividades del hombre (por ejemplo, prácticas agrícolas tales como el apacentamiento excesivo o la deforestación, que se traducen en erosión)⁵⁷, o a ambas cosas.

46. La sedimentación puede ser a la vez causa y efecto de las crecidas. Puede hacer que el nivel de las aguas rebasa las riberas del río al llenar el cauce y reducir su capacidad de conducción. Si bien las crecidas pueden ocasionar grandes daños debido al limo que transportan, ese sedimento también puede tener efectos beneficiosos:

Uno de los principales efectos de las grandes crecidas son los desastrosos desplazamientos del limo, que alteran los sistemas agrícolas y los servicios de transporte. Por otra parte, el limo es también un componente fundamental de los suelos y un agente para el transporte de nutrientes y minerales esenciales. Así pues, el sedimento es a la vez un recurso y un peligro, y los planes de emergencia para las inundaciones deben incluir disposiciones para la gestión de los sedimentos⁵⁸.

47. Los esfuerzos por remediar los problemas relacionados con la sedimentación se acentúan aún más cuando el sedimento se origina en otro país. Sean o no naturales las causas de la sedimentación, para detener sus perniciosos efectos, posiblemente haya que estabilizar las zonas de cabecera mediante la ordenación de las cuencas hidrográficas. No sólo resulta generalmente más eficaz prevenir que curar, sino que los esfuerzos por eliminar la acumulación de sedimento a menudo resultan inútiles debido al volumen de limo transportado⁵⁹. Sin embargo, ello no quiere decir que resulte sencillo eliminar el problema en sus orígenes:

[...] Las medidas correctivas pueden hacer necesario un grande e incansante esfuerzo por lo general de parte de un Estado del curso superior cuyo propio uso de las aguas puede ser insignificante o quedar inafectado [por el limo]. Es evidente que se precisa de la acción y la contribución combinadas de los Estados del sistema que han de beneficiarse de esas medidas. [...] ⁶⁰.

⁵⁶ Este y otros efectos perniciosos de la sedimentación se reseñan en el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (véase nota 16 *supra*), párrs. 366 y 367.

⁵⁷ «El dragado y la explotación de placeres para la extracción de metales y piedras preciosos, o el dragado de arenas y gravas, pueden traer como consecuencia una carga apreciable de sedimento...» (*ibid.*, nota 631).

⁵⁸ Kranck, «Sediment movement associated with flood events», documento presentado en el Seminario de 1989 sobre las inundaciones en Bangladesh (véase nota 8 *supra*), pág. 29. Véase también el tercer informe del Sr. Schwebel:

«[...] el riego por inundación ha dependido desde tiempos remotos del depósito anual de limo en las tierras agrícolas para la renovación parcial de la fertilidad del suelo: detener el transporte del limo es cosa que reviste gran significado para los Estados del curso inferior que dependen de este "regalo" de la naturaleza. [...]» [Documento A/CN.4/348 (véase nota 16 *supra*), párr. 366.]

⁵⁹ En su tercer informe, el Sr. Schwebel indica:

«El sistema hidrográfico internacional de La Plata en América del Sur adolece en exceso del problema de la sedimentación. [...] La carga anual de limo del Paraná es de cerca de 250 millones de toneladas, de donde se originan dos situaciones, a saber, la obstrucción del delta en el punto donde converge con el río Uruguay para formar el Río de la Plata y el dragado constante que se requiere en la zona del puerto de Buenos Aires. [...]» (Documento A/CN.4/348, párr. 367.)

Véase también Riddell, *loc. cit.* (nota 55 *supra*). Este autor observa que, si bien probablemente no resulte práctico proponer la eliminación del limo en todos los casos, y en particular en el de Bangladesh, tal vez el dragado sea una buena solución para las zonas críticas.

⁶⁰ Tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348, párr. 366.

48. Uno de los primeros acuerdos que se ocupan del problema de la sedimentación es el Tratado entre Suiza y Austria-Hungría para la rectificación del Rin desde la desembocadura del Ill, aguas arriba, hasta la entrada del río en el lago de Constanza, aguas abajo, de 1892, cuyo artículo XVII dispone lo siguiente:

Artículo XVII

En las cuencas hidrológicas de los afluentes del Rin, el Consejo Federal suizo y el Gobierno de Austria-Hungría harán todo lo posible, para aplicar medidas correctivas, construir diques y realizar otras obras destinadas a retener los sedimentos a fin de reducir lo más posible el desplazamiento del cauce del Rin y mantener el curso regular de dicho río en el futuro.

Cada Gobierno se reserva el derecho a determinar la oportunidad de ejecución y el alcance de las diversas medidas adoptadas para corregir el caudal: sin embargo, las obras se iniciarán tan pronto como sea posible y se proseguirán activamente, comenzando por los afluentes que ocasionan mayores daños por la carga de limo que acarrean.

49. En la medida en que la acumulación de limo en volúmenes peligrosos obedezca directa o indirectamente a la actividad del hombre, quedaría comprendida en la definición de contaminación propuesta en el párrafo 1 del artículo 16 [17], presentado en el cuarto informe⁶¹. Si bien algunos de los efectos de la sedimentación son análogos a aquellos que se producen cuando se vierten productos químicos en un curso de agua, otros se parecen más bien a los producidos por obstáculos al libre flujo de las aguas. Es posible que ello explique por qué razón los Estados han solido tratar por separado los problemas de la sedimentación y de la contaminación.

vi) Erosión

50. La erosión de los suelos puede tener una serie de efectos perjudiciales en los cursos de agua y su aprovechamiento. Como ya se ha señalado (párrs. 45 y 46 *supra*), produce limo, cuya acumulación puede acarrear inundaciones, la ocupación de los cauces y otras consecuencias nocivas. Asimismo, la erosión puede causar perjuicios a las riberas y lechos de los cursos de agua. En vista de ello, los Estados han incluido disposiciones destinadas a evitar la erosión en los tratados que han suscrito sobre los cursos de agua.

51. A manera de ejemplo de instrumento que incluye concretamente el problema de la erosión, cabe citar el Acuerdo sobre el régimen de aguas entre Yugoslavia y Bulgaria, de 1958⁶². El artículo 1 de dicho Acuerdo estipula que se aplicará a todas las cuestiones relacionadas con la economía de las aguas, [...] en especial a:

[...]

h) la protección contra la erosión de los suelos en las zonas forestales y agrícolas (forestación, conservación de los suelos, construcción de muros de contención y control de la sedimentación);

52. El Tratado entre la India y el Pakistán relativo al uso de las aguas del Indo, de 1960, incluye una cláusula general de salvaguardia respecto de las actividades destina-

⁶¹ Documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2 (véase nota 1 *supra*), cap. III, secc. C.

⁶² Un criterio similar es el adoptado en el Acuerdo entre Yugoslavia y Rumania relativo a cuestiones de regularización de las aguas en los sistemas hidráulicos y cursos de agua que corran por la frontera de los dos Estados o la atraviesan, y en el Estatuto de la Comisión yugoslavo-rumana de regularización de las aguas, de 1955 (art. 1 i).

das, entre otros fines, a promover el avenamiento y a proteger los suelos de la erosión:

Artículo IV

[...]

3. Ninguna disposición del presente Tratado podrá interpretarse en el sentido de impedir a cualquiera de las Partes la realización de programas de avenamiento, regularización de cauces, conservación de los suelos contra la erosión y dragado, o de eliminar piedras, grava o arena de los lechos de los ríos, a condición de que:

a) al realizar cualquiera de los programas antes mencionados, la Parte interesada evite, en lo posible, causar daños materiales a la otra Parte;

[...]

53. Finalmente, el Convenio de 1969 entre Francia y la República Federal de Alemania relativo al aprovechamiento del río Rin ilustra la preocupación de los Estados por proteger los cauces de los cursos de agua de la erosión. En dicho Convenio, los dos Estados se comprometen a aprovechar en forma conjunta «el curso del Rin aguas abajo a partir de la represa de Iffezheim, con miras a evitar o remediar la erosión del lecho del río» (art. 1, párr. 1).

b) *La práctica estatal según se refleja en la correspondencia diplomática y en otros documentos oficiales relativos a casos concretos*

54. La anterior reseña de la práctica de los Estados según se refleja en los convenios que han suscrito revela una preocupación de larga data y ampliamente compartida por prevenir y regular los distintos sucesos, situaciones y demás problemas examinados. En lo que toca a la práctica estatal en forma de comunicaciones diplomáticas y documentos oficiales, las pruebas disponibles no son muchas puesto que a menudo esos textos permanecen inéditos. Con todo, lo que de ella se conoce apoya más aún la tesis de que los Estados consideran que los peligros y riesgos tales como las inundaciones son cuestiones regidas por las normas del derecho internacional general.

55. La correspondencia diplomática intercambiada por los Estados Unidos de América y México respecto de dos casos diferentes es un ejemplo de los criterios adoptados por los Estados con relación a sus derechos y obligaciones recíprocos en tales casos. El primero es el asunto del canal de la calle Rose, que se refiere al encauzamiento de la escorrentía superficial desde Douglas, en Arizona, hasta México⁶³. El asunto se describe en los siguientes pasajes de una nota de fecha 1.º de octubre de 1951 dirigida por el Embajador de México (De la Colina) al Secretario de Estado de los Estados Unidos de América (Acheson):

Tengo el honor de informar a Vuestra Excelencia de que durante varios años, sin que mediara autorización para ello, se ha desviado artificialmente parte de la escorrentía superficial mediante un canal que se extiende desde los Estados Unidos a México al este de la ciudad de Douglas, Arizona, hasta el este de la ciudad mexicana de Agua Prieta atravesando zonas que antes se encontraban fuera de los límites de la ciudad pero que ahora, por el crecimiento de ésta, se encuentran dentro de dichos límites.

Las lluvias caídas en 1948 destruyeron parte del terraplén correspondiente al lado mexicano del canal y causaron daños a la propiedad privada. A partir de entonces, durante la estación lluviosa se cortan los caminos que van de Agua Prieta al aeropuerto y al cementerio municipal de la ciudad, poniendo en peligro los bienes e incluso la vida de las personas que residen cerca del canal.

Las autoridades mexicanas sugieren tres soluciones a fin de remediar este problema:

Una solución, y sin duda la más eficaz, consiste en construir un nuevo canal de desviación a mayor distancia de Agua Prieta. Con esta idea, las dos secciones de la Comisión Internacional de Fronteras y Aguas han realizado los levantamientos topográficos necesarios. Como el canal fue construido por los Estados Unidos, sin acuerdo alguno con mi país, y como su ubicación ha sido la causa principal de los perjuicios sufridos por ciudadanos de nuestro país, mi Gobierno estima que corresponde al Gobierno de Vuestra Excelencia financiar los trabajos necesarios y pagar los perjuicios. La segunda solución radica en que el Gobierno de los Estados Unidos reconstruya en el territorio mexicano el terraplén dañado del canal y reconozca su obligación de sufragar los gastos pertinentes. La tercera y última solución consiste en cerrar el canal y construir un pequeño dique natural para proteger la ciudad de Agua Prieta, a lo largo de la línea divisoria, si bien esta desviación ocasionaría perjuicios a la ciudad de Douglas y a sus habitantes.

No hay duda de que la primera de las soluciones mencionadas es la más equitativa y conveniente y, por tanto, mi Gobierno desearía que el Gobierno de Vuestra Excelencia sufragara los gastos en que haya que incurrir para planificar y construir el nuevo canal e indemnizar a los ciudadanos mexicanos que han sufrido perjuicios.

Mi Gobierno se toma la libertad de sugerir que el Gobierno de Vuestra Excelencia autorice al Comisionado estadounidense a sostener conversaciones con el Comisionado mexicano a fin de llegar a un acuerdo sobre los puntos arriba expuestos.

56. Los Estados Unidos contestaron al Embajador de México, mediante nota del 5 de febrero de 1952, en la cual se referían a los resultados de las conversaciones oficiosas que sostuvieron funcionarios de Douglas y Agua Prieta:

[...] Se me informa de que en 1919 la ciudad de Douglas emprendió la construcción de un canal de drenaje, conocido como el «Rose Street Ditch», para prevenir los daños ocasionados por las crecidas. Los funcionarios de Agua Prieta manifestaron su interés, y se suspendió la obra mientras los representantes de ambas ciudades sostenían consultas. De acuerdo con mis informaciones, los funcionarios mexicanos que participaron en las negociaciones estuvieron de acuerdo en que se reanudara la construcción e incluso persuadieron a la ciudad de Douglas a que prolongara el canal, con un gasto considerable a sus expensas, desde la línea limítrofe hacia el sur en un tramo de aproximadamente 1.500 pies, de manera que desaguara en el arroyo hacia el cual fluyen actualmente todas las aguas de sus crecidas. A la sazón, las partes situadas a ambos lados de la frontera parecieron satisfechas, y creo que Vuestra Excelencia convendrá conmigo en que de muy buen grado se valieron del canal durante muchos años. En consecuencia, no parece plantearse una cuestión de perjuicios.

Al parecer, la lamentable situación actual deriva de la expansión de la ciudad de Agua Prieta hacia el arroyo que recibe el agua de las crecidas y más allá de él. Al crecer al mismo tiempo la ciudad de Douglas, los canales de drenaje existentes se han tornado inadecuados y constituyen motivo de preocupación para ambas ciudades. Como consecuencia de ello, en 1949 y 1950 la Comisión Internacional de Fronteras y Aguas realizó en forma oficiosa estudios y peritajes cuyos resultados indicaron la conveniencia de construir nuevas obras de control de las crecidas en nuestros dos países.

Mi Gobierno concuerda en que la Comisión Internacional de Fronteras y Aguas debería continuar sus estudios con vistas a concluirlos y a presentar un informe conjunto lo antes posible en el curso del presente año. Dicho informe podría incluir recomendaciones no sólo respecto de las medidas correctivas, sino también respecto de una distribución equitativa de los costos entre nuestros Gobiernos. [...]

57. Mediante nota de fecha 24 de marzo de 1955, el Embajador de México (Tello) comunicó al Secretario de Estado de los Estados Unidos (Dulles) que la situación aún no se había resuelto y que, para prevenir inundaciones en Agua Prieta, México iniciaría «la construcción de obras de protección para impedir la entrada en Agua Prieta de las aguas de lluvia recogidas en Douglas por el canal de la calle Rose». El Embajador señaló que las autoridades estadounidenses quizá desearan adoptar medidas «para prevenir las consecuencias que podría tener en la ciudad de Douglas la devolución de tales aguas», y expresó que su Gobierno se reservaba «el derecho a presentar una recla-

⁶³ Véase M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), 1968, vol. 6, págs. 262 a 265.

mación por los perjuicios sufridos hasta el momento por los habitantes de Agua Prieta».

58. El 12 de mayo de 1955, el Secretario de Estado Adjunto de los Estados Unidos (Holland) envió al alcalde de la ciudad de Douglas la siguiente comunicación sobre el problema de las inundaciones y las obras de protección que construiría el Gobierno de México:

El Departamento de Estado entiende que el problema obedece al vaciamiento artificial hacia México de las aguas de crecidas originadas cerca de la ciudad de Douglas a través de obras construidas por dicha ciudad. Al parecer no hay razón ni justificación para un proyecto internacional. En opinión de las secciones estadounidense y mexicana de la Comisión Internacional de Fronteras y Aguas, el problema puede resolverse si cada una de las ciudades adopta medidas totalmente viables y relativamente económicas para prevenir el vaciamiento artificial de las aguas de crecidas hacia la otra. [...]

[...] Como, sin el consentimiento del Gobierno de México, ni los Estados Unidos ni la ciudad de Douglas tendrían derecho a desviar hacia México, en perjuicio de ciudadanos de aquel país, aguas cuyo curso natural se encuentra en los Estados Unidos, parece no haber dudas de que México tiene derecho de impedir que le lleguen aguas por el canal de la calle Rose construyendo en cualquier momento un dique en el lado mexicano de la frontera internacional. Por otra parte, el principio de derecho internacional en virtud del cual los Estados están obligados a respetar la plena soberanía de los demás Estados y a abstenerse de crear o autorizar o aceptar la creación en su territorio de una entidad, tal como el canal de la calle Rose, que cause perjuicios a otro Estado o a sus habitantes es de larga data y universal reconocimiento.

Posteriormente, México construyó un dique de tierra a través del canal por el lado mexicano de la frontera, y la ciudad de Douglas adoptó medidas adecuadas para hacer frente al menos a la escorrentía normal directa⁶⁴.

59. Este intercambio de correspondencia indica reconocimiento del principio de que un Estado no puede, mediante la alteración de las modalidades de la escorrentía natural (o «desviando aguas de su curso natural»), causar daños apreciables a otro Estado, y que el Estado que se vea en peligro de sufrir esta clase de daños puede adoptar precauciones adecuadas y razonables. Similares principios estuvieron en juego en un caso surgido sólo algunos años después, que se refería a la construcción de una carretera en México a través de los cañones de Smugglers y de Goat⁶⁵.

60. El 20 de mayo de 1957, el Comisionado estadounidense en la Comisión Internacional de Fronteras y Aguas informó al Comisionado mexicano de que la construcción de una carretera en México acarrearía el peligro de que se produjesen inundaciones en los Estados Unidos. La carretera, que corría paralela a la frontera, atravesaba dos cañones que vierten sus aguas hacia el norte, desde México hacia los Estados Unidos. Estaba hecha de relleno de tierra «de 60 pies de altura sin alcantarillas» y, según el Comisionado estadounidense, «podía ceder y producir inundaciones en la desembocadura de los cañones al excederse con mucho su caudal ordinario. En dicha desembocadura, en los Estados Unidos, hay viviendas y propiedades que se verían gravemente perjudicadas como consecuencia de tales inundaciones». Finalmente, el Comisionado estadounidense manifestaba:

[...] Mucho agradeceré que su Sección estudie el problema y, si la situación corresponde a lo que se me ha informado, se adopten las providen-

cias del caso ante las autoridades mexicanas pertinentes a fin de que se apliquen las medidas correctivas necesarias para eliminar esta amenaza a los intereses de mi país.

61. El gobierno del Estado de Baja California, en México, elaboró planos para construir alcantarillas, pero los ingenieros de la Sección estadounidense de la Comisión Internacional de Fronteras y Aguas estimaron que eran inadecuados y en definitiva fueron abandonados. El gobierno del Estado preparó nuevos planes que parecieron aceptables a la Sección estadounidense, siempre que se introdujeran algunas modificaciones.

62. En una nota de 29 de julio de 1959, dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores de México (Tello), el Embajador de los Estados Unidos (Hill) señaló que las alcantarillas que se habían construido se estaban llenando del material de relleno de los taludes, por lo cual parecía muy poco probable que los planes del gobierno del Estado pudiesen cumplirse. A continuación, la nota observa que

En opinión de los ingenieros del Gobierno de los Estados Unidos que conocen de cerca la obra recién construida, el dique del Arroyo de San Antonio [Goat Canyon] cederá en caso de inundaciones, y los trabajos realizados en el Arroyo de las Cabras no son adecuados para garantizar su resistencia. También es probable que cedan en determinadas circunstancias. Como, por lo general, el periodo de lluvias de esa región comienza en noviembre, época en que seguramente los arroyos recibirán una apreciable escorrentía, el asunto no sólo es grave sino además apremiante.

En consecuencia, mi Gobierno me ha instruido para que inste al Gobierno de México a adoptar medidas adecuadas para prevenir los daños a la propiedad y los perjuicios a las personas que probablemente habrán de producirse debido a deficiencias en la construcción de la carretera. En especial, deseo exhortarle a suspender toda obra adicional en el Arroyo de las Cabras mientras el Gobierno de México procede a introducir en el dique de dicho cañón las mejoras fundamentales para garantizar su seguridad y a abrir el dique del Arroyo de San Antonio para impedir que se acumulen las aguas de las crecidas mientras se realizan mejoras análogas en dicho cañón.

En vista de lo anterior, tengo instrucciones de hacer reserva de los derechos que puedan tener los Estados Unidos con arreglo al derecho internacional en el caso de que sufran perjuicios como consecuencia de la construcción de la carretera.

63. Si bien después se adoptaron algunas medidas para corregir la situación, parte de la carretera fue arrastrada por las aguas cuando éstas se acumularon tras los diques, como se había anunciado. Posteriormente, en los Estados Unidos se dictaron disposiciones legales que autorizaron al Secretario de Estado a celebrar un convenio con el Gobierno de México para la construcción, operación y mantenimiento conjuntos por ambos Estados de un proyecto internacional de control de crecidas. Dicho convenio fue suscrito el 19 de junio de 1967⁶⁶.

64. Los jefes de Estado y otros funcionarios gubernamentales suelen hacer declaraciones sobre los derechos y obligaciones de sus Estados y de otros Estados con arreglo al derecho internacional, respecto de casos o situaciones concretos. Si bien no resultan tan esclarecedoras como los intercambios diplomáticos con relación a un problema específico, estas declaraciones revelan la posición del gobierno interesado en la situación de que se trata.

65. En la sesión inaugural del Seminario internacional de 1989 sobre las inundaciones en Bangladesh, el Presidente

⁶⁴ Según el memorando de fecha 11 de julio de 1955 dirigido al Comisionado de los Estados Unidos de la Comisión Internacional de Fronteras y Aguas por el ingeniero Friedkin, de la sección estadounidense de dicha Comisión (*ibid.*, pág. 265).

⁶⁵ *Ibid.*, págs. 260 a 262.

⁶⁶ Comisión Internacional de Fronteras y Aguas, Estados Unidos y México, Acta N.º 225. Véase además la exposición realizada por el Presidente de los Estados Unidos sobre el convenio en *Weekly Compilation of Presidential Documents*, Washington (D.C.), vol. 3, N.º 27, 10 de julio de 1967, pág. 981.

de Bangladesh pronunció un discurso en el cual, refiriéndose a los problemas de las inundaciones en su país, dijo:

Estos problemas exigen un enfoque integrado y de cooperación por parte de todos los países de esta región. Nunca es más vital la interdependencia que en el uso y la gestión racionales de los ríos internacionalmente compartidos. Los ríos compartidos son ejemplos característicos de [la necesidad de] [...] cooperación sobre la base de la equidad, la confianza y el respeto recíprocos. [...] Bangladesh ha convenido en la formación de comisiones mixtas de estudio y de grupos de trabajo [con los países colindantes] para analizar y sugerir medios y arbitrios para controlar, aprovechar y administrar en forma racional este recurso de vital importancia. [...]

[...] La necesidad de cooperación ha dejado de ser una concesión política o un principio ético para convertirse en un deber jurídico internacional. Todo acto contrario a este orden jurídico viola una obligación internacional⁶⁷.

2. DECLARACIONES, RESOLUCIONES Y RECOMENDACIONES APROBADAS POR ORGANIZACIONES, CONFERENCIAS Y REUNIONES INTERGUBERNAMENTALES

66. Este énfasis en la necesidad de cooperar para hacer frente a los problemas de las inundaciones se refleja no solamente en los acuerdos que acaban de verse sino también en la labor de las organizaciones internacionales, que se examinará en la presente sección.

67. El Plan de Acción de Mar del Plata, aprobado en 1977 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, contiene la recomendación E, que se refiere a los «Riesgos naturales»⁶⁸. En esta recomendación la Conferencia reconoce la necesidad existente en muchos países de reforzar los programas encaminados a reducir las pérdidas provocadas por las inundaciones en el marco de los programas de ordenación de tierras y aguas y de prevención y preparación en general para casos de desastre. Se recomienda asimismo a los países que proporcionen una protección efectiva contra las inundaciones mediante medidas estructurales y no estructurales; que adopten sistemas de pronóstico y alarma para casos de inundación, así como también medidas de lucha y de evaluación de las inundaciones; y que mejoren la reunión de datos sobre los daños producidos por las inundaciones.

68. En su 42.º período de sesiones, celebrado en 1987, la Comisión Económica para Europa aprobó un conjunto de principios sobre cooperación en la esfera de las aguas transfronterizas⁶⁹ y recomendó que los gobiernos miembros de la CEPE los aplicaran al formular y aplicar sus políticas relativas al agua. De conformidad con los términos del preámbulo, los principios «se ocupan sólo de cuestiones relacionadas con el control y la prevención de la contaminación causada por las aguas transfronterizas, así como del control de las inundaciones en las aguas transfronterizas...». En los principios 2 y 2a, incluidos bajo el

epígrafe «Cooperación», se dispone en su parte pertinente lo siguiente:

Cooperación

2. Los efectos transfronterizos de los fenómenos naturales y las actividades humanas en las aguas transfronterizas deben controlarse mediante los esfuerzos concertados de los países inmediatamente afectados. En consecuencia, debe establecerse la mayor cooperación posible entre los Estados ribereños para iniciar un intercambio constante y amplio de información, consultas regulares y decisiones relativas a cuestiones de interés común: objetivos, estándares y normas, vigilancia, planificación, programas de investigación y desarrollo y medidas concretas, incluidas la aplicación y la vigilancia de esas medidas.

2a. Con arreglo a los principios de la reciprocidad, la buena fe y la buena vecindad y con miras a la gestión racional de los recursos hídricos y a la protección de esos recursos contra la contaminación, se insta a los Estados ribereños a celebrar consultas cuando un Estado ribereño así lo desee, con el objeto de cooperar respecto de lo siguiente:

- la protección de ecosistemas, especialmente del medio acuático;
- la prevención y el control de la contaminación de las aguas transfronterizas;
- la protección contra riesgos peligrosos como la contaminación accidental, las anegaciones y los hielos flotantes en las aguas transfronterizas; y
- la armonización del uso de las aguas transfronterizas⁷⁰.

69. En los principios 9 a 12 se incluyen recomendaciones relativas a «Reducción de los peligros de inundaciones», «Vigilancia y procesamiento de datos», «Intercambio de información» y «Sistemas de advertencia y alarma». En ellas se dispone, en parte, como sigue:

Reducción de los peligros de inundaciones

9. Para las aguas transfronterizas sujetas al peligro de inundaciones, las partes contratantes deben elaborar programas, conjuntamente en caso necesario, a fin de reducir el riesgo de inundaciones y de hielos flotantes.

9a. Esos programas entrañan medidas de construcción armonizada a lo largo de las aguas y medidas no estructurales. Estas últimas pueden incluir la información y la notificación recíproca (sistemas de advertencia y alarma) antes y durante las inundaciones causadas por precipitaciones y acumulaciones de hielo; la reubicación, el trazado de mapas de inundaciones y la determinación de zonas. Cuando se prevén medidas de construcción, debe investigarse toda la cuenca fluvial afectada a fin de evitar trasladar los problemas a otras secciones del río como resultado de medidas adoptadas en otros sitios. En principio, las actividades que puedan aumentar el riesgo de inundaciones deben compensarse con medidas tendientes a disminuir esos riesgos. La preparación conjunta de modelos matemáticos para la simulación de inundaciones debe recomendarse, así como su aplicación en el diseño de medidas y de estrategias para el control conjunto de las inundaciones.

Vigilancia y procesamiento de datos

10. Las partes contratantes deberán iniciar y aplicar programas coordinados para la vigilancia y la observación de la calidad de las aguas

⁶⁷ Discurso pronunciado por Hussain Muhammad Ershad, Presidente de la República Popular de Bangladesh, *loc. cit.* (nota 8 *supra*), págs. 8 y 9.

⁶⁸ Naciones Unidas, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977* (N.º de venta: S.77.II.A.12 y corrección), parte I, cap. I, párrs. 62 a 65. Véase también el informe del Secretario General, «Mejoramiento de la eficacia en la ordenación de los recursos hídricos y evolución de la cooperación en materia de recursos hídricos compartidos» (E/C.7/1989/6, primera parte, sec. I. F: «Mejoramiento de la eficacia en la lucha contra los desastres naturales: las inundaciones».

⁶⁹ Véase la decisión I (42), adoptada por la CEPE el 10 de abril de 1987, *Documents officiels du Conseil économique et social, 1987, Supplément N.º 13* (E/1987/33-E/ECE/1148), cap. IV.

⁷⁰ Véase también la decisión B (41) sobre cooperación en la esfera de las aguas transfronterizas, adoptada por la CEPE en su 41.º período de sesiones (1986), especialmente la recomendación 10, relativa al establecimiento de sistemas de alarma temprana y medidas de acuerdo para prevenir las inundaciones y limitar sus consecuencias aguas abajo [publicada en Naciones Unidas, *Deux décennies de coopération dans le domaine de l'eau. — Déclarations et recommandations de la Commission économique pour l'Europe*, 1988 (ECE/ENVWA/2), pág. 28]. Con respecto a las políticas nacionales sobre el agua, véase la Declaración de principios de la CEPE sobre el uso racional del agua, adoptada por la CEPE en su 39.º período de sesiones (1984) en su decisión C (XXXIX), cuyo principio 3 prevé:

- «3. En la formulación y aplicación de políticas previsoras sobre el agua, debe hacerse especial hincapié en:
- »[...]
- »f) las medidas encaminadas a combatir los efectos perjudiciales del agua: las inundaciones, la erosión de los suelos, etc.» (*ibid.*, pág. 16.)

transfronterizas, la contaminación transfronteriza del agua, la contaminación accidental, las inundaciones y los hielos flotantes. De manera análoga, deberá llegarse a un acuerdo sobre metodologías comunes para el procesamiento de datos y los procedimientos de evaluación.

[...]

Intercambio de información

11. Las partes contratantes deberán, mediante acuerdos transfronterizos u otros arreglos pertinentes, prever el mayor intercambio, lo antes posible, de datos e información relativa a la calidad y la cantidad de las aguas transfronterizas necesarios para el control de la contaminación del agua, la contaminación accidental, las inundaciones y los hielos flotantes en aguas transfronterizas.

11.a. Además de suministrarse recíprocamente información sobre acontecimientos, medidas y planes a nivel nacional que afecten a las demás partes contratantes, así como sobre la aplicación de programas armonizados en forma conjunta, las partes contratantes deberán mantener un intercambio permanente de información sobre su experiencia práctica y sus investigaciones. Las comisiones conjuntas ofrecen numerosas oportunidades para este tipo de intercambio, pero las conferencias y seminarios sirven también como medio útil de transmitir un gran cúmulo de información científica y práctica.

[...]

Sistemas de advertencia y de alarma

12. Las partes contratantes interesadas deben establecer y administrar sistemas eficientes de advertencia y alarma para hacer frente a casos especiales de contaminación, como la contaminación debida a accidentes, negligencia y delitos, y para reducir los peligros de inundaciones y de hielos flotantes. En esos casos de emergencia, las partes interesadas podrían considerar la posibilidad de la asistencia mutua sobre una base conveniente.

12.a. Los sistemas de advertencia y de alarma deben consistir en un pequeño número de centros principales de comunicación, dotados permanentemente de personal o que puedan ponerse en funcionamiento rápidamente, sobre la base del sistema nacional de información, que aseguren la transmisión más rápida posible de datos y pronósticos siguiendo modalidades previamente determinadas.

12.b. Los sistemas de advertencia y de alarma sobre aguas transfronterizas deben también administrarse eficientemente a fin de permitir la adopción inmediata de medidas correctivas y protectoras, la contención de los daños y la reducción de los riesgos resultantes de fenómenos naturales y de actividades humanas en los ríos transfronterizos.

12.c. En relación con esto, las partes contratantes deberán informarse recíprocamente de las medidas adoptadas en su territorio a fin de reducir o eliminar las causas de contaminación accidental, inundaciones y hielos flotantes.

70. La Reunión Interregional sobre el Aprovechamiento de las Cuencas Fluviales y Lacustres, celebrada en Addis Abeba en 1988⁷¹, reconoció, en una de sus recomendaciones sobre aspectos jurídicos e institucionales, la importancia de la participación activa de los Estados del curso de agua, sobre una base equitativa, para mantener los cursos de agua internacionales en buenas condiciones:

[...] el derecho de un Estado de la cuenca a una participación equitativa en las utilidades de las aguas de una cuenca internacional de avenamiento puede quedar condicionado a que ese Estado esté dispuesto, con carácter recíproco, a participar afirmativamente en las medidas y los programas razonables necesarios para mantener en buen orden el sistema hidrológico (participación equitativa)⁷².

⁷¹ Véanse las Actas de la Reunión Interregional sobre el Aprovechamiento de las Cuencas Fluviales y Lacustres, con Especial Atención a la Región de África, celebrada por las Naciones Unidas en Addis Abeba (Etiopía), del 10 al 15 de octubre de 1988 (denominada en adelante «Reunión de Addis Abeba»), en Naciones Unidas, *Aprovechamiento de cuencas fluviales y lacustres*, Recursos naturales/Serie del agua N.º 20 (N.º de venta: S.90.II.A.10).

⁷² *Ibid.*, parte I, cap. I, Informe de la Reunión, recomendaciones, B, párr. 4.

71. De una manera más general, en el párrafo 3 de su resolución 42/169, de 11 de diciembre de 1987, titulada «Decenio internacional para la reducción de los desastres naturales», la Asamblea General decidió designar el decenio de 1990 como «un decenio en que la comunidad internacional, con los auspicios de las Naciones Unidas, prestará especial atención al fomento de la cooperación internacional en la esfera de la reducción de los desastres naturales»⁷³, y, en el párrafo 7, la Asamblea exhortó a «todos los gobiernos a que participen durante el decenio para la acción internacional concertada para reducir los desastres naturales».

72. El Consejo de la OCDE adoptó, el 8 de julio de 1988, una decisión sobre el intercambio de información relativa a accidentes capaces de causar daños transfronterizos⁷⁴. En esta decisión, que se refiere principalmente a accidentes en «instalaciones peligrosas»⁷⁵, se pide a los países miembros que «intercambien información y mantengan consultas, sobre una base de reciprocidad si así lo desean, con el objetivo de prevenir los accidentes capaces de causar daños transfronterizos y de reducir los daños en caso de que ocurra un accidente de esa índole» (párr. 1). En el apéndice I de las decisiones se incluyen reglamentaciones detalladas para el intercambio de información relativa a la prevención de los accidentes en instalaciones peligrosas y la respuesta a esos accidentes. Se exhorta a los Estados miembros a que inicien consultas con miras a organizar planes de emergencia (título C, párr. 9) y a transmitir inmediatamente advertencias urgentes a los países expuestos «en el caso de un accidente o de peligro inminente de un accidente capaz de causar daños transfronterizos...» (título D, párr. 11). El apéndice III de la decisión contiene una lista de cantidades límites de sustancias peligrosas especificadas que debe examinarse y actualizarse en forma regular (párr. 5 de la decisión).

3. INFORMES Y ESTUDIOS PREPARADOS POR ORGANIZACIONES INTERGUBERNAMENTALES Y POR ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES INTERNACIONALES

a) Organizaciones intergubernamentales

73. La Oficina del Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro en Casos de Desastre ha preparado un estudio muy útil titulado «El agua, recurso y peligro», relativo a la protección contra los desastres naturales en general y contra los desastres relacionados con el agua en

⁷³ Véase también la resolución 43/202 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1988, sobre el mismo tema.

⁷⁴ *Annuaire européen*, 1988, vol. 36, pág. 40. Véase también la decisión-recomendación, adoptada el 8 de julio de 1988 por el Consejo de la OCDE, sobre suministro de información al público y participación del público en los procesos de adopción de decisiones relativas a la prevención de los accidentes que entrañan sustancias peligrosas y la respuesta a esos accidentes (*ibid.*, pág. 47).

⁷⁵ El término «instalación peligrosa» se define en el apartado a del apéndice II de la decisión como:

«a) [...] una instalación industrial que contiene una cantidad mayor que la establecida como límite de cualquiera de las sustancias peligrosas mencionadas en el apéndice III y en la que se utilizan, se almacenan o se producen sustancias peligrosas capaces, en caso de accidente, de causar daños graves a la salud humana o al medio ambiente, incluso daños materiales, fuera del lugar de la instalación, con la exclusión de instalaciones militares o nucleares;» (*ibid.*, pág. 45).

particular⁷⁶. Al encarar la prevención en relación con los desastres causados por el agua, se hace en el estudio la siguiente observación bajo el título «Cooperación y coordinación internacional»:

En el caso de ríos interestatales o internacionales, cualquier falta por parte de la administración de ríos y otras autoridades, interesadas en cooperar en planes de mejoras fluviales, especialmente en el agrandamiento de canales o diques, o de construcción de nuevos canales o diques en zonas altas, tendrá inevitablemente un aspecto adverso sobre la gente que habita río abajo. [...] ⁷⁷

En el estudio se examina a continuación el estado de preparación para los desastres relacionados con el agua y se hacen las siguientes sugerencias con respecto a los sistemas de alerta:

Un aspecto importante de la preparación para casos de desastre es la previsión de éstos y la pronta alerta contra los mismos. Todo sistema eficaz de alerta contra las inundaciones tiene que estar basado en un sistema seguro de predicción, lo cual supone a su vez la utilización de estaciones pluviométricas (pluviómetros), aforados, radares meteorológicos, redes meteorológicas sinópticas, aviones de reconocimiento y satélites meteorológicos. La alerta se da por radio, televisión, servicios locales de comunicación de urgencia, sirenas y señales visuales, tales como luces de distintos colores colocadas en lugares elevados. [...] ⁷⁸

74. El informe preparado por el Grupo mixto de trabajo del Gobierno de Bangladesh y las Naciones Unidas sobre las inundaciones de 1988 en Bangladesh⁷⁹ versa, entre otras cosas, sobre las estrategias para luchar contra las inundaciones en el plano nacional, regional e internacional. Respecto al plano regional, el informe dice:

La cooperación entre los países ribereños asegurará una utilización óptima de las técnicas de lucha contra las inundaciones para minimizar las consecuencias adversas de éstas. Al respecto, cabe señalar a la atención la labor conjunta de planificación anterior a los desastres, realizada por los países que participan en el Grupo de trabajo de la Oficina del Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro en Casos de Desastre y la OMM sobre ciclones tropicales, dado que en esas tormentas la mayor parte del daño es causada también por el agua. Entre los aspectos importantes de este enfoque que requieren consideración podrían mencionarse los siguientes:

- a) Efectos del deterioro ambiental y aceleración de la erosión de los suelos en el Himalaya sobre las corrientes de agua, y posibles medidas correctivas para reducir la carga de sedimentos y el escurrimiento de éstos, como por ejemplo la reforestación.
- b) Efectos de las medidas de regulación de los cauces fluviales en las cuencas, tanto para luchar contra las inundaciones como para aumentar los caudales en la estación seca.
- c) Efectos de las obstrucciones sobre el escurrimiento natural del agua.
- d) Ordenamiento hídrico y planificación.

Dado que las zonas de captación abarcan regiones de Bhután, China, la India y Nepal, en septiembre y octubre el Presidente de Bangladesh visitó tres de esos países de la región (y probablemente visitará pronto al cuarto país), a fin de obtener su cooperación para encontrar soluciones a largo plazo al problema de las inundaciones mediante un enfoque regional. Como resultado de esas visitas, se crearon grupos de trabajo y de estudio, y se prevé que éstos presentarán sus informes en un plazo de seis meses⁸⁰.

75. La Reunión Interregional de Organizaciones Internacionales de Cuencas Fluviales, celebrada en Dakar en

1981, en una de sus conclusiones sobre el tema «Progresos en materia de medidas de cooperación» subrayaba la importancia de la acción concertada para hacer frente a los peligros relacionados con el agua:

5. La prevención de las inundaciones, sequías y otros riesgos, naturales o de origen humano, y la mitigación de sus daños preocupan cada vez más a los Estados cooperantes a causa de los numerosos cambios que se están produciendo a un ritmo acelerado en las cuencas hidrográficas; por lo tanto, hay que emprender nuevas actividades, o reforzar las existentes, para hacer frente de manera eficaz a los efectos perjudiciales de los riesgos y situaciones relacionados con el agua. Las organizaciones internacionales de cuencas fluviales y lacustres son órganos competentes para iniciar estudios y recomendar medidas, planes de emergencia y sistemas de alarma, así como para efectuar la indispensable vigilancia regular de las condiciones y la idoneidad de las medidas emprendidas⁸¹.

76. La Comisión Económica para Europa publicó en 1976 un informe, preparado bajo los auspicios del Comité sobre los problemas del agua de la CEPE, sobre la base de respuestas de los gobiernos a un cuestionario aprobado por el Comité⁸². Se llega en él a la siguiente conclusión sobre la base de las respuestas de los gobiernos a preguntas sobre el tema «Principios y tendencias principales de los acuerdos internacionales sobre control de las inundaciones»:

Los acuerdos internacionales sobre control de las inundaciones formalizados por los países que han respondido al cuestionario tienen por fin el establecimiento de una cooperación que en todos los casos se refiere a un intercambio de información sobre el desarrollo de situaciones de inundación y, en la mayoría de los casos, al establecimiento de planes coordinados y conjuntos para la construcción de obras de protección y a la adopción de compromisos resultantes de esos planes.

b) Organizaciones no gubernamentales internacionales

77. Además de los trabajos de los anteriores relatores especiales de la Comisión, el conjunto de siete artículos sobre el control de las inundaciones aprobado en 1972 por la Asociación de Derecho Internacional⁸³ sigue siendo el único esfuerzo importante encaminado a establecer las normas jurídicas generales que rigen estos problemas y a formular recomendaciones en relación con ellas. Los artículos dicen como sigue:

Artículo 1

En el contexto de los presentes artículos,

1. Por «inundación» se entiende la subida del nivel de las aguas que tendría efectos perjudiciales para la vida y los bienes de los Estados pertenecientes a la cuenca.
2. Por «control de las inundaciones» se entiende la adopción de todas las medidas apropiadas para proteger las tierras de inundaciones y para minimizar los daños resultantes.

Artículo 2

Los Estados pertenecientes a la cuenca deberán cooperar en la adopción de medidas de control de las inundaciones en un espíritu de buena vecindad, teniendo debidamente en cuenta sus intereses y su bienestar como Estados pertenecientes a la misma cuenca.

⁷⁶ Documento UNDRQ/87/3. Véase también el proyecto de código de conducta sobre contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas (ENVWA/WP.3/R.1, 30 de marzo de 1988), preparado por relatores gubernamentales, en virtud de una decisión adoptada por los consejeros de los gobiernos de los países de la CEPE para los problemas del agua y del medio ambiente.

⁷⁷ UNDRQ/87/3, párr. 48.

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 49.

⁷⁹ Doc. SG/CONF.4/1 (véase nota 24 *supra*).

⁸⁰ *Ibid.*, párrs. 115 y 116.

⁸¹ Naciones Unidas, *Experiencias en el aprovechamiento y administración de cuencas fluviales y lacustres internacionales*, Recursos naturales/ Serie del agua N.º 10 (denominado en adelante «Actas de la Reunión de Dakar») (N.º de venta: S.82.II.A.17), primera parte, Informe de la Reunión, párr. 49, conclusión 5.

⁸² Naciones Unidas, *Méthodes rationnelles de planification de la lutte contre les inondations dans l'aménagement des bassins fluviaux* (N.º de venta: F.76.II.E.26).

⁸³ Esos artículos y los comentarios correspondientes figuran en la segunda parte del informe del Comité sobre Derecho Internacional de los Recursos Hídricos; véase ILA, *Report of the Fifty-fifth Conference...* (nota 31 *supra*), págs. 43 y ss.

Artículo 3

La cooperación con respecto al control de las inundaciones podrá, por acuerdo entre los Estados de la cuenca, incluir, entre otras cosas:

- a) la reunión y el intercambio de datos pertinentes;
- b) la preparación de encuestas, investigaciones y estudios y su intercambio;
- c) la planificación y el diseño de medidas pertinentes;
- d) la adopción de medidas de control de las inundaciones;
- e) la administración y el mantenimiento de obras;
- f) la previsión de las inundaciones y la comunicación de advertencias de inundaciones;
- g) el establecimiento de un servicio regular de información encargado de transmitir la altura de las aguas y las cantidades descargadas.

Artículo 4

1. Los Estados de la cuenca deberán comunicarse entre ellos, lo antes posible, en cualquier oportunidad, tal como en los casos de lluvias copiosas, derretimiento súbito de nieves u otros acontecimientos capaces de ocasionar inundaciones [o] subidas peligrosas del nivel de las aguas en su territorio.

2. Los Estados de la cuenca deberán establecer un sistema eficaz de transmisión a fin de atender a las disposiciones contenidas en el párrafo 1 y deberán garantizar prioridad a la comunicación de advertencias de inundaciones en caso de emergencia. En caso necesario, deberá establecerse un sistema especial de [transmisión] entre los Estados de la cuenca.

Artículo 5

1. El uso del canal de ríos y lagos para la descarga de aguas excesivas no deberá estar sujeto a ninguna limitación, siempre que esto no sea incompatible con el objetivo del control de las inundaciones.

2. Los Estados de la cuenca deberán mantener en buen estado sus porciones de los cursos de agua, incluidas las obras de control de las inundaciones.

3. No se impedirá a ningún Estado de la cuenca realizar planes de drenaje, dragado de ríos, conservación de los suelos contra la erosión y los arrastres, o sacar piedras, grava o arena de los lechos de su porción de los cursos de agua, siempre que, al ejecutar esos planes, eviten toda interferencia no razonable con el objetivo del control de las inundaciones, y siempre que esos planes no sean contrarios a ninguna restricción jurídica que pueda existir.

4. Los Estados de la cuenca deberán asegurar la pronta ejecución de reparaciones u otras medidas de emergencia para minimizar los daños causados por inundaciones durante los periodos de subida de las aguas.

Artículo 6

1. Los gastos de la reunión y el intercambio de datos pertinentes, de la preparación de encuestas, investigaciones y estudios, de la previsión de inundaciones y de la comunicación de advertencias de inundaciones, así como del establecimiento de un servicio regular de información, serán sufragados conjuntamente por los Estados de la cuenca que cooperen en esas cuestiones.

2. Los gastos de obras especiales emprendidas por acuerdo en el territorio de un Estado de la cuenca a solicitud de otro Estado de la cuenca será sufragado por el Estado que solicite las obras, a menos que el costo se distribuya de otra manera de conformidad con un acuerdo.

Artículo 7

Ningún Estado de la cuenca estará obligado a pagar indemnizaciones por los daños causados a otro Estado de la cuenca por inundaciones originadas en ese Estado de la cuenca a menos que ese Estado haya actuado contrariamente a lo que sería razonable esperar en las circunstancias, y a menos que el daño causado sea sustancial.

78. La Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (a menudo llamada «Comisión Brundtland» por el nombre de su presidenta, Sra. Gro Harlem Brundtland), órgano independiente establecido en 1983 por la

Asamblea General a fin de que estudiara proyectos de estrategias para un desarrollo duradero, presentó su informe en 1987⁸⁴. En el capítulo 11, titulado «Paz, seguridad, desarrollo y medio ambiente», la Comisión hace las siguientes observaciones:

Importancia de la alerta temprana

Como suelen ser la incertidumbre y la inseguridad las que generan el conflicto internacional, es de suma importancia que los gobiernos se den cuenta de que las tensiones ambientales son inminentes antes de que los daños amenacen efectivamente los intereses vitales de las naciones. Los gobiernos no suelen tener esos dones de previsión.

Sería extremadamente conveniente que las organizaciones internacionales apropiadas, incluidos los organismos y las organizaciones regionales pertinentes de las Naciones Unidas, mancomunaran sus recursos utilizando la tecnología de vigilancia más avanzada a fin de establecer un sistema fiable de alerta temprana para los riesgos y conflictos relacionados con el medio ambiente. [...] Dicho sistema supervisaría los indicadores de riesgos y de conflictos eventuales, tales como la erosión del suelo, [...] y una utilización de bienes comunes que llegue a topes de aceptabilidad. Las organizaciones ofrecerían también sus servicios para ayudar a los países respectivos a fijar principios y crear instituciones para la gestión en común⁸⁵.

También reviste interés para los efectos del presente documento el siguiente extracto del capítulo 12, titulado «Hacia la acción común: propuestas para el cambio institucional y jurídico»:

Evaluando los riesgos mundiales

El futuro, incluso un futuro duradero, se caracterizará por riesgos cada vez mayores. Aumentan los riesgos vinculados a las nuevas tecnologías. Se acrecientan el número, la escala, la frecuencia y los efectos de los desastres naturales y de los causados por el hombre. [...]⁸⁶

En el mismo capítulo, la Comisión enunció varios principios jurídicos generales, entre los cuales cabe mencionar los siguientes que son pertinentes al presente estudio:

[...] Los Estados tienen respecto de sus ciudadanos y de los demás Estados la obligación de:

[...]

- prevenir o disminuir la contaminación o el daño notables del medio ambiente;

[...]

- realizar o exigir evaluaciones previas para asegurar que las políticas, proyectos y tecnologías nuevos contribuyan al desarrollo duradero; [...]⁸⁷

⁸⁴ El informe titulado «Nuestro futuro común» fue transmitido a la Asamblea General en el anexo de una nota del Secretario General, de 4 de agosto de 1987 (A/42/427).

⁸⁵ A/42/427, anexo, págs. 337 y 338, cap. 11, párrs. 42 y 43.

⁸⁶ *Ibid.*, pág. 357, cap. 12, párr. 56. Véase también «Perspectiva ambiental hasta el año 2000 y más adelante», preparado por el Comité Intergubernamental Preparatorio entre periodos de sesiones sobre la Perspectiva Ambiental hasta el año 2000 y más adelante del PNUMA [Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo periodo de sesiones, Suplemento N.º 25 y corrección (A/42/25), anexo II; también figura en la resolución 42/186 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1987, anexo]; véanse especialmente las partes III.D (Seguridad y medio ambiente) y IV.A (Evaluación). Esta última sección contiene las recomendaciones siguientes:

«92. La cooperación internacional en materia de evaluaciones ambientales, con la participación del sistema de las Naciones Unidas, en que el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente desempeñe un papel directivo, debería ayudar a los países, particularmente a los países en desarrollo, a establecer sistemas nacionales eficaces de vigilancia, y sistemas de información geográfica y de capacidad en materia de evaluaciones, y a mejorar la compatibilidad de los datos. Para ello, esta cooperación técnica entre los países, a nivel regional y mundial, tiene que aumentar considerablemente.»*

⁸⁷ A/42/427, anexo, pág. 364, cap. 12, párr. 83.

79. La Comisión Brundtland estableció un grupo internacional de expertos sobre derecho ambiental que en junio de 1986 preparó un informe sobre los principios jurídicos para la protección del medio ambiente y el desarrollo duradero⁸⁸. Entre los principios jurídicos aprobados por el Grupo de Expertos⁸⁹ hay varios que revisten interés para este informe. Como estas disposiciones han sido citadas en el cuarto informe del Relator Especial⁹⁰, se reproducirán sólo parcialmente. El artículo 4, titulado «Estándares ambientales y vigilancia», dispone que los Estados, entre otras cosas,

b) establecerán sistemas para la reunión y diseminación de datos y la observación regular de los recursos naturales y el medio ambiente, a fin de lograr una planificación adecuada del uso de los recursos naturales y del medio ambiente, permitir la detección temprana de alteraciones de los recursos naturales o del medio ambiente y asegurar una intervención oportuna [...].

El artículo 14 se refiere a la obligación general de cooperar respecto de los problemas ambientales transfronterizos y, concretamente, «para evitar o disminuir una alteración o un riesgo significativo de alteración del medio ambiente transfronterizo» (párr. 1). En la medida de lo posible, la cooperación ha de apuntar a «aumentar al máximo la efectividad de las medidas para evitar o reducir una alteración del medio ambiente transfronterizo» (párr. 2). Por último, el artículo 19, relativo a las situaciones de emergencia, dispone que, en esos casos,

1. [...] el Estado [...] bajo cuya jurisdicción se originara la alteración advertirá prontamente a los demás Estados interesados, les suministrará la información pertinente que les permita reducir al mínimo la alteración del medio ambiente transfronterizo, les informará de las providencias instituidas para reducir la causa de la alteración [...] y cooperará con esos Estados para evitar o reducir al mínimo los efectos perjudiciales de una situación de emergencia o de otro cambio en las circunstancias.

En el párrafo 2 del artículo se dispone que los Estados están obligados a elaborar planes de emergencia «para evitar o reducir al mínimo los efectos perjudiciales de una situación de emergencia o de otro cambio en las circunstancias». El comentario al artículo 19 indica que en «muchos tratados», buena parte de los cuales se refieren a cursos de agua internacionales, se corrobora el deber de advertir oportunamente a los «posibles Estados afectados» en caso de emergencias, incluso las que no constituyan una amenaza para la salud o la vida⁹¹. También para justificar la obligación de advertir y de cooperar en la prevención y minimización de las situaciones de emergencia transfronterizas se citan, entre otros, el asunto del *Estrecho de Corfú*⁹² y el Principio 9 de los Principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados adoptados por el Consejo de Administración del PNUMA, en 1978⁹³.

80. En suma, organizaciones intergubernamentales y organizaciones internacionales no gubernamentales por igual han reconocido la necesidad de cooperar, e incluso de colaborar, para prevenir y reducir los riesgos y peligros rela-

cionados con el agua y otros «efectos nocivos» del agua (por ejemplo, la erosión, las obstrucciones y la presencia de hielo). En algunos de los instrumentos concretados se ha reconocido también una amplia gama de obligaciones, en gran medida de procedimiento, cuyos propósito y efecto consisten en prevenir y reducir los daños y en evitar controversias. Así, según varios de esos instrumentos, los Estados del curso de agua tienen no sólo la obligación de cooperar y de intercambiar información respecto de los problemas de la índole que se examina, sino también, con miras a prevenir o reducir esos problemas, a entablar consultas, a advertir en caso de haber peligros y a trabajar conjuntamente en la preparación de planes de contingencia, así como en la planificación y ejecución de las medidas y las obras correspondientes.

4. ESTUDIOS DE EXPERTOS

81. En un artículo sobre los desastres ambientales en derecho internacional⁹⁴, Edith Brown Weiss examina las obligaciones jurídicas internacionales relativas a los «desastres ambientales originados por el hombre que tienen importantes efectos transfronterizos, desastres naturales que afectan a recursos naturales compartidos y desastres que afectan a importantes recursos naturales y culturales que tienen elementos de patrimonio común de la humanidad»⁹⁵. Refiriéndose tanto a los desastres naturales como a los causados por actividades del hombre, examina los temas «Prevención de los desastres ambientales», «La necesidad de minimizar el daño y proporcionar asistencia de emergencia» y «La indemnización de daños causados por desastres ambientales». A su juicio, «el deber de prevenir los desastres ambientales [...] forma parte del principio de la responsabilidad del Estado y constituye derecho internacional consuetudinario», si bien «en muchos sectores de importancia no se han definido aún en forma aceptable los estándares y las prácticas de seguridad»⁹⁶. E. Brown Weiss llega también a la conclusión de que «el deber de minimizar el daño ambiental mediante la notificación oportuna, el suministro de información y la cooperación a los efectos de minimizar el daño forma parte ahora del derecho internacional consuetudinario y está comprendido en el principio de la responsabilidad del Estado»⁹⁷. En lo que atañe a la indemnización, señala que:

[...] Parece haber consenso en el sentido de que en derecho internacional el incumplimiento de la obligación [...] de impedir accidentes y minimizar el daño da lugar a la responsabilidad por los daños y perjuicios resultantes y que, incluso de no haber incumplimiento, el Estado puede ser responsable por los daños dimanados de actividades sumamente peligrosas o por la liberación de sustancias altamente peligrosas. No está resuelta la cuestión de si puede ser responsable en derecho internacional por los daños o perjuicios dimanados de otros tipos de accidentes⁹⁸.

En una obra colectiva sobre la asistencia en casos de desastre⁹⁹ figura un capítulo acerca del derecho interna-

⁸⁸ Véase *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations*, Londres, Graham & Trotman, 1987.

⁸⁹ *Ibid.*, págs. 25 a 33.

⁹⁰ Documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2 (véase nota 1 *supra*), párr. 75.

⁹¹ *Environmental Protection...*, *op. cit.* (nota 88 *supra*), pág. 117.

⁹² *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4.

⁹³ PNUMA, *Derecho Ambiental. Líneas Directrices y Principios*, N.º 2, *Recursos naturales compartidos*, Nairobi, 1978.

⁹⁴ E. Brown Weiss, «Environmental disasters in international law», *Anuario Jurídico Interamericano*, 1986, Washington (D.C.), 1987, pág. 141.

⁹⁵ *Ibid.*, págs. 141 y 142. La autora explica que el «patrimonio común [...] incluye el patrimonio natural y cultural del mundo, los bancos internacionales de genes y recursos similares» (pág. 142).

⁹⁶ *Ibid.*, pág. 152.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*, pág. 150.

⁹⁹ L. H. Stephens y S. J. Green, eds., *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches*, Nueva York, New York University Press, 1979.

cional y la necesidad de prevenir los desastres naturales y mitigar sus efectos. Entre las conclusiones a que llega el autor del capítulo, J. W. Samuels, figuran las siguientes:

[...] La responsabilidad general respecto de los desastres naturales forma parte del ámbito de las normas internacionales sobre derechos humanos. En particular, incumbe a los Estados la obligación de prevenir los desastres naturales y mitigar sus efectos como parte de la responsabilidad dimanada del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho de todas las personas «a un nivel de vida adecuado, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia», y la obligación consiguiente de los Estados de «tomar medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho», debería convertirse en una triple obligación:

La obligación de los Estados de prestarse asistencia en caso de desastre natural.

La obligación del Estado de prepararse para el socorro en casos de desastre dentro de su propio territorio y de adoptar medidas preventivas a fin de minimizar los sufrimientos dimanados de desastres naturales.

La obligación del Estado de aceptar socorro de otros Estados para su pueblo una vez ocurrido un desastre natural si sus propios recursos son insuficientes.¹⁰⁰

82. W. R. D. Sewell y H. D. Foster destacaron la importancia de la cooperación entre los Estados del curso de agua respecto de los peligros y riesgos relacionados con el agua en un estudio presentado en el Seminario de Budapest (16 al 26 de septiembre de 1975)¹⁰¹. Refiriéndose a los problemas que surgen cuando el curso de agua que causa la inundación es de carácter internacional, los autores indican posibles estrategias de prevención y dan varios ejemplos de casos en que han sido llevados a la práctica:

El papel de la cooperación internacional

Una característica poco positiva de la ordenación de los recursos hídricos en muchas partes del mundo consiste en la tendencia de los países a adoptar estrategias independientes para hacer frente a los problemas dimanados de inundaciones. La experiencia ha indicado, sin embargo, que la cooperación internacional puede arrojar ventajas considerables. Las oportunidades que existen son muy amplias e incluyen arreglos bilaterales o multilaterales por los cuales los países que comparten una cuenca fluvial convienen en cooperar en alguna etapa del proceso de planificación, adopción de normas o ejecución. Como mínimo, pueden cooperar en la reunión de datos sobre condiciones hidrológicas. Egipto y el Sudán, por ejemplo, han concertado un arreglo de esa índole. Lo mismo podría extenderse al establecimiento de sistemas de alerta, como se ha hecho en la cuenca del Danubio. Las empresas mixtas de planificación dan un paso más allá; así ocurre en el caso del Mekong inferior, en que Laos, Camboya, Tailandia y Viet Nam han venido cooperando durante casi tres decenios. También puede haber posibilidades para construir en un país instalaciones de control de inundaciones que hayan de utilizarse básicamente para proteger planicies aluviales en el (los) otro(s). Cabe indicar como ejemplo la construcción de presas en el río Columbia, en Canadá, que obedecía en parte a la intención de proteger a las comunidades de la parte correspondiente a los Estados Unidos de esta cuenca fluvial.

Constituye un segundo tipo de cooperación el que tiene lugar por conducto de los diversos organismos internacionales, especialmente los del sistema de las Naciones Unidas. [...]¹⁰²

83. En una monografía presentada en la Reunión de Addis Abeba en octubre de 1988, Robert D. Hayton se refiere a varios temas de interés para el presente estudio¹⁰³. En la monografía se examinan actividades recientes en los planos bilateral y multilateral y en diversos contextos, in-

cluidos el intercambio de datos e información hidrometeorológica y afines, la prevención de la degradación de la tierra y de la desertificación y la reducción de los peligros de inundación. Respecto de esta última cuestión, Hayton describe medidas adoptadas en los últimos años por los países de la cuenca del Plata que ponen de manifiesto la importancia que los Estados atribuyen al intercambio de datos e información y a la previsión de inundaciones:

[...] En 1983 se reunieron en Asunción funcionarios paraguayos y argentinos a nivel técnico para conferenciar acerca del problema de las crecidas, tanto en el río Paraguay como en el Paraná. Se concluyó que debía compilarse toda la información disponible sobre las partes altas de ambas cuencas, comprendidas las modificaciones de los niveles de los embalses; debía solicitarse oficialmente la información necesaria al Brasil, donde se hallan las cabeceras de ambos ríos. La información se elaborará y se introducirá en un modelo con objeto de permitir previsiones de las fases de las crecidas. Poco después, la Argentina y el Brasil se reunieron para tratar de la ampliación del intercambio de información meteorológica e hidrológica habida cuenta de las crecidas de 1982 y 1983 en los principales ríos de la cuenca del Plata¹⁰⁴.

Hayton examina diversos ejemplos de cooperación para hacer frente a las inundaciones en diversas partes del mundo:

Las recientes actividades cooperativas para la cuenca del Zambeze, el Paraná medio y la subcuenca de los Grandes Lagos, que se han resumido anteriormente, tienen como uno de sus principales componentes la reducción del riesgo de inundaciones. En las otras cuencas de África, la cuenca del Amazonas, la del Plata y los sistemas fluviales de Europa, entre otros lugares, los gobiernos siguen incorporando la regulación de las crecidas en sus esfuerzos cooperativos. Este es también uno de los objetivos del Tratado entre el Canadá y los Estados Unidos de América sobre el río Columbia. El Canadá (mayor parte de aguas arriba) tiene derecho a prestaciones energéticas aguas abajo como el *quid pro quo* por haber aceptado considerables obligaciones en materia de regulación de las crecidas. [...]¹⁰⁵

Concluyendo su reseña de la reciente acción cooperativa en materia de cursos de agua internacionales, Hayton observa que los Estados están cobrando cada vez más conciencia de la relación que existe entre los diversos elementos de la biosfera:

En muchos casos [...] los Estados de los sistemas han aceptado, o adoptado, medidas concretas para el estudio de la condición y la explotación de sus recursos hídricos compartidos, y de la tierra y otros recursos que dependen de esas aguas. Actualmente se están ampliando esos estudios para comprender las dimensiones sociales y económicas de la utilización de la tierra y el agua y de la conservación. [Se ha cobrado conciencia general de la influencia directa e indirecta de las actividades del hombre en los recursos naturales de la región, así como del costo cada vez más alto que entraña la adopción de medidas correctivas.]

[En el plano diplomático, desde hace mucho tiempo se observa que quienes no están convencidos del vínculo recíproco que existe entre el hombre y su medio ambiente son renuentes a considerar que la degradación de la tierra y la protección de las masas de agua constituyen parte integrante de la empresa de aprovechar, utilizar, proteger y controlar los recursos hídricos compartidos en forma óptima. No había que confundir el agua dulce con la tierra, ni con el aire ni con las aguas marinas (estuarios, por ejemplo), ni establecer vínculos entre todos ellos, pues de esa manera se ampliarían las dimensiones de la reglamentación del uso, que tendría que ser coordinado, si no compartido, con otro Estado soberano. Sin embargo, la renuencia está desapareciendo frente a las pruebas irrefutables de que el ciclo hidrológico, en sí inquietante para algunos, actúa e interactúa con los recursos naturales y humanos conexos, y hace caso omiso de las fronteras trazadas por el hombre. Se reconoce ya en general que la ordenación del agua, este «recurso fugitivo», no puede tener lugar en forma satisfactoria sin ciertos controles sobre el uso de la tierra como, por ejemplo, la imposición de restricciones a los rellenos, la ordenación de las pasturas y la protección de la integridad de los lechos fluviales y lacustres, los taludes de las cuencas hidrográficas y otras características geológicas, junto con las obras hidráulicas y canales construidos por el

¹⁰⁰ J. W. Samuels, «The relevance of international law to the prevention and mitigation of natural disasters», *ibid.*, pág. 263.

¹⁰¹ Sewell y Foster, *loc. cit.* (nota 22 *supra*), págs. 84 y ss.

¹⁰² *Ibid.*, pág. 91.

¹⁰³ R. D. Hayton, «Novedades en materia de acción cooperativa en relación con recursos hídricos compartidos», *Aprovechamiento de cuencas fluviales y lacustres* (véase nota 71 *supra*), págs. 408 y ss.

¹⁰⁴ *Ibid.*, págs. 424 y 425.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pág. 425.

hombre en la cuenca de desague. Los cursos de agua internacionales no constituyen una excepción¹⁰⁶.]

Justamente este tipo de ordenación coordinada y cabal de los recursos es indispensable para evitar a la población los efectos de desastres ocasionados por las aguas y otros daños que revisten formas más sutiles.

84. Hayton también se refiere a los problemas de las inundaciones y la sedimentación en su estudio sobre la cuenca del Plata¹⁰⁷. Hace las siguientes observaciones acerca de los cursos de agua que forman el sistema del Plata:

Vastas extensiones a lo largo de los ríos e incluso regiones enteras entre ríos están sujetas a inundaciones estacionales imprevistas. Cada año se depositan en el Paraná cantidades impresionantes de sedimento que empujan el delta hacia la boca del río Uruguay y crean gigantescos bancos de fango que se van desplazando por el río de la Plata; la Argentina procede constantemente al drenaje en gran escala, pero ello sólo alcanza para no quedar a la zaga de la acumulación. El puerto de Buenos Aires, que para peor es un puerto artificial, corre peligro permanente. A menos que se adopten complejas medidas aguas arriba en dos de los Estados de la cuenca por lo menos, no será posible eliminar, ni siquiera minimizar, las inundaciones ni la sedimentación. No hay prueba más dramática de la urgente necesidad de colaboración en toda la cuenca, que incluya la compensación y la contribución¹⁰⁸.

Estas conclusiones ponen de relieve la necesidad de cooperación, e incluso de colaboración activa, entre los Estados del curso de agua para prevenir y reducir los peligros, riesgos y problemas relacionados con el agua.

85. Por último, en esta reseña habría que mencionar el artículo de Thomas Bruha¹⁰⁹, que se refiere básicamente a las emergencias causadas por los accidentes industriales modernos y que es de todas maneras pertinente a estos fines. En este artículo, Bruha examina las normas del derecho internacional «relativas a la protección de los seres humanos y el medio ambiente contra las emergencias ambientales vinculadas al desarrollo tecnológico»¹¹⁰. Haciendo una reseña de la evolución de este ámbito del derecho, señala que las normas relativas a la protección contra emergencias y al socorro humanitario, en particular en el contexto de los desastres naturales, se remontan a las obras de los defensores más destacados de la teoría del derecho natural, a partir de principios del siglo XVII¹¹¹. Según Bruha, estos juristas (incluidos Suárez, Grocio, Wolff y de Vattel) califican expresa o tácitamente a este cuerpo de normas jurídicas de elemento innegable de un

«derecho internacional social»¹¹², que apunta a la promoción del *bonum commune generis humani*. Reviste particular interés en este contexto la obra de Emer de Vattel, quien, poco tiempo después del terremoto acaecido en Lisboa en 1755 que causó 30.000 muertes, describió en los términos siguientes el «principio general de asistencia recíproca» en derecho natural:

[...] Un Estado tiene respecto de cualquier otro las mismas obligaciones que tiene consigo mismo cuando otro Estado necesite realmente socorro que le pueda ser concedido sin desmedro de las obligaciones del primero consigo mismo. Es ésta una ley eterna e inmutable de la naturaleza¹¹³.

Bruha pasa revista a numerosos instrumentos internacionales relativos a las emergencias ambientales y llega a la conclusión de que incluso a falta de esas obligaciones contractuales hay ciertas obligaciones mínimas que han pasado a formar parte del derecho internacional general. Entre ellas se incluye la obligación sustantiva de prevenir graves para otro Estado y velar por que otros Estados no queden expuestos a un riesgo importante¹¹⁴ y la obligación de procedimiento de entablar consultas, previa solicitud, con cualquier Estado que pueda resultar afectado, a fin de convenir en medidas internacionales de seguridad y en los «medios necesarios para eliminar o minimizar los riesgos ambientales procedentes de actividades peligrosas de los Estados [de origen] (sistemas conjuntos o coordinados de advertencia y vigilancia, planes de emergencia, etc.)»¹¹⁵. Esos principios parecerían igualmente aplicables a los riesgos y peligros naturales, al menos a los causados en parte por la intervención del hombre. En cuanto a las medidas que han de adoptarse en caso de emergencia, Bruha

[...] infiere de los derechos humanos internacionalmente garantizados la obligación de los Estados afectados por una emergencia a pedir asistencia internacional, y facilitarla, cada vez que sea necesaria para prevenir o minimizar el peligro para la salud de su población¹¹⁶.

86. En resumen, las obras que se han reseñado ponen de relieve la importancia de la cooperación internacional en el contexto de las inundaciones y otros riesgos y peligros relacionados con el agua. Los estudios confirman la existencia, como parte del derecho internacional general, de diversas obligaciones en relación con esos problemas. Algunas de ellas dimanarían del derecho humanitario internacional y encuentran su fuente en las obras de teóricos del derecho natural como Grocio y Suárez. Las obligaciones más importantes a que se refieren los expertos quedan comprendidas en gran medida en la obligación general de impedir perjuicios, o, según el caso, minimizarlos. Se ha reconocido que los elementos constitutivos de esta obligación general incluyen las obligaciones de intercambiar información acerca de todas las condiciones que guarden

¹⁰⁶ *Ibid.*, pág. 439. Los pasajes entre corchetes provienen del texto original de la monografía (ECA/NRD/IMRLBD/3) y no están reproducidos en la publicación citada en la nota 71 *supra*.

¹⁰⁷ R. D. Hayton. «The Plata Basin», en Garretson, Hayton y Olmstead, eds., *op. cit.* (nota 39 *supra*), págs. 298 y ss.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pág. 401. El extracto citado lleva una nota que en parte dice: «El Paraná tiene una carga anual de sedimento de 250 millones de toneladas aproximadamente; el sedimento ha formado el amplio delta que, en la práctica, atasca la corriente del río. El sedimento procede básicamente del río Bermejo. En el río de la Plata, los buques se desplazan sobre una capa de 30 pies de fango que semiflota en el fondo; los buques que tienen toma de aguas en la carena directamente no entran. [...]» (Pág. 440, nota 374.)

¹⁰⁹ T. Bruha. «Internationale Regelungen zum Schutz vor technisch-industriellen Umweltnotfällen (Normas internacionales para la protección contra las emergencias ambientales relacionadas con la tecnología industrial)», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Stuttgart, vol. 44, 1984, pág. 1.

¹¹⁰ *Ibid.*, pág. 62 (cita del resumen en inglés).

¹¹¹ *Ibid.*, pág. 6.

¹¹² Bruha señala que el principio social de la bondad y la colaboración (*das soziale Prinzip der gegenseitigen Liebe und Hilfsbereitschaft*) es elemento central de la teoría del derecho natural en el derecho internacional moderno. Para ello cita las obras de Francisco Suárez, Hugo Grocio, Christian Wolff y, en particular, Emer de Vattel (*ibid.*, págs. 6 y 7, nota 19).

¹¹³ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires de nations et des souverains*, Washington (D.C.), Carnegie Institution, 1916, vol. I [reproducción de libros I y II de la edición de 1758], libro II, cap. I, párr. 3; citado por Bruha, *loc. cit.*, págs. 6 y 7, nota 19, que se refiere también a los párrafos 2 y 5 del mismo capítulo I.

¹¹⁴ Bruha, *loc. cit.* (nota 109 *supra*), pág. 55.

¹¹⁵ *Ibid.*, pág. 63 (cita del resumen en inglés).

¹¹⁶ *Ibid.*

relación con el problema de que se trate y entablar consultas, previa solicitud, con los Estados que puedan ser afectados a fin de convenir en medidas de seguridad, notificar prontamente el peligro y cooperar para reducir los daños. Los autores han observado además que, como parte de las obligaciones que le incumben con arreglo al derecho internacional en materia de derechos humanos, el Estado tiene concretamente en relación con los desastres relacionados con el agua la obligación de prepararse para el socorro en su propio territorio, adoptar medidas preventivas a fin de minimizar los sufrimientos para la población y solicitar y aceptar socorro de otros Estados (o de organizaciones internacionales) si los propios recursos son insuficientes para atender de modo satisfactorio las necesidades de su población. Además, algunos autores son partidarios de la opinión de que un Estado puede ser responsable por los perjuicios que sufra otro Estado como consecuencia de actividades extremadamente peligrosas o de la liberación de sustancias altamente peligrosas en su territorio.

87. En términos más generales, las obras reseñadas destacan la necesidad de una colaboración activa en todas las cuencas para prevenir y reducir los riesgos, peligros y problemas relacionados con el agua. Con demasiada frecuencia ocurre que desastres o daños en un Estado del curso de agua dimanen de fenómenos ocurridos en otro u otros Estados del curso de agua. Académicos y expertos reconocen que la cooperación y colaboración necesarias para superar estos problemas pueden significar que los Estados del curso de agua que sean beneficiarios de medidas de protección adoptadas fuera de sus fronteras tengan, como parte de la obligación de una participación equitativa, que contribuir a esas medidas o pagar una compensación por ellas.

88. Por último, hay que señalar en esta reseña que, según los observadores, se reconoce ampliamente que la ordenación de los cursos de agua internacionales necesaria para protegerse de las inundaciones y otros efectos nocivos del agua deben incluir ciertas reglamentaciones en cuanto al uso de la tierra. Por ejemplo, cabe mencionar normas sobre silvicultura, restricciones en cuanto al uso de las pasturas y a las prácticas de relleno y requisitos relativos a la protección de los fondos fluviales y lacustres, obras hidráulicas y características geológicas tales como los taludes de las cuencas. El artículo 8, provisionalmente aprobado por la Comisión en su 40.º período de sesiones¹¹⁷, debe ser interpretado en el sentido de que prohíbe las prácticas relativas al uso de la tierra que tengan como consecuencia daños para otros Estados del curso del agua (inundaciones, por ejemplo) o un riesgo importante de daño¹¹⁸. El artículo 8 dice:

Artículo 8.—Obligación de no causar daños apreciables

Los Estados del curso de agua utilizarán el [sistema del] curso de agua internacional de manera que no se causen daños apreciables a otros Estados del curso de agua.

Esa interpretación significaría que una práctica relativa al uso de la tierra que tuviera los efectos antes indicados sería considerada una «utilización» de un curso de agua in-

ternacional. En realidad, el uso de la tierra que cause erosión, por ejemplo, con el resultado de que una cantidad inusitadamente alta de sedimentos entre a un curso de agua parecería ser tanto un «uso» de éste como el vertimiento en tierra de desechos tóxicos que a la larga lleguen a un río transfronterizo o a un acuífero. Sin embargo, a fin de asegurarse de tener adecuadamente en cuenta esas prácticas relativas al uso de la tierra, los artículos sobre peligros y riesgos relacionados con el agua deberían hacer referencia expresa a ellas.

5. DECISIONES DE CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES

89. En anteriores informes del Relator Especial se han examinado las decisiones de cortes y tribunales internacionales que son pertinentes a esta parte del tema¹¹⁹; por lo tanto, en la presente sección se recordarán brevemente algunos de sus aspectos.

a) *Decisiones judiciales*

90. El asunto del *Estrecho de Corfú*¹²⁰ se refería, claro está, al derecho de paso inocente por los estrechos oceánicos y no a cursos de agua internacionales. Una de las cuestiones más importantes sometidas a la CIJ, sin embargo, consistía en determinar si Albania tenía la obligación de advertir al Reino Unido de un peligro conocido para sus buques de guerra, constituido por la presencia de minas en aguas albanesas. La Corte dictaminó que los buques británicos estaban ejerciendo su derecho de paso inocente en el estrecho de Corfú y llegó a la conclusión de que las minas no podían haber sido colocadas sin el conocimiento de Albania. La Corte señaló además que:

No hay controversia entre las partes en cuanto a las obligaciones que dimanaban para Albania de ese conocimiento. El representante del Gobierno de Albania reconoció expresamente que [...] «Albania habría tenido responsabilidad si hubiese sido informada de la operación antes de lo acaecido el 22 de octubre y a tiempo para advertir a los buques británicos y a la navegación en general de la presencia de minas en el estrecho de Corfú [...]»¹²¹.

Habría que poner de relieve tal vez que Albania no impugnó la afirmación de que tenía el deber de advertir a otros Estados de un peligro que estuviera en su conocimiento. La Corte, habiendo llegado a la conclusión de que Albania tenía conocimiento de la existencia de las minas, dictaminó que le incumbía responsabilidad internacional ante el Reino Unido por los daños personales y materiales sufridos en los dos buques de guerra británicos que chocaron con minas en el estrecho el 22 de octubre de 1946. El examen por la Corte de las obligaciones que dimanaban para Albania de su conocimiento del peligro que suponían las minas arroja lecciones útiles para la cuestión en estudio:

Las obligaciones que recaían sobre las autoridades de Albania consistían en notificar, en interés de la navegación en general, la existencia de un campo minado en aguas territoriales albanesas y en advertir a los buques de guerra británicos que se acercaban del peligro inminente al que

¹¹⁹ Véanse el segundo informe del Relator Especial, *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), págs. 118 y ss., documento A/CN.4/399 y Add.1 y 2, párrs. 102 a 133, y su cuarto informe, A/CN.4/412/Add.1 y 2 (nota 1 *supra*), párrs. 83 a 87.

¹²⁰ Fallo de 9 de abril de 1949, fondo, *I.C.J. Recueil 1949*, pág. 4. Este asunto se examina en los informes segundo y cuarto del Relator Especial, documento A/CN.4/399 y Add.1 y 2, párrs. 108 a 110; y documento A/CN.4/412/Add.1 y 2, párr. 83.

¹²¹ *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 22.

¹¹⁷ *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 37.

¹¹⁸ Con esto no se pretende incluir los riesgos muy leves (aunque el perjuicio pueda ser muy grande) que plantea, por ejemplo, la construcción de una presa bien diseñada.

las minas les exponían. Tales obligaciones se basan no en el Convenio VIII de La Haya, de 1907, que es aplicable en tiempos de guerra, sino en ciertos principios generales ampliamente reconocidos, a saber, consideraciones elementales de humanidad, más absolutas aún en tiempo de paz que en tiempo de guerra: [...] y la obligación para todo Estado de no permitir la utilización de su territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados.

De hecho, Albania no notificó la existencia del campo minado ni advirtió a los buques británicos del peligro al que se acercaban.

[...]

En realidad, las autoridades de Albania no hicieron nada para prevenir el desastre. Estas graves omisiones dan lugar a la responsabilidad internacional del país.

Por lo tanto, la Corte llega a la conclusión de que Albania es responsable en derecho internacional por las explosiones ocurridas [...] en aguas albanesas y por las pérdidas materiales y humanas a que dieron lugar y de que Albania está obligada a pagar una indemnización al Reino Unido¹²².

Resulta significativo que la Corte haya señalado que los deberes de Albania no se basaban en el derecho convencional sino en principios que, incluso en 1949, calificaba de «generales y ampliamente reconocidos». Al enumerar esos principios, la Corte asigna un papel primordial a las «consideraciones elementales de humanidad», principio ciertamente aplicable también en el contexto de los riesgos y peligros relacionados con el agua que sean del conocimiento de un Estado del curso de agua. Recalcó que esas consideraciones eran «más absolutas aún en tiempo de paz que en tiempo de guerra», poniendo aún más en claro la aplicabilidad del principio a los peligros relacionados con el agua y a las situaciones de emergencia que se plantean en época de paz. La obligación de los Estados de «no permitir la utilización de su territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados» sería naturalmente aplicable en casos de riesgos, peligros y otros «efectos nocivos del agua» que tuvieran lugar o se intensificaran en razón de un acto del hombre.

91. La Corte, en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*¹²³, reafirmó la obligación de advertir el peligro planteado por un campo minado; para ello citó y tomó como base la parte de la decisión en el asunto del *Estrecho de Corfú* relativa a las «consideraciones elementales de humanidad» que se ha indicado antes¹²⁴.

b) *Laudos arbitrales*

i) *Asunto del río San Juan*

92. En este asunto¹²⁵, Costa Rica y Nicaragua sometieron a arbitraje algunas cuestiones relativas al Tratado de

15 de abril de 1858 para delimitar su frontera común. En su laudo, de fecha 22 de marzo de 1888, el árbitro¹²⁶ formuló las siguientes observaciones, que son pertinentes a la cuestión en estudio:

La República de Costa Rica no puede impedir a la República de Nicaragua la ejecución [...] dentro de su propio territorio [...] de tales obras de mejora: con tal que dichas obras de mejora no resulten en la ocupación, o inundación o daño de territorio costarricense, o en la destrucción o serio deterioro de la navegación de dicho río, o de cualquiera de sus brazos en cualquier punto en donde Costa Rica tenga derecho a navegar en el mismo. La República de Costa Rica tiene derecho a reclamar indemnización por los lugares que le pertenezcan en la ribera derecha del río San Juan que puedan ocuparse sin su consentimiento y por los terrenos de la misma ribera que puedan inundarse o dañarse de cualquier otro modo a consecuencia de obras de mejora.

[...]

[...] Los derechos naturales de la República de Costa Rica aludidos en [el artículo VIII del Tratado] [...] deben considerarse perjudicados en cualquier caso en que se ocupe o inunde el territorio perteneciente a la República de Costa Rica [...]¹²⁷.

El laudo reconoce claramente que es ilícito que un Estado cause daños a otro en razón de una inundación y que ese acto internacionalmente ilícito entraña la obligación de resarcir al Estado perjudicado.

ii) *Asunto de la Presa de Gut*

93. Un segundo arbitraje internacional relativo a la cuestión de los daños causados por inundaciones, el de la *Presa de Gut*, tuvo lugar entre el Canadá y los Estados Unidos de América¹²⁸. El tribunal de reclamaciones establecido por las partes¹²⁹ «recibió 230 reclamaciones en nombre de ciudadanos de los Estados Unidos por daños causados por inundaciones y erosión en bienes de los Estados Unidos, supuestamente como consecuencia de una presa canadiense [la presa de Gut] construida sobre la frontera internacional en el sector internacional del río San Lorenzo»¹³⁰. A fin de comprender con cierta precisión los efectos jurídicos del arbitraje es útil referirse brevemente a los antecedentes y al contexto de hecho.

94. El Canadá había pedido autorización a los Estados Unidos en 1900 para construir la parte de la presa que

vol. II, pág. 1964; resumido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 201, documento A/5409, párrs. 1038 a 1041.

¹²⁶ El árbitro era el Presidente de los Estados Unidos de América, Grover Cleveland.

¹²⁷ Párrs. 6 y 10 del laudo, Moore, *op. cit.*, págs. 1965 y 1966.

¹²⁸ Véase el informe del representante de los Estados Unidos de América ante el tribunal de reclamaciones del lago Ontario, que contiene tres decisiones sobre este asunto: de 15 de enero, 12 de febrero y 27 de septiembre de 1968. El informe y extractos de las decisiones se reproducen en *International Legal Materials*, Washington (D.C.), 1969, vol. 8, págs. 118 y ss. (esta publicación se cita en la presente sección con la sigla *ILM*). Véanse también análisis e informes sobre este asunto en «Arbitration of Lake Ontario (Gut Dam) Claims», *External Affairs*, Ottawa, vol. 20, 1968, pág. 507; «The Gut Dam arbitration», *Netherlands International Law Review*, Leyden, vol. 16, 1969, pág. 161; M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), vol. 3, 1964, págs. 768 a 771; *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 319, documento A/CN.4/274, párrs. 78 a 82. Véase también el cuarto informe del Relator Especial, documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2 (nota 1 *supra*), párr. 86 y nota 187.

¹²⁹ Acuerdo de 25 de marzo de 1965 entre el Canadá y los Estados Unidos de América relativo a la creación de un tribunal internacional de arbitraje para liquidar las reclamaciones de los Estados Unidos respecto de la presa de Gut. El tribunal establecido en virtud del Acuerdo era el Tribunal de reclamaciones del lago Ontario. Véase un mapa en que se indica la ubicación de la presa de Gut en *ILM*, vol. 4, 1965, pág. 472.

¹³⁰ *ILM*, vol. 8, pág. 118.

¹²² *Ibid.*, págs. 22 y 23.

¹²³ *Nicaragua c. Estados Unidos de América* (fondo), fallo de 27 de junio de 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 4.

¹²⁴ *Ibid.*, pág. 112, párr. 215. La Corte decidió esta cuestión por 14 votos contra 1, con el voto disidente del magistrado Oda (*ibid.*, págs. 137 y 138, párr. 292, inc. 8). En realidad, ni siquiera el magistrado Oda estaba en desacuerdo con la obligación de advertir un peligro conocido. Su opinión disidente se debió esencialmente a que estimaba que la Corte, tras haber reconocido la validez de la reserva relativa a los tratados multilaterales hecha por los Estados Unidos, debía haber «dejado de conocer la demanda de Nicaragua, pues está basada en el artículo 36, párrafo 2 del estatuto [de la Corte]» y, también a su juicio, la Corte «sólo podía haber seguido conociendo del caso en relación con la presunta transgresión por los Estados Unidos del Tratado de amistad, comercio y navegación de 1956 entre las dos partes», por lo que el fallo de la Corte relativo a las minas se refería «al incumplimiento de obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional consuetudinario, [lo cual] no procede en el presente fallo» (*ibid.*, pág. 214, párrs. 1 y 2).

¹²⁵ Véase J. B. Moore, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington (D.C.), 1898,

quedaría ubicada en el territorio de éstos. El consentimiento fue dado en 1902 mediante una ley promulgada por el Congreso de los Estados Unidos, en la que, sin embargo, se disponía que las obras no comenzarían en territorio de este país hasta que el Secretario de Guerra hubiese aprobado los planos. En 1903 el Secretario, Elihu Root, aprobó los planos con sujeción a dos condiciones. La primera consistía en que, si la presa afectaba materialmente el nivel del agua del lago Ontario o causaba perjuicio alguno a los intereses de los Estados Unidos, el Canadá había de introducir en el proyecto los cambios «que decretara el Secretario de Guerra». La segunda condición era la siguiente:

Si la construcción o el funcionamiento de la presa causare daños o perjuicios a bienes [...] de ciudadanos de los Estados Unidos, el Gobierno del Canadá pagará la indemnización que convenga con las partes perjudicadas o que sea determinada en favor de éstas en el tribunal competente de los Estados Unidos ante el cual se interponga una demanda por los daños y perjuicios¹³¹.

Una lectura cuidadosa de la segunda condición pone de manifiesto que, en términos estrictos, no se trataba de que el Canadá resarciese a los Estados Unidos cualquier daño causado por la presa sino de que pagase a los ciudadanos estadounidenses la indemnización que conviniese con los perjudicados o fuese concedida por un tribunal «competente» de los Estados Unidos, cabe suponer, un tribunal que tuviese jurisdicción sobre las partes (incluido el Canadá) respecto del objeto del juicio.

95. La presa, terminada en 1903, fue desmantelada a comienzos de 1953 en el marco de los preparativos para el proyecto de la vía marítima del San Lorenzo. De 1947 a 1952, sin embargo, «en razón del nivel excesivamente alto de las aguas del lago Ontario, la erosión y la inundación causaron considerables daños materiales»¹³², especialmente en 1951 y 1952, en que el alto nivel del lago Ontario y el río San Lorenzo, sumado a las tormentas y otros fenómenos naturales, causó grandes daños por la inundación y erosión en las costas septentrional y meridional de todos los Grandes Lagos, incluido el lago Ontario. Los ciudadanos estadounidenses dueños de propiedades perjudicadas estimaron que por lo menos parte del daño había sido causado por la presa de Gut¹³³.

96. Tras una serie de vanos intentos por llegar a un arreglo con el Gobierno del Canadá respecto de sus reclamaciones, los propietarios estadounidenses perjudicados interpusieron diversas demandas contra el Canadá ante tribunales estadounidenses¹³⁴. Respecto de cada una de las

demandas, que fueron finalmente rechazadas, el Embajador del Canadá ante los Estados Unidos dirigió una comunicación al tribunal en que indicaba que su Gobierno tenía inmunidad judicial, salvo que diera su consentimiento para ser demandado, y que no lo había dado en este caso¹³⁵. Si bien esta posición parecería haber hecho ilusoria la segunda condición antes mencionada, el Gobierno del Canadá aceptó posteriormente llegar a una solución de las demandas de los ciudadanos estadounidenses mediante arbitraje. Las cuestiones sometidas al tribunal arbitral se referían, por ejemplo, a la categoría de personas que tendrían derecho a indemnización con arreglo al acuerdo de 1903, si las obligaciones del Canadá tenían una limitación temporal, si la presa había causado efectivamente los daños y el monto de la indemnización pagadera¹³⁶.

97. En el procedimiento arbitral, el Canadá adujo inicialmente que si se interpretaba en la forma debida el acuerdo de 1903, quedaba de manifiesto que sólo estaba obligado a indemnizar al propietario de la isla Galops¹³⁷. El tribunal rechazó este argumento en su primera decisión, de fecha 15 de enero de 1968, en la que afirmó que «con arreglo a la verdadera interpretación del acuerdo [...] la obligación [del Canadá] se extendía no sólo a los propietarios de la isla Galops, sino también a cualquier ciudadano de los Estados Unidos»¹³⁸.

98. De hecho, el Canadá había comunicado anteriormente al Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, Dean Acheson, que «reconocía en principio su obligación de pagar una indemnización por daños y perjuicios a los ciudadanos estadounidenses a condición de que ellos fuesen imputables a la construcción o al funcionamiento de la presa de Gut en el sentido de la segunda condición que constaba en los instrumentos de aprobación expedidos por el Secretario de Estado de los Estados

Unidos no dio lugar a una revisión del fallo en 1957 (*United States Reports*, 1957, vol. 353, pág. 936). Algunos ciudadanos estadounidenses demandaron también al Gobierno de los Estados Unidos para que resarciera los daños sufridos «sobre la base de que, al haber concedido el permiso para construir parte de la presa en territorio de los Estados Unidos, éstos habían incurrido en responsabilidad por los daños y perjuicios presuntamente dimanados del funcionamiento de la presa». Tampoco se dio lugar a esta demanda presentada ante el tribunal de reclamaciones de los Estados Unidos en 1956; véase *Huther c. Estados Unidos (Federal Supplement)*, 1957, vol. 145, pág. 916). La información de esta nota proviene de Whiteman, *op. cit.* (nota 128 *supra*), págs. 769 y 770.

¹³⁵ Whiteman, *op. cit.*, pág. 769.

¹³⁶ *ILM*, vol. 8, págs. 133 a 140. Compárese con la opinión de J. A. Beesley expresada en el Coloquio de 1973 de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, según la cual las autoridades canadienses «en la práctica habían aceptado la responsabilidad y sólo sometían a arbitraje la cuestión del monto de la indemnización» (A. C. Kiss, ed., *La protection de l'environnement et le droit international*, Leyden, Sijthoff, 1975, pág. 497).

¹³⁷ *ILM*, pág. 133. «Como a principios del siglo XX el propietario de esa isla había exonerado de responsabilidad al Gobierno del Canadá, el resultado inevitable de este argumento sería que el Canadá no tenía responsabilidad alguna» (*ibid.*). La interpretación del «acuerdo» revestía especial importancia, porque.

«A diferencia de la mayoría de [...] los acuerdos internacionales, el acuerdo con arreglo al cual se había construido la presa de Gut no constaba oficialmente en un documento bilateral ni había sido objeto de un canje bilateral convenido de documentos, como un intercambio de notas, por ejemplo.» [...] (*ibid.*, pág. 134.)

¹³⁸ *Ibid.*, pág. 136.

¹³¹ *Ibid.*, pág. 120.

¹³² Whiteman, *op. cit.* (nota 128 *supra*), pág. 769, citando el memorando del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América de 12 de mayo de 1960.

¹³³ *ILM*, vol. 8, pág. 121.

¹³⁴ Las demandas fueron interpuestas contra el Gobierno del Canadá en el tribunal de distrito de los Estados Unidos correspondiente al distrito septentrional de Nueva York. Una de las demandas correspondía a una acción colectiva presentada en nombre de más de mil demandantes. La notificación de la demanda fue hecha al Cónsul General del Canadá en la ciudad de Nueva York. A los efectos del proceso, se procedió a una acumulación de demandas que finalmente fueron rechazadas el 24 de mayo de 1956 por falta de jurisdicción sobre el demandado en razón de un vicio en la notificación, véase *Oster c. Dominion of Canada* (1956) (*Federal Supplement*, 1957, vol. 144, pág. 746), fallo confirmado *per curiam*, sin opinión, en autos *Clay et al. c. Dominion of Canada* (1956) (*Federal Reporter, 2nd Series*, 1957, vol. 238, pág. 400). La Corte Suprema de los Es-

Unidos el 18 de agosto de 1903 [...]»¹³⁹. Según esta declaración, pues, el Canadá admitía su obligación de indemnizar a los propietarios estadounidenses que pudiesen demostrar que habían sufrido daños en razón de la presa. La cuestión de la causalidad era una de las que tenía que decidir el tribunal.

99. Sin embargo, como ya se señaló, finalmente se llegó a una transacción¹⁴⁰. La transacción, a la que se había llegado después de entablar negociaciones por sugerencia del tribunal, «debía entenderse sin perjuicio de la posición de cualesquiera de las partes respecto de los hechos o del derecho»¹⁴¹.

100. Hay que tener cuidado al evaluar la importancia jurídica de este arbitraje habida cuenta de que su contexto, tanto de hecho como de derecho, era muy especial. El Canadá admitió que tenía la obligación de pagar una indemnización por los daños y perjuicios causados por la presa, pero sólo en favor de particulares estadounidenses y consistía únicamente en pagar la indemnización que fuera pactada entre ellos y el Gobierno del Canadá, o fuese determinada por un tribunal «competente» de los Estados Unidos. Por lo tanto, si bien no cabe decir que el Canadá haya aceptado expresamente resarcir a los Estados Unidos por los perjuicios que les hubiera causado la presa, hay que tener presente que el Gobierno de los Estados Unidos no subordinó su aprobación del proyecto del Canadá a un acuerdo de esa índole. Cabe suponer que habría estado autorizado para hacerlo, ya que parte de la presa había de construirse en territorio estadounidense.

101. Al evaluar los efectos jurídicos de este asunto habría que tener también en cuenta otros elementos diversos. En primer lugar, el Canadá, en la primera «condición» incluida en el instrumento de aprobación por los Estados Unidos, convino en adoptar las medidas correctivas que el Secretario de Guerra de los Estados Unidos «decretara» si se determinaba que la presa afectaba el nivel del agua o que había causado «perjuicios a intereses de los Estados Unidos». Evidentemente, como estas medidas tendrían únicamente efecto prospectivo, no se mencionaba para nada la obligación de resarcir daños anteriores ni de pagar una indemnización a los Estados Unidos por ese concepto. Por más que el instrumento de aprobación no estipulaba ninguna obligación de prevenir¹⁴² o reparar, incluso a falta de acuerdo del Canadá, éste habría estado obligado, en virtud del derecho internacional general, a resarcir a los Estados Unidos de los perjuicios causados por la construcción o el funcionamiento de la presa y ello no cambiaría por el hecho de que la presa hubiese estado situada íntegramente en territorio canadiense¹⁴³. En reali-

dad, no se ha encontrado nada que indique que el Canadá hubiese negado alguna vez que le incumbía tal obligación. No es sorprendente que el Canadá impugnara su obligación de indemnizar a los ciudadanos estadounidenses perjudicados ni cabe considerar que equivalga a no reconocer sus obligaciones con los Estados Unidos en virtud del derecho internacional general. En primer lugar, la posición del Canadá en su argumento ante el tribunal consistió en que el «acuerdo» en virtud del cual se construyó la presa de Gut constaba de una serie de documentos y actos y que «toda la correspondencia, leída en su conjunto, demostraba que la intención común de los dos gobiernos era que, en caso de daño, sólo se había de indemnizar al propietario de la isla Galops»¹⁴⁴. En segundo lugar, el Canadá consideraba que su obligación debía quedar sujeta a algún tipo de plazo, ya que las demandas habían sido interpuestas unos 50 años después de concertado el acuerdo¹⁴⁵. Por último, no hay que olvidar que en esos años el nivel de las aguas había crecido en general en todos los Grandes Lagos (véase párr. 95 *supra*); por lo tanto, el problema de la causalidad parecía haber sido muy real.

iii) *Asunto del Lago Lanós*

102. El asunto del *Lago Lanós*¹⁴⁶ se refería a si Francia, Estado del curso superior, podía llevar a cabo un proyecto que alterara las condiciones naturales de la cuenca hidrográfica del lago Lanós. En su laudo, refiriéndose a los límites de la libertad de acción de Francia, el tribunal observa que existe «un principio que prohíbe al Estado del curso superior alterar las aguas de un río en condiciones tales que se pueda perjudicar gravemente al Estado del curso inferior»¹⁴⁷. Por otra parte, en opinión del tribunal, el mero hecho de que el proyecto pondría a Francia en situación de ocasionar daños a España no acarrearía la responsabilidad de Francia, como tampoco lo haría el hecho de que Francia realizara una actividad que planteara un «riesgo técnico» a España:

[...] Incluso si se sitúa únicamente en el plano de las relaciones de vecindad, el riesgo político alegado por el Gobierno español no sería más anormal que el riesgo técnico de que se ha hablado más arriba. En todo caso, ni en el Tratado ni en el Acta adicional de 26 de mayo de 1866 ni en el derecho internacional común se encuentra ninguna norma por la que se prohíba que un Estado, para salvaguardar sus legítimos intereses, se coloque en situación que le permita de hecho, violando sus compromisos internacionales, perjudicar incluso gravemente a un Estado vecino¹⁴⁸.

La conclusión se basaba en parte en el «principio general del derecho perfectamente establecido según el cual no se

párr. 88 *supra*), incluido el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, como del arbitraje en el asunto de la *Fundición de Trail*, examinado más adelante. Sin más datos acerca de las negociaciones que culminaron en el «acuerdo», no se puede llegar a la conclusión de que la «aceptación» por los Estados Unidos de esas condiciones equivalía a la renuncia de su derecho a una reparación en caso de que la presa causara daño apreciable a los Estados Unidos. Además, es muy poco probable que el Gobierno de los Estados Unidos hubiera renunciado a este derecho antes de que siquiera se construyera la presa, pues no habría tenido la menor idea de si ésta causaría daño y de la extensión de los daños.

¹⁴⁴ *ILM*, vol. 8, págs. 133 y 134. Véanse también párr. 97 y nota 137 *supra*.

¹⁴⁵ El tribunal falló en contra del Canadá a este respecto en su segunda decisión, de 12 de febrero de 1968 (*ibid.*, págs. 138 a 140).

¹⁴⁶ El texto original francés de la sentencia arbitral figura en Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (N.º de venta: 63.V.3), págs. 281 y ss.; extractos en *Anuario...* 1974, vol. II (segunda parte), págs. 207 y ss., documento A/5409, párrs. 1055 a 1068.

¹⁴⁷ Párrafo 13 (primer apartado) de la sentencia (*Recueil...*, pág. 308).

¹⁴⁸ Párrafo 9 (segundo apartado) de la sentencia (*Recueil...*, pág. 305).

¹³⁹ Carta de fecha 10 de noviembre de 1952 dirigida al Secretario de Estado de los Estados Unidos por la Embajada del Canadá en Washington en relación con las demandas pendientes contra el Canadá en tribunales estadounidenses (*ibid.*, pág. 139).

¹⁴⁰ El Canadá aceptó pagar a los Estados Unidos 350.000 dólares por concepto de arreglo íntegro y definitivo de todas las demandas, cuya cuantía original era de 653.386 dólares (*ibid.*, pág. 140).

¹⁴¹ *Ibid.*, pág. 118.

¹⁴² Se podría encontrar en la primera condición una obligación tácita de prevención, pero la única consecuencia que se menciona expresamente del incumplimiento de una obligación de esa índole sería el deber de introducir en estas obras los cambios que exigieran los Estados Unidos.

¹⁴³ Ese resultado dimana tanto de los principios en que se basa el artículo 8, aprobado por la Comisión en su 40.º período de sesiones (véase

presume la mala fe»¹⁴⁹. Estas afirmaciones permiten concluir por analogía que la simple construcción por un Estado de, por ejemplo, una presa, aunque coloque al Estado en situación de ocasionar daños a otro Estado del curso de agua, no está «prohibida» por el derecho internacional y, por lo tanto, no acarrea por sí la responsabilidad del primer Estado. Al mismo tiempo, el daño apreciable ocasionado efectivamente en razón de que el Estado en que se encuentra la obra no establezca en ella condiciones de seguridad o no la haya mantenido de manera adecuada entrañaría, sin duda alguna, responsabilidad en virtud del artículo 8 del proyecto (véase párr. 88 *supra*). Además, hay amplios precedentes para exigir que un Estado que piense realizar una actividad de esta naturaleza o que se percate de un peligro de esa índole notifique (advierta) al otro y le dé oportunidad para entablar consultas respecto del peligro que la situación, real o eventual, pueda plantearle¹⁵⁰. Así pues, las afirmaciones del tribunal que conoció del asunto del *Lago Lanós* deben ser consideradas e interpretadas en su contexto jurídico.

iv) Asunto de la Fundición de Trail (*Trail Smelter*)

103. En el asunto de la *Fundición de Trail*¹⁵¹, la controversia se refería a la contaminación transfronteriza del aire y no a un curso de agua internacional. Sin embargo, el principio básico reconocido por el tribunal arbitral era de amplia significación, ya que se basaba en principios generales de derecho internacional. En su segundo laudo, el tribunal declaró que:

[...] con arreglo a los principios del derecho internacional [...] ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma que el territorio de otro Estado o las personas o bienes que allí se encuentren sufran daños por efecto del humo, cuando ello tenga consecuencias graves y quede demostrado el daño mediante pruebas claras y convincentes¹⁵².

Esta afirmación puede ser considerada una aplicación de uno de los principios sostenidos en el asunto del *Estrecho de Corfú* y del principio *sic utere tuo*, y también como uno de los fundamentos del Principio 21 de la Declaración de

la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)¹⁵³. En todas estas opiniones, se reconoce expresa o tácitamente que los Estados tienen, de acuerdo con el Principio 21 de la Declaración, la obligación de «asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados [...]». Este principio se aplica con igual validez a actividades que dan lugar a riesgos, peligros u otros problemas relacionados con el agua que puedan poner en peligro o causar perjuicios a otros Estados del curso de agua.

104. Los laudos arbitrales antes resumidos ofrecen una serie de valiosas ideas acerca de los principios que, según han aceptado los tribunales y los propios Estados, rigen los problemas de la índole que se examina. Ante todo, la CIJ ha reconocido en dos oportunidades la obligación de un Estado de advertir a otros que podrían resultar afectados de peligros que estén en su conocimiento. Asimismo, ha invocado el «principio generalmente reconocido», que se expresa en la máxima *sic utere tuo*, de que un Estado no debe permitir «la utilización de su territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados»¹⁵⁴. Esto presumiblemente incluiría los actos que directa o indirectamente den lugar a riesgos, peligros u otros problemas relacionados con el agua que ocasionen perjuicios a otros Estados del curso de agua. El principio general *sic utere tuo* ha sido confirmado en varios laudos arbitrales, algunos de los cuales se referían concretamente a problemas relacionados con inundaciones reales o posibles. Por otra parte, se ha reconocido que el derecho internacional no prohíbe que un Estado, «para salvaguardar sus legítimos intereses, se coloque en situación que le permita de hecho, violando sus compromisos internacionales, perjudicar incluso gravemente a un Estado vecino»¹⁵⁵. No obstante, este pasaje sugiere de modo preciso que al ocasionar daños graves a un Estado vecino mediante, por ejemplo, la construcción o el funcionamiento deficientes de una presa se podría llegar a transgredir las obligaciones internacionales del Estado donde esté situada la presa.

B.—Otros problemas y condiciones relacionados con las aguas

I. INFILTRACIÓN DE AGUA SALADA

105. La expresión «infiltración salina» o «de agua salada» se refiere a la penetración del agua de mar en el agua dulce. Ocurre con más frecuencia en la desembocadura de los ríos, pero puede afectar también a los acuíferos. La infiltración salina puede deberse a la acción del hombre, a un fenómeno natural o a una combinación de ambas cosas. Por ejemplo, la derivación de las aguas de una corriente que se realiza aguas arriba con fines de riego puede alterar el equilibrio entre las presiones contrarias del agua dulce y el agua salada en la superficie de separación entre el río y el océano, lo que permite una mayor penetración

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ De hecho, así lo establecen las disposiciones de la tercera parte del proyecto de artículos en examen y las opiniones autorizadas consignadas en los comentarios a dichos artículos, como también las que se mencionan en los informes pertinentes del Relator Especial. Véanse asimismo, por ejemplo, el segundo informe del Sr. Barboza sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional [*Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 153, documento A/CN.4/402, párr. 14]; el «Estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», preparado por la Secretaría [*Anuario... 1985*, vol. II (primera parte)/Add., págs. 69 y ss., documento A/CN.4/384, párrs. 280 a 283]; American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul (Minn.), 1987, vol. 2, págs. 114 a 116, art. 601, nota 4; y el informe del Grupo de expertos sobre derecho ambiental de la Comisión Brundtland, *Environmental Protection...*, *op. cit.* (nota 88 *supra*), págs. 98 a 119, arts. 16 a 19 y comentarios al respecto.

¹⁵¹ Texto original inglés de los laudos de 16 de abril de 1938 y 11 de marzo de 1941 en Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 y ss.; extractos en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 203 y ss., documento A/5409, párrs. 1049 a 1054. Véase el análisis de este arbitraje en los informes segundo y cuarto del Relator Especial, documento A/CN.4/399 y Add.1 y 2 (nota 19 *supra*), párrs. 125 a 128, y documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2 (nota 1 *supra*), párr. 85, respectivamente.

¹⁵² Naciones Unidas, *Recueil...*, vol. III, pág. 1965.

¹⁵³ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo. 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.II.A.14 y corrección), cap. I.

¹⁵⁴ Asunto del *Estrecho de Corfú*, C.I.J. *Recueil* 1949, pág. 22.

¹⁵⁵ Asunto del *Lago Lanós*; véase nota 148 *supra*.

del agua salada aguas arriba¹⁵⁶. Pero «en la mayoría de los casos, la naturaleza produce esta infiltración sin ninguna asistencia del hombre, especialmente durante la temporada seca o de caudal bajo»¹⁵⁷. El problema también puede exacerbarse a causa de las tormentas en las llanuras costeras inundables¹⁵⁸.

106. La infiltración de agua salada es un problema grave que afecta a muchos cursos de agua internacionales¹⁵⁹, tales como el río Gamba¹⁶⁰ y el sistema hidrográfico de los ríos Ganges, Brahmaputra y Meghna, que juntos forman el río Padma¹⁶¹. Los caudales fluviales, que en otras circunstancias se aprovecharían para riego u otros fines, deben utilizarse con frecuencia para el «rechazo de la intrusión salina procedente del mar»¹⁶².

107. La salinización del agua dulce, sea que se deba a la infiltración de agua salada o al riego, convierte efectivamente el agua dulce en agua salobre o salada, lo que impide su utilización para satisfacer varias necesidades humanas¹⁶³. Aunque la tecnología necesaria para la desalinización existe, el procedimiento resulta por el momento bastante caro.

108. Debido a que es una alteración de la calidad del agua provocada por la conducta humana, y a que produce efectos nocivos, entre otras cosas, para la salud humana, los usos beneficiosos del agua y el medio ambiente, la infiltración de agua salada causada por la actividad humana es una forma de «contaminación» dentro del significado que se da a esa expresión en el párrafo I del proyecto de artículo 16 [17] presentado en el cuarto informe¹⁶⁴. Sin em-

bargo, como puede que ello no sea evidente, tal vez convenga ponerlo de relieve haciendo referencia expresa a la infiltración de agua salada causada por la acción del hombre en un artículo sobre el tema de los riesgos y peligros relacionados con el agua. Igualmente importante, si no más, es la necesidad de contar con la cooperación y la solidaridad internacionales para tratar el problema de la infiltración provocada por fenómenos naturales como la sequía o la disminución estacional del caudal de agua. En consecuencia, también debe tratarse esta situación en el proyecto de artículos, especialmente habida cuenta de que no estará incluida en los artículos sobre contaminación.

2. SEQUÍA Y DESERTIFICACIÓN

109. La mayor parte del material de la sección A del presente capítulo trata de los problemas causados por una sobreabundancia de agua. No obstante, en muchas regiones del mundo se produce precisamente la situación contraria. Incluso en algunas zonas puede haber sequía e inundaciones dentro de un mismo período de doce meses¹⁶⁵, ciclo que puede repetirse en forma periódica.

110. La sequía prolongada puede provocar la aridez de las tierras agrícolas y de otro tipo, dando lugar a la desertificación de algunas zonas. Este último fenómeno ha sido definido como

el avance o penetración de un medio desértico en las regiones áridas o semiáridas, debido a los cambios de clima, las actividades humanas o ambas cosas. Entre los factores climáticos se cuentan los períodos de sequía temporal pero grave y los cambios climáticos de largo plazo que dan lugar a la aridez. Entre los factores humanos se incluye la alteración artificial del clima, como la degradación del medio biológico en las regiones áridas a causa de la eliminación de la vegetación (lo que puede provocar una erosión desusadamente elevada), el exceso de cultivo y el agotamiento de los recursos hídricos de superficie o subterráneos debido a su utilización para el riego, la industria, la explotación minera a cielo abierto, etc.

[...] El proceso se caracteriza por el descenso del nivel freático, la salinización de la capa vegetal y el agua, la disminución del agua de superficie, el aumento de la erosión y la desaparición de la vegetación autóctona¹⁶⁶.

La grave sequía que afectó al Sahel durante el período 1968-1973 provocó un avance acelerado del desierto del Sáhara hacia el sur, y centró la atención internacional en el problema de la desertificación¹⁶⁷. En 1977, se celebró en Nairobi una conferencia sobre la desertificación auspiciada por las Naciones Unidas. En un informe preparado en 1983 a petición del Consejo Económico y Social, el Secretario General pone de relieve el problema en forma gráfica: «la [...] desertificación constituye un fenómeno mundial que afecta a más de un tercio de la superficie terrestre total de los continentes de África, América del Sur y Asia»¹⁶⁸.

111. Es probable que los problemas de la sequía y la desertificación se agudicen en el futuro debido al «efecto de invernadero» y el consiguiente aumento de la temperatura

¹⁵⁶ El Sr. Schwebel, en su tercer informe, precisa:

«Si la reducción de caudal o de presión se debe a la extracción de agua por parte de un Estado corribereño del sistema, el Estado o los Estados costeros del sistema pueden experimentar un daño considerable debido a lo que se consideraría como contaminación según la definición que aparece [anteriormente] [...]» [Documento A/CN.4/348 (véase nota 16 *supra*), nota 640.]

¹⁵⁷ *Ibid.*, párr. 370.

¹⁵⁸ Ello es así, por ejemplo, en el caso de Bangladesh. Véase B. M. Abbas, «River basin development for socio-economic growth: Bangladesh», documento presentado al Seminario de Budapest de 1975, *loc. cit.* (nota 22 *supra*), vol. II, págs. 188 a 190. Véase también el resumen de los trabajos del Seminario de 1989 sobre las inundaciones en Bangladesh (nota 8 *supra*), *passim*.

¹⁵⁹ El Tratado celebrado en 1960 entre Bélgica y los Países Bajos sobre el mejoramiento del canal de Terneuzen a Gante y la solución de algunos problemas afines dispone en el artículo 32 que debe mantenerse una determinada proporción entre el agua dulce y el agua salada en los canales limitrofes.

¹⁶⁰ Véanse, por ejemplo, la información sobre la presa de contención para el control de la salinidad de Yellitenda en el documento presentado a la Reunión de Dakar de 1981 por la Organización del Desarrollo del río Gambia, «Nota técnica sobre la Organización del Desarrollo del río Gambia», Naciones Unidas, *Experiencias en el aprovechamiento...* (véase nota 81 *supra*), pág. 439; y el informe de R. D. Hayton sobre el tema II de la Reunión de Dakar, «Progreso en medidas de cooperación» (*ibid.*, pág. 68).

¹⁶¹ Véase, por ejemplo, el documento preparado por el Ministerio de Energía, Recursos Hídricos y Control de las Inundaciones, de Bangladesh, «Organizaciones internacionales de cuencas fluviales» (*ibid.*, págs. 282 y 284).

¹⁶² *Ibid.*, pág. 284.

¹⁶³ En su tercer informe, el Sr. Schwebel dice: «Cuando la salinidad es alta, el agua se torna inutilizable para fines domésticos, municipales, agrícolas y la mayoría de los fines para los cuales la usan las industrias» [documento A/CN.4/348 (nota 16 *supra*), párr. 371].

¹⁶⁴ Documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2 (véase nota 1 *supra*), cap. III, secc. C.

¹⁶⁵ Ello ocurre, por ejemplo, en Bangladesh, que sufrió inundaciones extremadamente graves a fines del verano y comienzos del otoño de 1988, para ser luego víctima de una sequía en la primavera de 1989.

¹⁶⁶ *The New Encyclopaedia Britannica*, 15.ª ed., Chicago, 1987, vol. 4, pág. 32.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Informe del Secretario General sobre los «Recursos hídricos: progresos realizados en la aplicación del Plan de Acción de Mar del Plata» (E/C.7/1983/11), párr. 165.

del planeta (véase párr. 7 *supra*). Por el momento, más de la tercera parte de las tierras cultivables del mundo está situada en regiones afectadas por la sequía¹⁶⁹. El problema es más grave en el continente africano, donde se calcula que anualmente se pierden entre 50.000 y 70.000 kilómetros cuadrados de tierras cultivables por el avance de los desiertos¹⁷⁰.

112. Las consecuencias de la sequía son múltiples y variadas. Abarcan desde la falta de agua para satisfacer las necesidades domésticas, agrícolas e industriales, hasta el daño ambiental y las epidemias de enfermedades debidas a la contaminación del agua potable o la falta de saneamiento adecuado. En el informe de 1983, mencionado anteriormente (párr. 110), el Secretario General señala que los desastres naturales como las inundaciones y las sequías obstaculizan los esfuerzos de muchas naciones por lograr el desarrollo social y económico, y pide que se intensifiquen los esfuerzos por reducir los daños causados por esos fenómenos mediante la aplicación de medidas tanto estructurales cuanto no estructurales, como el establecimiento de sistemas de aviso anticipado y de métodos de predicción¹⁷¹. La importancia de tales medidas, así como una planificación adecuada, se puso de relieve durante el debate general de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, en relación con los riesgos naturales:

101. Se reconoció que las medidas de emergencia no podían reemplazar a la planificación previa ni a las medidas que debían adoptarse para prevenir los desastres [...]

102. Algunos representantes se refirieron a las trágicas consecuencias de la última sequía de la región saheliana, que en muchos casos había afectado irreversiblemente al ecosistema y provocado la desertificación. Si bien la duración cíclica de la sequía había sido prolongada, se observó que las dimensiones que asumió esta catástrofe se debían en gran parte a la debilidad de la actual estructura socioeconómica y a la falta de una infraestructura relacionada con el agua que permitiera hacer frente a la falta de precipitaciones. Se observó asimismo que, contrariamente a lo que se creía en general, el principal problema no era la fundamental falta de agua en la región. Los estudios de evaluación indicaban que la existencia potencial de agua, en particular de aguas subterráneas, era bastante considerable en relación con las necesidades previsibles¹⁷².

113. Las consideraciones anteriores llevaron a la Conferencia a formular, dentro del Plan de Acción de Mar del Plata, un conjunto de recomendaciones sobre el tema del control de las pérdidas producidas por las sequías¹⁷³. Tras declarar que la adopción de medidas para mitigar los efectos de la sequía en las zonas afectadas «tiene gran prioridad», la conferencia señaló que era «necesario mejorar las bases para la planificación de la ordenación de tierras y aguas [...] en las zonas sujetas a sequías graves»¹⁷⁴. Con ese objeto recomendó a los países que

[...]

b) Realicen un inventario de todos los recursos hídricos disponibles y formulen planes a largo plazo para su aprovechamiento como parte integrante del aprovechamiento de otros recursos naturales [...]. Esas activi-

dades requieren la coordinación con actividades similares que se lleven a cabo en países vecinos;

c) Consideren la posibilidad de llevar agua de las zonas en que hay excedentes de recursos hídricos a zonas sujetas a sequías;

d) Intensifiquen la exploración de las aguas subterráneas mediante investigaciones geofísicas e hidrogeológicas y emprendan programas en gran escala en el plano regional [...];

e) Determinen los efectos de la sequía en los acuíferos [...];

[...]

k) Refuercen los arreglos institucionales [...] para la preparación y difusión de pronósticos hidrológicos, hidrometeorológicos y agrícolas y para la utilización de esta información en el aprovechamiento de los recursos hídricos y el socorro en casos de desastre;

[...]

m) Elaboren planes de emergencia para hacer frente a situaciones de urgencia en zonas afectadas por la sequía;

n) Estudien el papel potencial de la integración de las aguas superficiales y subterráneas de las cuencas hidrográficas utilizando las reservas de agua almacenadas en formaciones subterráneas a fin de mantener un abastecimiento mínimo en situaciones de sequía¹⁷⁵.

114. La práctica de los Estados situados en regiones afectadas por la sequía demuestra su determinación de cooperar para combatir el problema. Por ejemplo, en el artículo 4 de la Convención de 1980, constitutiva de la Autoridad de la cuenca del río Níger, se establece que la Autoridad emprenderá actividades relacionadas con la prevención y el control de la sequía y la desertificación (párr. 2, *c* IV y *d* IV). Otro ejemplo de esta práctica se encuentra en la Convención por la cual se crea el Comité Permanente Interestatal de Lucha contra la Sequía en el Sahel. Las funciones del Comité Permanente incluyen la coordinación de todas las medidas adoptadas para luchar contra la sequía y sus consecuencias en el plano subregional, y la utilización de los recursos disponibles para la financiación de operaciones dentro del marco de la cooperación subregional [art. 4, i) y iv)]¹⁷⁶.

115. Los problemas de la sequía y la desertificación han sido objeto de considerable atención en recientes reuniones intergubernamentales, particularmente en lo que se refiere a la región de África, donde esas condiciones son especialmente graves. Por ejemplo, una de las decisiones adoptadas por la primera Conferencia Ministerial Africana sobre el Medio Ambiente celebrada en El Cairo del 16 al 18 de diciembre de 1985, fue la de fortalecer la cooperación subregional con respecto al desarrollo ecológico y del medio ambiente y dar prioridad a lo siguiente:

[...]

b) Actividades para luchar contra la desertificación y el avance de los desiertos en la zona del sur del Sáhara y en el Cinturón de la goma arábiga mediante programas de rehabilitación ecológica;

[...]

e) Apoyo a la Autoridad de la cuenca del río Níger para el aprovechamiento integrado de la cuenca del río Níger, con el fin de utilizar sus aguas y ecosistemas en forma racional y, en particular, de detener la desecación de su delta interior (Benin, Burkina Faso, Camerún, Côte d'Ivoire, Chad, Guinea, Mali, Níger y Nigeria);

¹⁶⁹ Véase la declaración de 27 de septiembre de 1983 ante la Asamblea General del Sr. Pereira, Presidente de la República de Cabo Verde, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo octavo período de sesiones, Sesiones plenarias*, vol. I, 7.ª sesión, párr. 17.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ E/C.7/1983/11, párr. 261.

¹⁷² Naciones Unidas, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua...* (nota 68 *supra*), tercera parte, cap. V.

¹⁷³ *Ibid.*, primera parte, cap. I, párrs. 66 a 68.

¹⁷⁴ *Ibid.*, párrs. 66 y 67.

¹⁷⁵ *Ibid.*, párr. 68.

¹⁷⁶ Otros ejemplos de cláusulas de tratados que se ocupan del problema de la posible escasez de agua, pero sin recurrir a la expresión «sequía», se encuentran, por ejemplo, en el Acuerdo de 1959 entre el Nepal y la India sobre el aprovechamiento del río Gandak para fines de riego y de producción de energía hidroeléctrica (art. 10), y el Protocolo N.º 1, relativo a la regulación de las aguas del Tigris y del Eufrates y de sus afluentes, anexo al Tratado de Amistad y Buena Vecindad entre el Iraq y Turquía, de 1946 (cuarto párrafo del preámbulo).

[...]

h) Actividades para combatir el avance de los desiertos del África meridional con el fin de promover la producción de alimentos;

i) Estudio y aplicación de un plan de aprovechamiento integrado de fines múltiples para la cuenca del río Zambeze (riego, navegación y energía eléctrica), con el fin de utilizar sus aguas en forma racional, luchar contra la desertificación, [...];

[...]

l) Examen y ejecución del plan maestro de aprovechamiento de las cuencas de los ríos Gambia (Gambia, Guinea, Guinea-Bissau y Senegal) y Senegal (Mali, Mauritania y Senegal), con objeto de utilizar sus aguas y sus recursos hidroeléctricos para la lucha contra la desertificación y prevenir posibles efectos adversos para el medio ambiente;

[...]

q) Preparación y ejecución de un programa de cooperación regional para luchar contra la desertificación en la región abarcada por el Comité Permanente Interestatal de Lucha contra la Sequía en el Sahel, el Magreb, los Estados miembros de la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental, Egipto y el Sudán, [...];

[...]

u) Prestación de asistencia a los Estados miembros de la Conferencia para la Coordinación del Desarrollo del África Meridional mediante programas para detener en forma individual y colectiva los efectos perniciosos de la sequía endémica en la región y a mejorar las técnicas de explotación de los recursos naturales;

[...] ¹⁷⁷

116. En la Reunión de Addis Abeba, en 1988, la Comisión Económica para África presentó un informe sobre «Administración integrada de las cuencas fluviales y lacustres como vehículo para el desarrollo socioeconómico en África» ¹⁷⁸. En el curso del debate que siguió a la presentación del informe, hubo consenso en que en el contexto de las zonas semiáridas de África, se considera que la ordenación integrada de las grandes cuencas hidrográficas es la única estrategia de desarrollo que puede dar lugar al rápido crecimiento económico necesario para luchar contra la escasez de alimentos, la sequía y la desertificación.

117. Como lo indica el análisis anterior, los problemas de la sequía y la desertificación se cuentan entre los más graves que sufre la humanidad. Aunque no afectan a todos los sistemas de cursos de agua internacionales, tales condiciones se hallan presentes o latentes en la mayoría de las regiones del mundo: «Desde Djibouti hasta China, Portugal, Estados Unidos de América, la República Unida de Tanzania y numerosas otras regiones, la sequía constituye una gran preocupación» ¹⁷⁹. Habida cuenta de la manifiesta necesidad de contar con la cooperación regional e internacional para abordar esos problemas, parece adecuado hacerlos objeto de reglamentación en el proyecto de artículos en examen.

C.— Artículos propuestos

118. El Relator Especial recomienda que los problemas a que se hace referencia en el presente capítulo, así como el problema de las situaciones de emergencia relacionadas

¹⁷⁷ Programa de El Cairo para la cooperación africana (UNEP/GC.14/4/Add.6, anexo I), secc. E, párr. 1.

¹⁷⁸ Naciones Unidas. *Aprovechamiento de cuencas fluviales y lacustres* (véase nota 71 *supra*), pág. 68.

¹⁷⁹ Tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (véase nota 16 *supra*), párr. 378.

con la contaminación o el medio ambiente (tema del proyecto de artículo 18 [19] presentado en el cuarto informe ¹⁸⁰), sean tratados de conformidad con el tipo de medidas que deban adoptar los Estados de los cursos de agua en relación con el tipo concreto de problema a que se enfrentan. Los incidentes, riesgos, peligros y condiciones de que se trata se dividen en dos categorías principales: los que tienen carácter de emergencia actual o posible y los que no lo tienen. Las medidas necesarias para tratar la primera categoría de problemas son cualitativamente diferentes de las necesarias para tratar la segunda categoría de problemas. Entre las primeras se cuentan, entre otras cosas, el suministro de datos e información, la adopción de medidas de prevención y seguridad, la planificación para eventualidades, la notificación de cualquier amenaza o de cualquier incidente o suceso que haya ocurrido efectivamente, la adopción de medidas de emergencia para prevenir y mitigar los daños durante un incidente o suceso y la adopción de medidas correctivas luego de ocurrido el suceso. Es evidente que todas esas medidas deben basarse en la cooperación entre los Estados del curso de agua, según lo estipulado en el artículo 9 (Obligación general de cooperación), aprobado provisionalmente por la Comisión en su 40.º período de sesiones ¹⁸¹. El tipo de medidas necesarias para tratar los problemas de la segunda categoría es por lo general de carácter menos urgente, pero también puede consistir en la aplicación de medidas de prevención, el intercambio de datos e información y la cooperación en la adopción de medidas correctivas; pueden consistir también en formas de cooperación progresiva, como la construcción de obras de protección, la eliminación de sedimento y otro tipo de operaciones de mantenimiento.

119. Teniendo presentes los factores que anteceden, el Relator Especial expone los siguientes artículos para su examen por la Comisión.

PARTE VI

RIESGOS, PELIGROS Y SITUACIONES DE EMERGENCIA RELACIONADOS CON LAS AGUAS

Artículo 22. — Riesgos, nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas

1. Los Estados del curso de agua cooperarán de manera equitativa para prevenir o, en su caso, aminorar los riesgos, la nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas, como las crecidas, los hielos, los problemas de drenaje, las obstrucciones de la corriente, el entarquinamiento, la erosión, la intrusión de agua salada, la sequía y la desertificación.

2. Los Estados del curso de agua, en cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del párrafo 1 de este artículo, tomarán, entre otras, las medidas siguientes:

¹⁸⁰ Documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2 (véase nota 1 *supra*), cap. III, secc. C.

¹⁸¹ *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y ss.

a) intercambio regular y oportuno de cualesquiera datos e información que contribuyan a prevenir o aminorar los problemas a que se refiere el párrafo 1;

b) consultas acerca de la planificación y aplicación de medidas comunes, tanto estructurales como no estructurales, cuando tales medidas puedan resultar más eficaces que las tomadas individualmente por los Estados del curso de agua; y

c) preparación de estudios sobre la eficacia de las medidas que se hayan tomado y consultas al respecto.

3. Los Estados del curso de agua tomarán todas las medidas necesarias para velar por que las actividades bajo su jurisdicción o control que afecten al curso de agua internacional se ejecuten de manera que no se creen riesgos, nocividad ni otros efectos perjudiciales relacionados con las aguas que puedan causar daños apreciables a otros Estados del curso de agua.

Comentario

1) En el párrafo 1 se establece una obligación general de cooperar en lo relativo a los riesgos, la nocividad y otros efectos perjudiciales relacionados con el agua. La cooperación entre los Estados del curso de agua es esencial a los fines de prevenir el tipo de problemas de que trata el proyecto de artículo 22.

2) Los anteriores Relatores Especiales, el Sr. Schwebel y el Sr. Evensen, incluían en el párrafo 1 de sus respectivas versiones del presente artículo la frase «hasta donde lo justifiquen las circunstancias del sistema del curso de agua internacional de que se trata», u otra equivalente¹⁸². El Relator Especial ha omitido esta frase del texto propuesto anteriormente sobre la base de que se halla implícita en la expresión «de manera equitativa». No cree que la inclusión de la frase en el artículo presente problemas en principio, pero estima que deben reducirse al mínimo las calificaciones de una obligación que es en sí de carácter muy general.

3) La cooperación realizada «de manera equitativa» también entraña para el Estado del curso de agua que resulte o pueda resultar perjudicado, el deber de contribuir a las medidas de protección adoptadas, al menos en parte, en su beneficio por otro Estado del curso de agua, o a ofrecer la compensación que corresponda¹⁸³.

4) Tanto el artículo 8, aprobado provisionalmente en el 40.º período de sesiones, como el presente artículo se aplicarían a los efectos perjudiciales del agua para las actividades no directamente relacionadas con el curso de

agua¹⁸⁴. Como ejemplo de tales efectos pueden citarse los daños causados por las inundaciones, la sedimentación de los cauces y los puertos, y las enfermedades transmitidas por el agua¹⁸⁵.

5) En el párrafo 2 se han utilizado las palabras «entre otras» para indicar que la lista de medidas señalada no es exhaustiva. En algunos casos pueden necesitarse medidas adicionales o algún tipo de acción cooperativa para que los Estados del curso de agua cumplan las obligaciones estipuladas en el párrafo 1.

6) El párrafo 3 es una combinación de las fórmulas utilizadas en el párrafo 2 del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, y en el artículo 8, aprobado provisionalmente en el 40.º período de sesiones. Aunque a los efectos del presente proyecto de artículos tal vez sea suficiente referirse a las actividades realizadas en el «territorio» de los Estados del curso de agua y no a las realizadas bajo su «jurisdicción o control», se estima que el significado de esta última expresión en el presente contexto es lo suficientemente clara como para ser preferible desde el punto de vista jurídico. Además, es concebible que en algunos casos la expresión «territorio» no incluya todo lo necesario y en otros incluya más de lo necesario. El párrafo 3 se aplicaría, por ejemplo, a los usos de la tierra o el agua que den lugar a problemas como inundaciones, sedimentación, erosión u obstrucciones de la corriente en otros Estados del curso de agua. Como se señaló anteriormente, el Relator Especial estima que esta obligación no es más que una aplicación concreta del artículo 8 (Obligación de no causar daños apreciables). El problema ha sido tratado, entre otros, por la Asociación de Derecho Internacional en su proyecto de artículos, aprobado en 1980, sobre la relación entre el agua, otros recursos naturales y el medio ambiente, cuyo artículo 1 dice:

Artículo 1

De conformidad con el artículo IV de las Normas de Helsinki, los Estados velarán por que:

[...]

b) La ordenación de sus recursos naturales (distintos del agua) y de otros elementos ambientales situados dentro de sus propias fronteras no cause daños sustanciales a los recursos hídricos de otros Estados¹⁸⁶.

El párrafo 3 propuesto anteriormente es algo más amplio que esta disposición, ya que el daño contra el cual ofrece protección no se limitaría al «daño a [...] los recursos hídricos».

¹⁸⁴ Compárese el artículo 1 del proyecto de artículos sobre la relación entre el agua, otros recursos naturales y el medio ambiente, aprobado por la Asociación de Derecho Internacional en su 59.ª Conferencia, en 1980:

«Artículo 1

»De conformidad con el artículo IV de las Normas de Helsinki, los Estados velarán por que:

»a) el aprovechamiento y el uso de los recursos hídricos comprendidos dentro de su jurisdicción no causen daños sustanciales al medio ambiente de otros Estados o de zonas que se hallen fuera de los límites de la jurisdicción nacional; [...]

»[...]

(ILA, *Report of the Fifty-ninth Conference, Belgrade, 1980*, Londres, 1982, págs. 374 y 375.)

¹⁸⁵ La esquistosomiasis (bilharziasis), la ceguera de los ríos, el paludismo y la leptospirosis son ejemplos de esas enfermedades.

¹⁸⁶ Véase nota 184 *supra*.

¹⁸² Véanse el artículo 11 (Prevención y mitigación de riesgos) presentado por el Sr. Schwebel en su tercer informe, documento A/CN.4/348 (nota 16 *supra*), párr. 379; y el artículo 26 (Control y prevención de riesgos relacionados con el agua) presentado por el Sr. Evensen en su primer informe, documento A/CN.4/367 (nota 16 *supra*), párr. 177.

¹⁸³ Véase el Tratado entre el Canadá y los Estados Unidos de América relativo al aprovechamiento de los recursos hidráulicos de la cuenca del río Columbia, de 1961, por el cual el Canadá, de conformidad con los planes establecidos en el Tratado, debe proveer embalses para un determinado volumen de agua, a fin de controlar las inundaciones, y asegurar el funcionamiento de los embalses. A cambio de estas medidas de protección, los Estados Unidos deben compensar al Canadá mediante beneficios en producción eléctrica y monetarios (arts. IV a VI).

Artículo 23.—Peligros y situaciones de urgencia relacionados con las aguas

1. Los Estados del curso de agua informarán sin demora y por los medios más rápidos disponibles a los otros Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones intergubernamentales competentes de cualquier peligro o situación de urgencia relacionados con las aguas que sobrevenga en su territorio o de los que tenga conocimiento. La expresión «peligro o situación de urgencia relacionados con las aguas» comprende los peligros y situaciones esencialmente naturales, como las crecidas, y los que son resultado de actividades humanas, como los vertidos de productos químicos tóxicos y otros acaecimientos que den lugar a una contaminación peligrosa.

2. El Estado del curso de agua en cuyo territorio sobrevenga un peligro o situación de urgencia relacionados con las aguas tomará inmediatamente todas las medidas apropiadas para prevenir, neutralizar o aminorar el peligro o daño que entrañe para otros Estados del curso de agua el peligro o la situación de urgencia.

3. Los Estados de la zona afectada por un peligro o una situación de urgencia relacionados con las aguas y las organizaciones internacionales competentes cooperarán para eliminar las causas y los efectos del peligro o la situación de urgencia y para prevenir o reducir al mínimo el daño que de ellos resulte, en la medida que permitan las circunstancias.

4. Para cumplir eficazmente las obligaciones que les incumben en virtud del párrafo 3 de este artículo, los Estados del curso de agua y los otros Estados que puedan resultar afectados elaborarán, promoverán y ejecutarán colectivamente planes de urgencia para hacer frente a los peligros o las situaciones de urgencia relacionados con las aguas.

Comentario

1) En el presente artículo se incorpora el proyecto de artículo 18 [19] titulado «Situaciones de emergencia relacionadas con la contaminación o el medio ambiente», presentado en el cuarto informe¹⁸⁷. Como se establece claramente en el párrafo 1 del presente artículo, éste se aplica tanto a las situaciones naturales como a las que resultan de actividades humanas. En ambos casos, la situación de urgencia o el peligro normalmente consistirán en un accidente o suceso repentino. La Comisión tal vez desee, cuando sea oportuno, incluir una definición de «peligro o

situación de urgencia relacionados con las aguas» en el artículo 1 del proyecto de artículos.

2) El párrafo 1 estipula que se notifique inmediatamente un peligro o una situación de emergencia que se originen en el territorio de un Estado del curso de agua, o de los que ese Estado tenga conocimiento. «Informar», en este contexto, significa tanto poner sobre aviso como suministrar la información necesaria para que los Estados posiblemente afectados puedan hacer frente a la situación. Cabe observar que los Estados que deben ser notificados no son sólo los Estados «del curso de agua», sino también cualesquiera Estados que puedan resultar afectados (como los Estados costeros que pueden resultar afectados por un derrame de petróleo muy extendido en un curso de agua).

3) El párrafo 2 del proyecto de artículo se aplica principalmente al peligro y situación de emergencia que se producen como resultado de actividades humanas. La obligación principal respecto de los que obedecen a causas naturales consiste, entre otras cosas, en su pronta notificación y en el suministro de información.

4) Los párrafos 3 y 4 se derivan en gran parte del artículo 199 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982. Las obligaciones que figuran en los presentes párrafos también recibieron apoyo tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General¹⁸⁸. En las expresiones «Estados de la zona afectada» y «otros Estados que puedan resultar afectados» se incluyen los Estados que no son del curso de agua pero que, no obstante, pueden resultar perjudicados por un peligro o una situación de emergencia previstos en el artículo.

5) En la Sexta Comisión se sugirió que debía pedirse a los Estados beneficiados con las medidas de protección u otras medidas que compensaran a terceros Estados por las medidas adoptadas¹⁸⁹. En principio, el Relator Especial estima que no habría problema en establecer una obligación así, a condición de que sólo se pida al Estado beneficiado que contribuya en forma equitativa. Este punto merece ser considerado por la Comisión.

6) Un último punto que la Comisión tal vez desee considerar es si en el artículo 23 debe incluirse una disposición por la que un Estado afectado por un desastre deba aceptar la asistencia ofrecida sin considerar ese ofrecimiento como injerencia en sus asuntos internos. Como se recordará, se formularon numerosas observaciones en que se insistía en esta cuestión.

¹⁸⁸ En lo que se refiere a las observaciones formuladas en la Sexta Comisión, véase «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.431), secc. C, párrs. 144 a 146.

¹⁸⁹ *Ibid.*, párr. 146.

¹⁸⁷ Documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2 (véase nota 1 *supra*), cap. III, secc. C.

CAPÍTULO II

Relación entre los usos para la navegación y para fines distintos de ella

(Parte VII del proyecto de artículos)

A.—Introducción

120. Si bien el tema en estudio se refiere principalmente a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, no puede negarse que hay una interacción con los usos para la navegación, en la medida en que estos últimos existan. La navegación puede afectar a los usos distintos de la navegación, o incluso impedirlos, y viceversa. Por ejemplo, puede ser necesario limitar y hasta detener la irrigación para mantener el caudal de agua en los niveles necesarios para la navegación; a la inversa, es posible que la construcción de una presa haga intransitable un río si no se toma alguna disposición especial¹⁹⁰. El Sr. Schwebel había indicado que, en la práctica, los encargados de la ordenación general de los recursos hídricos no podían pasar por alto esa interacción:

[...] Las relaciones mutuas entre los usos de los cursos de agua para fines de navegación y para otros fines son tan numerosas que en los cursos de agua en los que ya se practica o ha de practicarse la navegación, los ingenieros y administradores encargados de la explotación del curso de agua no pueden separar los requisitos y efectos de la navegación de los requisitos y efectos de otras obras hidráulicas. [...] ¹⁹¹

B.—La navegación y el alcance del proyecto de artículos

121. La Comisión ha reconocido las relaciones mutuas entre los usos para la navegación y para los fines distintos de la navegación en el artículo 2, aprobado provisionalmente en su 39.º período de sesiones¹⁹². El párrafo 2 del artículo establece:

Artículo 2.—Ambito de aplicación de los presentes artículos

[...]

2. El uso de los [sistemas de] cursos de agua internacionales para la navegación no está comprendido en el ámbito de aplicación de los presentes artículos salvo en la medida en que otros afecten a la navegación o resulten afectados por ésta.

Los comentarios formulados en la CDI y en la Sexta Comisión sobre esta disposición y el artículo 1 aprobado provisionalmente en el 32.º período de sesiones¹⁹³ revelan el

¹⁹⁰ En su primer informe, el Sr. Schwebel formuló las siguientes observaciones respecto de las relaciones entre los usos de los cursos de agua para fines de navegación y para otros fines:

«[...] Las necesidades de la navegación influyen en la cantidad y calidad de las aguas disponibles para otros usos. La navegación puede contaminar los cursos de agua, y de hecho así ocurre a menudo, al mismo tiempo que requiere mantener determinados niveles de agua; requiere asimismo pasos que permitan salvar o rodear los obstáculos del curso de agua. [...]» [Anuario... 1979, vol. II (primera parte), pág. 161, documento A/CN.4/320, párr. 61.]

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), pág. 26.

¹⁹³ El párrafo 2 del artículo 2 es casi idéntico al párrafo 2 del artículo 1 [Anuario... 1980, vol. II (segunda parte), pág. 107].

reconocimiento y la aceptación generales de la necesidad de examinar la cuestión de la relación entre los usos para la navegación y los usos para otros fines. No obstante, como el proyecto de artículos se centra en los usos distintos de la navegación, el examen de la navegación debería limitarse a lo necesario para conservar la integridad de las disposiciones del proyecto respecto de dichos usos. La formulación negativa del párrafo 2 del artículo 2 pone de relieve este criterio.

C.—Solución de los conflictos entre los usos para la navegación y para otros fines

122. Si un curso de agua es utilizado para la navegación y también para otros fines puede suceder que ambos usos entren en conflicto o incluso se tornen incompatibles (véase párr. 120 *supra*). Se plantearía entonces la cuestión de si entre ellos hay un orden de prioridad o una preferencia inherentes. Hace un tiempo en este mismo siglo tal vez habría sido correcto afirmar que los usos para la navegación tenían esta prioridad. A manera de ejemplo de esta posición cabe citar la Convención y estatuto de Barcelona sobre el régimen de las vías navegables de interés internacional, de 1921; el artículo 10 del estatuto establece lo siguiente:

Artículo 10

1. Todo Estado ribereño tiene obligación, por una parte, de abstenerse de todas las medidas susceptibles de perjudicar a la navegación, o reducir las facilidades de navegación y, por otra parte, de tomar lo más rápidamente posible todas las disposiciones oportunas con objeto de eliminar todos los obstáculos y peligros accidentales para la navegación.

[...] ¹⁹⁴

123. Sin embargo, a medida que otros usos comenzaron a rivalizar con la navegación en importancia económica y social, los Estados reconocieron de hecho que la asignación de una prioridad absoluta de manera general a un uso determinado redundaba en desmedro del aprovechamiento óptimo del curso de agua. Una resolución aprobada por el Consejo Interamericano Económico y Social, en 1966, que pone de relieve una serie de objetivos relati-

¹⁹⁴ Véanse también, por ejemplo, el artículo 5 de la Declaración de Montevideo sobre uso industrial y agrícola de los ríos internacionales, aprobada por la VII Conferencia Internacional Americana en 1933 [texto reproducido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 225, documento A/5409, anexo I, A]; el párrafo 4 de la regla II (en que se basa el artículo 5 de la Declaración de Montevideo) de la resolución sobre «Reglamentación internacional del uso de los cursos de agua internacionales», aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Madrid, en 1911 (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1911, Paris, vol. 24, pág. 366); y el artículo 5 del proyecto revisado de convención sobre el uso industrial y agrícola de ríos y lagos internacionales, del Comité Jurídico Interamericano de la OEA [reproducido en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), pág. 381, documento A/CN.4/274, párr. 379].

vos al aprovechamiento económico de las cuencas hidrográficas, ilustra este cambio de criterio. Dicha resolución se refiere a la

[...] regularización y aprovechamiento económico de las vías, cuencas y accidentes hidrográficos [...] con el objeto de promover, mediante proyectos multinacionales, su utilización en beneficio común, en los transportes, la producción de energía eléctrica, en obras de regadío y otros usos, y para controlar y prevenir los daños periódicos que resultan de las [...] inundaciones de sus aguas¹⁹⁵.

124. Ante la creciente importancia de los usos distintos de la navegación en contraposición a la navegación y la consiguiente evolución de la práctica de los Estados, el Sr. Schwebel concluyó en su tercer informe que «parece haber poca duda de que hoy la navegación ha sido desplazada de su situación preferencial»¹⁹⁶. Apoya esta posición el artículo VI de las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, aprobada por la Asociación de Derecho Internacional en su 52.ª Conferencia, en 1966¹⁹⁷.

Artículo VI

Un uso o categoría de usos no entrañan el derecho a ninguna preferencia inherente respecto de cualquier otro uso o categoría de usos.

En su comentario al artículo VI, la Asociación de Derecho Internacional explica esta norma de la siguiente manera:

[...] En los veinticinco últimos años [...] la revolución tecnológica y la explosión demográfica, que han llevado al desarrollo acelerado de los usos distintos de la navegación, han hecho que se pierda el predominio que antes se asignaba a los usos para la navegación. En la actualidad, ni la navegación ni otro uso cualquiera disfrutan de una preferencia de esta naturaleza. [...] ¹⁹⁸

125. Si la ampliación e intensificación de los usos distintos de la navegación han desplazado al uso fluvial predominante, ¿cómo deberá resolverse un conflicto entre el uso para la navegación y para otros fines con arreglo al derecho internacional contemporáneo? Al parecer, la respuesta se desprende claramente del espíritu, si no de la letra, de los artículos ya aprobados. Un problema de esta naturaleza se resolvería de la misma manera que un conflicto entre usos distintos de la navegación contrapuestos, considerando todos los factores pertinentes, según dispone el artículo 7 del presente proyecto, con miras a llegar a una distribución equitativa de los usos y beneficios del sistema internacional de que se trate. Esto se aplica no sólo a la cuestión de si hay que mantener niveles de agua suficientes para la navegación, sino también a otros posibles efectos de los usos para la navegación, como la contaminación de un curso de agua. No obstante, cabe recordar que el régimen resultante de este proceso de ponderación estaría supeditado al requisito del artículo 8 del presente proyecto de que no se causen daños apreciables a otros Es-

tados del curso de agua¹⁹⁹, a menos que haya acuerdo para aceptar dicha consecuencia, tal vez a cambio de una indemnización o de otras concesiones.

126. Puesto que en cada caso hay que considerar todos los factores pertinentes para establecer si un uso determinado (el consumo doméstico, por ejemplo) debe prevalecer sobre otros (el uso industrial, por ejemplo), parece ineludible la conclusión de que por lo general no se puede atribuir prioridad a un uso sobre otros²⁰⁰. Adoptar otro criterio dentro de un instrumento marco como el proyecto de artículos en estudio sería excluir la posibilidad de utilizar y aprovechar los cursos de agua internacionales para fines múltiples. Naturalmente, puede suceder que los Estados del curso de agua deseen dar prioridad a ciertos usos en convenios sobre cursos de agua adaptados a sus necesidades y a las características del sistema internacional en cuestión. No obstante, aunque en los convenios más antiguos no era raro encontrar esta característica²⁰¹, no es el criterio habitual en la mayoría de los tratados modernos.

D.—El artículo propuesto

127. A la luz del análisis anterior, el Relator Especial somete a la consideración de la Comisión el siguiente proyecto de artículo 24 que constituiría la parte VII del proyecto.

PARTE VII

RELACIÓN CON LOS USOS PARA LA NAVEGACIÓN Y FALTA DE PRIORIDAD ENTRE LOS USOS

Artículo 24.—Relación entre los usos de la navegación y para fines distintos de ella; inexistencia de prioridad entre los usos

1. Salvo acuerdo en contrario, ni la navegación ni ningún otro uso tendrá prioridad *per se* sobre otros usos.

2. En el caso de que los usos de un [sistema de] curso de agua internacional entren en conflicto, serán ponderados junto con los demás factores relacionados con el curso de agua con miras a determinar su utilización equitativa de conformidad con los artículos 6 y 7 de los presentes artículos.

Comentario

1) El proyecto de artículo 24 obedece a dos propósitos. Ante todo, establece que, como principio general, no de-

¹⁹⁵ Resolución 24-M/66, sobre la regularización y aprovechamiento económico de las vías, cuencas y accidentes hidrográficos de América Latina [*Anuario...* 1974, vol. II (segunda parte), pág. 382, documento A/CN.4/274, párr. 380].

¹⁹⁶ Documento A/CN.4/384 (véase nota 16 *supra*), párr. 444. Huelga decir que, como señala el Sr. Schwebel, «los Estados del sistema pueden todavía establecer cualquier prioridad en el uso mediante acuerdo...» (*Ibid.*).

¹⁹⁷ ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, pág. 491.

¹⁹⁸ *Ibid.*, primer párrafo del comentario.

¹⁹⁹ En el comentario al artículo 8, la Comisión indica que si bien los artículos 6 (Utilización y participación equitativas y razonables) y 8 (Obligación de no causar daños apreciables) deben considerarse complementarios, al menos *prima facie*, una utilización que cause daños apreciables no sería equitativa [*Anuario...* 1988, vol. II (segunda parte), pág. 39, párr. 2 del comentario].

²⁰⁰ Apoyan esta posición el artículo VI de las Normas de Helsinki y el comentario al respecto (véase párr. 124 *supra*).

²⁰¹ Véase, por ejemplo, el Tratado relativo a las aguas fronterizas entre el Canadá y los Estados Unidos de América, de 1909.

berá asignarse prioridad automáticamente a un uso respecto de otros. En segundo lugar, dispone expresamente que en este contexto la navegación no difiere de otros usos. Si bien en sentido estricto el artículo podría limitarse al primer punto (puesto que presumiblemente la navegación se incluiría por inferencia), el Relator Especial concuerda con sus predecesores en que el artículo debería incluir una referencia expresa a la navegación. De lo contrario, el título del tema podría hacer creer al lector que no obstante el párrafo 2 del artículo 2 el proyecto de artículos debe entenderse íntegramente sin perjuicio de ese uso determinado. Además, y esto tal vez sea más importante, el hecho de que en el pasado se asignara prioridad a la navegación justifica dejar claramente sentado que no ocurre así en este proyecto de artículos.

2) La cláusula preliminar del párrafo 1 resguarda cualesquiera acuerdos que asignen prioridad a la navegación o a cualquier otro uso. Por cierto, esta cláusula no es estrictamente necesaria, pero fue incluida a título de reconocimiento de la consideración que algunos tratados otorgan

a la navegación. Se evitó deliberadamente la expresión «acuerdos de curso de agua», ya que es posible que otra clase de acuerdos, tales como los tratados generales de amistad, se refieran a la navegación²⁰².

3) El párrafo 2 establece que todo conflicto entre los usos de un [sistema de] curso de agua internacional deberá resolverse ponderando todos los factores pertinentes, según lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del proyecto. En aras de la brevedad, no se repitió la expresión «[sistema de] curso de agua internacional».

²⁰² En realidad, el propio título «Amistad, comercio y navegación» que tienen muchos de estos tratados sugiere esta posibilidad. Naturalmente, esta clase de tratados no obligaría a los Estados del curso de agua que no sean partes en él (véase el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969). Sin embargo, con arreglo al artículo 5 del presente proyecto, un Estado del curso de agua podría tener derecho a participar en la negociación de un tratado de esta naturaleza entre otros Estados del curso de agua y a hacerse parte de él si el tratado se negociara y suscribiera después de la entrada en vigor del presente proyecto.

CAPÍTULO III

Regulación de los cursos de agua internacionales

(Parte VIII del proyecto de artículos)

A.— Introducción

128. El esquema del tema que figura en el cuarto informe²⁰³ enumera una lista de «otros asuntos» que se podrían tratar en el proyecto de artículos. En dicho informe se explica que se trata de subtemas que podrían tratarse en el propio proyecto de artículos o en anexos de él, y que su inclusión daría a los Estados del curso de agua la orientación necesaria en sus esfuerzos por desarrollar los sistemas de cursos de agua internacionales con miras a lograr el máximo aprovechamiento de las aguas internacionales. A fin de que la Comisión pudiese examinar en forma ordenada el material restante, el Relator Especial propuso que la primera de estas cuestiones, la regulación de los cursos de agua internacionales, fuese examinada en 1989²⁰⁴, que, en consecuencia, se trata en el presente capítulo. El material restante relativo al tema será examinado en el próximo informe.

129. La expresión «regulación de los cursos de agua internacionales», en el contexto del presente tema, tiene una acepción concreta, a saber, la regulación de las aguas de un curso de agua, mediante obras u otras medidas, a la vez para prevenir los efectos perjudiciales (tales como inundaciones y erosión) y obtener el mayor provecho posible del curso de agua²⁰⁵. Así pues, el subtema es más amplio

que aquel a que se refiere el capítulo I del presente informe, ya que las medidas de que se trata comprenden no sólo las destinadas a prevenir los efectos perjudiciales del agua²⁰⁶, sino también las destinadas a crear e incrementar los múltiples beneficios que puede proporcionar el agua. Por ejemplo, la regulación del caudal de las aguas permite que los Estados del curso de agua obtengan de él un máximo de provecho durante todo el año, mediante el almacenamiento de agua durante la temporada de lluvias y su descarga en los períodos secos.

celebrada en Belgrado en 1980. En el comentario a este artículo, la Asociación se refirió a la regulación como «medidas permanentes destinadas a controlar, moderar, aumentar o modificar el caudal de las aguas de un curso de agua» [véase el segundo informe del Comité sobre Derecho Internacional de los Recursos Hídricos (Presidente/Relator, E. J. Manner) sobre regulación del caudal de los cursos de agua internacionales, ILA, *Report of the Fifty-ninth Conference, Belgrade, 1980*, Londres, 1982, pág. 363, párr. 2 del comentario]. En el mismo sentido se expresa la definición que figura en el artículo 2 de la Ley de mejoramiento internacional de ríos del Canadá, de 1955 [*Revised Statutes of Canada, 1970*, Ottawa, vol. IV, caps. 1 a 22, citado en el tercer informe del Sr. Schwebel, documento A/CN.4/348 (véase nota 16 *supra*), párr. 381].

²⁰⁶ Estos efectos se reseñaron en el capítulo I. Como observa el Comité sobre Derecho Internacional de los Recursos Hídricos en su primer informe sobre regulación del caudal de los cursos de agua internacionales, presentado a la 58.^a Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, de no haber regulación, el exceso de caudal de las aguas puede ocasionar grandes perjuicios a las tierras agrícolas y a las propias riberas del río. Por otra parte, si el caudal es muy escaso, puede aumentar la contaminación del agua o interrumpir usos tales como la navegación y la flotación de madera. Si el caudal de las aguas es irregular, puede también impedir el funcionamiento adecuado de las plantas de energía hidroeléctrica al hacer necesario cerrarlas durante los períodos en que el agua es insuficiente. (ILA, *Report of the Fifty-eight Conference, Manila, 1978*, Londres, 1980, pág. 221.)

²⁰³ Documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2 (véase nota 1 *supra*), párr. 7.

²⁰⁴ *Ibid.*, párr. 8.

²⁰⁵ Véase además la definición del artículo 1 del proyecto de artículos sobre la regulación del caudal de los cursos de agua internacionales, aprobado por la Asociación de Derecho Internacional en su 59.^a Conferencia,

130. La regulación por un Estado del curso de agua de las aguas de un curso de agua internacional redundará a menudo en beneficio de los demás Estados del curso de agua. Por ejemplo, al hacer más uniforme el caudal de las aguas se pueden prevenir a la vez las crecidas y las sequías, prolongar los períodos durante los cuales es posible la irrigación, permitir o aumentar la generación de energía hidroeléctrica, reducir la sedimentación, diluir los contaminantes, impedir la formación de charcas estancadas en que puede propagarse el mosquito portador del paludismo y proteger la pesca. Sin embargo, la regulación también puede tener efectos perjudiciales en otros Estados del curso de agua. Por ejemplo, las obras que lleve a cabo un Estado del curso superior pueden reducir el caudal por debajo del necesario para el debido dragado del lecho del río en un Estado del curso inferior. En cambio, las medidas adoptadas por un Estado del curso inferior, como la construcción de una presa, pueden dar lugar a crecidas en un Estado del curso superior que dañen las tierras agrícolas y el hábitat.

131. El hecho de que la regulación del río sea a la vez necesaria para su óptimo aprovechamiento y potencialmente perjudicial hace que la cooperación entre los Estados del curso de agua sea esencial. Las numerosas disposiciones de los tratados relativos al tema demuestran que los Estados se percatan de la importancia de colaborar al respecto.

B.—La práctica de los Estados según consta en los convenios internacionales

132. El Acuerdo de 1959 entre la URSS, Noruega y Finlandia relativo a la regularización del régimen del lago Inari contiene disposiciones detalladas que son útiles para el tema en estudio. En virtud del Acuerdo, la URSS podrá regular el régimen del lago Inari mediante la central hidroeléctrica y la presa de Kaitakoski ajustándose a los límites de los niveles de agua fijados²⁰⁷. A cambio, la URSS se compromete a cuidar de que la central hidroeléctrica y la presa, como así también el curso del río Paatsojoki, entre el lago Inari y la central hidroeléctrica, permitan en todo momento la salida de las aguas del lago Inari con arreglo a las disposiciones del reglamento adjunto al acuerdo (art. 2). Según ese reglamento, la salida de las aguas del lago Inari deberá mantenerse dentro de los límites de una determinada descarga media diaria²⁰⁸. A fin de preparar el lago para recibir las crecidas de primavera, de manera de impedir que el nivel del agua sobrepase el máximo permitido, y limitar el volumen del caudal de descarga y los niveles de crecida del río Paatsojoki en el tramo situado aguas abajo de la central hidroeléctrica, deberá regularse la salida de aguas del lago Inari basándose en las previsiones y recomendaciones formuladas por Finlandia de conformidad con ciertos requisitos²⁰⁹.

133. En el Tratado de 1944 referente a la utilización de las aguas de los ríos Colorado y Tijuana, y del río Bravo (río Grande), los Estados Unidos de América y México

acordaron construir conjuntamente las siguientes obras para la regulación de esos cursos de agua:

Artículo 5

[...]

I. Las presas necesarias para retener, almacenar y regularizar la mayor parte del caudal anual del [río Grande (río Bravo)] de manera de asegurar la continuidad de los usos existentes y la realización del mayor número posible de proyectos que sea factible dentro de los límites impuestos por las cuotas de agua fijadas.

II. La presa y demás obras conjuntas necesarias para la derivación del caudal del río Grande (río Bravo).

[...]

134. El Acuerdo de 1959 entre la República Árabe Unida y el Sudán relativo al aprovechamiento total de las aguas del Nilo dispone, en el artículo 2, que Egipto puede construir la presa de Sudd el Aali, en Asuán, como primer eslabón de una serie de proyectos para almacenar el caudal sobrante del río Nilo de un año para otro (párr. 1), y autoriza al Sudán para construir la presa de Roseires en el Nilo Azul, a fin de que pueda explotar mejor la parte que le corresponde (párr. 2).

135. El Acuerdo de 1971 entre Finlandia y Suecia relativo a los ríos fronterizos contiene, en su capítulo 4, «Disposiciones especiales relativas a la regulación del agua». En especial, el artículo 1 del capítulo 4 establece que

Artículo 1

Se autorizará la regulación del caudal de las aguas de un lago o de un curso de agua a cualquier persona que desee lograr una mejor ordenación del agua a fin de promover el tráfico, la flotación de madera, el uso de energía hidráulica, la agricultura, la silvicultura, la pesca, el abastecimiento de agua, la conservación de agua o cualquier otro interés público importante.

Las disposiciones pertinentes del capítulo 3 serán aplicables a los proyectos comprendidos dentro del alcance del párrafo 1.

136. Uno de los principales propósitos del Tratado de 1969 de la cuenca del Plata entre Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay es «la utilización racional del recurso de las aguas, especialmente mediante la regulación de los cursos de agua y su aprovechamiento múltiple y equitativo» (art. 1 b). El anexo E del Tratado de 1960 entre la India y el Pakistán relativo al uso de las aguas del Indo se ocupa en detalle de la cuestión del almacenamiento por la India de las aguas de los ríos occidentales y de la construcción y funcionamiento de obras de almacenamiento. El convenio de 1955 entre Italia y Suiza concierne, por su parte, a la regulación del lago de Lugano.

137. El Protocolo 1 del Tratado de Amistad y Buena Vecindad entre Iraq y Turquía, de 1946, trata de la regulación de las aguas del Tigris y del Eufrates y de sus afluentes. En el preámbulo de Protocolo 1, las partes reconocen la importancia de la construcción de obras de conservación en dichos ríos «para asegurar el abastecimiento regular de aguas y regularizar el caudal de las aguas de ambos ríos a fin de evitar el peligro de inundaciones durante los períodos anuales de crecida». Como prueba de su reconocimiento de la importancia que reviste el uso de las aguas para fines múltiples, las partes aceptan «adaptar en lo posible, y velando por los intereses de ambos países, la construcción de estas obras a los fines de riego y de producción de energía hidroeléctrica».

138. A continuación se citan otros ejemplos de tratados que incluyen disposiciones relativas a la regulación de los

²⁰⁷ El artículo 1 del Acuerdo establece un nivel mínimo de 115,67 metros sobre el nivel del mar y un máximo de 118,03 metros sobre el nivel del mar.

²⁰⁸ Véase el párrafo 2 del Reglamento, en el anexo 3 del Acuerdo.

²⁰⁹ *Ibid.*

cursos de agua internacionales: el Tratado de 1928 entre Austria y Checoslovaquia sobre las cuestiones jurídicas relativas a la frontera, en especial el artículo 19; el Tratado de 1960 entre los Países Bajos y la República Federal de Alemania relativo a cuestiones fronterizas, cuyo anexo B se refiere a la regulación de los arroyos y a los cambios futuros consiguientes del curso en la frontera; el Acuerdo de 1954 entre Checoslovaquia y Hungría sobre la reglamentación de cuestiones técnicas y económicas relativas a las corrientes de agua limítrofes, en especial los artículos 2 a 7, 10 y 18; el Convenio de 1950 entre la URSS y Hungría relativo a medidas para evitar las inundaciones y regularizar el régimen de las aguas en la frontera soviético-húngara en la zona del río fronterizo Tisza, en especial los artículos 1 a 8; el Acuerdo de 1957 para hacer extensivas las disposiciones del Convenio de 1952 entre la URSS y Rumania relativo a las medidas para evitar las inundaciones y regularizar el régimen de las aguas del río Prut a los ríos Tisza, Suceava y Siret y sus tributarios y a los canales de riego y avenamiento que forman o cruzan la frontera rumano-soviética, artículo 1; y el Protocolo de 1963 entre Grecia y Turquía para el arreglo definitivo de las controversias sobre la ejecución de los trabajos hidráulicos de ordenación del lecho del río Meric-Evros en las dos márgenes, especialmente el artículo 20.

C.—Labor de la Asociación de Derecho Internacional

139. Al igual que en el caso de la prevención y control de las crecidas, el único intento importante de elaborar normas jurídicas y recomendaciones generales relativas a la regulación fluvial, aparte de las sugeridas por anteriores relatores especiales, corresponde a la Asociación de Derecho Internacional. En su 59.^a Conferencia, realizada en Belgrado en 1980, la Asociación aprobó nueve artículos sobre la regulación del caudal de los cursos de agua internacionales²¹⁰. Esos artículos dicen:

Artículo 1

Para los fines de estos artículos, «regulación» significa medidas continuas destinadas a controlar, moderar, aumentar o modificar de otra manera el escurrimiento de las aguas de un curso de agua internacional para cualquier fin: dichas medidas pueden comprender el almacenamiento, liberación y desviación de agua por medios tales como presas, embalses, diques y canales.

Artículo 2

En consonancia con el principio de la utilización equitativa, los Estados de las cuencas cooperarán con espíritu de buena fe y buena voluntad en la evaluación de sus necesidades y posibilidades y en la preparación de los planes de regulación. Cuando proceda, la regulación se emprenderá de manera conjunta.

Artículo 3

Al emprender la regulación conjunta, los Estados de la cuenca de que se trate deberán resolver, por acuerdo, todos los asuntos relacionados con la gestión y administración de la misma. Cuando sea necesario, se deberá establecer un organismo o comité conjunto, facultado para ocuparse de todos los aspectos pertinentes de la regulación.

Artículo 4

Salvo pacto en contrario, cada Estado de la cuenca que sea Parte de un sistema de regulación sufragará una parte del costo proporcional a los beneficios que obtenga de la regulación.

Artículo 5

1. La construcción de presas, canales, embalses u otras obras e instalaciones y el manejo de dichas obras e instalaciones necesario para que un Estado de la cuenca lleve a cabo la regulación en el territorio de otro Estado de ella sólo se pueden efectuar mediante acuerdo entre los Estados de la cuenca interesados.

2. Salvo en caso de convenirse lo contrario, los Estados de la cuenca interesados compartirán el costo de dichas obras y su funcionamiento.

Artículo 6

Ningún Estado de la cuenca procederá a regular las aguas en forma que cause perjuicios considerables a otros Estados de la cuenca a menos que se garantice a ellos el goce de los usos beneficiosos a que tienen derecho conforme al principio de la utilización equitativa.

Artículo 7

1. Todo Estado de una cuenca está obligado a dar aviso e informar, y a seguir el procedimiento establecido en el artículo XXIX de las Normas de Helsinki.

2. Cuando proceda, el Estado de la cuenca deberá invitar a otros Estados de la cuenca interesados a participar en la regulación.

Artículo 8

En caso de objeción a la regulación propuesta, los Estados interesados deberán hacer todo lo posible por llegar a un acuerdo. Si no logran llegar a un acuerdo dentro de un plazo razonable, los Estados deberán tratar de encontrar una solución de conformidad con el capítulo 6 de las Normas de Helsinki.

Artículo 9

La aplicación de estos artículos a la regulación para el control de las crecidas es independiente de la aplicación de los artículos pertinentes sobre control de inundaciones aprobados por la Asociación de Derecho Internacional en 1972.

Si bien estos artículos se refieren a cuestiones que se examinan en otros capítulos del presente proyecto de artículos, dejan de manifiesto las relaciones recíprocas entre este subtema y los demás.

D.—El artículo propuesto

140. Las extensas referencias a la regulación de ríos y lagos que se encuentran en convenios internacionales ponen de relieve la importancia que los Estados atribuyen al tema. El Relator Especial, reconociendo el importante papel que corresponde a la regulación de los cursos de agua internacionales, somete a la consideración de la Comisión el siguiente artículo.

PARTE VIII

REGULACIÓN DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES

Artículo 25.—Regulación de los cursos de agua internacionales

1. Los Estados del curso de agua cooperarán en la determinación de las necesidades y las posibilidades de regular los cursos de agua internacionales.

²¹⁰ Véase el segundo informe del Comité sobre Derecho Internacional de los Recursos Hídricos sobre regulación del caudal de los cursos de agua internacionales, *loc. cit.* (véase nota 205 *supra*), págs. 362 y ss.

2. Salvo acuerdo en contrario, los Estados del curso de agua participarán de manera equitativa en la construcción y el mantenimiento de las obras de regulación que hayan acordado emprender en forma individual o conjunta o, según el caso, en el pago del costo de esas obras.

Comentario

1) El párrafo 1 constituye una aplicación concreta de la obligación general de cooperación enunciada en el artículo 9 del proyecto de artículos. Al exigir que los Estados del curso de agua colaboren en materia de regulación, la disposición confirma el papel fundamental que le corresponde en el aprovechamiento de los cursos de agua internacionales.

2) El párrafo 2 se propone como norma residual relativa a los casos en que los Estados del curso de agua hayan acordado emprender obras de regulación, pero no hayan previsto la distribución de la carga financiera de los proyectos de esa índole. La expresión «participen de manera equitativa» es una aplicación del artículo 6 del proyecto de artículos y en la práctica significaría que los Estados del curso de agua que sacasen beneficios de un proyecto de-

terminado deberían contribuir en forma proporcional a su construcción y mantenimiento. En opinión del Relator Especial, el término «equitativa» significa además que dichas contribuciones se exigirían sólo en la medida en que el Estado del curso de agua de que se trate se encontrase en condiciones financieras de hacerlas²¹¹.

3) Tal vez la Comisión desee examinar si a la larga habría que incluir una definición del término «regulación» en el artículo 1 del proyecto de artículos. Entre los modelos posibles para ello cabe incluir la definición que figura en el artículo 1 de los artículos aprobados por la Asociación de Derecho Internacional (véase párr. 139 *supra*) y el siguiente texto propuesto por el Sr. Schwebel en su tercer informe:

A los fines de este artículo, «regulación» significa el uso de obras hidráulicas o cualquier otra medida continua destinada a alterar o modificar el escurrimiento de las aguas de un sistema de un curso de agua internacional para cualquier fin beneficioso²¹².

²¹¹ En estos casos, muchas veces correspondería una función a los bancos multilaterales de desarrollo.

²¹² Documento A/CN.4/348 (véase nota 16 *supra*), párr. 389, párrafo 3 del proyecto de artículo 12 (Regulación de los cursos de agua internacionales).

Conclusión

141. El presente informe se ha referido a tres subtemas: los riesgos y peligros relacionados con el agua; la relación entre los usos para la navegación y los usos distintos a ella, y la regulación de los cursos de agua internacionales, programados para su presentación en 1989. El Relator Especial tiene la intención de tratar en su sexto informe, que presentará en 1990, los restantes aspectos relacionados con el tema. Como se ha seguido el calendario propuesto, la Comisión podría estar en condiciones de completar la primera lectura del proyecto de artículos en su conjunto antes de que termine el actual mandato de sus miembros, en 1991.

ANEXO

Tratados citados en el presente informe*

ABREVIACIONES

<i>BFSP</i>	<i>British and Foreign State Papers</i>
<i>Textes législatifs</i>	Naciones Unidas, Serie legislativa, <i>Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation</i> (N.º de venta: 63.V.4).
Documento A/5409	«Problemas jurídicos relativos al aprovechamiento y uso de los ríos internacionales», informe del Secretario General, reproducido en <i>Anuario... 1974</i> , vol. II (segunda parte), pág. 37.
Documento A/CN.4/274	«Problemas jurídicos relativos a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación», informe suplementario del Secretario General, reproducido en <i>Anuario... 1974</i> , vol. II (segunda parte), pág. 286.

* Los instrumentos se clasifican en orden cronológico, por continente.

ÁFRICA

Fuente

- Unión Sudafricana—Portugal*
Acuerdo relativo al aprovechamiento de las aguas del río Cunene para la instalación de centrales hidráulicas, para el control de las inundaciones y para riegos en el Territorio bajo Mandato del África Sudoccidental (Ciudad de El Cabo, 1.º de julio de 1926)
Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. LXX, pág. 315; resumido en A/5409, párrs. 96 a 99.
- República Árabe Unida—Sudán*
Acuerdo relativo al aprovechamiento total de las aguas del Nilo (El Cairo, 8 de noviembre de 1959) y Protocolo sobre el establecimiento de la Comisión Técnica Mixta Permanente de la República Árabe Unida y el Sudán (El Cairo, 17 de enero de 1960)
Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 453, pág. 51; resumido en A/5409, párrs. 108 a 113.
Textes législatifs, pág. 148.
- Alto Volta, Chad, Malí, Mauritania, Níger y Senegal*
Convención por la cual se crea el Comité Permanente Interestatal de Lucha contra la Sequía en Sahel (Ouagadougou, Alto Volta, 12 de septiembre de 1973)
Documento A/9178.
- Alto Volta, Benín, Camerún, Chad, Côte d'Ivoire, Guinea, Malí, Níger y Nigeria*
Convención constitutiva de la Autoridad de la cuenca del río Níger (Faranah, Guinea, 21 de noviembre de 1980)
Naciones Unidas, *Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation: Afrique*, Recursos naturales/Serie del agua, N.º 13 (N.º de venta: E/F.84.II.A.7), pág. 56.

AMÉRICA

- Gran Bretaña—Estados Unidos de América*
Tratado relativo a las aguas fronterizas, y problemas planteados entre los Estados Unidos y el Canadá [Washington (D.C.), 11 de enero de 1909]
BFSP 1908-1909, vol. 102, pág. 137; *Textes législatifs*, pág. 260, N.º 79; resumido en A/5409, párrs. 154 a 167.
- Estados Unidos de América—México*
Tratado referente a la utilización de las aguas de los ríos Colorado y Tijuana, y del río Bravo (río Grande) desde Fort-Quitman, Texas, hasta el Golfo de México [Washington (D.C.), 3 de febrero de 1944], y Protocolo adicional (14 de noviembre de 1944)
Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 3, pág. 313; resumido en A/5409, párrs. 211 a 216.
- Canadá—Estados Unidos de América*
Tratado relativo al aprovechamiento cooperativo de los recursos hidráulicos de la cuenca del río Columbia [Washington (D.C.), 17 de enero de 1961]
Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 542, pág. 245; resumido en A/5409, párrs. 188 a 200.
- Estados Unidos de América—Canadá*
Acuerdo relativo a la creación de un tribunal internacional de arbitraje para liquidar las reclamaciones de los Estados Unidos respecto de la presa de Gut (Ottawa, 25 de marzo de 1965)
Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 607, pág. 141; resumido en A/CN.4/274, párrs. 78 a 82.
- Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay*
Tratado de la cuenca del Plata (Brasilia, 23 de abril de 1969)
Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 875, pág. 3; resumido en A/CN.4/274, párrs. 60 a 64.

ASIA

Fuente

- Irak—Turquía*
 Tratado de Amistad y Buena Vecindad y Protocolo anexo N.º 1 relativo a la regulación de las aguas del Tigris y del Eufrates y de sus afluentes (Ankara, 29 de marzo de 1946)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 37, pág. 227; resumido en A/5409, párrs. 341 a 346.
- URSS—República Popular de China*
 Acuerdo sobre operaciones comunes de investigación para determinar los recursos naturales de la cuenca del río Amur y las posibilidades de explotar su potencial productivo, y sobre operaciones de planificación y estudio, con miras a preparar un plan para la explotación con fines múltiples del río Argún y de la cuenca superior del río Amur (Beijing, 18 de agosto de 1956)
Textes législatifs, pág. 280, N.º 87; resumido en A/5409, párrs. 318 a 320.
- URSS—Irán*
 Tratado relativo al régimen de la frontera soviético-irani y al procedimiento para la solución de controversias e incidentes fronterizos (Moscú, 14 de mayo de 1957)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 457, pág. 161.
- URSS—Afganistán*
 Tratado sobre el régimen de la frontera soviético-afgana (Moscú, 18 de enero de 1958)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 321, pág. 77; resumido en A/5409, párrs. 386 a 398.
- Nepal—India*
 Acuerdo sobre el aprovechamiento del río Gandak para fines de riego y de producción de energía hidroeléctrica (Katmandú, 4 de diciembre de 1959)
Textes législatifs, pág. 295, N.º 96; resumido en A/5409, párrs. 347 a 354.
- India—Pakistán—BIRF*
 Tratado relativo al uso de las aguas del Indo (Karachi, 19 de septiembre de 1960)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 419, pág. 125; resumido en A/5409, párrs. 356 a 361.
- EUROPA
- Bélgica—Países Bajos*
 Convenio para regular el desagüe de los ríos de Flandes (Gante, 20 de mayo de 1843)
Textes législatifs, pág. 541, N.º 155; resumido en A/5409, párrs. 701 a 706.
- Suiza—Austria—Hungria*
 Tratado para la rectificación del Rin desde la desembocadura del Ill, aguas arriba, hasta la entrada del río en el lago de Constanza, aguas abajo (Viena, 30 de diciembre de 1892)
BFSP, 1891-1892, vol. 84, pág. 690; *Textes législatifs*, pág. 489, N.º 141; resumido en A/5409, párrs. 810 a 817.
- Países Bajos—Prusia*
 Convención relativa a los ríos Dinkel y Vechte (Berlín, 17 de octubre de 1905)
 E. Descamps y L. Renault, *Recueil international des traités du XX^e siècle, année 1905*, París, pág. 865; resumido en A/5409, párrs. 647 a 652.
- Alemania—Polonia*
 Acuerdo relativo a la administración de la sección del Warta que forma la frontera y al tráfico en esa sección (Poznan, 16 de febrero de 1927)
 Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. LXXI, pág. 369.

Fuente

- Austria—Checoslovaquia*
 Tratado sobre las cuestiones jurídicas relativas a la frontera descrita en el artículo 27, apartado 6, del tratado de paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Austria, firmado en Saint Germain-en-Laye el 10 de septiembre de 1919 (Praga, 12 de diciembre de 1928)
 Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CVIII, pág. 9; resumido en A/5409, párrs. 891 y 892.
- Polonia—URSS*
 Acuerdo relativo al régimen de la frontera polaco-soviética (Moscú, 8 de julio de 1948)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 37, pág. 25; resumido en A/5409, párr. 953.
- URSS—Hungria*
 Tratado relativo al régimen de la frontera de Estado soviético-húngara (Moscú, 24 de febrero de 1950)
Textes législatifs, pág. 823, N.º 226; resumido en A/5409, párrs. 597 a 606.
- URSS—Hungria*
 Convenio relativo a medidas para evitar las inundaciones y regularizar el régimen de las aguas en la frontera soviético-húngara en la zona del río fronterizo Tisza (Ushgorod, 9 de junio de 1950)
Textes législatifs, pág. 827, N.º 227; resumido en A/5409, párrs. 866 a 870.
- Polonia—República Democrática de Alemania*
 Acuerdo relativo a la navegación por las aguas fronterizas y al aprovechamiento y la conservación de esas aguas (Berlín, 6 de febrero de 1952)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 304, pág. 131; resumido en A/5409, párrs. 907 a 914.
- URSS—Rumania*
 Convenio relativo a las medidas para evitar las inundaciones y regularizar el régimen de aguas del río Prut (Kishinev, 25 de diciembre de 1952)
Textes législatifs, pág. 923, N.º 251; resumido en A/5409, párr. 791.
- Checoslovaquia—Hungria*
 Acuerdo sobre la reglamentación de cuestiones técnicas y económicas relativas a las corrientes de agua limítrofes (Praga, 16 de abril de 1954)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 504, pág. 234; resumido en A/5409, párrs. 536 a 542.
- Yugoslavia—Rumania*
 Acuerdo relativo a cuestiones de regularización de las aguas en los sistemas hidráulicos y cursos de agua que corran por la frontera de los dos Estados o la atraviesan, y estatuto de la Comisión yugoslavo-rumana de regularización de las aguas (Bucarest, 7 de abril de 1955)
Textes législatifs, pág. 928, N.º 253; resumido en A/5409, párrs. 548 a 555.
- Yugoslavia—Hungria*
 Acuerdo relativo a cuestiones de hidroeconomía y estatuto de la Comisión yugoslavo-húngara de hidroeconomía (Belgrado, 8 de agosto de 1955)
Textes législatifs, pág. 830, N.º 228; resumido en A/5409, párr. 543.
- Italia—Suiza*
 Convenio relativo a la regularización del lago de Lugano (Lugano, 17 de septiembre de 1955)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 291, pág. 213; resumido en A/5409, párrs. 721 a 728.
- Hungria—Austria*
 Tratado relativo a la regulación de las cuestiones hidro-económicas en la región de la frontera (Viena, 9 de abril de 1956)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 438, pág. 123; resumido en A/5409, párrs. 566 a 581.

Fuente

- Francia—República Federal de Alemania*
 Tratado sobre la solución de la cuestión del Sarre (Luxemburgo, 27 de octubre de 1956)
Textes législatifs, pág. 658, N.º 179; resumido en A/5409, párrs. 996 a 1001.
- URSS—Checoslovaquia*
 Tratado sobre el régimen de la frontera soviético-checoslovaca y la solución de los incidentes fronterizos (Moscú, 30 de noviembre de 1956)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 266, pág. 244; resumido en A/5409, párrs. 1013 a 1019.
- Yugoslavia—Albania*
 Acuerdo sobre el régimen de aguas, al que acompañan como anexo el estatuto de la Comisión yugoslavo-albanesa de hidroeconomía y el Protocolo sobre la pesca en ríos y lagos fronterizos (Belgrado, 5 de diciembre de 1956)
Textes législatifs, pág. 441, N.º 128; resumido en A/5409, párrs. 498 a 502.
- URSS—Rumania*
 Acuerdo para hacer extensivas las disposiciones del Convenio rumano-soviético de 25 de diciembre de 1952, relativo a las medidas para evitar las inundaciones y regularizar el régimen de las aguas del río Prut, a los ríos Tisza, Suceava y Siret y sus tributarios y a los canales de riego y avenamiento que forman o cruzan la frontera rumano-soviética (Bucarest, 31 de julio de 1957)
 Resumido en A/CN.4/274, párr. 156.
- Checoslovaquia—Polonia*
 Acuerdo relativo a la utilización de los recursos hidráulicos en aguas fronterizas (Praga, 21 de marzo de 1958)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 538, pág. 89; resumido en A/CN.4/274, párrs. 157 a 163.
- Yugoslavia—Bulgaria*
 Acuerdo sobre el régimen de aguas (Sofía, 4 de abril de 1958)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 367, pág. 89; resumido en A/5409, párrs. 511 a 518.
- URSS—Noruega—Finlandia*
 Acuerdo relativo a la regularización del régimen del lago Inari por medio de la central hidroeléctrica y de la presa de Kaitakoski (Moscú, 29 de abril de 1959)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 346, pág. 167; resumido en A/5409, párrs. 447 a 452.
- Países Bajos—República Federal de Alemania*
 Tratado relativo a la línea de la frontera común, a las aguas limítrofes, a los bienes inmuebles situados cerca de la frontera, al tránsito a través de la frontera por tierra y por aguas interiores, y a otras cuestiones fronterizas (Tratado de fronteras) (La Haya, 8 de abril de 1960)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 508, pág. 15; resumido en A/5409, párrs. 915 a 927.
- Bélgica—Países Bajos*
 Tratado sobre el mejoramiento del canal de Terneuzen a Gante y la solución de algunos problemas afines (Bruselas, 20 de junio de 1960)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 423, pág. 19; resumido en A/5409, párrs. 1009 a 1012.
- Finlandia—URSS*
 Tratado relativo al régimen de la frontera estatal entre los dos países (Helsinki, 23 de junio de 1960)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 379, pág. 277; resumido en A/5409, párr. 944.
- URSS—Polonia*
 Tratado relativo al régimen de la frontera entre los Estados soviético y polaco y a la cooperación y asistencia mutua en los asuntos fronterizos (Moscú, 15 de febrero de 1961)
 Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 420, pág. 161; resumido en A/CN.4/274, párrs. 178 a 193.

Fuente

- Grecia—Turquía*
Resumido en A/CN.4/274, párrs. 206 a 210.
Protocolo para el arreglo definitivo de las controversias sobre la ejecución de los trabajos hidráulicos de ordenación del lecho del río Meriç-Evros en las dos márgenes (Ankara, 19 de enero de 1963)
- Hungría—Rumania*
Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 576, pág. 275; resumido en A/CN.4/274, párrs. 216 a 227.
Tratado relativo al régimen de la frontera estatal húngaro-rumana y a la cooperación en asuntos de frontera (Budapest, 13 de junio de 1963)
- Bulgaria—Grecia*
Resumido en A/CN.4/274, párrs. 269 a 272.
Acuerdo para la cooperación en la utilización de las aguas de los ríos que atraviesan los dos países (Atenas, 9 de julio de 1964)
- Polonia—URSS*
Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 552, pág. 175; resumido en A/CN.4/274, párrs. 273 a 278.
Acuerdo relativo a la utilización de los recursos hidráulicos en las aguas fronterizas (Varsovia, 17 de julio de 1964)
- Austria—Checoslovaquia*
Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 728, pág. 313; resumido en A/CN.4/274, párrs. 282 a 296.
Tratado relativo a la regulación de cuestiones de ordenación hidráulica respecto de las aguas fronterizas (Viena, 7 de diciembre de 1967)
- Francia—República Federal de Alemania*
Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 760, pág. 305.
Convenio relativo al aprovechamiento del Rin entre Estrasburgo/Kehl y Lauterbourg/Neuburgweier (París, 4 de julio de 1969)
- Finlandia—Suecia*
Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 825, pág. 191; resumido en A/CN.4/274, párrs. 307 a 321.
Acuerdo de los ríos fronterizos (Estocolmo, 16 de septiembre de 1971)

Convenciones generales

Fuente

- Convención y estatuto sobre el régimen de las vías navegables de interés internacional (Barcelona, 20 de abril de 1921)
Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. VII, pág. 35; resumido en A/5409, párrs. 79 a 82.
- Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)
Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, pág. 443.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar [Montego Bay (Jamaica), 10 de diciembre de 1982]
Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122.

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

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/423*

**Quinto 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, francés, inglés]
[25 de abril de 1989]*

ÍNDICE

<i>Sección</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN	1-15	140
A. Consideraciones preliminares	1	140
B. El concepto de riesgo	2-15	140
II. ARTICULOS REVISADOS PROPUESTOS PARA EL CAPÍTULO I (DISPOSICIONES GENERALES) Y EL CAPÍTULO II (PRINCIPIOS) DEL PROYECTO	16	142
III. COMENTARIOS A LOS ARTICULOS REVISADOS PROPUESTOS PARA LOS CAPÍTULOS I Y II	17-71	143
A. Artículo 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos)	18-26	143
B. Artículo 2 (Términos empleados)	27-34	144
C. Artículo 3 (Asignación de obligaciones)	35-37	145
D. Artículo 4 (Relación entre los presentes artículos y otros convenios internacionales)	38	145
E. Artículo 5 (Falta de efecto sobre otras normas de derecho internacional)	39-54	145
1. Consideraciones preliminares	39	145
2. El juego de las dos responsabilidades (responsabilidad causal y responsabilidad por ilicitud)	40-54	146
F. Artículo 6 (La libertad de acción y sus límites)	55-59	147
G. Artículo 7 (La cooperación)	60-63	148
H. Artículo 8 (La prevención)	64-68	148
I. Artículo 9 (La reparación)	69-71	149
IV. ARTICULOS 10 A 12 PROPUESTOS PARA EL CAPÍTULO III DEL PROYECTO (LA NOTIFICACIÓN, LA INFORMACIÓN Y LA ADVERTENCIA POR EL ESTADO AFECTADO—PRIMER PASO DEL PROCEDIMIENTO HACIA LA PREVENCIÓN Y LA FORMULACIÓN DE UN RÉGIMEN)	72	149
V. COMENTARIOS GENERALES A LOS ARTICULOS 10 A 12 DEL CAPÍTULO III	73-95	150
A. Consideraciones generales	73-78	150
B. La práctica internacional	79-95	151
VI. COMENTARIOS ESPECÍFICOS A LOS ARTICULOS 10 A 12 DEL CAPÍTULO III	96-106	153
A. Artículo 10 (Evaluación, notificación e información)	96-101	153
1. Apartados <i>a</i> , <i>b</i> y <i>c</i>	97-98	153
2. Apartado <i>d</i>	99-101	153
B. Artículo 11 (Procedimiento para protección de la seguridad nacional o de secretos industriales)	102-105	153
C. Artículo 12 (Advertencia por el Estado presuntamente afectado)	106	154
VII. ARTICULOS 13 A 17 PROPUESTOS PARA EL CAPÍTULO III DEL PROYECTO—PASOS POSTERIORES A LA NOTIFICACIÓN	107	154
VIII. COMENTARIOS GENERALES A LOS ARTICULOS 13 A 17 DEL CAPÍTULO III	108-121	155
A. Consideraciones generales	108	155
B. Suspensión o no de la iniciación de la nueva actividad	109-116	155
C. Las actividades existentes	117-121	156

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/423/Corr.1 y 2.

Sección	Párrafos	Página
IX. COMENTARIOS ESPECÍFICOS A LOS ARTÍCULOS 13 A 17 DEL CAPÍTULO III	122-148	156
A. Artículo 13 (Plazo para responder a la notificación. Obligación del Estado de origen)	122-123	156
B. Artículo 14 (Respuesta a la notificación)	124	157
C. Artículo 15 (Falta de respuesta a la notificación)	125	157
D. Artículo 16 (Obligación de negociar)	126-147	157
E. Artículo 17 (Falta de respuesta a la notificación del artículo 12)	148	159

I.—Introducción

A.—Consideraciones preliminares

1. Los debates celebrados sobre el presente tema en el último período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional¹ y en la Sexta Comisión durante el cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General² fueron muy fructíferos. El Relator Especial piensa que tras estos dos importantes debates la CDI podrá orientarse en la buena dirección.

B.—El concepto de riesgo

2. En el cuarto informe del presente Relator Especial³ se propuso el concepto de «riesgo» como una manera de limitar el alcance del proyecto. Es natural que se buscara un límite, porque de lo contrario el tema puede estallar y dividirse en varios pedazos, a los que difícilmente podría aplicarse un mismo método.

3. Un texto legal puede sin embargo mezclar dos tipos distintos de responsabilidad, siempre que sus límites internos estén claros. Eso sucede con frecuencia en el derecho interno, cuando juegan para una misma posibilidad de conducta dos tipos diferentes de responsabilidad, según la vía que se elija. En el campo de los accidentes del trabajo, por ejemplo, suele preverse en algunas legislaciones internas un tipo de responsabilidad causal del empleador, de forma tal que en caso de siniestro éste pague, tenga o no culpa, una cierta suma tope. Esta indemnización resulta a veces considerablemente menor que el daño real sufrido por el empleado, por lo cual si éste estima que tiene pruebas suficientes para demostrar la culpa patronal, puede elegir la vía ordinaria y demandar por sumas mayores, sujeto entonces a las exigencias probatorias del derecho común.

4. La limitación impuesta por el concepto de «riesgo» podría fijar un límite que evitara en particular caer en formas de responsabilidad «absoluta», según las cuales cual-

quier daño y todo daño transfronterizos debían ser indemnizados. Pensaba —y sigue pensando— el Relator Especial que ello exige un grado de solidaridad propio de sociedades mucho más integradas que la actual comunidad internacional.

5. Tratemos de ver lo anterior un poco más de cerca. En el terreno de la responsabilidad, el derecho se encuentra, en última instancia, frente a una elección inexorable: ¿sobre quién debe recaer un daño producido? Una primera respuesta es buscar al que tiene culpa, en sentido amplio. Ese debe indemnizar. Ahora bien, si no hay ningún culpable del acto específico que produjo el daño, debe indemnizar quien emprendió la actividad en que aquel acto se inserta, normalmente porque es quien se beneficia con sus resultados, o bien quien es propietario de la cosa peligrosa, porque es él quien introdujo el peligro. Esta es la base de la teoría del «riesgo», donde al entender del presente Relator Especial hay una especie de «culpa original» —«pecado original» lo llamó en uno de sus informes⁴—, porque esta «culpa» o «pecado» está *ab initio*, en el origen mismo de la actividad. En su virtud, el empresario toma sobre sí la responsabilidad de compensar los accidentes en que se materialice el riesgo creado. Se la ha llamado «culpa condicional», porque está allí todo el tiempo, sujeta a la condición de que se produzcan los siniestros, de los que el empresario «tiene la culpa» por haber traído a la existencia la actividad, aunque no la tenga en absoluto en cuanto al episodio de que se trate.

6. Pero hay una tercera instancia: llega un momento en que la balanza no puede registrar ninguna diferencia en cuanto a las culpas, como sería el caso del daño producido, no por una actividad, sino por un acto aislado sin intervención de la voluntad del agente, o por una cosa que no es normalmente peligrosa. En la instancia anterior, la culpa (real o ficticia) por un acto se vincula a una actividad: aquí no hay siquiera esa vinculación.

7. En algunas legislaciones internas, no obstante, se busca evitar que sea la víctima inocente, aquel que no hizo absolutamente nada para merecer el daño, quien se perjudique. Una posible solución es responsabilizar al que obra, al que actúa, aun cuando haya actuado sin culpa, o bien a

¹ Véase el resumen del debate de la CDI en su 40.º período de sesiones en *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 11 y ss., párrs. 21 a 102.

² Véase «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.431), secc. B.

³ *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/413.

⁴ Para no utilizar el concepto de «culpa», que acaso complicaría las cosas en materia de responsabilidad internacional. Véase el tercer informe del Relator Especial, *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte), pág. 52, documento A/CN.4/405, párr. 16.

aquel que es propietario de la cosa que produjo el daño, aunque ésta no sea normalmente peligrosa. Por mínima que sea la diferencia que marque la balanza, y aun cuando esta diferencia no pueda ser medida en términos de culpa, es suficiente que pueda ser registrada para que con ella vaya la asignación de responsabilidad. Pues bien, es esta última forma de responsabilidad, que se podría llamar «absoluta», la que el Relator Especial quiso evitar al introducir el concepto de «actividades de riesgo» en su cuarto informe.

8. Ahora bien, esta forma de limitación por el riesgo conllevaba una incógnita: ¿dejaba o no dentro del tema a las actividades causantes de un daño apreciable transfronterizo por medio de la contaminación, cuyos efectos son normalmente acumulativos? El Relator Especial aborda esta cuestión en su cuarto informe⁵ y a él remite al lector.

9. La dificultad con este tipo de actividades estriba en que su efecto contaminante y por ende el daño que producen son normalmente previsibles como una consecuencia necesaria. Si una industria utiliza ciertos ingredientes conocidamente contaminantes y se dan ciertas condiciones también conocidas, el daño transfronterizo surgirá con necesidad. Al faltar el elemento de la contingencia del daño, resulta difícil hablar de riesgo.

10. Sin embargo, en su cuarto informe el Relator Especial abogaba en favor de la inclusión de este tipo de actividades en el alcance del tema, ya que si están comprendidas las actividades de riesgo, o sea de daño contingente, *a fortiori* lo estarían aquellas que lo causan necesariamente. Tal fue la lógica subyacente a la conclusión, ayudada por el amplio título del tema («actividades no prohibidas...»), que se prestaba a acogerlas aunque no fueran estrictamente «de riesgo», y pensando asimismo que en el derecho internacional general no existía la prohibición que las excluyera del tema⁶.

11. La CDI y la Sexta Comisión fueron, sin embargo, reuñentes a aceptar el concepto de «riesgo» en la forma empleada en el cuarto informe⁷. Se retuvo, sin embargo, tal

⁵ Documento A/CN.4/413 (véase nota 3 *supra*), párrs. 8 a 15.

⁶ *Ibid.*, párr. 10.

⁷ Es ilustrativa al respecto la opinión expresada por el representante de Austria en la Sexta Comisión:

«[...] Hay que tener presente también que el concepto de la responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional guarda relación con situaciones fundamentalmente distintas que requieren distinta solución. Una situación se refiere a las actividades peligrosas que entrañan el riesgo de consecuencias desastrosas en casos de accidente, si bien en circunstancias normales no surten efectos negativos sobre otros Estados ni sobre la comunidad internacional en su conjunto. Así, la cuestión de la responsabilidad sólo se plantearía en casos de accidente. Por su propia naturaleza, esa responsabilidad debe ser absoluta y objetiva, sin excepciones de ninguna índole.

»Sin embargo, la tarea de la CDI guarda relación también con una situación fundamentalmente distinta, la de los efectos transfronterizos y de largo alcance sobre el medio ambiente. En ese caso, el peligro de accidente es sólo un aspecto menor del problema. Algunas actividades industriales o de generación de energía dañan en su curso normal el medio ambiente de otros Estados. Además, el daño no es causado por una fuente única e identificable, como en el caso de las actividades peligrosas. Durante mucho tiempo esas emisiones eran generalmente aceptadas porque procedían de todos los Estados y porque sus consecuencias nocivas no eran bien conocidas ni evidentes. La conciencia cada vez mayor de esos peligrosos efectos hizo, sin embargo, que bajara el nivel de tolerancia. A ese respecto, incumben a la responsabilidad dos funciones distintas; al igual que en el caso de las actividades peligrosas, debería, por una parte, abarcar el riesgo de ac-

cepto para la prevención, puesto que si una actividad no presenta características de peligro, mal puede pedirse a un Estado que tome medidas de precaución a su respecto.

12. El presente Relator Especial no puede en este caso sino prestar oídos a la importante corriente de la CDI que prefiere no utilizar el concepto de «riesgo» como limitativo, y considera que su pensamiento puede incorporarse al articulado del proyecto. Estima también que no todo daño sería indemnizable según este proyecto (aunque pueda serlo por otro instrumento), ni se incurriría en la temida responsabilidad absoluta si se adhiere a ciertos conceptos existentes en el proyecto de artículos, por ejemplo el concepto de «actividad» *versus* el de «acto». Ya se había inclinado la Comisión, en relación con el segundo informe del presente Relator Especial⁸, a adoptar la terminología de la versión francesa del título del tema y referirse a «actividades» en lugar de «actos»⁹.

13. Pues bien, esta actitud tiene importancia en cuanto a la limitación del alcance del tema, porque, en uno de sus significados, la responsabilidad se refiere a las consecuencias de ciertas conductas¹⁰. En este sentido del concepto, «responsabilidad» sólo tiene relación con los actos, a los que pueden asignarse consecuencias jurídicas, y no con las actividades. Y ello porque la causalidad se origina en actos puntuales y específicos, no en actividades. Un cierto resultado en el mundo físico, que configura un daño en el mundo jurídico, puede conducir rastreando la cadena causal a un cierto acto humano que le da origen¹¹. Pero no puede asignarse con el mismo rigor a una «actividad», que es un conjunto de actos, una o varias series de episodios de conducta humana orientados en cierto sentido.

14. Este de las consecuencias es, si se quiere, el sentido clásico de la palabra «responsabilidad»¹². Pero al hablar de

cidente y, por la otra, debe también abarcar, y ésta es su función esencial, el daño apreciable causado en el territorio de otros Estados a raíz de una actividad normal. Por lo tanto, la responsabilidad por el riesgo debe estar combinada con la responsabilidad por una actividad dañina.» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 27.ª sesión, párrs. 37 y 38.*)

⁸ *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 153, documento A/CN.4/402.

⁹ *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 61 y 62, párr. 216.

¹⁰ Ya sea por su violación (ilicitud) o porque se produjo la condición que desencadena específicamente su cumplimiento (el daño en la responsabilidad causal).

¹¹ En su segundo informe, el presente Relator Especial declaró:

«[...] Y aquí se vuelve a las complejidades del título del tema y a la distinción entre actos y actividades. El Relator Especial cree, como lo ha dicho antes [...], que la versión francesa es la correcta y la que da al tema su verdadero alcance. Es menester ocuparse, según el mandato de la Asamblea General, de las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el derecho internacional. Las actividades se configuran a través de conductas complejas y variadas que se entrelazan y hasta se confunden. [...]» [Documento A/CN.4/402 (véase nota 8 *supra*), párr. 68.]

Dentro de una actividad lícita hay actos lícitos que pueden dar origen a un daño y a ciertas consecuencias, y puede haber también actos ilícitos que generen violación de obligaciones, como podría eventualmente suceder respecto de actos de actividades lícitas que violen obligaciones de prevención. Pero eso es harina de otro costal.

¹² Más aún, alguna opinión pretendidamente rigurosa sólo asigna el carácter de «responsabilidad» a la rama del derecho que trata de las consecuencias de la violación de obligaciones y prefiere llamar «garantías» a las obligaciones que impone el derecho a los empresarios por sus actividades de riesgo. El Relator Especial piensa que eso fue lo que movió a algunos miembros de la Comisión en el pasado para decir que la respon-

«responsabilidad por actividades» procede referirse a algo muy distinto de las consecuencias de los actos¹³. Se vincula la responsabilidad al carácter de la actividad, y así los actos aislados de la tercera instancia (párr. 6) comentada más arriba no estarían comprendidos en el alcance del tema. Para que el régimen de los presentes artículos se aplique a ciertos actos, éstos deben estar inseparablemente ligados a una actividad que debe ser de riesgo o de efectos nocivos (art. 1). Los daños producidos por actos aislados no entran en la consideración del proyecto, y por ende se evita la temida omnirresponsabilidad que describe la tercera instancia.

15. El título del tema, entonces, quiere decir «obligaciones en relación con las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el derecho internacional», y abarca ambos sentidos de la palabra «responsabilidad». Aquellas actividades requieren necesariamente para su continuación la concertación de un régimen que establezca entre Estados de origen y Estados afectados, obli-

(Continuación de la nota 12.)

sabilidad sólo tenía que ver con la ilicitud. Si esto fuera así, sin embargo, todos los capítulos del derecho interno de innumerables países que se ocupan de la responsabilidad por riesgo, causal, objetiva, *strict or absolute liability*, etc., serían gigantescos errores. No tratarían en realidad de responsabilidad, a pesar de su título, porque desde luego no hay violación de obligación alguna para que ella surja.

¹³ Hay otro sentido de «responsabilidad» que es capital para el presente tema. Goldie, al tratar de los diversos sentidos de la palabra «responsabilidad», dice:

gaciones y garantías en persecución de un equilibrio de los intereses en juego, y a falta de un régimen particular para una actividad específica, uno general que sería el contenido en los presentes artículos, donde se establecen obligaciones de informar, de notificar, de negociar un régimen y de negociar con vistas a una eventual reparación, según ciertos criterios, de los daños producidos.

«Así, el término *responsibility* incluye la atribución de las consecuencias de una conducta desde el punto de vista de las obligaciones de una persona en la sociedad. En segundo lugar, puede indicar el papel del demandado como parte responsable de haber causado un daño. [...]» [Extracto citado en el segundo informe del Relator Especial, documento A/CN.4/402 (véase nota 8 *supra*), nota 10.]

Ambos sentidos se utilizan para la palabra *responsibility* en los párrafos 1 y 2 del artículo 139 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982. Allí el término inglés *responsibility* fue considerado equivalente al francés *responsabilité* en el sentido de *responsabilités et obligations qui en découlent*, mientras que *liability* se reservaba para la *obligation de réparer*. La pareja de términos *responsibility and liability* se equiparó así en francés: *obligation de veiller au respect de la Convention et responsabilité en cas de dommages*. Véase el informe preliminar del anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 263, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2, nota 17.

En el primer sentido se refiere al conjunto de obligaciones primarias que rigen una actividad. No es extraño entonces que en el terreno de la responsabilidad «causal» sea preferible tomar como unidad de referencia, no el acto sino la actividad, para dotarla de una reglamentación que permita su continuación mediante el establecimiento de obligaciones primarias para quien la conduce. Estas obligaciones primarias entran a jugar, como se ha visto repetidamente, al producirse el daño.

II.— Artículos revisados propuestos para el capítulo I (Disposiciones generales) y el capítulo II (Principios) del proyecto

16. El Relator Especial propone entonces como alternativa de los 10 primeros artículos remitidos al Comité de Redacción¹⁴ otros que recogen las observaciones que a su juicio fueron las más importantes de las emitidas en los debates anteriormente mencionados (párr. 1) de la CDI y de la Sexta Comisión.

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.— Ambito de aplicación de los presentes artículos

Los presentes artículos se aplicarán a las actividades que se desarrollen en el territorio de un Estado o en otros lugares bajo su jurisdicción, reconocida por el derecho internacional o a falta de ésta, bajo su control, cuando las consecuencias físicas de tales actividades causen a lo largo de su desarrollo daños transfronterizos o creen un riesgo apreciable de causarlos.

¹⁴ Véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 11, párr. 22.

Artículo 2.— Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

a) i) Se entiende por «riesgo» el originado por el empleo de cosas que por sus propiedades físicas, ya sean ellas consideradas intrínsecamente o bien en relación con el lugar, el medio o la forma en que se emplean ofrecen a lo largo de su desarrollo y no obstante las precauciones que pudieren adoptarse a su respecto, la probabilidad de causar un daño transfronterizo;

ii) «Riesgo apreciable» es aquel que puede advertirse de un simple examen de la actividad y de las cosas que maneja, en relación con el lugar, el medio o las formas de utilizarlas, y comprende tanto la probabilidad baja de un daño transfronterizo muy importante [desastroso] como la probabilidad elevada de daños apreciables menores;

b) Se entiende por «actividades de riesgo» aquellas mencionadas en el apartado a, en que el daño es contingente, y por «actividades de efectos nocivos» aquellas que producen daños transfronterizos apreciables a lo largo de su desarrollo;

c) Se entiende por «daño transfronterizo» el efecto producido como consecuencia física de las actividades mencionadas en el artículo 1 y que en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción o control de otro Estado perjudique de

manera apreciable a personas o cosas, al uso o disfrute de zonas o al medio ambiente, tengan o no los Estados concernidos fronteras comunes. En el régimen de los presentes artículos, «daño transfronterizo» alude siempre al «daño apreciable»;

d) Se entiende por «Estado de origen» el Estado en que ocurren las actividades a que se refiere el artículo 1, sea en su territorio, sea en lugares bajo su jurisdicción o control;

e) Se entiende por «Estado afectado» aquel en cuyo territorio o jurisdicción resulten dañados apreciablemente, o corren el riesgo de serlo, personas o cosas, el uso o disfrute de zonas o el medio ambiente.

Artículo 3.—Asignación de obligaciones

1. El Estado de origen tendrá las obligaciones que establecen los presentes artículos siempre que conociere, o tuviere los medios de conocer, que una actividad del artículo 1 se desarrolla o está a punto de desarrollarse en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el Estado de origen tiene el conocimiento o los medios de conocer a que se refiere el párrafo 1.

Artículo 4.—Relación entre los presentes artículos y otros convenios internacionales

Si los Estados Partes en los presentes artículos lo son también en otro convenio internacional relativo a actividades del artículo 1, se aplicarán entre dichos Estados los presentes artículos, sujeto a lo dispuesto en ese otro convenio internacional.

Artículo 5.—Falta de efecto sobre otras normas de derecho internacional

VARIANTE A

El hecho de que los presentes artículos no especifiquen los supuestos en que un daño transfronterizo se produce como consecuencia de un acto u omisión ilícitos del Estado de origen se entenderá sin perjuicio de la aplicación de cualquier otra norma de derecho internacional.

VARIANTE B

Los presentes artículos no perjudican la operación de cualquier otra norma de derecho internacional que esta-

blezca responsabilidad por daños transfronterizos resultantes de un hecho ilícito.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS

Artículo 6.—La libertad de acción y sus límites

La libertad soberana de los Estados para desarrollar o permitir el desarrollo de las actividades humanas en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control debe ser compatible con la protección de los derechos que emanen de la soberanía de otros Estados.

Artículo 7.—La cooperación

Los Estados cooperarán de buena fe, entre sí y requiriendo la ayuda de las organizaciones internacionales que pudieren prestársela, para tratar de evitar que las actividades del artículo 1 que se desarrollaren en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control, causen daños transfronterizos. Si éstos se produjeran, el Estado de origen deberá cooperar con el afectado para minimizar sus efectos. En caso de daño producido por accidente, el Estado afectado, de serle ello posible, cooperará también con el de origen respecto a los efectos nocivos que hayan ocurrido en territorio de este último, o en otros lugares bajo su jurisdicción o control.

Artículo 8.—La prevención

Los Estados de origen tomarán las medidas adecuadas para evitar daños transfronterizos o en su caso minimizar el riesgo de su producción. Para ello, y de acuerdo con su capacidad, adoptarán los mejores medios practicables y disponibles respecto a las actividades del artículo 1.

Artículo 9.—La reparación

En cuanto sea compatible con los presentes artículos, el Estado de origen deberá reparar el daño apreciable causado por una actividad del artículo 1. Dicha reparación se determinará por negociación entre el Estado de origen y el o los afectados y se orientarán en principio por los criterios contenidos en los presentes artículos, principalmente teniendo en cuenta que la reparación debería tender a restablecer el equilibrio de intereses afectado por el daño.

III.—Comentarios a los artículos revisados propuestos para los capítulos I y II

17. Los comentarios relativos a los artículos precedentemente transcritos tienen por principal objeto explicar los cambios introducidos.

A.—Artículo 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos)

18. Las palabras «en el territorio de un Estado» indican que se ha vuelto al concepto de territorio, agregándole lo

relativo a la jurisdicción y control. En rigor no sería necesario, porque si una actividad se produce en el territorio de un Estado, estará normalmente bajo su jurisdicción. Pero puede ser útil para hacer notar que el concepto de «jurisdicción» que se utiliza en los artículos se refiere también a otros lugares, que están fuera del territorio del Estado.

19. Se ha acudido a la expresión «jurisdicción reconocida por el derecho internacional» para no contrariar una

posición que mantiene que la jurisdicción en el territorio no es «otorgada» por el derecho de gentes, sino que es consecuencia de la soberanía originaria del Estado. Aunque se expresó la opinión en el sentido de que era innecesario enunciar que la jurisdicción debe ser conforme al derecho internacional, el Relator Especial prefiere mantener esa expresión para diferenciar netamente este caso de aquel en que, a falta de una jurisdicción legítima, el territorio de un Estado o una porción de éste se encuentran bajo el control de otro Estado.

20. La palabra «lugares» reemplaza al original «ámbitos», sobre todo teniendo en cuenta que fue traducido al inglés como «spheres», lo que no parece una expresión usual; «places» puede ser más justa. En todo caso, «lugares» es una expresión suficientemente elástica como para incluir áreas pequeñas en su significación, como un barco, avión o nave espacial, desde donde una actividad puede producir un daño transfronterizo.

21. Se suprimió la palabra «efectivo» luego de «control» ante la opinión de que si un control no es efectivo, tampoco es control.

22. Las palabras «a lo largo de su desarrollo», que antes sólo figuraban en el apartado *a* del artículo 2 en relación con el riesgo, se introducen en este artículo porque son coherentes con la idea de responsabilidad referida a actividades más que a actos. En el caso de actividades de riesgo, hay casi la certeza de que en un cierto lapso algún daño apreciable puede producirse, y en el caso de actividades que causen efectos nocivos, la expresión utilizada hace llegar la significación deseada de un daño que puede iniciarse desde el principio y continuar, o bien ser acumulativo y no producirse de inmediato sino «a lo largo del desarrollo» de la actividad.

23. Las palabras «causan un daño transfronterizo o crean un riesgo apreciable de causarlo» son una fórmula que intenta abarcar las actividades de riesgo y las que producen efectos nocivos. Se mantiene la idea de «riesgo apreciable» que tiene aceptación en la práctica internacional¹⁵. Cabe remitirse aquí a los párrafos 24 a 31 del cuarto informe del presente Relator Especial. Es difícil comprender la exigencia de la prevención si el riesgo no es «apreciable» como se lo ha definido en el artículo 1. De más está decir que cuando se trate de actividades que producen normalmente efectos nocivos, se entiende que tales efectos son fácilmente previsibles.

24. Procede señalar que, en las actividades de riesgo, para que sea exigible la prevención es necesario que el «riesgo apreciable» que se menciona sea susceptible de causar un «daño apreciable». Aunque no podamos ser demasiado estrictos en una materia de límites algo indefinidos, como es esta de riesgos y daños «apreciables», en principio este adjetivo debe ser aplicado a ambos conceptos.

25. Se introduce ya desde el artículo 1 el concepto de «daño apreciable», que es el único que tiene significado en este proyecto. Como se ha visto, un daño de cuantía inferior carece de relevancia. Se utiliza la palabra «apreciable», tanto respecto al riesgo como al daño porque parece expresar un umbral de tolerancia adecuado, dentro de la conocida incertidumbre en cuanto a sus exactos límites.

Con la misma salvedad, podría preferirse «significativo», o «importante», o «sustancial», que dan idea de umbrales más altos, acaso no deseables según estima el Relator Especial, pero por supuesto dentro de las posibilidades de elección de la Comisión.

26. Por otra parte, con respecto al daño, también se ha utilizado el término «apreciable» en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación¹⁶ (denominado en adelante «proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales»), y aunque la uniformidad no es obligatoria, el Relator Especial cree que las similitudes entre este y el otro tema autorizan la opinión emitida de que debieran armonizarse los términos que en ambos se emplean.

B.—Artículo 2 (Términos empleados)

27. La expresión usada en el apartado *a*, i), que se refiere a «y no obstante las precauciones que pudieren adoptarse a su respecto», intenta describir lo esencial de la responsabilidad por riesgo, o sea, la ausencia de culpa y la irrelevancia de la «debida diligencia» en estos casos. Las observaciones hechas en los debates respecto a que debían incluirse las actividades con bajas probabilidades de un daño desastroso son recogidas en el apartado *a*, ii), referente al «riesgo apreciable». Se utiliza la expresión «daños apreciables menores» para indicar que los daños, aunque menores, deben también ser apreciables. El Relator Especial está abierto en cuanto a la calificación del daño mayor como «muy importante», «desastroso» o aun «catastrófico», siempre que transmita la idea de un daño de gran magnitud. De más está decir que hay actividades, como la nuclear, que ofrecen ambas posibilidades: riesgo elevado de daños corrientes durante su operación normal, y riesgo bajo de accidentes desastrosos.

28. El apartado *b* introduce una calificación para ciertas actividades que producen daño, como las contaminantes «de efectos nocivos». En inglés, «with harmful effects» podría ser un equivalente aceptable. Se entiende que no son actividades puramente nocivas, puesto que se las permite finalmente porque su utilidad es mayor que el daño que producen.

29. Será preciso también efectuar una serie de puntualizaciones en relación con el apartado *c*.

30. El «daño transfronterizo» es el perjuicio que sufre un Estado como consecuencia física de las actividades mencionadas en el artículo 1. La expresión «perjudique de manera apreciable» transmite la idea de que el único daño relevante en la presente materia es el que excede el umbral de tolerancia fijado por la palabra «apreciable».

31. En cuanto a la palabra «lugares», se la emplea nuevamente en el apartado *c* para indicar que el daño transfronterizo puede afectar no sólo el territorio de un Estado, sino también otras áreas —que pueden ser pequeñas, como ya se ha señalado (párr. 20)— donde éste ejerce jurisdicción reconocida por el derecho internacional. En la zona económica exclusiva, por ejemplo, una plataforma o isla

¹⁵ Para mayores detalles, véase el cuarto informe del Relator Especial, documento A/CN.4/413 (véase nota 3 *supra*, párrs. 24 a 31 y nota 9.

¹⁶ Véase artículo 8 (Obligación de no causar daños apreciables), adoptado provisionalmente por la Comisión en su 40.º período de sesiones [*Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 37].

artificial o los propios buques del Estado ribereño podrían ser dañados por causa de una actividad de buques de otro Estado o desde tierra (evidentemente, desde el territorio de otro Estado), o desde un avión de otro registro, etc. Un caso transfronterizo aparentemente algo tenue, pero cierto, sería el de un buque de un Estado cuya actividad cause daño al buque de otro Estado, encontrándose ambos en alta mar. Lo importante aquí es el elemento «interjurisdiccional».

32. El caso del lugar o territorio «bajo control» de otro Estado ofrece ciertas dificultades. Una primera reacción sería negar el carácter de Estado afectado al que está ejerciendo control sobre ese territorio en contra del derecho internacional, para no prestarse a una equiparación entre ese control y la jurisdicción legal. El resultado, sin embargo, sería dejar a los habitantes del territorio sin protección internacional, no obstante verse perjudicados en su salud o en su patrimonio, o en el uso y goce de ciertas regiones o en su medio ambiente. Habría dos posibilidades: una es reconocer ese derecho al Estado que ejerce el control simplemente en su carácter de responsable hacia la población de ciertos deberes internacionales, como podrían ser los derechos humanos; o bien la otra es dárselo a la institución titular de la jurisdicción legal, ya sea al Estado al que corresponda legítimamente o al organismo que haya sido instituido su representante, como el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia en el caso del antiguo Territorio del África Sudoccidental.

33. En la definición del daño se ha añadido al perjuicio causado a personas o cosas, así como al uso o disfrute de zonas, el causado al «medio ambiente». Si bien es cierto que podía considerarse incluido en la anterior definición, se ha considerado que el medio ambiente es una preocupación tan importante de nuestros tiempos que no podía estar ausente de la definición del daño, para no dejar duda alguna acerca de que se lo intenta proteger también con este proyecto.

34. En cuanto al apartado *d*, éste otorga responsabilidad, además naturalmente del Estado del territorio, al que ejerza jurisdicción sobre otro lugar, o control a falta de aquélla. Es natural que así sea, porque no puede eximirse de responsabilidad al que está en falta por causa misma de su falta.

C.—Artículo 3 (Asignación de obligaciones)

35. El título precedente del artículo 3 ha cambiado, de «La atribución» a «Asignación de obligaciones». Se dijo que emplear aquí la palabra «atribución» significaría equipararla con aquella que se hace en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, y que conviene distinguir entre ambos campos.

36. La observación puede ser justa. La palabra «atribución» es utilizada en la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados¹⁷ para referirse a la imputación de un hecho a un Estado. En la segunda parte, donde el protagonista es el Estado lesionado y es a quien se atribuyen ciertos derechos y facultades, no se utiliza la palabra «atribución». Siendo así, y significando «atribución» simplemente «imputación de

hechos», no convendría utilizar esta palabra en el presente tema, porque no parece enteramente exacto que lo que se imputa o atribuye a un Estado sea una cierta actividad, ni mucho menos un hecho, sino ciertas obligaciones como consecuencia de que una determinada actividad se realiza dentro de su territorio o en lugares bajo su jurisdicción o control. Por lo demás, estas obligaciones son primarias, a diferencia de las secundarias que figuran en la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados.

37. El párrafo 2 contiene la presunción de que un Estado tiene el conocimiento o los medios de conocer que una actividad del artículo 1 se desarrolla en su territorio o en lugares bajo su jurisdicción o control y que a él le corresponde la prueba en contrario. Aunque la prueba negativa ha sido llamada en derecho procesal la «prueba diabólica», ya que es muy difícil probar que cierto hecho no ha tenido lugar, o que cierta cosa o calidad no existe, en este caso no es tan difícil: basta a un Estado con demostrar, por ejemplo, la cantidad y las características de los buques y aviones de que dispone en relación con las extensiones que debe vigilar para apreciar si son suficientes para destruir la presunción contraria, porque conviene no olvidar que el conocimiento que se atribuye a un Estado de todo lo que sucede en su territorio no es, a su vez, sino una presunción.

D.—Artículo 4 (Relación entre los presentes artículos y otros convenios internacionales)

38. El artículo 4 es uno de los cinco artículos originales redactados por el anterior Relator Especial, el difunto R. Q. Quentin-Baxter¹⁸. No fue objeto de mayores objeciones y se refiere a la relación entre la convención-marco que se examina y aquellas que reglan actividades específicas y que se rigen por principios muy parecidos a los que inspiran los presentes artículos. La fórmula «sujeto a lo dispuesto en ese otro convenio internacional» se inspira en el párrafo 2 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969¹⁹, relativo a la aplicación de tratados sucesivos sobre una misma materia.

E.—Artículo 5 (Falta de efecto sobre otras normas de derecho internacional)

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

39. El artículo 5, redactado también por el anterior Relator Especial, no ha suscitado mayores observaciones. Sin embargo, la redacción sugerida por un miembro de la Comisión en el 40.º período de sesiones²⁰ podría parecer más clara para expresar la misma idea, y por ello el Relator Especial estima conveniente someter ese texto, como variante B del artículo 5, al examen de la Comisión. En todo caso, la relación entre la responsabilidad causal y la responsabilidad por ilicitud merece una consideración más detenida, sobre todo a la luz del interesante debate que tuvo lugar en 1988 sobre el tema de los cursos de agua internacionales, como se advierte a continuación (párr. 41).

¹⁸ *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), págs. 80 y 81, párr. 237.

¹⁹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, pág. 443.

²⁰ *Anuario... 1988*, vol. I, pág. 35, 2048.ª sesión, párr. 8 (Sr. Eiriksson).

¹⁷ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

2. EL JUEGO DE LAS DOS RESPONSABILIDADES (RESPONSABILIDAD CAUSAL Y RESPONSABILIDAD POR ILICITUD)

40. Ya se ha visto que es perfectamente concebible que concurran en un mismo sistema un régimen de responsabilidad por ilicitud con otro de responsabilidad causal. Aparte del citado ejemplo de los accidentes del trabajo (párr. 3), cabe citar el asunto de la *Fundición de Trail (Trail Smelter)*²¹, en el que el tribunal arbitral impuso al Canadá un doble régimen de responsabilidades. Por un lado, el tribunal estableció ciertas medidas de prevención que debía adoptar la fundición y que el tribunal presumía serían suficientes para evitar que continuaran produciéndose los daños causados por los humos en el Estado de Washington y, por el otro, determinó que, si a pesar de cumplirse con tales conductas, se producía un daño apreciable, el Canadá debía compensarlo.

41. Durante el examen, efectuado en el 40.º período de sesiones, del proyecto de artículos relativo a los cursos de agua internacionales, la Comisión debatió extensamente el artículo 16 [17] dedicado a la contaminación²². El párrafo 2 de dicho artículo decía así:

2. Los Estados del curso de agua no podrán causar ni permitir la contaminación [del sistema] de un curso de agua internacional en una forma o en un grado que cause perjuicio apreciable a otros Estados del curso de agua o a la ecología [del sistema] de un curso de agua internacional.

Este texto originó un debate sobre la pregunta de si no se trataría de una responsabilidad causal (*strict liability*), y la reflexión de que en todo caso no estaba bien determinada en derecho la línea divisoria entre ambas responsabilidades²³.

42. Por su parte, el Relator Especial no piensa así. Si bien a veces la línea de división entre ambos regímenes de responsabilidad es fina, no por eso deja de distinguirse claramente: basta tener presentes los conceptos que presiden una y otra de esas responsabilidades, que son claramente diferentes. En el presente caso, se trata de una obligación de impedir un resultado, tal como se prevé en el artículo 23 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados²⁴. La violación de tales obligaciones sólo se configura, según el mismo artículo, «si el Estado, mediante el comportamiento observado, no logra ese resultado». Naturalmente, si el acontecimiento (esto es, el daño apreciable a través de la contaminación del curso de agua) no se produce, nadie irá a averiguar si los medios empleados para prevenirlo eran o no suficientes. Obtenido el resultado (la prevención del acontecimiento dado), no hay violación de la obligación ni por ende examen de los medios empleados o de la conducta seguida.

43. Pero en cambio si el resultado no se evita, y se origina el daño apreciable, ¿qué sucede? Y aquí está la línea, delgada pero firme, que separa ambos regímenes de responsabilidad. Pues bien, en este caso, y según el comentario al artículo 23 ya citado, para que pueda determinarse

si ha habido violación de la obligación, y por ende ilicitud, deberán examinarse los medios empleados para evitar el acontecimiento dado. Si se encuentra que el Estado, mediante una conducta diferente de la empleada, hubiera podido evitar el resultado, entonces hay violación de la obligación. En otro caso, no. Según la Comisión,

[...] Evidentemente, el Estado no puede estar obligado más que a oponerse por su acción a la eventualidad de tal acontecimiento, a frustrar, en lo que dependa de él, la realización de tal acontecimiento. [...]²⁵

44. Esto es fundamental, y allí reside la diferencia apuntada entre la responsabilidad por ilicitud y la responsabilidad causal: en el régimen de esta última, cualquiera haya sido el grado de diligencia empleado, aun el máximo, la compensación es la consecuencia inevitable del daño causado. Por eso en el derecho anglosajón se la llama «responsabilidad estricta» o «absoluta» (aunque haya, como es sabido, matices de diferencia entre la responsabilidad «estricta» y la «absoluta»). Y aunque sea muy peligroso hablar de «culpa» en este terreno, las legislaciones internas suelen también llamar a este régimen el de la responsabilidad «sin culpa» (*lato sensu*), o sea que el haber procedido o no de acuerdo a las reglas de la prevención no altera la asignación de responsabilidad.

45. ¿Qué sucedería si hubiese Estados de un curso de agua que fueran partes en la respectiva convención y también en los presentes artículos? Si tuviese lugar el daño, habría que examinar si se adoptaron los medios que normalmente configuran la «debida diligencia». Si no se adoptaron tales medios, hubo violación de la obligación y por ende ilicitud; corresponde la reparación.

46. En cambio, si se pusieron en juego los mejores medios de que dispone el Estado, no habría violación de obligación ni consiguiente ilicitud. Aquí podría entrar a jugar la responsabilidad causal y, como en ella la compensación participa de la naturaleza de la «distribución de costos» (*costs allocation*) más que de la *restitutio in integrum*, cabría disminuir el monto a pagar teniendo principalmente en cuenta los costos incurridos. En el presente proyecto esas determinaciones pueden alcanzarse por negociación, que es el mecanismo previsto para estas situaciones.

47. En realidad, en casos normales de contaminación la defensa de «due diligence» es poco menos que impensable; sería muy raro que un resultado claramente atribuible a una cierta actividad cuya existencia es conocida por el Estado de origen se produjera por ignorancia de las causas que originan el daño. Normalmente, se sabe que algunos elementos contenidos en ciertas manipulaciones producen contaminación. Entonces, quedarían en la práctica dos posibilidades de casos como éstos en relación con los cursos de agua: o bien, a) no se emplea con respecto a una actividad la debida diligencia que mantendría sus efectos contaminantes por debajo del umbral de tolerancia (daño apreciable), en cuyo caso habría violación de la obligación y por ende ilicitud, o bien, b) se utilizan todos los medios aconsejables para prevenir el daño, pero no obstante se produce un accidente y con él un daño apreciable que perjudica a un Estado o Estados afectados en el [sistema] curso de agua. Surgen entonces la responsabilidad causal y la correspondiente indemnización.

48. Este ejemplo puede ser ilustrativo de lo que sucedería con la propuesta convención sobre el presente tema

²¹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), pág. 1905.

²² Este artículo fue remitido al Comité de Redacción en 1988; para el texto, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 29, nota 73.

²³ *Ibid.*, pág. 32, párr. 160.

²⁴ Véanse el texto del artículo 23 y el comentario respectivo (Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado) en *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 79 y ss.

²⁵ *Ibid.*, pág. 81, párr. 6 del comentario al artículo 23.

—sin ya la presencia de otra convención que impusiera responsabilidad por ilicitud en ciertos casos— según la forma que se le diere a la obligación de prevención del artículo 8. Si es una obligación de resultado, el efecto sería similar al de la existencia de ambas convenciones, sólo que los dos regímenes (uno de responsabilidad por ilicitud y el otro de responsabilidad causal) coexistirían en el mismo instrumento. El resultado sería que si se produjera un daño por incumplimiento de las obligaciones de prevención, habría responsabilidad por ilicitud con todo lo que esto implica; y, si se cumplieren aquellas obligaciones y el daño sin embargo ocurriera, se aplicaría la responsabilidad causal, también con todas sus leyes.

49. Se señaló que aquí había una incompatibilidad con el mandato de la Comisión de ocuparse de la responsabilidad por actos «no prohibidos». Además de la indiferencia mostrada por muchos miembros ante esta aparente contradicción, cabe argumentar que ese razonamiento es aplicable a un tema que se ocupa de «actos» y no de «actividades»: cabría en el presente mandato tratar de las consecuencias de ciertos actos ilícitos, inextricablemente relacionados con una actividad no prohibida. Esta seguiría siendo permitida y sólo debería cesar el «acto» dañoso.

50. La solución paradójicamente menos dura para el Estado de origen sería la existencia de un solo régimen: el de responsabilidad causal (*strict liability*). Funcionaría así: la prevención no se exigiría por obligación separada, sino simplemente surgiría del efecto disuasivo de la reparación por el régimen de responsabilidad causal. El artículo 8 sería sólo un apéndice de las obligaciones de cooperar, sin consecuencia en caso de incumplimiento (sólo producido el daño, el cumplimiento de las obligaciones de prevención autorizaría ciertos descuentos). Tendría también las siguientes ventajas: *a*) no calificar de ilícita una conducta estatal; *b*) establecer un mecanismo de asignación de obligaciones de fácil funcionamiento; *c*) exigir una reparación que sólo tendiera al restablecimiento del equilibrio de intereses en lugar de orientarse por un criterio de restitución total del daño, y *d*) por último, el acto no tendría que cesar —aunque se repararían sus efectos—, lo que a veces podría implicar una solución más flexible.

51. Si bien esta última ventaja puede parecer un pasaporte para que el Estado de origen continúe produciendo daño mediante el pago de una tarifa, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la obligación de indemnizar va a imponer a aquel Estado cierta restricción, y, luego, que los presentes artículos prevén también un sistema de consultas y la creación de un régimen particular que rija la actividad de que se trate, que puede eventualmente conducir hasta la prohibición de la actividad en aplicación del criterio de equilibrio de intereses (*balance of interests test*).

52. Puede concebirse que en lugar de una obligación de «diligencia debida», como parece ser la prevista en el artículo 16 [17] del proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales (véase párr. 41 *supra*), se hubiera impuesto una obligación de comportamiento. Es concebible que se hubieran requerido los «estándares internacionales aceptados» (*accepted international standards*) si tales estándares existen. O bien, que se hubiera regulado la introducción de ciertos elementos tóxicos, por vía de eliminación industrial por ejemplo, en un sistema de curso de

agua, tal como sucede en otro orden de cosas en varios instrumentos internacionales²⁶.

53. Si bien la práctica podría indicar otra realidad en cuanto a las consecuencias, teóricamente al menos la violación de esa obligación de comportamiento acarrearía, sin esperar a que se produjera el daño, todas las consecuencias de la ilicitud y, por ende, la cesación del acto que le da origen, la anulación de sus consecuencias, el restablecimiento de la situación que existía antes del hecho, y en fin, todo lo que exige el artículo 6 de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados²⁷.

54. Tampoco sería de descartar el empleo, por los Estados afectados, de ciertas medidas tendientes a forzar el cumplimiento de la obligación de comportamiento, antes por supuesto de la producción de cualquier daño material. La imposición de un semejante régimen no sería tampoco incompatible con otro de responsabilidad causal, que podría surgir en caso de accidente a pesar del cumplimiento de los «accepted international standards».

F.—Artículo 6 (La libertad de acción y sus límites)

55. Se ha buscado en el artículo 6 la forma de referirse simplemente a la libertad del Estado para permitir las actividades que allí se mencionen y no de declararla, porque algunos pensaron que era obvio. La mención, en el proyecto de artículos anterior, sólo del territorio se amplió para dar cabida también a los «lugares» bajo su jurisdicción o control, aunque en el cuarto informe esta interpretación aparecía como implícita en la redacción de un principio tan general. La segunda parte del artículo quedó igual.

56. El artículo 6 se inspira en el Principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)²⁸; sólo que se buscó una forma más amplia, desligada de la noción de explotación de recursos naturales. Básicamente, el Principio 21 enuncia una cierta libertad y sus límites. El artículo 6 expresa también las dos caras de la soberanía; por un lado, la libertad de hacer lo que se quiere dentro del territorio propio y, por el otro, la intangibilidad del territorio propio respecto de efectos venidos del exterior. La palabra clave es que una y otra deben ser hechas compatibles, o sea, no hay libertad absoluta ni intangibilidad absoluta; ambas deberán compatibilizarse en forma equilibrada.

57. Tal es el fundamento del umbral mínimo debajo del cual el daño debe ser tolerado; es una concesión a la libertad de actuar en el territorio, a costa de la intangibilidad territorial, pero esa libertad no debe sobrepasar el límite fijado por la naturaleza de una mera molestia, de un daño menos apreciable. Esta es una de las maneras de hacer compatibles estos conceptos.

²⁶ Por ejemplo, el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, de 16 de septiembre de 1987, PNUMA, Nairobi, 1987.

²⁷ *Anuario...* 1985, vol. II (segunda parte), pág. 21, nota 66.

²⁸ *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.º

58. Las obligaciones que pesan sobre el Estado de origen son otra forma de hacer compatibles los mismos elementos: a la libertad de conducir o de permitir actividades en el territorio deben oponerse ciertas obligaciones de prevención y de reparación.

59. Se entiende también que dentro de los derechos que emanen de la soberanía de los Estados están los de la integridad de las personas y cosas, así como el uso o disfrute de zonas y el medio ambiente del territorio.

G.—Artículo 7 (La cooperación)

60. El artículo 7 trata de expresar en forma más específica que en el texto propuesto en el cuarto informe las obligaciones que dimanen del principio de cooperación. O sea, hay obligación de cooperar en la prevención del efecto nocivo, así como en su control y para minimizarlo una vez producido. No se habla de la obligación de reparar, porque ésta no surge de la obligación de cooperar, sino de la de restablecer el equilibrio de intereses alterado.

61. El artículo 7 se refiere a ambos tipos de actividades mencionados en el artículo 1. En caso de riesgo, la cooperación deberá dirigirse a minimizarlo para tratar de evitar que se produzca el accidente que causaría el daño; en caso de actividades de efectos nocivos, la cooperación deberá tender a que esos efectos se mantengan debajo del umbral del daño apreciable. No podía faltar, en un texto que consagra el principio de la cooperación, una referencia a las organizaciones internacionales, cuya finalidad principal es la de promover la cooperación entre los Estados para los fines de su establecimiento. Sabido es que varias de tales organizaciones, o algunos de sus programas, tendrían capacidad especial para ayudar a los Estados en materias de su competencia. Cabría citar como ejemplo a organizaciones como la OMI, el OIEA, la OMS, la OMM, el PNUMA, dentro del sistema de las Naciones Unidas, y otras, como la OCDE, cuya cooperación debiera requerir obligatoriamente el Estado de origen. Claro está que tal obligación no sería automática en todos los casos, sino en aquellos que lo requirieran. Es por eso que el Relator Especial ha preferido introducir esta mención dentro de un principio tan amplio como la cooperación en lugar de hacerlo en obligaciones más específicas.

62. En suma, no podría estimarse que un Estado de origen ha cumplido con su obligación de cooperar para tratar de evitar la producción de un daño apreciable, si en un caso particular, en que la ayuda de una organización determinada hubiera podido ser útil, ésta no se ha requerido. La cooperación deberá también dirigirse a paliar los efectos de un daño apreciable ya producido. Esa cooperación, en la medida de lo posible, regirá tanto en el sentido del Estado de origen hacia el afectado como a la inversa. Esto significa que si el Estado afectado tiene medios para hacerlo —por ejemplo, si dispone de una tecnología más avanzada—, deberá también ayudar al de origen a paliar los efectos nocivos en su territorio. Se entiende que, como se dice en el cuarto informe²⁹, esa cooperación no será necesariamente gratuita; lo importante es no negarle al Estado de origen, por el solo hecho de serlo, los medios para remediar o minimizar el daño producido por el accidente

en su propio territorio. Esta cooperación, desde luego, implica no aprovechar la oportunidad para buscar ventajas políticas ni para ventilar rivalidades de cualquier tipo.

63. La primera parte del artículo da fundamento a las obligaciones de informar, notificar y consultar al Estado afectado. Como se dijo antes, estas obligaciones sirven para la prevención, porque la participación del Estado afectado significará la coordinación de los esfuerzos de ambas partes en ese sentido. Pero sirven también, y acaso en mayor medida, para la creación de un eventual régimen para la actividad de que se trate. Informar y notificar significa hacer partícipe al presunto Estado afectado en la apreciación conjunta de la naturaleza de la actividad y de sus efectos, lo que permitirá determinar si es necesario crear un régimen para que se restablezca el equilibrio de los intereses. Se trata, pues, de obligaciones «hacia» un régimen, en la medida en que éste sea necesario para evitar que una parte resulte lesionada y la otra se beneficie con la transferencia (externalización) de los costos «internos» de una empresa; es decir, los costos necesarios para prevenir los daños.

H.—Artículo 8 (La prevención)

64. El artículo 8 (anteriormente el artículo 9) enuncia el principio de la prevención³⁰. La versión anterior decía que los Estados debían adoptar «todas las medidas de prevención razonables para evitar o minimizar los daños...». La actual redacción obliga a los Estados a tomar «las medidas adecuadas para evitar daños transfronterizos o en su caso minimizar el riesgo de su producción».

65. Este deber no es absoluto, ya que en la oración siguiente se dice que «Para ello, y de acuerdo con su capacidad, adoptarán los mejores medios practicables y disponibles...». Quienes deberán utilizar los mejores medios disponibles son aquellos que conducen la actividad, ya sean personas particulares o el Estado. Esta frase sustituye a «las medidas de prevención razonables», expresión que fue considerada poco exigente o vaga.

66. Los Estados deberán asimismo dictar las leyes y reglamentos administrativos necesarios para convertir esta obligación en normas de derecho interno y además hacer cumplir tales normas internas. O sea que si se trata de una actividad del Estado o de uno de sus organismos o empresas, será el Estado o sus empresas quienes deban emplear las medidas de prevención que correspondan. Pero si esas actividades son llevadas adelante por personas físicas o morales privadas, no es el Estado el que debe desplegar materialmente los medios destinados a la prevención, sino los particulares, y al Estado incumbirá imponer la correspondiente obligación de derecho interno y hacerla cumplir.

67. Por último, pero muy importante, debe tenerse en cuenta la particular situación de los países en desarrollo,

³⁰ Parecido lenguaje se emplea en el párrafo 1 del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982 [*Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122]; en el párrafo 1 del artículo 2 del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, de 1985 (PNUMA, Nairobi, 1985); en el artículo 3 del proyecto de convención de Aix-les-Bains sobre la contaminación transfronteriza, elaborado en mayo de 1988 por el Institut international de gestion et de génie de l'environnement (mimeografiado).

²⁹ Documento A/CN.4/413 (véase nota 3 *supra*), párr. 100.

que han sido hasta ahora los que más han sufrido las consecuencias de la contaminación global del planeta y los que menos han contribuido a su producción. De ahí que, respecto a los medios para adoptar las medidas adecuadas, el artículo diga que el Estado los adoptará «de acuerdo con su capacidad» y que tales medios deben ser «disponibles» a dichos Estados.

68. Como ya se indicó en relación con el artículo 5, en el proyecto se ofrecen tres posibilidades en materia de prevención. Si se adopta un enfoque de pura responsabilidad causal, las obligaciones de prevención se subsumen en las de reparación. En tal caso, las disposiciones del artículo 8 deberían considerarse como una forma de cooperación, sin que la violación de las obligaciones que prevén implique derecho de tutela jurisdiccional.

I.—Artículo 9 (La reparación)

69. El artículo 9 reproduce el contenido del anterior artículo 10. Sin alterar su sentido, se suprime la alusión a que «el daño [...] no deberá recaer exclusivamente sobre la víctima inocente». La conveniencia de este giro verbal se puso en duda, ya que daba la impresión de que la víctima inocente debía soportar la mayor parte del daño. No era ése, naturalmente, el sentido. Había que transmitir la noción de que la reparación no seguía rigurosamente el principio de *in integrum restitutio* que rige en la responsabilidad por ilicitud, o al menos no lo seguía en cuanto al daño aisladamente considerado en cada caso.

70. Ello es así, en primer lugar, porque el daño no proviene de un hecho ilícito, sino que es un daño esperado de una actividad lícita y respecto a cuya apreciación juegan

complejos criterios. Uno de ellos es, por ejemplo, la utilidad que el propio Estado afectado puede derivar de esa actividad, en particular o en general. Otro criterio es la interdependencia del mundo moderno que hace que todos seamos víctimas y victimarios; aun otro consiste en los gastos de prevención en que puede haber incurrido el Estado de origen, y, en fin, todos los factores enumerados, en forma no exhaustiva, en la sección 6 del plan esquemático³¹, que acaso requiera una mayor elaboración. En los presentes artículos, la reparación parece participar de la naturaleza de la «distribución de costos» (*costs allocation*) para impedir que un Estado se beneficie injustamente «externalizando» los costos de una actividad de la que es el principal beneficiario y haciéndolos recaer sobre la víctima inocente.

71. La reparación deberá ser objeto de una negociación en la que se harán jugar todos estos factores y surgirá entonces la suma de dinero que el Estado de origen deberá pagar o las medidas que habrá de adoptar en beneficio del Estado afectado. Tal vez se encuentre que es correcto decir que la reparación deberá «tender a restablecer el equilibrio de intereses afectado por el daño», porque acaso sea ésa la definición más ajustada del daño en el presente tema: un cierto efecto que, al perjudicar más de la cuenta al Estado afectado, altera el equilibrio de los intereses en juego alrededor de la actividad que lo produjo, de modo tal que la reparación —sin ser necesariamente equivalente a la totalidad del daño considerado de forma aislada en cada caso— sea de naturaleza tal que reequilibre la balanza de los intereses en juego.

³¹ *Anuario...* 1982, vol. II (segunda parte), págs. 88 y ss., párr. 109.

IV.—Artículos 10 a 12 propuestos para el capítulo III del proyecto (La notificación, la información y la advertencia por el Estado afectado)

Primer paso del procedimiento hacia la prevención y la formulación de un régimen

72. El Relator Especial propone para el capítulo III los tres primeros artículos siguientes:

CAPÍTULO III

LA NOTIFICACIÓN, LA INFORMACIÓN Y LA ADVERTENCIA POR EL ESTADO AFECTADO

Artículo 10.—Evaluación, notificación e información

Cuando un Estado tuviere motivos razonables para estimar que en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control se está desarrollando o esté a punto de desarrollarse una actividad del artículo 1, deberá:

a) examinar dicha actividad para evaluar sus posibles efectos transfronterizos, y si encuentra que ella puede cau-

sar un daño de ese carácter, o puede crear el riesgo de causarlo, determinar la naturaleza del daño o riesgo que origine;

b) notificar oportunamente las conclusiones del anterior examen al Estado o Estados afectados;

c) acompañar dicha notificación con los datos técnicos y la información que le sean disponibles para que los Estados notificados puedan evaluar los posibles efectos de la actividad en cuestión;

d) participarles las medidas que intenta aplicar para dar cumplimiento al artículo 8, y si lo considera conveniente las que pudieran servir de base para un régimen legal de dicha actividad entre las partes.

Artículo 11.—Procedimiento para protección de la seguridad nacional o de secretos industriales

Si el Estado de origen invocare razones de seguridad nacional o de protección de secretos industriales para no re-

velar algunas informaciones que en caso contrario hubiera debido transmitir al Estado afectado:

a) le comunicará que está reteniendo algunas informaciones e indicará en cuál de las dos causales anteriores se basa para hacerlo;

b) si fuera posible, le transmitirá toda la información que no afecte las áreas de reserva invocadas, en especial qué tipo de riesgo y de daño considera previsible y qué medidas propone para establecer un régimen a la actividad de que se tratare.

Artículo 12.—Advertencia por el Estado presuntamente afectado

Cuando un Estado tuviere razones graves para creer que es o puede ser afectado por una actividad del artículo 1 y que ésta se desarrolla en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o control de otro Estado, podrá pedirle a éste que aplique las disposiciones del artículo 10. La petición deberá ser acompañada por una exposición técnica documentada de las razones en que se funda esa opinión.

V.—Comentarios generales a los artículos 10 a 12 del capítulo III

A.—Consideraciones generales

73. Parece claro que en el tipo de procedimiento que se examina hay tres funciones que están íntimamente ligadas, de tal manera que no puede separarse ninguna de ellas de las otras dos. Nos referimos a la evaluación, la notificación y la información respecto de una actividad del artículo 1. A veces alguna de las funciones se sobreentiende por implícita. ¿Cómo podría, en efecto, notificarse a un Estado respecto a ciertos riesgos o efectos nocivos de una actividad sin que previamente el Estado de origen haya hecho una evaluación de los posibles efectos, en otras jurisdicciones, de esa actividad? ¿Cómo podría dar información sobre dicha actividad sin al mismo tiempo o antes notificar al Estado afectado de lo que se trata? ¿Cómo podría notificarse a alguien de ciertos peligros sin acompañar la información que sobre ellos se ha podido reunir?

74. Más aún, la consulta con los Estados afectados está igualmente ligada a las tres funciones anteriores. ¿De qué valdría evaluar, notificar e informar si no se va a consultar la opinión del Estado afectado? Ya se ha observado que hay límites a la libertad de un Estado de origen en cuanto a las actividades del artículo 1, y ese límite está fijado por el daño apreciable a los derechos que dimanen de la soberanía de otros Estados, precisamente los afectados. En la medida en que estos derechos sean, o puedan ser, vulnerados, los Estados afectados tienen su palabra que decir respecto de actividades como las del artículo 1. Y, por otra parte, ¿qué consulta sería posible sin la previa realización de los pasos anteriores?

75. Algo similar ocurre con la negociación, que suele confundirse con las consultas. De manera, entonces, que las decisiones jurisprudenciales, los instrumentos convencionales, las resoluciones de las organizaciones internacionales, etc., que se citan como fundamento de la obligación de negociar, también abonan las obligaciones de evaluar, de notificar, de informar y de consultar. Esta es una observación que debe tenerse en cuenta para estimar en qué medida dicha práctica aporta un apoyo a los artículos propuestos.

76. Lo dicho parece indicar que uno de los fundamentos, acaso el más importante, de estas mismas obligaciones es la obligación de cooperar, establecida en el artículo 7, en especial su referencia a la participación. Del deber de cooperar surge en primer término un deber para el Estado

de cerciorarse si una actividad que presenta exteriormente características de producir riesgos o efectos nocivos, realmente los causa. Para ello deberá someter dicha actividad a un examen suficientemente profundo como para llegar a conclusiones ciertas al respecto. Si, en cambio, la actividad no tiene tal apariencia, o sea si no hay un riesgo exteriormente «apreciable» de que cause daños transfronterizos y si el Estado tampoco recibe advertencias en ese sentido de otros Estados y —naturalmente— tampoco lo sabe de otra manera, la actividad estaría por debajo del umbral a partir del cual la exigencia de prevención prevista en este proyecto no entra a jugar.

77. El Relator Especial considera que la notificación surge de la obligación general de cooperar porque a veces es necesaria la acción conjunta de ambos Estados, el de origen y el afectado, para obtener un efecto preventivo más completo. Acaso algunas medidas tomadas desde el territorio del afectado pudieran actuar como defensas y evitar la propagación al territorio propio de efectos producidos en el del Estado de origen. O tal vez la cooperación del otro Estado es fructífera por el intercambio de datos que pueda tener lugar entre las partes, particularmente si ese otro Estado tiene una tecnología de interés en el asunto de que se trate. O quizá porque un esfuerzo conjunto de investigación suele ser normalmente más fructífero que las tentativas individuales. Esto significa que la participación del Estado afectado es necesaria para una real y eficaz prevención y, por tanto, puede afirmarse que las obligaciones del Estado de origen, en virtud de las cuales debe aceptar esa participación, también tienen esa finalidad.

78. El deber de cooperar constituye, entonces, un fundamento; el otro se expresaría en la regla general que surge de los casos de jurisprudencia internacional corrientemente citados en este tema: no es permisible en el derecho internacional la utilización consciente por un Estado de su territorio para causar daños a otro Estado. Cabe recordar, en primer lugar, el asunto de la *Fundición de Trail*, en el que el tribunal arbitral declaró:

[...] ningún Estado tiene el derecho de utilizar, ni permitir la utilización de su territorio, de modo tal que emanaciones procedentes de él causen perjuicios en el territorio de otro Estado, o afecten a bienes situados en dicho territorio o a personas residentes en él³².

³² Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), pág. 1965.

También en el asunto del *Estrecho de Corfú* (en cuanto al fondo), la CIJ afirmó «[...] la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio se utilice para actos que atentan contra los derechos de otros Estados»³³.

B. — La práctica internacional

79. Sería muy largo traer a colación la cantidad de convenios multilaterales y bilaterales que, en circunstancias parecidas a las que rigen el presente tema, establecen las obligaciones de evaluación, notificación e información que prevé el artículo 10. Procede citar algunos antecedentes específicos.

80. En lo referente a la evaluación, cabe notar que el Convenio regional de Kuwait sobre cooperación para la protección del medio marino contra la contaminación, de 1978³⁴, dispone en su artículo XI:

Artículo XI. — Evaluación del medio ambiente

a) Cada Estado Contratante procurará que se incluya una evaluación de los efectos potenciales para el medio ambiente en todas las actividades de planificación que abarquen proyectos dentro de su territorio, especialmente en las zonas costeras, y que puedan entrañar un riesgo considerable de contaminación en la zona marítima;

[...]

81. Por su parte, la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, de 1979³⁵, establece en su artículo 8 que:

Artículo 8

Las Partes Contratantes, tanto por conducto del Órgano Ejecutivo a que se refiere el artículo 10 como bilateralmente, procederán, en su esfera de interés común, al intercambio de la información de que dispongan en cuanto a:

[...]

b) Los cambios importantes en las políticas nacionales y el desarrollo industrial general, y sus posibles efectos en lo que respecta a modificaciones significativas en la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia;

[...]

82. Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982³⁶, señala en el artículo 200 que:

Artículo 200. — Estudios, programas de investigación e intercambio de información y datos

Los Estados [...] procurarán participar activamente en los programas regionales y mundiales encaminados a obtener los conocimientos necesarios para evaluar la naturaleza y el alcance de la contaminación, la exposición a ella, su trayectoria y sus riesgos y remedios.

83. Por otra parte, el Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre cooperación para la protección y mejoramiento del medio

ambiente en la zona fronteriza, de 1983³⁷, dice en su artículo 7:

Artículo 7

Las Partes evaluarán, según sea apropiado, de conformidad con sus respectivas leyes, reglamentos y políticas nacionales, proyectos que puedan tener impactos significativos en el medio ambiente de la zona fronteriza, para que se puedan considerar medidas apropiadas para evitar o mitigar efectos ambientales adversos.

84. En lo referente a la notificación e información, es de señalar que existen numerosos instrumentos que contienen obligaciones de notificación, información y consulta en relación con nuevos usos de cursos de agua internacionales que, *mutatis mutandis*, resultan aplicables al presente tema; algunos de ellos figuran en el tercer informe del Sr. McCaffrey sobre los cursos de agua internacionales³⁸. Dentro de ese mismo informe pueden destacarse dos casos que no se refieren específicamente a los cursos de agua, sino que tienen carácter más general.

85. El primer caso especialmente destacable es la recomendación C(74)224 del Consejo de la OCDE³⁹, cuyo anexo consagra un «Principio de información y consulta», que dice lo siguiente:

6. Antes de iniciar en un país obras o actividades que puedan crear un riesgo significativo de contaminación transfronteriza, este país debiera proporcionar una información anticipada a los demás países afectados o que puedan verse afectados. Debiera proporcionar a estos países la información y datos pertinentes cuya transmisión no esté vedada por disposiciones o prescripciones legislativas o por las convenciones internacionales pertinentes, invitándoles a formular sus observaciones.

7. Los países debieran consultarse respecto de los problemas de contaminación transfronteriza existentes o previsibles a solicitud de un país que esté o pueda estar directamente afectado y debieran con diligencia llevar a cabo esas consultas respecto de este problema específico durante un lapso razonable.

8. Los países debieran abstenerse de ejecutar proyectos o actividades que pudieran crear un riesgo significativo de contaminación transfronteriza sin informar primero a los países que están o pueden estar afectados y, salvo en casos de extrema urgencia, debieran proporcionar un plazo razonable a la luz de las circunstancias a los fines de una consulta diligente. Esas consultas, celebradas con el mejor ánimo de cooperación y buena vecindad, no debieran permitir que un país demore irrazonablemente o impida las actividades o proyectos respecto de los cuales se efectúan las consultas.

86. De paso, se observará también la referencia al «riesgo significativo» en los párrafos 6 y 8 del texto citado, que ratifica la utilización, hecha por el Relator Especial, del concepto similar de «riesgo apreciable».

87. El otro caso de especial interés es el del «Proyecto de principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados», elaborado en 1978 por el Grupo de trabajo intergubernamental de expertos sobre recursos naturales compartidos por dos o más Estados⁴⁰. Como el

³⁷ *Diario Oficial*, México, D.F., t. CCCLXXIII, N.º 15, 22 de marzo de 1984, págs. 5 y ss.

³⁸ *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte), págs. 24 y ss., documento A/CN.4/406 y Add.1 y 2, cap. III.

³⁹ Recomendación sobre los «Principios concernientes a la contaminación transfronteriza», adoptada por el Consejo de la OCDE el 14 de noviembre de 1974, *ibid.*, párr. 79.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 87. El texto definitivo de estos principios de conducta figura en PNUMA, *Derecho Ambiental. — Líneas directrices y principios*, N.º 2, *Recursos naturales compartidos*, Nairobi, 1978.

³³ *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 22.

³⁴ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1140, pág. 133.

³⁵ E/ECE/1010. Aparecerá en Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, N.º 21823.

³⁶ Véase nota 30 *supra*.

Sr. McCaffrey recuerda en su informe, el proyecto de principios fue luego aprobado por el Consejo de Administración del PNUMA, que lo transmitió a la Asamblea General para su aprobación. Los principios fueron entonces transmitidos por el Secretario General a los Estados Miembros, para que formularan observaciones, y después examinados en la Segunda Comisión. En su resolución 34/186, aprobada sin votación el 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General «toma nota» del informe del Grupo de trabajo intergubernamental de expertos y del proyecto de principios y pide a todos los Estados que utilicen los principios como directrices y recomendaciones en la formulación de convenciones bilaterales o multilaterales relativas a los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, sobre la base de la buena fe y con espíritu de buena vecindad.

88. El Principio 6 del proyecto señalado es particularmente pertinente:

Principio 6

1. Es necesario que todo Estado que comparte un recurso natural con otro o varios otros Estados:

a) notifique con antelación al otro o a los otros Estados que comparten el recurso los detalles pertinentes de los planes encaminados a iniciar la conservación o la utilización de ese recurso, o introducir un cambio en éstas respecto de los cuales razonablemente pueda preverse que afectarán sensiblemente al medio ambiente en el territorio de ese otro o esos otros Estados;

b) a petición de ese otro o esos otros Estados, entable consultas en relación con dichos planes;

c) facilite, a petición en ese sentido del otro o de los otros Estados, información adicional concreta que sea pertinente en relación con esos planes; y

d) en caso de que no se haya hecho la notificación mencionada en el inciso *a supra*, entable consultas acerca de esos planes con el otro o los otros Estados cuando éstos así lo soliciten.

2. En los casos en que la legislación nacional o los convenios internacionales prohíban la transmisión de determinada información, el Estado o los Estados que se reservan esa información deberán cooperar no obstante ello con el otro o los otros Estados interesados, sobre la base en particular del principio de la buena fe y en el espíritu de la buena vecindad, a fin de llegar a una solución satisfactoria.

89. Por su parte, el Principio 7 se refiere a la oportunidad de cumplir con el Principio 6 y al espíritu en que debe serlo. Dice lo siguiente:

Principio 7

El intercambio de información, las notificaciones, las consultas y otras formas de cooperación aplicables a los recursos naturales compartidos se llevan a cabo sobre la base del principio de la buena fe y en el espíritu de la buena vecindad, y de modo tal que se evite todo retraso injustificado, sea en las formas de cooperación, sea en la ejecución de proyectos de desarrollo o conservación.

90. Aparte de estos antecedentes citados en el tercer informe del Sr. McCaffrey, hay otros relativos a la obligación de consultar, que implica naturalmente alguna forma de notificación e información sin las cuales no hay consulta posible.

91. Un antecedente es el artículo 5 de la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, de 1979⁴¹, que establece lo siguiente:

⁴¹ Véase nota 35 *supra*.

Artículo 5

Se celebrarán, cuando así se solicite, en las fases iniciales consultas entre las Partes Contratantes efectivamente afectadas por un riesgo considerable de contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia o expuestas a dicho riesgo, por una parte, y las Partes Contratantes en las cuales y bajo cuya jurisdicción se origina o podría originarse una contribución considerable a la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia, por otra parte, en relación con actividades llevadas a cabo o proyectadas allí.

Cabe hacer notar, aquí también, el uso del concepto de «riesgo considerable» que está en armonía con el de «riesgo apreciable» empleado por el Relator Especial en otros artículos.

92. Otro antecedente es el párrafo 1 del artículo 9 del Convenio para la prevención de la contaminación marina procedente de fuentes terrestres, de 1974⁴², que dice lo siguiente:

Artículo 9

1. Cuando la contaminación procedente de fuentes terrestres situadas en el territorio de una de las Partes Contratantes pueda causar perjuicio a los intereses de una o más de las otras Partes en el Convenio mediante sustancias no enumeradas en la parte I del anexo A del presente Convenio, las Partes Contratantes interesadas se comprometen a celebrar consultas, a pedido de cualquiera de ellas, con miras a negociar un acuerdo de cooperación.

[...]

93. Asimismo, el párrafo 2 del artículo 142 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982⁴³, se refiere a la explotación por un Estado de recursos minerales de los fondos marinos más allá de los límites de la jurisdicción nacional de un Estado ribereño, y a sus obligaciones respecto de ese Estado ribereño; establece lo siguiente:

Artículo 142. — Derechos e intereses legítimos de los Estados ribereños

[...]

2. Se celebrarán consultas con el Estado interesado, incluido un sistema de notificación previa, con miras a evitar la lesión de sus derechos e intereses legítimos. En los casos en que las actividades en la Zona puedan dar lugar a la explotación de recursos situados dentro de la jurisdicción nacional de un Estado ribereño, se requerirá su previo consentimiento.

94. Procede destacar también el artículo III del Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos, de 1969⁴⁴, que dice lo siguiente:

Artículo III

Cuando un Estado ribereño ejercite su derecho de tomar medidas de conformidad con el Artículo I, se atenderá al siguiente procedimiento:

a) antes de tomar medida alguna, el Estado ribereño consultará con los otros Estados afectados por el accidente marítimo, en particular con el Estado o Estados cuyos pabellones enarbolan los barcos;

b) el Estado ribereño notificará sin demora las medidas que se propone tomar a aquellas personas físicas o jurídicas que, según le conste o haya

⁴² PNUMA, *Recueil des traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Serie références 3, Nairobi, 1982, pág. 446.

⁴³ Véase nota 30 *supra*.

⁴⁴ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 970, pág. 254.

llegado a su conocimiento durante las consultas, tengan intereses que con toda probabilidad quedarán afectados por esas medidas. El Estado ribereño tendrá en cuenta toda opinión que le expresen esas personas:

[...]

95. Conviene citar asimismo los artículos IV y V del Acuerdo entre los Estados Unidos de América y Canadá relativo al intercambio de información sobre actividades de modificación meteorológica, de 1975⁴⁵, que establecen lo siguiente:

Artículo IV

Además del intercambio de información que prevé el artículo II de este Acuerdo, ambas Partes convienen en notificar e informar ampliamente a la otra acerca de las actividades de modificación meteorológica de interés

mutuo que llevan a cabo, con anterioridad al comienzo de dichas actividades. No se escatimarán esfuerzos para proporcionar esa información con la máxima antelación posible, teniendo presentes las disposiciones del artículo V de este Acuerdo.

Artículo V

Las Partes convienen en celebrar consultas, a pedido de cualquiera de ellas, acerca de las actividades de modificación meteorológica de interés mutuo. Dichas consultas se iniciarán prontamente a pedido de una de las Partes y, en casos de urgencia, se podrán efectuar por teléfono o por otros medios rápidos de comunicación. En la celebración de las consultas se tendrán en cuenta las leyes, reglamentos y prácticas administrativas de las Partes relativos a la modificación meteorológica.

⁴⁵ *Ibid.*, vol. 977, pág. 385.

VI.—Comentarios específicos a los artículos 10 a 12 del capítulo III

A.—Artículo 10 (Evaluación, notificación e información)

96. El artículo 10 plantea la hipótesis de que un Estado se percató de que va a comenzarse en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control una actividad del artículo 1.

1. APARTADOS *a*, *b* Y *c*

97. Como antes se observó, es casi innecesario fundamentar la obligación del Estado presumiblemente de origen de examinar la actividad. Pero es que, además, normalmente lo hará por razones de precaución hacia la población propia, ya que actividades del tipo que se consideran necesitan por regla general una autorización.

98. Si el examen de la actividad lleva al Estado de origen a la conclusión de que de ella pueden derivar daños transfronterizos, de los mismos fundamentos mencionados (cooperación, no causar conscientemente un daño a otro Estado desde el propio territorio) surge la obligación de notificar al Estado o Estados afectados sobre esta circunstancia, así como la de acompañar a esa notificación toda la información que hubiera podido acumular en relación con la actividad de riesgo. Nótese que se dice «datos técnicos y la información que le sean disponibles» al Estado de origen, con lo que se quiere decir que no se le exigirá a éste una búsqueda adicional de antecedentes, o un examen más profundo que el que haya realizado para la evaluación de los efectos de la actividad de que se trate.

2. APARTADO *d*

99. Se ha visto que también hay otras finalidades que cumple la obligación de notificar, como llamar al Estado eventualmente afectado a participar en la formulación de un régimen para la actividad de que se trate; la expresión «régimen legal» no debe hacer pensar que en todos los casos se tratará de un complejo instrumento jurídico. A veces, si la situación es simple, podrá bastar al Estado de origen proponer algunas medidas que, o bien minimicen el riesgo (en caso de actividades de riesgo) o bien reduzcan el

daño transfronterizo a niveles inferiores al de «daño apreciable». Desde luego, el Estado de origen puede proponer también algunas medidas legales, por ejemplo, el principio de que está dispuesto a indemnizar los eventuales daños causados. Tales medidas propuestas y la aceptación por el Estado afectado podrían conformar el régimen legal que regiría entre las partes la actividad de que se trate.

100. El primer paso en la dirección de un régimen está dado, entonces, por la notificación y la proposición de las medidas a que acabamos de referirnos. La participación del afectado en este proceso conviene también al Estado de origen, que tiene un presunto interés en encontrar un régimen legal para una actividad de riesgo o de efectos transfronterizos nocivos, de la que es responsable. En todo caso, tendría ese interés si la actual incertidumbre del derecho internacional general se trocara en la certeza de que los daños transfronterizos que produjera deben ser indemnizados.

101. El régimen hacia el cual se tiende con la obligación de notificar no tendría sólo por objeto prevenir accidentes, sino equilibrar los intereses de las partes poniendo orden en una verdadera constelación de factores. Así, por ejemplo, se podrían determinar las medidas de prevención teniendo en cuenta sus costos en relación con los costos de accidentes y los beneficios de la actividad, la magnitud de los riesgos que la actividad envuelve, la importancia económica y social de la actividad de que se trate, la participación eventual de cada uno de los Estados en los costos que las operaciones impliquen —si se conviene en que se compartan ciertos costos—, las excepciones que puedan oponerse a estas obligaciones, etc.

B.—Artículo 11 (Procedimiento para protección de la seguridad nacional o de secretos industriales)

102. Hay que contemplar los casos en que, por razones de seguridad nacional o de protección de secretos industriales, la transmisión al Estado afectado de toda la información que se posee ponga al de origen en situación de perjuicio. Se trata aquí de un problema de equilibrio de

intereses típico de esta materia. No parece justo obligar a un Estado a revelar procedimientos industriales que acaso le costó mucho adquirir, de manera que los competidores se beneficien gratuitamente. Otras veces la seguridad nacional puede dictar la necesidad de no transmitir ciertas informaciones. Pero ¿hasta dónde pueden protegerse jurídicamente dichos intereses? Sin duda hasta donde su mantenimiento cause un perjuicio a terceros Estados. En cuanto ese perjuicio surja, habrá que restaurar el equilibrio trayendo alguna pesa de un platillo al otro.

103. Por otra parte, ¿cómo evitar que so pretexto del secreto industrial o de seguridad nacional no se ampare una mala voluntad o alguna otra conveniencia —distinta de la seguridad nacional o del secreto de industria— o simplemente el afán de evitar la participación del Estado afectado con su consiguiente control?

104. Respetando, entonces, el derecho del Estado de origen a no dar en estos casos toda la información que debiera, ha de mantenerse subsistente su deber de dar al afectado aquella que no afecte su seguridad nacional o los secretos industriales de que se trate.

105. En los casos en que por falta de información respecto a la fuente del daño sea difícil rastrear la causalidad de los daños producidos, se debe permitir que el Estado afectado recurra a presunciones, pruebas circunstanciales e indicios para demostrar que tales daños han sido causados por la actividad de que se trate. Regla, por otra parte, de parecidos fundamentos a la aplicada en el asunto del *Estrecho de Corfú*⁴⁶, que permite al Estado afectado acu-

⁴⁶ C.I.J. Recueil 1949, pág. 18.

dir a tales recursos procesales para demostrar que el Estado de origen conocía lo que estaba sucediendo en su territorio y que causó un daño al Estado afectado.

C.—Artículo 12 (Advertencia por el Estado presuntamente afectado)

106. El artículo 12 complementa la situación prevista en el artículo 10. Es posible que un Estado no haya advertido que en las circunstancias del artículo 1 se desarrollaba una actividad de riesgo o de efectos nocivos. También puede ser que el Estado de origen haya subestimado en principio esas características de la actividad. Cualquiera que haya sido la razón, si un Estado advierte el peligro que significa para su propio territorio una actividad determinada en otro Estado, tiene derecho a hacérselo saber, acompañando esa advertencia con una exposición pormenorizada y de carácter técnico de las razones en que funda su opinión. En suma, la disposición que comentamos le da al Estado afectado el derecho de pedir al Estado de origen que cumpla con las obligaciones del artículo 10, esto es, que: a) examine la actividad para apreciar sus efectos; b) le haga llegar sus conclusiones al respecto; y c) acompañe los datos técnicos relevantes. Asimismo, en caso de que el Estado de origen encuentre que la actividad efectivamente es una de las contempladas en el artículo 1, debe informar al Estado afectado las medidas unilaterales que piensa aplicar en cumplimiento del artículo 8 y eventualmente las que pudieren servir de base para un régimen legal de la actividad entre las partes.

VII.—Artículos 13 a 17 propuestos para el capítulo III del proyecto

Pasos posteriores a la notificación

107. El Relator Especial propone para el capítulo III los otros cinco artículos siguientes:

Artículo 13.—Plazo para responder a la notificación. Obligación del Estado de origen

A menos que se hubiere acordado otra cosa, el Estado notificante dará al notificado o notificados un plazo de seis meses para estudiar y evaluar los posibles efectos de la actividad y comunicarles sus conclusiones. Durante ese plazo, el Estado notificante cooperará con él o los notificados facilitándoles, cuando se lo pidieran, cualesquiera otros datos o informaciones adicionales de que dispusiere y que sean necesarios para una mejor evaluación de los efectos de la actividad.

Artículo 14.—Respuesta a la notificación

El Estado al que se haya hecho la notificación comunicará lo antes posible sus conclusiones al Estado notifi-

cante, haciéndole saber si acepta las medidas propuestas por aquél y transmitiéndole las que él mismo pudiere proponer como complemento o reemplazo de aquéllas, acompañando una exposición técnica documentada de las razones en que se fundamentare.

Artículo 15.—Falta de respuesta a la notificación

1. Si dentro del plazo mencionado en el artículo 13, el Estado notificante no recibe comunicación alguna de las previstas en el artículo 15, podrá considerar que las medidas de prevención y eventualmente el régimen legal que propuso en el momento de la notificación son aceptables para la actividad de que se trate.

2. Si el Estado notificante no propone ninguna medida para la creación de un régimen legal, tendrá vigencia el que formulan los presentes artículos.

Artículo 16.—Obligación de negociar

1. Si el Estado notificante y el o los notificados están en desacuerdo respecto de:

- a) la naturaleza de la actividad o de sus efectos; o
b) del régimen jurídico para esa actividad,

VARIANTE A

éstos deberán sin demora consultarse con miras a establecer los hechos con certidumbre en el caso del apartado a y de llegar a un acuerdo al respecto en el del b.

VARIANTE B

éstos deberán, a menos que se acuerde otra cosa, establecer un mecanismo de determinación de los hechos según lo dispuesto en el anexo a estos artículos, para que establezca los efectos transfronterizos probables de la actividad. El informe será de carácter consultivo y no obligatorio para los Estados interesados. Producido el informe, los

Estados interesados se consultarán para negociar un régimen jurídico adecuado a la actividad.

2. Estas consultas y negociaciones se mantendrán con arreglo al principio de la buena fe y al de que cada Estado debe tener razonablemente en cuenta los derechos y los intereses legítimos del otro Estado, o de los otros Estados.

Artículo 17.—Falta de respuesta a la notificación del artículo 12

Si el Estado advertido según la disposición del artículo 12 no diera respuesta alguna dentro del plazo de seis meses de recibida la advertencia, el presuntamente afectado podrá considerar que la actividad referida en la notificación tiene la naturaleza que allí se le asigna y en tal caso ésta será sometida al régimen de los presentes artículos.

VIII.—Comentarios generales a los artículos 13 a 17 del capítulo III

A.—Consideraciones generales

108. Hasta aquí se ha examinado una situación clara, con considerable apoyo doctrinario y de la práctica internacional. Los problemas se presentan a partir de este punto y son básicamente dos:

a) ¿Debe suspender el Estado de origen la iniciación de la actividad hasta haber llegado a un acuerdo satisfactorio con el Estado o los Estados afectados?

b) ¿Qué sucede con actividades que existen ya desde hace tiempo? ¿Cuál podría ser la situación respecto de ciertas descargas industriales, el uso de determinados fertilizantes en la agricultura, las descargas de automóviles y camiones, la calefacción de casas, etc., que producen efectos nocivos pero que han sido tolerados hasta el presente?

B.—Suspensión o no de la iniciación de la nueva actividad

109. En cuanto a la suspensión o no de la actividad, se comenzará por hacer una comparación con la situación —parecida, pero no siempre análoga— de las nuevas obras proyectadas que se contempla en los artículos 11 y siguientes del proyecto sobre los cursos de agua internacionales⁴⁷.

110. Existen algunas similitudes entre el presente tema y el de los cursos de agua. Una actividad puede implicar inversiones considerables, como suele suceder con las obras proyectadas en los cursos de agua. Es natural que deba esperarse la autorización correspondiente antes de lanzarse a una obra muchas veces de cierta magnitud, cuyos planos u otros importantes y costosos aspectos técnicos podrían requerir cambios. Lo mismo acaecería si se tratara, en el contexto del presente tema, de una nueva modalidad de producción que exigiera adaptar existentes instalaciones

o construir otras nuevas, modificar procesos de producción, etc. Una vez hechos esos gastos, es más difícil prohibir la iniciación de la actividad o imponerle modalidades que, de haber sido previstas al comienzo, hubieran podido adoptarse con menores problemas. Asimismo, si puede producirse algún perjuicio con la construcción de la nueva obra, igual que con el desarrollo de la nueva actividad, es mejor en principio esperar a obtener el consentimiento del afectado para comenzarla.

111. Pero la analogía palidece algo si se advierte que las actividades relativas a un curso de agua, aunque variadas, no son infinitas y están bien determinadas. Un Estado ribereño puede aceptar esta traba sin que su libertad de acción en el territorio nacional quede demasiado afectada. Otra cosa es, sin embargo, someter el cambiante y múltiple flujo de las actividades humanas al lecho de Proculo de una autorización internacional. Sin mencionar tampoco el hecho, ya comentado más arriba, de que en la mayor parte de los casos el efecto transfronterizo comenzará a ejercerse contra la propia población, y que las actividades de riesgo o que producen efectos nocivos normalmente deben pasar un examen previo antes de ser autorizadas por la autoridad nacional⁴⁸.

112. Parece, entonces, que habría que profundizar algo más el análisis antes de proponer una solución como la adoptada provisionalmente respecto a los cursos de agua, o sea, la suspensión del comienzo de la obra nueva proyectada. Se trata, en suma, de hacer jugar equilibradamente el principio contenido en el artículo 6, relativo a la libertad de acción en el propio territorio y a los límites de esa libertad.

⁴⁷ Véanse el texto de los artículos 11 a 21 de la parte III (Medidas proyectadas) de ese proyecto y los comentarios respectivos en *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 49 y ss.

⁴⁸ Contrariamente podría argüirse que un Estado posiblemente afectado no tiene obligación de atenerse a la apreciación de otro Estado de los riesgos y daños para su propia población, ya que cada Estado puede tener una sensibilidad diferente en cuanto al tratamiento de sus propios nacionales, como lo prueba la diversidad de sensibilidad en cuanto a la vigencia y aplicación de los derechos humanos, por ejemplo. Pero, en todo caso, el argumento no deja de tener su peso y debe ser considerado por lo que vale.

113. La suspensión de la actividad se basaría en una interpretación del artículo 6 que pone énfasis en la limitación; la actividad no comienza hasta tanto no se levanta la traba constituida por los derechos emanados de la soberanía del afectado. La ventaja que ofrece es que se coloca en la situación ideal, en que una actividad de riesgo o de efectos nocivos no tiene lugar hasta que no se han acordado todos los aspectos relativos al equilibrio de los intereses en juego, ni se han llevado al máximo las medidas de prevención, lo que, según se ha visto, sólo sucedería con la participación del Estado afectado.

114. La otra solución, esto es, la de iniciar la actividad sin esperar el consentimiento del afectado, da prioridad, en cambio, a la libertad de acción. Claro está que en este último caso el Estado de origen debería tomar sobre sí de inmediato la responsabilidad por todos los daños que pudiera producir. En suma, los artículos constituirían un régimen interino en cuyo marco la actividad podría continuar; libertad y responsabilidad irían aquí juntas como en otros órdenes de la vida.

115. Esta solución sanciona los efectos *ex post facto*. Si el Estado de origen tenía buenas razones para pensar que estaba en lo cierto y si no se producen efectos apreciables en el otro Estado, habrá tranquilidad y tiempo para negociar el régimen más adecuado. En cambio, si estaba equivocado pagaría su error, lo que lo induciría a ser cauto y a no oponer dificultades en cuanto a la formulación de un régimen específico para la actividad lo antes posible. Todo esto será considerado cuando se aborde el capítulo relativo a la reparación.

116. El Relator Especial cree que al permitir la iniciación de la actividad de que se trate, el establecimiento de los plazos para el procedimiento se haría acaso menos angustioso, ya que ambos Estados tendrían interés en buscar una solución negociada lo antes posible.

C.—Las actividades existentes

117. Es obvio que hay ciertas actividades que producen efectos nocivos y que no obstante ello se toleran actualmente. Se ha llegado a esta situación acaso porque los daños que producen son comunes a todos los Estados, o porque no puede individualizarse bien el origen de los efectos

perjudiciales, o porque éstos han ido aumentando gradualmente y sólo han sido advertidos cuando ya resulta muy difícil una prohibición directa y sin más, etc.

118. Es también claro que la mayor parte de esas actividades están sometidas a escrutinio y examen, y son objeto de negociaciones internacionales cuyo objeto es mitigar sus efectos, encontrar sustitutivos a algunos elementos particularmente dañosos que emplean y, en fin, ir librando al mundo de sus actuales efectos deletéreos. Es acaso ésta la mayor preocupación de nuestros días y parece algo redundante referirnos a ella con abundancia de pormenores.

119. El proyecto actual, incluyendo las líneas generales del plan esquemático para las partes que no han sido aún desarrolladas, parece prestarse adecuadamente para un período de transición, ya que si bien se mira la principal prestación que establece es una obligación de negociar: de negociar un régimen adecuado para actividades que lo están reclamando, y de negociar reparaciones para el caso de daños producidos. Acaso una posterior reflexión sobre este delicado punto pueda llevar a la Comisión a concluir que sea conveniente algún retoque en el procedimiento que estos artículos conforman para contemplar las actividades ya existentes de antiguo, por lo cual el Relator Especial, en la esperanza de que los miembros de la Comisión adelanten opiniones al respecto que puedan ser útiles, ha creído conveniente incluir este párrafo en el actual informe.

120. También parece razonable que si el desarrollo de la ciencia o de la tecnología va ofreciendo elementos o técnicas sustitutivos en relación con ciertas actividades, los Estados afectados tengan derecho a notificar de esta circunstancia a los de origen y llamarlos a la mesa de la negociación para acordar las posibles maneras de introducir tales elementos o técnicas de forma que los intereses en juego permanezcan equilibrados. Todo ello, naturalmente, teniendo en cuenta la especial situación de los países en desarrollo, que hasta el presente son los que menos han contribuido con los efectos de sus actividades a la agravación del problema y que, en cambio, han sufrido más por sus consecuencias.

121. El Relator Especial espera poder abordar este difícil problema más adelante, pero agradecería especialmente toda opinión que los miembros de la Comisión pudieran adelantar al respecto para facilitar su tarea.

IX.—Comentarios específicos a los artículos 13 a 17 del capítulo III

A.—Artículo 13 (Plazo para responder a la notificación. Obligación del Estado de origen)

122. El artículo 13 sigue *mutatis mutandis* a los artículos 13 y 14 del proyecto relativo a los cursos de agua internacionales⁴⁹. Conviene hacer notar aquí también que se prefirió un plazo fijo antes que uno «razonable», puesto que la certidumbre en cuanto al período sería beneficiosa para el notificante y el notificado. La fórmula «a menos

que se hubiere acordado otra cosa», que figura ya en el artículo 13 del proyecto relativo a los cursos de agua, indica que los Estados pueden y deben acordar, en cada caso particular, el plazo adecuado a la situación. El plazo de seis meses, entonces, tiene carácter supletorio. En la generalidad de los casos podría ser conveniente para ambas partes expedir el trámite del procedimiento, puesto que un régimen particular se adapta mejor a las condiciones específicas de la actividad objeto de negociaciones que uno general y concebido solamente con carácter supletorio e interino.

⁴⁹ Véase nota 47 *supra*.

123. La segunda parte del artículo 13 sigue también las líneas del artículo 14 del proyecto relativo a los cursos de agua y establece una obligación de cooperación a cargo del Estado de origen: proporcionar toda la información de que disponga respecto a la actividad nueva que le sea pedida por el notificado. Tampoco se le exigen posteriores investigaciones, sino que complete la información ya adelantada con la «que dispusiere» y que pueda ser necesaria para mejor evaluar los efectos de la actividad proyectada.

B.—Artículo 14 (Respuesta a la notificación)

124. El Estado notificado debe responder «lo antes posible»; o sea que, si alcanza sus conclusiones respecto a lo que se le ha notificado con anterioridad al vencimiento del plazo de seis meses, deberá desde entonces hacérselo saber al notificante. Aunque aquí no corre la misma prisa que en el caso equivalente del tema de los cursos de agua, ya que el supuesto Estado de origen ha dado comienzo a la actividad, sin embargo razones que hacen a la conveniencia general de que estos trámites terminen en un plazo expeditivo aconsejan la redacción propuesta. Naturalmente que si el notificado está en desacuerdo con respecto a las apreciaciones hechas por el Estado notificante sobre la naturaleza de la actividad o sus efectos, así como sobre las medidas que podrían darle marco jurídico, deberá fundamentar adecuadamente y en razones técnicas su posición.

C.—Artículo 15 (Falta de respuesta a la notificación)

125. El artículo 15 contempla el caso de la falta de respuesta dentro del plazo previsto y, naturalmente, si no ha habido prórroga de dicho término. La falta de respuesta denota un asentimiento, y el Estado notificante está autorizado a presumirlo así en vista de que era obligación del Estado notificado responder, por sí o por no, respecto a lo que se le notifica y propone. El Estado notificante puede entonces seguir adelante con la actividad de acuerdo con las medidas propuestas para la prevención de daños y riesgos. Si las propuestas del Estado de origen presentan lagunas u omisiones, se aplicarán supletoriamente las disposiciones de estos artículos. Si no se propuso ningún régimen legal, los presentes artículos regirán directamente entre las partes.

D.—Artículo 16 (Obligación de negociar)

126. Como se ha visto, el primer paso en el procedimiento consistía en evaluar la naturaleza y los efectos de una actividad y el segundo paso en notificar e informar (como deber propio de evitar y minimizar los daños y también como deber de cooperar). En este momento, si el Estado afectado concuerda con la apreciación que de la naturaleza y efectos de la actividad ha hecho el Estado de origen, así como con las proposiciones que avanzó a su respecto, se ha llegado a un acuerdo sobre el régimen que ha de regirla. Ambos Estados deberían, en tal caso, formalizar su consenso en un convenio.

127. Otra posibilidad es que el Estado presuntamente afectado notifique al Estado de origen que en su territorio se está desarrollando una actividad que puede ser carac-

terizada como del artículo 1. En tal caso, puede suceder una de dos cosas: o bien el Estado de origen acepta esta apreciación y hace a su respecto las correspondientes propuestas, o bien no la acepta y por ende no adelanta propuesta alguna.

128. En la primera hipótesis, se trata del caso contemplado antes, y aquí puede pasar que el Estado afectado acepte a su vez las propuestas del Estado supuestamente de origen, o bien que las considere insuficientes. En suma, si no hay coincidencia entre las partes, ya sea respecto a las características y efectos de la actividad, ya sea en cuanto a las propuestas hechas para darle un marco jurídico, aparece el primer desacuerdo.

129. Aquí surge, entonces, por primera vez la obligación de negociar en su estado puro, porque la notificación y la información son pasos previos e indispensables a la negociación, pero no son la negociación misma. Sobre esta obligación se ha debatido mucho tanto en la CDI como en la Sexta Comisión y en inúmeros foros académicos. Se ha tratado el asunto en el presente tema, pero la obligación de negociar se estudió antes y con profundidad en el tema de los cursos de agua internacionales⁵⁰.

130. El Relator Especial piensa que la tarea que compete aquí a la Comisión no es la de intentar un acceso al asunto *ex novo* —lo que implicaría una inútil duplicación de esfuerzos—, sino más bien la de preguntarse si los numerosos antecedentes que existen respecto a la obligación de negociar se aplican a la esfera que se examina, esto es, si las reglas aplicables a asuntos como el del *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, del *Lago Lanós*⁵¹, de la *Plataforma continental del mar del Norte* o de las *Jurisdicciones pesqueras* (Reino Unido c. Islandia) son aplicables al tema de las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

131. Pero si bien la práctica internacional es muy variada al respecto, las decisiones judiciales y arbitrales, los convenios multilaterales y bilaterales que establecen la obligación de negociar en casos análogos a los de las anteriores decisiones, todas las resoluciones de organismos internacionales y todas las recomendaciones de instituciones científicas tienen un mínimo común denominador: todos se refieren a situaciones de conflictos de intereses.

132. En suma, que la negociación es la primera forma de abordar cualquier controversia internacional. Es conveniente recordar el tan citado párrafo del fallo dictado el 20 de febrero de 1969 por la CIJ en los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte*:

[...] La Corte recuerda que la obligación de negociar [...] no constituye sino una aplicación particular de un principio, que figura en la base de todas las relaciones internacionales y que, por otra parte, se reconoce en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas como uno de los métodos de arreglo pacífico de controversias internacionales; no es preciso insistir en el carácter fundamental de esta forma de arreglo, excepto para señalar que se ve reforzada por el hecho comprobable de que el arreglo judicial o arbitral no siempre es generalmente aceptado. [...] ⁵²

133. Si bien es cierto que el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas se refiere a las controversias que pon-

⁵⁰ Véase el comentario al artículo 3 adoptado por la Comisión en su 32.º período de sesiones, *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 111 y ss., párrs. 17 a 35.

⁵¹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (número de venta: 63.V.3), pág. 281.

⁵² *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 47, párr. 86.

gan en peligro la paz y la seguridad internacionales, hay en la misma Carta fundamentos suficientes para establecer la obligación de negociar no solamente en relación con ese solo tipo de disputas. Por de pronto, el principio de la igualdad soberana de los Estados, estipulado en el párrafo 1 del Artículo 2, sobre el que está fundada la Organización, exige que si un Estado se considera lesionado en sus derechos, o si sus intereses se ven menoscabados por la acción de otro Estado, este último deba escucharlo en sus reclamaciones y buscar de buena fe una forma de restablecer la igualdad si ésta ha sido realmente menoscabada. Por lo demás, el principio establecido en el párrafo 3 del mismo Artículo 2 prevé la obligación de los Estados de arreglar las diferencias internacionales de forma que no sólo sean la paz y la seguridad internacionales las que no se vean en peligro, sino también la justicia.

134. Esta obligación de negociar, que parece entonces aplicable a todo conflicto de intereses, lo es en particular respecto a las consecuencias perjudiciales de las actividades no prohibidas por el derecho internacional, si se tienen en cuenta las consideraciones que la CIJ hace en los asuntos de las *Jurisdicciones pesqueras*⁵³. Señala la Corte:

[...] No se trata, ni en un caso ni en otro, de derechos absolutos; los derechos preferenciales de un Estado ribereño se ven limitados por [...] su obligación de tener en cuenta los derechos de otros Estados y por las necesidades de la conservación; los derechos establecidos de otros Estados que practican la pesca se ven, a su vez, limitados por la dependencia especial del Estado ribereño con respecto a las pesquerías y por su propia obligación de tener en cuenta los derechos de otros Estados, incluidos los derechos del Estado ribereño, así como por las necesidades de la conservación⁵⁴.

Y un poco más adelante:

Por consiguiente, la obligación de negociar se desprende de la misma naturaleza de los derechos respectivos de las partes; ordenarles que negocien constituye, por lo tanto, una manera adecuada de ejercer la función judicial en este caso. Ello corresponde también a los principios y disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas sobre el arreglo pacífico de controversias. [...] ⁵⁵

Y a continuación la Corte cita el párrafo de su fallo sobre la *Plataforma continental del mar del Norte* que se ha transcrito más arriba (véase párr. 132).

135. Pues bien, esta descripción de la Corte en los asuntos de las *Jurisdicciones pesqueras* parece aplicable, casi textualmente, a las situaciones que interesan al presente tema. La obligación de negociar dimana de la naturaleza misma de los derechos respectivos de las partes: por un lado, el derecho, derivado de la soberanía territorial del Estado de origen, de utilizar su territorio en libertad; por otro, el del Estado afectado, igualmente fundado en su soberanía territorial, de no verse perjudicado en el uso y goce de su territorio.

136. Mientras en el pasado las aplicaciones de la tecnología eran de naturaleza tal que no implicaban sino muy excepcionalmente daños transfronterizos, no hubo necesidad de reglamentación alguna, como sucedía también en el caso de las pesquerías hasta la intensificación de las actividades pesqueras. Pero cuando el avance científico puso a nuestra disposición técnicas que sí tenían esas posibilidades de daños transfronterizos, se creó una situación de

interdependencia que exige ciertas limitaciones a los derechos de todos los Estados. Es así que ahora existe, como dice la Corte, la «obligación de tener en cuenta los derechos de otros Estados... y las necesidades de la conservación». La frase relativa a la conservación se adecua admirablemente bien a todas las obligaciones que se refieren al medio ambiente. Sin embargo, conviene recordar que no todas las obligaciones previstas en el presente proyecto de artículos se refieren al medio ambiente, aunque sí una muy importante proporción de ellas.

137. Para no correr el riesgo de ser mal interpretado, el Relator Especial desea precisar que no considera de modo alguno que los derechos de soberanía territorial sean «derechos preferenciales». No lo son, pero tampoco son derechos absolutos, como lo viene demostrando la existencia misma del derecho internacional, cuya vigencia sería imposible —como lo sería toda convivencia civilizada— si los Estados trataran de llevar a la práctica el concepto absoluto de soberanía. Es aquí, hay que reiterarlo una vez más, donde los derechos de soberanía territorial del Estado de origen entran en colisión con los derechos, de igual jerarquía, que emanan de la soberanía territorial del Estado afectado.

138. Acaso fuera útil, para mejor comprender la naturaleza de la obligación de negociar, emprender una corta digresión para describir lo que parecen ser dos de sus límites visibles. Porque es obvio que esta obligación de negociar los tiene, y que parecen ser la buena fe y la razonabilidad. Ellas son las dos grandes orientadoras en este campo, y como suele suceder con ellas, todos sabemos lo que son pero es muy difícil describir o cuantificar su intervención en la vida práctica.

139. ¿Hay obligación de negociar por parte del Estado A si, de repente, el Estado B interpreta caprichosamente un tratado de límites que los une luego de muchos años de manera tal que una región que ha sido siempre reconocida como del Estado B es súbitamente reclamada como perteneciente al Estado A? El Relator Especial cree que no, porque esta situación no estaría basada en la razonabilidad, ni probablemente tampoco en la buena fe. Y ello es así porque la obligación de negociar consiste no sólo en escuchar a la otra parte, no sólo en «entablar negociaciones, sino también en continuarlas en la mayor medida posible con miras a concluir un acuerdo», como lo dice la opinión consultiva formulada el 15 de octubre de 1931 por la CPJI en el caso del *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*⁵⁶. Y no se puede obligar a nadie a continuar las negociaciones de esa manera si la posición de la otra parte no es razonable ni de buena fe.

140. Una perfecta ilustración de lo anterior está dada por el fallo de la CIJ en los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte*⁵⁷. Se recordará que hubo dos series de negociaciones realizadas entre las partes en el litigio: las primeras entre 1965 y 1966, y las segundas con posterioridad a la directiva dada en ese sentido por la sentencia.

⁵⁶ C.P.J.I., serie A/B, N.º 42, pág. 108; véase también pág. 116.

⁵⁷ La que, de paso, sigue en este aspecto las aguas de la opinión consultiva que se acaba de citar, al decir que las partes

«tienen la obligación de actuar de modo tal que las negociaciones resulten significativas, lo que no sucede cuando cualquiera de ellas insiste en su propia posición sin examinar la posibilidad de ninguna modificación.» (C.I.J. Recueil 1969, pág. 47, párr. 85. a.)

⁵³ Reino Unido c. Islandia y República Federal de Alemania c. Islandia, fallos de 25 de julio de 1974, C.I.J. Recueil 1974, págs. 3 y 175.

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 31, párr. 73, y pág. 200, párr. 63.

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 32, párr. 75, y pág. 201, párr. 67.

141. Las primeras, en el sentir de la Corte, no fueron verdaderas negociaciones, ya que Dinamarca y los Países Bajos actuaron «convencidos de que el principio de la equidistancia era el único aplicable, como consecuencia de una norma de carácter obligatorio para la República Federal»⁵⁸. No veían esos países, seguramente, motivo alguno para apartarse de la norma de la equidistancia. Por tanto, es dable pensar que entraron en las conversaciones con la República Federal de Alemania sin comprometerse íntimamente en verdaderas negociaciones, por su creencia de que el contenido de la reclamación era irrazonable por no estar de acuerdo con la ley.

142. Las segundas, en cambio, fueron verdaderas negociaciones. Aclarado el punto de derecho por la Corte, que estableció que la equidistancia no era en el derecho internacional el único método para fijar fronteras como las que estaban en juego allí, las partes negociaron verdaderamente hasta la solución.

143. El Relator Especial no cree que tenga importancia a los fines de su análisis el hecho de que la Corte haya dado ciertos elementos para guiar la negociación, como esa remisión a los principios de equidad, o lo relativo a la unidad del yacimiento. Eso es parte de la individualidad del caso; lo verdaderamente general son el fundamento y los límites de la obligación de negociar.

144. El Relator Especial considera, entonces, que existe en el tema que se examina una obligación de negociar, porque se trata aquí de la oposición de diversos intereses, que es necesario armonizar en la medida en que sean básicamente razonables, y porque el artículo 16 tiene en cuenta en el párrafo 2 los dos importantes parámetros que se han citado: la razonabilidad y la buena fe.

145. El desacuerdo puede versar sobre dos diferentes aspectos: sobre la naturaleza de la actividad o de sus efectos y sobre las medidas que conformarán su régimen jurídico.

146. En el primer caso, se trata de una discrepancia sobre hechos cuya mejor manera de solución sería mediante la constitución de un organismo de expertos que los determinara. La otra posibilidad que se ofrece (variante A) es que sea la negociación entre las partes la que los determine, sin intervención de expertos, ya que la experiencia indica que los Estados son notoriamente renuentes a acep-

tar las intervenciones de terceros en sus controversias. Acaso se haría más fácil la aceptación de un mecanismo de establecimiento de hechos —cuyo nombramiento y demás se considerarían en un eventual anexo— si la opinión de tal organismo no fuera obligatoria para las partes. Tal es la solución que propone el anterior Relator Especial en su plan esquemático⁵⁹ (párr. 6 de la secc. 2). En dicho plan, la obligación de negociar sólo surgiría: *a*) si no se puede, en un plazo razonable, llegar a un acuerdo sobre la creación y el mandato del mecanismo de determinación de los hechos; *b*) si uno de los Estados interesados no considerara satisfactorias las conclusiones o estima que hubieran debido tomarse en consideración otras cuestiones; y *c*) si el informe del mecanismo de determinación de los hechos incluye una recomendación en tal sentido.

147. En realidad, la solución del plan esquemático es racional: primero es necesario que las partes tengan una misma opinión sobre la naturaleza y efectos de la actividad para poder acordar las medidas de prevención necesarias y el régimen jurídico que pueda resultar más aplicable. Por otra parte, aunque es más fácil comenzar una instancia de consultas que ponerse en la tarea de nombrar un cuerpo de expertos y esperar a que éstos se pongan de acuerdo, hay que considerar que, por un lado, el Estado presumiblemente de origen puede iniciar la actividad sin esperar el resultado de aquellas deliberaciones y que, por el otro, el régimen temporario de responsabilidad que establecen los artículos permite al Estado presuntamente afectado cierta tranquilidad sobre que los daños serán eventualmente compensados. No habría, en principio, una prisa angustiada.

E.— Artículo 17 (Falta de respuesta a la notificación del artículo 12)

148. El artículo 17 hace que el silencio del Estado notificado opere en su contra, pues éste tendría el deber de pronunciarse de acuerdo con la obligación de negociar, de forma tal que si en seis meses de advertido el presunto Estado de origen no da respuesta alguna, se entenderá que acepta la naturaleza que el otro Estado le ha asignado a la actividad en cuestión y por ende será sometida al régimen de los presentes artículos, como si fuera una del artículo 1.

⁵⁸ *Ibid.*, pág. 48, párr. 87.

⁵⁹ Véase nota 31 *supra*.

RELACIONES ENTRE LOS ESTADOS Y LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES (SEGUNDA PARTE DEL TEMA)

[Tema 8 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/424*

Cuarto informe sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema), del Sr. Leonardo Díaz González, Relator Especial

[Original: español, inglés]
[24 de abril de 1989]

ÍNDICE

		Página
Nota		161
Sección		Párrafos
I. INTRODUCCIÓN	1-5	162
II. DEBATE SOBRE EL TEMA EN LA SEXTA COMISIÓN DURANTE EL CUADRAGÉSIMO SEGUNDO PERÍODO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL	6-11	162
III. EL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL	12-18	163
IV. PARTE I DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS: ARTÍCULOS 1 A 4 PRESENTADOS POR EL RELATOR ESPECIAL	19-21	164
V. CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	22	165
VI. PARTE II DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS: ARTÍCULOS 5 Y 6 PRESENTADOS POR EL RELATOR ESPECIAL	23	165
VII. PRIVILEGIOS E INMUNIDADES ACORDADOS A LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	24-116	166
A. La inmunidad de jurisdicción: fundamento	24-33	166
B. Clasificación de las organizaciones internacionales	34-49	167
C. Alcance de la inmunidad de jurisdicción	50-76	168
D. Renuncia a la inmunidad de jurisdicción	77-78	171
E. Bienes, fondos y haberes	79-87	171
F. Inviolabilidad de los bienes y locales	88-116	172
VIII. PARTE III DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS: ARTÍCULOS 7 A 11 PRESENTADOS POR EL RELATOR ESPECIAL	117	176

* En el que se incorpora el documento A/CN.4/424/Corr.1.

NOTA

Convenciones multilaterales mencionadas en el presente informe

Fuente

Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de febrero de 1946) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1, pág. 15. El texto español figura en la resolución 22 (I) A de la Asamblea General.

Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados (Nueva York, 21 de noviembre de 1947) *Ibid.*, vol. 33, pág. 261.

Fuente

Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	<i>Ibid.</i> , vol. 500, pág. 95.
Convención de Viena sobre relaciones consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	<i>Ibid.</i> , vol. 596, pág. 261.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	<i>Ibid.</i> , vol. 1155, pág. 443.
Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	Naciones Unidas, <i>Anuario Jurídico</i> , 1975 (N.º de venta: S.77.V.3), pág. 91.

I.—Introducción

1. El Relator Especial presentó su tercer informe sobre el tema «Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)»¹ a la CDI en su 38.º período de sesiones, en 1986.

2. En su 39.º período de sesiones, la Comisión examinó el mencionado informe del Relator Especial en sus sesiones 2023.^a a 2027.^a y en su 2029.^a sesión².

3. En su tercer informe, el Relator Especial analizaba los debates que sobre el tema tuvieron lugar en la Sexta Comisión durante el cuadragésimo período de sesiones de la Asamblea General, y en la CDI en su 37.º período de sesiones y extraía de dichos debates una serie de conclusiones. Efectuaba asimismo una serie de consideraciones

acerca del ámbito del tema y presentaba a la CDI, en cumplimiento de la solicitud de esta última, un esquema sobre la materia que habrán de abarcar los diversos proyectos de artículos que el Relator Especial se propone preparar sobre el tema.

4. Luego de haber escuchado la presentación hecha por el Relator Especial, la CDI llevó a cabo un intercambio de opiniones acerca de diversos aspectos relativos al tema, tales como el ámbito de aplicación del futuro proyecto, la pertinencia del esquema presentado por el Relator Especial y la metodología a seguir en el futuro.

5. Como resultado de ese intercambio de opiniones, la CDI decidió solicitar al Relator Especial que prosiguiera con el estudio del tema según las directivas trazadas en el esquema contenido en su tercer informe y a la luz de las opiniones expresadas sobre el tema durante el debate realizado en ese 39.º período de sesiones de la CDI.

¹ *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 171, documento A/CN.4/401.

² Véase *Anuario... 1987*, vol. I, págs. 200 y ss.

II.—Debate sobre el tema en la Sexta Comisión durante el cuadragésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General

6. En el curso del cuadragésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General, la Sexta Comisión discutió los trabajos de la CDI sobre el presente tema³. Una primera observación digna de mencionar es la de que varios representantes, al destacar el papel que desempeñan las organizaciones internacionales, insistieron en la pertinencia e importancia del tema. Acogieron con satisfacción la labor de la CDI al respecto y aprobaron su solicitud de que el Relator Especial continuara el estudio del tema de conformidad con las directrices establecidas en el esquema

contenido en su tercer informe y a la luz del intercambio de opiniones que tuvo lugar en la CDI. En general, los representantes consideraron que el esquema aprobado por la CDI constituía un buen punto de partida y una base satisfactoria para continuar la labor.

7. En cuanto al enfoque general del tema, se dijo que el futuro proyecto, en lugar de circunscribirse al régimen jurídico vigente, debía tratar de remediar las deficiencias de ese régimen, con lo cual proporcionaría una base más sólida para los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales y de las garantías dadas a sus funcionarios. Se señaló también que el esquema presentado por el Relator Especial debía ampliarse de manera que incluyera la capacidad de las organizaciones internacionales para defender las inmunidades de sus funcionarios de

³ Véase «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.420), secc. E.

conformidad con la jurisprudencia de la CIJ y los medios de los cuales disponían para hacerlo. A este respecto se observó que el proyecto debía incluir la obligación del país huésped de asegurar la protección legal y el respeto de la condición jurídica, privilegios e inmunidades de las organizaciones y de sus funcionarios, de tal manera que el país huésped no pueda adoptar medidas restrictivas de carácter discriminatorio contra funcionarios de una organización internacional, como había ocurrido en ciertos Estados.

8. Se apoyó la metodología adoptada por la CDI, la cual combinaba la codificación de las normas y la práctica existentes y la identificación de las lagunas. Ambas tareas, las cuales debían ser complementarias y no mutuamente excluyentes, se consideraron útiles.

9. En cuanto al alcance del tema en lo referente a las organizaciones que se debían tener en cuenta, se observó, de manera general, que sólo debían incluirse las organizaciones internacionales de carácter universal. Las organizaciones regionales podrían tratarse en una etapa posterior.

10. En cuanto al concepto de organización internacional, se dijo que, si bien no tenía sentido embarcarse en una nueva definición, puesto que la definición contenida en la Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975, es aún válida, la CDI debía examinar la cuestión de la personalidad internacional de las organiza-

ciones internacionales. A este respecto, se expresó la opinión de que el proyecto de artículo 1, presentado por el Relator Especial en su segundo informe⁴, era un poco restringido. En particular se dijo que la frase «en la medida compatible con el instrumento que las ha creado» parecía restrictiva y que los atributos mencionados en los apartados *a*, *b* y *c* del párrafo 1 daban la impresión de que las organizaciones internacionales no podían tener otros. Se impugnó la expresión «y en el derecho interno de sus Estados Miembros», aduciendo que ese derecho interno no era en realidad pertinente. En cambio recibió apoyo la propuesta del Relator Especial de convertir el párrafo 2 del proyecto de artículo en un artículo separado, con la advertencia de que se añadiría al final del párrafo la expresión «y por el derecho internacional».

11. La Asamblea General, en base al informe de la Sexta Comisión, aprobó el 7 de diciembre de 1987 la resolución 42/156, en cuyo párrafo dispositivo 3 recomienda que la CDI prosiga su labor sobre los asuntos en su programa actual. Una decisión semejante fue adoptada por la Asamblea General durante su cuadragésimo tercer período de sesiones en la resolución 43/169, de 9 de diciembre de 1988.

⁴ *Anuario...* 1985, vol. II (primera parte), pág. 117, documento A/CN.4/391 y Add.1, párr. 74.

III.—El concepto de organización internacional

12. La cuestión del concepto de organización internacional fue ya tratada en el segundo informe del Relator Especial⁵. Nos remitimos, pues, a lo ya dicho en el referido informe sobre este punto.

13. En el informe mencionado, el Relator Especial indicó que de acuerdo con la opinión de la casi totalidad de los miembros de la Comisión que intervinieron en el debate sobre su informe preliminar, no parecía adecuado emprender la tarea de elaborar y proponer una definición precisa de lo que es una organización internacional, tanto más cuanto que no se trata de la elaboración de un tratado sobre dichas organizaciones. Se pidió al Relator Especial que evitara «largas discusiones de carácter doctrinal y teórico»⁶.

14. Después de una serie de observaciones llegamos a la conclusión de que debemos conservar la posición pragmática adoptada cuando se discutieron tres de los proyectos elaborados por la Comisión; a saber, el proyecto sobre el «Derecho de los Tratados»; el proyecto sobre «La representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal» (primera parte del tema que ahora estudiamos); y el proyecto sobre los «Tratados celebrados entre Estados y organizaciones

internacionales o entre organizaciones internacionales», los cuales constituyen hoy sendas convenciones.

15. En el caso del proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, el apartado *i* del párrafo 1 del artículo 2 da una definición de la expresión «organización internacional» idéntica a la del apartado *i* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969. Se limita simplemente a identificar a la organización internacional con la organización intergubernamental. En el párrafo 14 del comentario al artículo 2 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión manifestó que la expresión «organización internacional» se define en el apartado *i* del párrafo 1 del artículo comentado «como una organización intergubernamental, para poner de manifiesto que quedan excluidas las normas de las organizaciones no gubernamentales»⁷.

16. En los párrafos 7, 8 y 9 del comentario al artículo 2 (aprobado en primera lectura) del proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, la Comisión señaló asimismo, con respecto al apartado *i* del párrafo 1, que

⁵ *Ibid.*, págs. 109 a 111, párrs. 15 a 30.

⁶ *Ibid.*, párr. 15.

⁷ *Anuario...* 1966, vol. II, pág. 209, documento A/6309/Rev.1, parte II, cap. II.

7) [...] Esta definición debe interpretarse en el sentido que se desprende de la práctica, es decir, en el de una organización constituida principalmente por Estados y que, según el caso, comprende miembros asociados que no tienen todavía la calidad de Estados o que pueden ser incluso otras organizaciones internacionales; cabe mencionar a este respecto ciertas situaciones particulares, como la de las Naciones Unidas en el marco de la UIT, la de la Comunidad Económica Europea en el marco del GATT o de otros organismos internacionales o incluso la de las Naciones Unidas, desde que Namibia ha pasado a ser miembro asociado de la OMS, cuando actúan en nombre de este territorio por conducto del Consejo para Namibia en el seno de dicha organización.

8) Sin embargo, es de señalar que el hecho de adoptar con respecto a la expresión «organización internacional» la misma definición que la Convención de Viena acarrea en el presente proyecto de artículos consecuencias mucho más apreciables que en dicha Convención.

9) Con esta definición, muy flexible, el proyecto de artículos no prejuzga el régimen al que pueden estar sujetas en cada organización las entidades que, en el ámbito de la organización y de conformidad con las normas vigentes en ésta, gozan de cierta autonomía (órganos auxiliares o adscritos). Se ha evitado asimismo prejuzgar el alcance de la capacidad jurídica necesaria para que se pueda considerar que una entidad es una organización internacional en el sentido del presente proyecto. En efecto, como se verá al tratarse nuevamente este punto en el comentario relativo al artículo 6, el presente proyecto de artículos no tiene como finalidad

principal regular la condición jurídica de las organizaciones internacionales, sino el régimen de los tratados en que son partes una o varias organizaciones internacionales. El proyecto de artículos está destinado a aplicarse a tales tratados, cualquiera que sea la condición jurídica de las organizaciones interesadas⁸.

17. El Relator Especial cree, pues, que para los efectos del proyecto, la Comisión debe mantener la posición ya adoptada de que se entiende por «organización internacional» una organización intergubernamental o interestatal.

18. Igualmente, de acuerdo con las opciones expresadas tanto en los debates llevados a cabo en la CDI como en los efectuados en la Sexta Comisión de la Asamblea General, debemos limitarnos, por ahora, a las de carácter universal, con las salvedades hechas igualmente durante los debates y señaladas en el segundo informe del Relator Especial.

⁸ *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 300 y 301, documento A/9610/Rev.1, cap. IV, secc. B; ya citado en el segundo informe del Relator Especial, *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 107, documento A/CN.4/391 y Add.1, párr. 25.

IV.—Parte I del proyecto de artículos: artículos 1 a 4 presentados por el Relator Especial

19. En consecuencia, la parte I del proyecto de artículos se redactaría de la forma siguiente:

PARTE I

INTRODUCCIÓN

Artículo 1.—Términos empleados

1. Para los efectos de los presentes artículos:

a) se entiende por «organización internacional» una organización intergubernamental de carácter universal;

b) se entiende por «reglas pertinentes de la organización» en particular los instrumentos constitutivos de la organización, sus decisiones y resoluciones adoptadas en conformidad con éstos y su práctica establecida;

c) se entiende por «organización de carácter universal» las Naciones Unidas, los organismos especializados, el Organismo Internacional de Energía Atómica y cualquier organización similar cuya composición y atribuciones son de carácter mundial;

d) se entiende por «organización» la organización internacional de que se trate;

e) se entiende por «Estado huésped» el Estado en cuyo territorio:

i) la organización tiene su sede o una oficina;

ii) se celebre la reunión de uno de sus órganos o una conferencia convocada por ella.

2. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo relativas a la terminología empleada en los presentes artí-

culos se entenderán sin perjuicio del empleo de esa terminología o del sentido que se le pueda dar en otros instrumentos internacionales o en el derecho interno de cualquier Estado.

Artículo 2.—Alcance de los presentes artículos

1. Los presentes artículos se aplican a las organizaciones internacionales de carácter universal en sus relaciones con los Estados cuando éstos los hayan aceptado.

2. El hecho de que los presentes artículos no se apliquen a otras organizaciones internacionales se entenderá sin perjuicio de la aplicación de toda regla enunciada en los artículos que fuere aplicable en virtud del derecho internacional independientemente de los presentes artículos [Convención].

3. Ninguna de las disposiciones de los presentes artículos [Convención] impedirá la concertación de acuerdos entre Estados o entre organizaciones internacionales que tengan por objeto hacer que los artículos [Convención] sean aplicables en todo o en parte a organizaciones internacionales distintas de aquellas a las cuales se refiere el párrafo 1 del presente artículo.

Artículo 3.—Relación entre los presentes artículos [Convención] y las reglas pertinentes de organizaciones internacionales

Las disposiciones de los presentes artículos [Convención] se entenderán sin perjuicio de las reglas pertinentes de la organización.

Artículo 4.—Relación entre los presentes artículos [Convención] y otros acuerdos internacionales

Las disposiciones de los presentes artículos [Convención]:

a) se entenderán sin perjuicio de otros acuerdos internacionales en vigor entre Estados o entre Estados y organizaciones internacionales de carácter universal; y

b) no excluirán la celebración de otros acuerdos internacionales concernientes a los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales de carácter universal.

20. Debemos repetir dos observaciones hechas con anterioridad. En primer lugar, que la Comisión llegó a la conclusión, como se recordará, de que debe adoptarse, para los efectos de su trabajo inicial sobre la segunda parte del tema, un criterio amplio, dado que el estudio deberá incluir las organizaciones internacionales regionales. La decisión definitiva de incluir tales organizaciones en una eventual codificación sólo deberá tomarse cuando se com-

plete el estudio⁹. En segundo lugar, como ya se ha indicado, los otros términos que puedan ser empleados en los proyectos de artículos serán definidos al término del estudio del tema.

21. Por último, también es de observar que la primera parte del tema se limitó a las organizaciones internacionales de carácter universal, pero se hizo una reserva en el sentido de que el hecho de restringir el alcance de los artículos (que dieron origen a la Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975) a la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales de carácter universal no era obstáculo para que se aplicase a las relaciones de los Estados y las otras organizaciones cualquier norma enunciada en los artículos que fuese aplicable en virtud del derecho internacional, independientemente de estos artículos.

⁹ *Anuario...* 1983, vol. II (segunda parte), pág. 88. párr. 277. c.

V.—Capacidad jurídica de las organizaciones internacionales

22. En su segundo informe, el Relator Especial se ocupó de lo relativo a la capacidad jurídica de las organizaciones internacionales y propuso un proyecto de artículo 1 que luego se transformó en los proyectos de artículos 1 y 2¹⁰. En efecto, tanto en el debate en la CDI, como en el de la Sexta Comisión, se expresó una opinión generalizada de hacer del párrafo 2 del artículo 1 propuesto un artículo separado, con el agregado, al final, de la frase «y por el derecho internacional». El Relator Especial no cree que se deba agregar nada más a lo dicho en el segundo informe.

¹⁰ Véase nota 4 *supra*.

VI.—Parte II del proyecto de artículos: artículos 5 y 6 presentados por el Relator Especial

23. La parte II del proyecto de artículos diría:

PARTE II

PERSONALIDAD JURÍDICA

Artículo 5

Las organizaciones internacionales gozan de personalidad jurídica en el derecho internacional y en el derecho interno de sus Estados miembros. Tienen capacidad, en la medida compatible con el instrumento que las ha creado, para:

- a) contratar;
- b) adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos; y
- c) actuar en justicia.

Artículo 6

La capacidad de una organización internacional para celebrar tratados se rige por las reglas pertinentes de esa organización y por el derecho internacional.

VII.—Privilegios e inmunidades acordados a las organizaciones internacionales

A.—La inmunidad de jurisdicción: fundamento

24. Es innegable que para garantizar la autonomía, la independencia y la efectividad funcional de las organizaciones internacionales, para protegerlas de toda clase de abusos y por el hecho de que los tribunales nacionales no siempre constituyen la instancia más adecuada para ventilar los litigios en los cuales las organizaciones internacionales pueden ser parte, se hace imprescindible que se les otorgue una cierta inmunidad de jurisdicción sobre la base funcional de cada organización.

25. Las razones aducidas en favor de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, semejantes, en su mayoría, a las invocadas en favor de las organizaciones internacionales, pueden hacernos pensar que las reglas aplicables en el caso de los Estados lo son igualmente respecto de las organizaciones internacionales.

26. Un número importante de autores considera que no debe establecerse un paralelo demasiado rígido entre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y las de las organizaciones internacionales, ya que los motivos invocados para acordar la inmunidad no son los mismos en cada uno de los dos casos. No parece del todo evidente, en primer lugar, que las inmunidades necesarias a los Estados y las necesarias a las organizaciones internacionales tengan que comportar la misma amplitud. El criterio que debe prevalecer, a nuestro modo de ver, es el de la conveniencia de examinar en qué medida la inmunidad de jurisdicción deberá ser acordada a una organización internacional determinada, de acuerdo con sus necesidades funcionales¹¹.

27. Si la verdadera razón de ser de una organización internacional reside en las funciones y los fines para los cuales ha sido creada, tales necesidades funcionales tienen que constituir uno de los principales criterios, si no el único, para determinar la importancia y la extensión de los privilegios e inmunidades que deben ser acordados a una organización determinada. Su independencia quedaría asegurada en esa forma en la medida en que ella le sea necesaria para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus objetivos.

28. Los privilegios e inmunidades otorgados a las organizaciones internacionales encuentran igualmente su justificación en el principio de la igualdad de los Estados miembros de la organización. En efecto, por ser las organizaciones internacionales una emanación de Estados que son iguales entre ellos, éstos deben encontrarse en un pie de igualdad con respecto a la organización que han creado y de la cual son miembros. En particular, ningún Estado debe obtener ventajas fiscales injustificadas de los fondos puestos a la disposición de una organización.

¹¹ Véase, en particular, el informe preparado en 1968 en el marco del Consejo de Europa para el Sous-comité en matière de privilèges et immunités des organisations internationales et des personnes affectées à celles-ci, tal como fue modificado y completado por el Comité Europeo de Cooperación Jurídica: Consejo de Europa, *Privilèges et immunités des organisations internationales*, resolución (69) 29, aprobada el 26 de septiembre de 1969 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, e informe explicativo, Estrasburgo, 1970, pág. 23, párr. 31.

29. Los precedentes han sido invocados para definir los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales. Por razones prácticas comprensibles, los privilegios otorgados en el pasado a algunas organizaciones internacionales similares han constituido una referencia útil cuando se ha estudiado lo referente a los privilegios e inmunidades que debían acordarse a una nueva organización.

30. Desde que se crearon los primeros organismos internacionales, apareció la necesidad de hacerlos beneficiarios de una cierta protección contra los órganos estatales locales, en especial los jueces y los funcionarios de ejecución, susceptibles de entorpecer su libre funcionamiento. En efecto, carentes de un territorio, las organizaciones internacionales están obligadas a tener su sede en el territorio de un Estado.

31. Originalmente, los privilegios e inmunidades fueron acordados a los funcionarios o representantes de esos organismos, generalmente mediante la asimilación a los diplomáticos. Muy pronto, con el desarrollo acelerado de las organizaciones internacionales, una nueva doctrina ha prevalecido. Esa doctrina bien fundamentada establece una justificación para acordar los privilegios e inmunidades a las organizaciones internacionales, independientemente y diferente a la establecida con respecto a los Estados.

32. Las organizaciones internacionales gozan de los privilegios e inmunidades *motu proprio*, porque se les acuerdan en las convenciones, en los acuerdos de sede, eventualmente por la costumbre, en su calidad de persona jurídica internacional, como sujeto de derecho internacional. Son titulares de privilegios e inmunidades y pueden exigirlos a los Estados. Una de las diferencias fundamentales con los Estados es la relativa a la reciprocidad. La naturaleza diferente de las partes impide a las organizaciones internacionales ofrecer ventajas equivalentes a cambio de los privilegios e inmunidades que se les conceden. Como dice Christian Dominicé:

[...] Todas las convenciones sobre los privilegios e inmunidades de esas organizaciones, en especial los acuerdos de sede, no tendrían ningún sentido si éstas no estuviesen investidas de la personalidad jurídica internacional. Esto no significa, sin embargo, que las inmunidades sean un atributo necesario de esta personalidad. Estas emanan de las reglas específicas que las prescriban [...] ¹².

33. Al no poder disfrutar de la protección que les brindaría la soberanía territorial, como es el caso de los Estados, su única protección está constituida por las inmunidades que se les otorgan. La amplitud de la inmunidad que se les acuerda está ampliamente justificada, en relación con la cada día más restrictiva que se reconoce a los Estados, por el hecho significativo de que los Estados son entes políticos que persiguen sus propios intereses, en tanto que las organizaciones internacionales son organismos de servicio que actúan en nombre de todos sus Estados miembros¹³.

¹² Ch. Dominicé, «L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984-IV*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985, vol. 187, pág. 164.

¹³ *Ibid.*, págs. 178 y ss.

B.—Clasificación de las organizaciones internacionales

34. Antes de proseguir cabe preguntarse, al igual como lo hicimos en el caso de la definición de las organizaciones internacionales, si es posible y, sobre todo, si es necesario y oportuno que nos dediquemos a establecer una clasificación de dichas organizaciones, es decir, si sería útil clasificar las organizaciones internacionales en categorías, con el fin de determinar los privilegios e inmunidades que deberían acordárseles en cada caso.

35. Las clasificaciones propuestas por la doctrina jurídica son muy variadas. En general, tales clasificaciones no tienen otro objeto que el de facilitar la enumeración de las organizaciones existentes. Esto es fácilmente explicable. Como se ha dicho¹⁴, cada organización posee sus propias características de acuerdo con las funciones que le asigna el instrumento jurídico que la ha creado. Si algunas organizaciones internacionales poseen rasgos comunes, poseen igualmente una serie de rasgos que las diferencian de acuerdo con el objeto para el cual fueron creadas por la voluntad de los Estados.

36. Ante tales circunstancias, todo intento de clasificación sólo puede conducirnos a la identificación de tipos de organizaciones internacionales, lo cual constituye más una sistematización que una simple descripción de carácter teórico. Dada la diversidad de funciones encomendadas a las organizaciones internacionales, como se ha observado, toda clasificación que se intente será forzosamente insuficiente.

37. La doctrina jurídica, en su mayoría, se refiere comúnmente, para clasificar las organizaciones internacionales, a los criterios siguientes: a) según la composición; b) según el objeto de la actividad; y c) según los poderes¹⁵.

38. Según la composición, se distingue entre las organizaciones internacionales de vocación universal y las organizaciones internacionales regionales. Las primeras son difíciles de definir, ya que ninguna de ellas es verdaderamente universal, en el sentido de que al reposar sobre una base voluntarista, siempre es posible que algunos Estados se abstengan de pertenecer. Aun emplear el término de vocación universal para indicar que la universalidad es solamente virtual, es insuficiente, pues una organización como el Banco Mundial, que está constituida sobre la base de principios económicos específicos, impide la calidad de miembro, en forma definitiva, a aquellos Estados que no aceptan tales principios. Las organizaciones regionales son más fáciles de definir en términos de su composición. Sin embargo, encontramos una tercera categoría de organizaciones internacionales que están excluidas de esas dos categorías señaladas. Se trata de organizaciones que no tienen vocación universal, pero que no son establecidas en un plano regional, tales como la OPEP, la OCDE o los Consejos de productos básicos.

39. Según el objeto de la actividad se distingue, a menudo, entre las organizaciones internacionales de carácter

político y las de carácter técnico, o, según otros, organizaciones generales y organizaciones especializadas; todo depende de la competencia de la organización. En fin, otros autores hacen una clasificación más detallada y distinguen entre organizaciones políticas, económicas, financieras, sociales, culturales, administrativas, militares, etc. En realidad no hay límite a esta lista puramente descriptiva. Constituye más una enumeración que una verdadera clasificación.

40. Según los poderes, se distinguen las organizaciones consultivas, normativas, ejecutivas, etc., según tengan o no el poder de tomar decisiones obligatorias para sus miembros y según puedan o no asegurar la ejecución de sus decisiones. Esta distinción parece más cerca del plano jurídico. Sin embargo, no es totalmente satisfactoria. Si nos atenemos a la fuerza obligatoria de las decisiones, por ejemplo, la Asamblea General de las Naciones Unidas se nos presentaría como un órgano consultivo, puesto que sus resoluciones tienen el valor de simples recomendaciones, en tanto que el Consejo de Seguridad sería un órgano normativo, que puede tomar decisiones de carácter obligatorio¹⁶.

41. Lo más conveniente sería tratar de establecer una clasificación más sistemática (o científica, si se prefiere) a partir de una de las características de las organizaciones internacionales que sea lo más típica posible, pero la cual, al mismo tiempo, varía en forma apreciable de una organización a otra¹⁷. Como se ha dicho, la función asignada a una organización internacional constituye su verdadera razón de ser. Los Estados la han creado para que lleve a cabo esa función que se le asigna y para participar a su funcionamiento aceptan las cargas y las disciplinas que inevitablemente resultan de tal participación. La propia estructura de la organización está subordinada a las necesidades de sus funciones.

42. Las organizaciones internacionales existentes se conforman todas, más o menos, a un modelo único de tres niveles:

a) un órgano intergubernamental plenario al nivel superior;

b) un secretariado administrativo al nivel inferior; y

c) un órgano intergubernamental plenario (en las organizaciones que comportan un número limitado de Estados) o restringido (en las organizaciones mundiales), al nivel intermedio.

43. Este esquema muy general se complica, desde luego, con un cierto número de agregados que varían en forma sensible según la naturaleza de las funciones de la organización considerada, las circunstancias a las cuales debe hacer frente, la orientación dada a sus actividades, etc. Como se puede inferir, es sumamente difícil, por no decir imposible, reducir esta variedad de elementos institucionales a unos tipos bien definidos o caracterizados en forma significativa.

44. Dicho esto, y dentro del enunciado funcionalista que la Comisión ha adoptado como base principal de este estudio, la función de las organizaciones internacionales,

¹⁴ Véase el segundo informe del Relator Especial. *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 107, documento A/CN.4/391 y Add.1, párr. 32.

¹⁵ Véanse P. Reuter, *Institutions internationales*, Paris, Presses universitaires de France, 1975, coll. «Thémis», págs. 240 y ss.; M. Virally, «Définition et classification des organisations internationales: approche juridique» in G. Abi-Saab, ed., *Le concept d'organisation internationale*, Paris, UNESCO, 1980, págs. 57 y ss.

¹⁶ Véanse Reuter, *op. cit.*, págs. 240 y ss.; y Virally, *loc. cit.*, págs. 58 y 59.

¹⁷ Véase Virally, *loc. cit.*, págs. 59 y ss.

como principio de clasificación, puede considerarse desde tres puntos de vista, principalmente:

a) según la extensión de la cooperación encomendada a la organización;

b) según la amplitud del campo de acción reservado o asignado a esa cooperación; y

c) según los medios utilizados para realizar esa cooperación, el tipo de relaciones instituido entre la organización y sus miembros en sus relaciones mutuas.

45. Al primer criterio corresponderá la división en organizaciones mundiales, o universales, o aun globales, y las organizaciones parciales, limitadas. Las organizaciones universales son, desde luego, aquellas que se proponen realizar la unificación de la sociedad internacional mediante la admisión en su seno de todos los Estados que la componen y tienen como finalidad tratar de resolver los problemas que se presentan en escala planetaria. Las organizaciones parciales sólo comprenden un grupo limitado de Estados, congregados en base a intereses particulares afines que comparten y les distinguen del resto de la sociedad internacional. En cierto modo se puede decir que las organizaciones universales se basan en el principio de la inclusión y las parciales, por el contrario, se basan en el principio de la exclusión. La distinción entre estos dos tipos de organizaciones no solamente concierne al número de miembros y a las reglas relativas a su admisión, sino que involucra, igualmente, una serie de consecuencias sobre la constitución orgánica, sobre sus relaciones con los Estados miembros, sobre las finalidades de su acción y sobre el conjunto de sus actividades.

46. El segundo criterio nos llevaría a distinguir entre organizaciones internacionales generales y organizaciones internacionales sectoriales. El primer tipo está constituido por las organizaciones internacionales creadas con la finalidad de encauzar la cooperación organizada en todos los campos donde se considere útil, sin ninguna limitación o con la exclusión de ciertos sectores bien definidos (la defensa nacional, por ejemplo). Estas organizaciones internacionales generales pueden estar constituidas a nivel mundial, como las Naciones Unidas, o sobre una base regional, como la OEA o la OUA, por ejemplo. El segundo tipo lo constituyen aquellas organizaciones internacionales a las cuales se les asigna una función limitada a un solo sector de actividades o, al menos, a un conjunto de sectores estrictamente definido.

47. El tercer criterio nos conduce a la diferenciación entre organizaciones internacionales normativas y organizaciones internacionales operativas. Las primeras son las que tienen como función esencial la de orientar el comportamiento de sus miembros con el fin de que no se creen conflictos entre ellos o de hacerlos cesar si ya existen, así como la de facilitar la realización de objetivos comunes mediante la coordinación de sus esfuerzos. Sin embargo, los métodos utilizados para la realización de tales fines pueden diferir de una organización a otra. Las segundas actúan ellas mismas, sea mediante la utilización de sus propios recursos o mediante los recursos puestos a su disposición por los Estados miembros, pero cuya utilización es decidida por la organización. Es decir, poseen la dirección operativa. Desde luego, la mayoría de los recursos utilizados por las organizaciones internacionales provienen de los Estados miembros. Sin embargo, la situa-

ción es notablemente diferente según que los recursos hayan sido transferidos de modo definitivo a la organización (como en el caso de las contribuciones financieras) o que se les hayan prestado sólo para enfrentarse a una situación determinada (caso de los contingentes militares, por ejemplo).

48. Ciertas organizaciones internacionales tienen una actividad casi exclusivamente operativa. Tal es el caso de las organizaciones financieras y en especial el de los bancos internacionales, como el Banco Mundial. Otras llevan a cabo una actividad mixta, normativa y operativa al mismo tiempo, como las Naciones Unidas (cuya actividad sin embargo es antes que nada normativa) y las organizaciones especializadas (con la excepción de las financieras).

49. De todo lo expuesto, forzoso es comprobar que ninguna de las clasificaciones propuestas permitiría por sí sola suministrarnos un criterio generalizado para determinar los privilegios e inmunidades que deben acordarse a las organizaciones internacionales. No es posible, en efecto, establecer una diferenciación neta entre las diversas categorías. A veces esas categorías se superponen. Por último, como se ha señalado, se trata más de una enumeración que de una clasificación propiamente dicha. No se puede establecer de manera precisa que de la simple clasificación establecida en base a los criterios enumerados se deducen automáticamente y para cada categoría de organizaciones internacionales consecuencias jurídicas particulares y distintas.

C.—Alcance de la inmunidad de jurisdicción

50. Parece, pues, que, aparte de las dificultades que se presentan para establecer una lista de los privilegios e inmunidades aplicables por igual a todas las organizaciones internacionales, el establecimiento de tal lista no parece deseable, dado que cada organización internacional tiene sus propias características, de acuerdo con el instrumento que la ha creado y, por ende, para el cumplimiento de sus fines y funciones precisas goza de un determinado y bien definido número de privilegios e inmunidades, los cuales no tienen que ser, y generalmente no lo son, los mismos requeridos por otra organización internacional con fines y funciones diferentes.

51. Ante la dificultad de poder definir los principios o los criterios generales en función de los cuales sería posible acordar automáticamente a una organización internacional en particular una serie determinada de privilegios e inmunidades, toda norma que se elabore al respecto debe contener disposiciones de carácter general que puedan ser completadas o modificadas de acuerdo con las características de cada caso particular, para adaptarla a las verdaderas necesidades funcionales de la organización internacional involucrada y de acuerdo con el instrumento jurídico que la crea.

52. Los acuerdos generales sobre privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales (Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946, y la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados, de 1947¹⁸, por ejemplo) son generalmente completados por un acuerdo de

¹⁸ Denominadas en adelante Convenciones generales de 1946 y 1947.

sede o un acuerdo bilateral o multilateral en el cual se definen, limitan o amplían los privilegios e inmunidades acordados a una organización internacional determinada. Esta fórmula tiende a armonizar los intereses de las organizaciones internacionales y los de los Estados, sean éstos o no sede de una o varias organizaciones internacionales.

53. Del examen de las convenciones sobre la materia, así como de los acuerdos de sede y otros instrumentos jurídicos bilaterales y multilaterales actualmente en vigor, se puede comprobar que un cierto número de criterios han servido de guía, en forma más o menos generalizada, para acordar los privilegios e inmunidades a las organizaciones internacionales existentes. Esos criterios han sido los siguientes:

a) el ámbito geográfico bajo la responsabilidad de la organización internacional;

b) el carácter político de la organización internacional;

c) el tipo de funciones asignadas a la organización internacional, es decir, funciones comerciales, financieras o, inclusive, industriales;

d) el de la importancia de la organización internacional. Esto es lógico, puesto que ciertos privilegios e inmunidades que son necesarios, e imprescindibles, en el caso de una gran organización internacional, pueden ser omitidos sin provocar grandes dificultades cuando se trata de una organización internacional pequeña con funciones limitadas.

54. Por último, no debemos olvidar el caso de ciertas organizaciones internacionales a las cuales puede que no sea necesario acordarles privilegios e inmunidades, aun cuando hayan sido creadas mediante un acuerdo entre Estados. Se trata de organizaciones internacionales intergubernamentales constituidas en forma tal que puedan funcionar exclusivamente como personas morales de derecho nacional del Estado sede.

55. La propia Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 22 D (I) de 13 de febrero de 1946, en aplicación de la cual fue elaborada y aprobada la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados, de 1947, incluyó un párrafo que dice:

A la vez que se reconoce que no todos los organismos especializados necesitan idénticas prerrogativas e inmunidades, y que ciertos de éstos pueden, debido al carácter especial de sus funciones, necesitar privilegios de una naturaleza también especial, que no son necesarios a la propia Organización de las Naciones Unidas, la Asamblea General estima que las prerrogativas e inmunidades de esta última deben considerarse, por regla general, como un máximo, dentro de cuyo límite los diversos organismos especializados no deben gozar más que de las prerrogativas e inmunidades necesarias para el cumplimiento de sus funciones respectivas, y que *no se debe pedir ninguna inmunidad o privilegio que no sea verdaderamente necesario*.*

56. El único criterio, pues, que aparece predominantemente y en forma generalizada, tanto en la doctrina como en los instrumentos jurídicos de carácter multilateral, bilateral o unilateral, y en la práctica seguida por las Naciones Unidas y las otras organizaciones internacionales existentes, es el de la necesidad funcional. Este es, desde luego, el criterio principal que ha adoptado igualmente la Comisión desde los comienzos del presente estudio.

57. En todo caso, debemos tener muy en cuenta que:

a) los privilegios e inmunidades constituyen un derecho y no una cortesía;

b) están íntimamente vinculados a las funciones de la organización internacional a la cual se acuerdan;

c) su uso no debe tener por finalidad la negación de su fundamento y constituir un reto a la justicia.

Volvemos sobre este punto cuando se examinen los privilegios e inmunidades de los funcionarios internacionales.

58. De acuerdo con las disposiciones de la mayoría de los textos vigentes (convenciones sobre prerrogativas e inmunidades, acuerdos de sede, etc.), las organizaciones internacionales no pueden ser juzgadas por ningún tribunal de derecho común a menos que renuncien expresamente a ese privilegio. Aun en este último caso, su renuncia no puede extenderse a las medidas de ejecución.

59. Si bien esta situación particularmente excepcional puede parecer exagerada, ella se encuentra expresamente limitada por la obligación que se impone a las organizaciones internacionales de instituir un sistema judicial que permita la solución de los conflictos o diferencias en los cuales puedan verse involucradas. Tal obligación se encuentra consagrada en todos los acuerdos de sede existentes, tales como el Acuerdo entre la OMS y Suiza¹⁹ (art. 23) o el Acuerdo entre la UNESCO y Francia²⁰ (art. 28). De igual manera, las Convenciones generales de 1946 y 1947 contienen disposiciones semejantes (art. VIII, sec. 29, y art. IX, secc. 31, respectivamente). En forma más explícita lo hace el Acuerdo General sobre los Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa²¹ en su artículo 21, el cual prevé el arbitraje administrativo.

60. En las respuestas dadas al cuestionario enviado el 13 de marzo de 1978 por el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas a los organismos especializados y el OIEA, así como al cuestionario enviado a las organizaciones regionales el 5 de enero de 1984, de acuerdo con las decisiones tomadas por la Comisión²², la mayoría de los organismos especializados y el OIEA, así como las Naciones Unidas, declararon que su inmunidad de jurisdicción había sido plenamente respetada y reconocida por las autoridades nacionales competentes²³.

61. Del análisis de las respuestas se infiere que el principio de la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales se ha fortalecido. A este respecto, es interesante citar la respuesta de las Naciones Unidas al cuestionario mencionado:

a) *Reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción de las Naciones Unidas*

11. Los Estados Unidos de América se adhieron a la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas el 29 de abril de

¹⁹ Acuerdo de 29 de septiembre de 1955, véase Suiza, *Recueil systématique du droit fédéral*, Berna, 1970, secc. 0.192.120.281.

²⁰ Acuerdo de 2 de julio de 1954 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 357, pág. 3).

²¹ Consejo de Europa, *L'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe, du 2 septembre 1949*, Estrasburgo (s.f.).

²² Véanse *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 128, párr. 95; y *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), págs. 88 y 89, párr. 277, f.

²³ Véase «La práctica seguida por las Naciones Unidas, los organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica en relación con su condición jurídica, sus privilegios y sus inmunidades: estudio suplementario preparado por la Secretaría», *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte/Add.1), pág. 155, documento A/CN.4/L.383 y Add.1 a 3.

1970. Esta adhesión fortaleció la situación jurídica de las Naciones Unidas con respecto a la inmunidad de jurisdicción en los Estados Unidos de América, que hasta entonces se había basado en la legislación interna y el derecho internacional general, derivado en particular de los Artículos 104 y 105 de la Carta de las Naciones Unidas. Esta medida fue tanto más importante para la Organización cuanto que se produjo en un momento en que la doctrina de la inmunidad soberana atravesaba una rápida evolución. En muchos países se ha elaborado una doctrina mucho más restrictiva, que culminó en la promulgación de leyes nacionales como la *United States Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* [ley de 1976 sobre las inmunidades de los Estados extranjeros]. Aunque la nueva doctrina de la inmunidad soberana y en particular el criterio más restrictivo para enfocar las actividades comerciales realizadas por Estados extranjeros no son directamente aplicables a las organizaciones internacionales, influirán inevitablemente en la forma como los tribunales nacionales consideran las actividades de las organizaciones internacionales. Sin embargo, las Naciones Unidas han seguido disfrutando de inmunidad de jurisdicción ilimitada y no han tenido dificultades especiales a este respecto, contrariamente a otras organizaciones que no disfrutaban de la misma protección jurídica en virtud de los acuerdos en vigor²⁴.

62. Es de particular interés, por tratarse de un tribunal importante, ya que se encuentra en el país sede de las Naciones Unidas, citar la decisión de la Corte Suprema del Condado de Nueva York en el llamado asunto *Menon* (1973). La esposa separada de un empleado de la Organización no residente impugnó la negativa de los jueces de un tribunal de familia a ordenar a las Naciones Unidas que justificasen la razón por la cual no podía embargarse el sueldo de su marido para detraer de él la prestación de ayuda económica para ella y su hijo menor de edad. La demanda fue desestimada en virtud de una decisión de la Corte Suprema del Condado de Nueva York en sesión extraordinaria. El tribunal declaró que «la ley excluye expresamente de la jurisdicción de nuestros tribunales [de los Estados Unidos] a un ente soberano*, a menos que este ente soberano consienta en someterse a ellos». El tribunal afirmó asimismo que las Naciones Unidas «gozan de condición jurídica soberana* y pueden hacer extensiva esta protección a sus representantes y empleados» y que «la condición jurídica soberana de las Naciones Unidas, en relación con su personal y sus representantes financieros, no puede ser impugnada por la autoridad del Tribunal Familiar»²⁵. Habrá oportunidad de comentar esta decisión cuando se examinen los privilegios e inmunidades de los funcionarios.

63. Por último, otro ejemplo pertinente lo constituye la sentencia en el asunto *Manderlier contra la Organización de las Naciones Unidas y el Estado belga* (1966), sometido al Tribunal de Primera Instancia de Bruselas. El demandante intentó ejercer una acción con el fin de obtener de las Naciones Unidas o del Gobierno belga, o de ambos solidariamente, reparación de daños y perjuicios en razón de los que pretendía haber sufrido «a consecuencia de las exacciones cometidas en el Congo por las tropas de la Organización». El Tribunal declaró inadmisibles las acciones en cuanto se dirigía contra las Naciones Unidas, beneficiarias de inmunidad de jurisdicción en virtud de la sección 2 de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946²⁶.

64. En lo que concierne a los organismos especializados y el OIEA, éstos recurren al arbitraje para resolver cualquier litigio que se les pueda presentar con personas privadas de derecho común²⁷. Así, en los contratos de compraventa con los proveedores se encuentra generalmente una cláusula compromisoria.

65. Por otra parte, los organismos especializados de las Naciones Unidas han establecido y se hallan sometidos a la jurisdicción de un tribunal administrativo *ad hoc*, el cual tiene competencia para juzgar las controversias que los puedan oponer a los miembros de su personal.

66. Una cláusula de arbitraje se encuentra generalmente en los contratos de asistencia técnica que los organismos especializados elaboran con los Estados y en los acuerdos de cooperación celebrados entre ellos o con las Naciones Unidas. El instrumento constitutivo de esos organismos estipula un posible recurso a la CIJ para solicitar una opinión consultiva, en el caso de que una controversia pudiera presentarse sobre la interpretación o la aplicación de alguna de las disposiciones de los mencionados instrumentos jurídicos.

67. Algunas organizaciones internacionales de carácter financiero aceptan ser demandadas ante un tribunal nacional bajo ciertas condiciones. Tal es el caso del BIRF (art. VII, secc. 3 de su Estatuto), la CFI (art. VII, secc. 3) y la AIF (art. VIII, secc. 3). Pero ninguna acción judicial puede ser intentada contra ellas por Estados miembros o por personas que actúan en su nombre, concesionarios de sus derechos. Los bienes y haberes de estas tres instituciones, dondequiera que se encuentren, escapan a toda forma de embargo, de oposición o de ejecución en la ausencia de toda sentencia definitiva.

68. Las respuestas al cuestionario enviado a los jefes de los organismos especializados y del OIEA en la carta del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, de fecha 13 de marzo de 1978, indican que la inmunidad de jurisdicción de la mayoría de los organismos especializados y del OIEA había sido plenamente reconocida por las autoridades nacionales competentes.

69. En juicios intentados contra la OIT y el FMI, se reconoció siempre la inmunidad de jurisdicción²⁸. Sin embargo, se ha entablado una serie de acciones legales contra la FAO, pese a la existencia de acuerdos internacionales por los cuales se le concede la inmunidad de jurisdicción. La FAO impugna la competencia de los tribunales locales en las acciones intentadas contra ella. Los fallos de los tribunales del país sede, Italia, no reconocen la inmunidad de la FAO, aun cuando el Acuerdo de sede²⁹ habla de «[...] inmunidad de toda jurisdicción». Los tribunales italianos tratan de establecer una distinción al alegar que la inmunidad de jurisdicción de la FAO sólo se extiende a las cuestiones relacionadas con las actividades llevadas a cabo en el desempeño de los fines y funciones de la organización, es decir, a los actos *jure imperii*, y no a las transacciones de derecho privado resultantes de otras actividades,

²⁴ *Ibid.*, págs. 171 y 172, parte A, cap. II, secc. 7, párr. 11.

²⁵ Véase Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1973 (N.º de venta: S.75.V.1), págs. 223 y 224; citada en el documento A/CN.4/L.383 y Add.1 a 3, parte A, cap. II, secc. 7, párr. 12.

²⁶ Véase Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1966 (N.º de venta: S.68.V.6), pág. 306; citada en el documento A/CN.4/L.383 y Add.1 a 3, parte A, cap. II, secc. 7, párr. 13.

²⁷ Véase documento A/CN.4/L.383 y Add.1 a 3, parte B, cap. I, secc. 1, párr. 9.

²⁸ *Ibid.*, parte B, cap. II, secc. 7, párr. 43.

²⁹ Acuerdo de 31 de octubre de 1950, véase Naciones Unidas, *Textes législatifs et dispositions de traités concernant le statut juridique, les privilèges et les immunités d'organisations internationales*, vol. II (número de venta: 61.V.3), pág. 187.

es decir, *jure gestionis*. En todo caso, no se ha intentado ninguna medida de ejecución contra la FAO. Desde luego, los órganos rectores de la FAO no pueden estar de acuerdo con esa interpretación y mantienen que las disposiciones del Acuerdo de sede deben interpretarse en sentido estrictamente literal. De lo contrario, tanto la FAO como otras organizaciones internacionales estarían expuestas a litigios en perjuicio de la ejecución efectiva de sus programas de acción³⁰. Puede considerarse la posibilidad de solicitar una opinión consultiva de la CIJ en cuanto a la interpretación de las secciones pertinentes del Acuerdo de sede.

70. En otros casos de acciones incoadas contra la FAO, se ha llegado a arreglos extrajudiciales. En algunos, no se ha tomado ninguna medida para ejecutar el fallo.

71. El BIRF, la AIF y la CFI no gozan de inmunidad general de jurisdicción. Su inmunidad se limita a las acciones entabladas por Estados miembros o por particulares que actúan en nombre de sus Estados o que tengan derecho a presentar reclamaciones contra ellos. Otras personas sólo pueden plantear acciones ante un tribunal competente en el territorio de un Estado miembro en el cual la organización tenga una oficina, haya designado a un agente encargado de aceptar la notificación o haya emitido o garantizado valores. No se ha señalado ningún caso en el cual no se haya reconocido la inmunidad limitada del BIRF, la AIF o la CFI.

72. En cuanto a la aplicación de la «inmunidad de toda jurisdicción», prevista en la sección 4 del artículo III de la Convención de 1947, la mayoría de los organismos especializados y el OIEA han expresado que no habían tropezado con dificultades especiales en cuanto a la interpretación de esta disposición. El FMI ha mantenido que este término debe interpretarse en sentido amplio, haciéndolo así extensivo al ejercicio de todas las formas de jurisdicción³¹.

73. Es interesante señalar que la *United States Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* [ley de 1976 de los Estados Unidos sobre las inmunidades de los Estados extranjeros] establece expresamente que los bienes de las organizaciones internacionales designadas por el Presidente de los Estados Unidos (entre las cuales figuran el BIRF, la AIF y la CFI) «no estarán sujetos a embargo u otro procedimiento judicial que implique el desembolso de fondos a un Estado extranjero, o a la orden del mismo, como resultado de una acción entablada ante los tribunales de los Estados Unidos o de sus Estados»³².

74. No se ha señalado ningún caso en el cual se haya suscitado la cuestión de la inmunidad respecto a las medidas de ejecución. Sólo la FAO ha informado de que el representante del país huésped hizo una declaración en noviembre de 1984, en la reunión de su Consejo de Administración, relativa a la inmunidad de jurisdicción de la organización, así como a la inmunidad con respecto a las medidas de ejecución en el país huésped.

75. En esa declaración, el representante citado hace la distinción ya señalada (véase párr. 69 *supra*), establecida por los tribunales italianos, entre actos *jure imperii* y actos

jure gestionis, pero indica que la organización «tendría que comparecer ante el juez» [...] en el caso de que «alguien intentare aplicar medidas ejecutivas contra la FAO para alegar su inmunidad en virtud [...] del Acuerdo de sede»³³.

76. Ante tal interpretación restrictiva de las palabras «inmunidad de toda jurisdicción» utilizadas en el Acuerdo de sede, la FAO considera y mantiene que dichas palabras incluyen la inmunidad respecto a las medidas de ejecución.

D.—Renuncia a la inmunidad de jurisdicción

77. Ha habido algunos casos en los cuales los organismos especializados han renunciado a su inmunidad de jurisdicción. Así, por ejemplo, el FMI ha renunciado a su inmunidad en relación con algunos contratos de arrendamiento. Las notas al portador emitidas en el marco de ciertos acuerdos de préstamo del FMI prevén la renuncia a la inmunidad de jurisdicción por parte del FMI para someterse a ciertos tribunales nacionales designados en relación con las acciones y la ejecución de los fallos. La UPU reconoce la jurisdicción de los tribunales suizos en caso de verse envuelta en un litigio³⁴.

78. Por otra parte, como ya se ha señalado (párr. 64 *supra*), la mayoría de los contratos celebrados por los organismos especializados y el OIEA establecen que las controversias que puedan suscitarse deberán solucionarse mediante arbitraje.

E.—Bienes, fondos y haberes

79. Si partimos del principio de que las organizaciones internacionales poseen personalidad jurídica, es fácil comprender que la condición o el régimen que se debe acordar a los bienes de una organización internacional pueden considerarse como una lógica extensión de los derechos que esa personalidad conlleva.

80. Una de las condiciones fundamentales para que una organización internacional pueda cumplir cabalmente las funciones que constituyen su razón de ser es, como se ha dicho, la de gozar de la más absoluta autonomía. Ahora bien, es difícil concebir esa autonomía si no se le reconoce a la organización internacional el derecho a disponer de un patrimonio propio.

81. Sin un instrumento adecuado para la acción, sin los medios para poder actuar y sin el apoyo material adecuado, las organizaciones internacionales estarían en la incapacidad de llevar a cabo la misión que su acta constitutiva y demás instrumentos legales les han confiado. Todo esto se lo proporciona el patrimonio de la organización. El patrimonio contribuye, en primer lugar, a darle permanencia a la organización en su vocación precisa de cumplir una finalidad particular.

82. El patrimonio de las organizaciones internacionales puede compararse al patrimonio de las personas jurídicas de derecho público, en el sentido de que está exclusivamente afectado al cumplimiento de los fines de la organi-

³⁰ Véase documento A/CN.4/L.383 y Add.1 a 3, parte B, cap. II, secc. 7, párr. 48, b.

³¹ *Ibid.*, párr. 52.

³² *Ibid.*, párr. 53.

³³ *Ibid.*, párr. 54.

³⁴ *Ibid.*, párr. 55.

zación. De allí emana el principio de la intangibilidad, de la inalienabilidad del patrimonio de las organizaciones internacionales³⁵.

83. Estas características no son, desde luego, exclusivas de las organizaciones internacionales; ellas se aplican indiferentemente a los servicios públicos de derecho interno o internacional. Los principios de inalienabilidad de los bienes y de inmunidad fiscal no tienen otro fin que el de preservar el patrimonio de los servicios públicos para que las prestaciones sean aseguradas en forma continua³⁶.

84. Según Jean Duffar, la afectación justifica en el derecho interno que la propiedad de las instituciones públicas no pueda ser desviada de su función; ella explica sobre todo la inalienabilidad del dominio público³⁷. Los bienes de las organizaciones internacionales benefician igualmente de un derecho protector por estar afectados a un fin colectivo. Tal vez, inclusive, el principio general se altera favorablemente en beneficio de las organizaciones internacionales, puesto que el dominio implica la propiedad, en tanto que los bienes de las organizaciones internacionales están protegidos aun cuando no sean de su propiedad.

85. Todos los textos relativos a los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales contienen una referencia expresa sobre los «locales e inmuebles». Así, la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, prevé en el párrafo 3 del artículo 22 que

Los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución.

Las Convenciones Generales de 1946 y 1947, los acuerdos de sede entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América³⁸ y entre las Naciones Unidas y Suiza³⁹ contienen disposiciones análogas.

86. Esto parece lógico. Aun cuando, sin lugar a dudas, los locales e inmuebles de las organizaciones internacionales gozan del régimen general aplicable a los bienes, es evidente que sin los locales y los inmuebles no solamente las actividades de una organización se dificultarían, sino que prácticamente sería casi imposible llevarlas a cabo. De allí la enorme y particular importancia que se les acuerda mediante un régimen jurídico especial.

87. Los bienes de una organización internacional, en su conjunto, según la práctica de los Estados y los instrumentos jurídicos relativos a las diversas organizaciones internacionales (actas constitutivas, acuerdos de sede, convenciones, etc.), se consideran fuera del alcance del derecho común de los bienes. La asignación permanente de dichos bienes a los fines institucionales se opone a que sean desviados del destino que se les ha dado. De allí que se les acuerde un régimen de derecho público, lo cual les convierte en inalienables e inembargables.

³⁵ Véase J. Duffar, *Contribution à l'étude des privilèges et immunités des organisations internationales*. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, pág. 235.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, pág. 237.

³⁸ Acuerdo de 26 de junio de 1947, véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 11, pág. 11.

³⁹ Acuerdo provisional de 11 de junio y 1.º de julio de 1946 (*ibid.*, vol. 1, pág. 163), modificado por un intercambio de oficios de 5 y 11 de abril de 1963 (*ibid.*, vol. 509, pág. 308).

F.—Inviolabilidad de los bienes y locales

88. Una de las prerrogativas más importantes, y, en la vida práctica de las organizaciones internacionales, indispensables para su cabal funcionamiento, es la relativa a la inviolabilidad de los locales de la organización. Es el principio que garantiza a una organización internacional su autonomía, su independencia y su intimidad. El principio, desde luego, se encuentra consagrado en la casi totalidad de los instrumentos jurídicos relativos a los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales, sea en las dos Convenciones Generales de 1946 y 1947, sea en los acuerdos de sede o en otros acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a las organizaciones internacionales existentes.

89. La inviolabilidad de los locales de las organizaciones internacionales en el derecho internacional es idéntica, en cuanto a su contenido, a la inviolabilidad de los locales diplomáticos, tal como se encuentra expresada en el párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961. Sin embargo, los principios en los cuales se fundamenta ese contenido son diferentes en uno y otro caso. Los Estados respetan la inviolabilidad de los locales diplomáticos en virtud del principio de la igualdad soberana y de la reciprocidad. En el caso de las organizaciones internacionales no se puede hablar de reciprocidad; ésta no puede existir. El fundamento habría que buscarlo en la imposibilidad en la cual se encuentra un orden jurídico subordinado, nacional, para someter u obligar a un orden jurídico superior, internacional⁴⁰.

90. En el caso de las primeras organizaciones internacionales que fueron creadas, se hablaba, para fundamentar la inviolabilidad, de «extraterritorialidad». Así, por ejemplo, en los acuerdos celebrados por el Gobierno Federal Suizo con algunas de las organizaciones internacionales que tienen su sede en Suiza se utiliza el término indicado. En dichos acuerdos se puede leer que el Consejo Federal Suizo reconoce expresamente la extraterritorialidad de los terrenos y locales de [la organización] y de todos los locales ocupados por ella en la ocasión de sus asambleas y cualquier otra reunión convocada en Suiza por ella (art. 4 de los acuerdos firmados, entre otros, con la OIT, la OMS y la OMM).

91. Esta teoría ha sido prácticamente abandonada. La inviolabilidad de los locales de una organización internacional no reposa sobre una supuesta ficción de extraterritorialidad (doctrina, como se ha dicho, obsoleta), sino sobre el derecho que tiene toda organización internacional al respeto y a la inviolabilidad de su intimidad. Se trata de un derecho inherente a la personalidad⁴¹.

92. En los acuerdos más antiguos se habla solamente de «locales de la organización». En las redacciones más recientes se precisan el término y, desde luego, el contenido del privilegio, sin modificar por ello su alcance. Es así como la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, adoptó la fórmula propuesta por la Comisión, durante la elaboración de esta Convención, según la cual «si se trata de un inmueble, los locales comprenden el terreno circundante y otras dependencias, incluidos el jardín y el

⁴⁰ Duffar, *op. cit.*, pág. 101.

⁴¹ *Ibid.*, págs. 51 y ss.

espacio destinado a estacionamiento de coches»⁴². La Convención de Viena establece, en efecto, en el apartado *i* del artículo 1, que «por “locales de la misión”, se entiende los edificios o las partes de los edificios [...] utilizados para las finalidades de la misión, [...] así como el terreno destinado al servicio de esos edificios o de parte de ellos».

93. Las Naciones Unidas, cuando han celebrado acuerdos con un Estado huésped con respecto a las instalaciones permanentes, tales como las de Nueva York o Ginebra o las sedes de las comisiones económicas regionales, han tratado de definir, ya en el propio acuerdo relativo a la sede, ya en un acuerdo adicional o un anexo, los límites exactos de la zona en que están situados sus locales o sobre la que ejercen su control⁴³.

94. Esta inviolabilidad, entendida así, en una forma amplia y universal, no goza de una aceptación general. En particular, los Estados sobre cuyo territorio tienen su sede algunas organizaciones internacionales tienden a limitarla. En un informe preparado en 1968 por el Comité Europeo de Cooperación Jurídica se reconoce el principio según el cual los locales de una organización internacional deben ser inviolables, pero se objeta que a primera vista la inviolabilidad de los locales no aparece como necesaria en el caso de todas las organizaciones internacionales que ejercen funciones puramente administrativas o técnicas y que, en ciertos casos, la inviolabilidad de los archivos podría ser suficiente. El Comité citado convino en que por locales «debe entenderse los terrenos, edificios y partes de edificios, quienquiera que sea el propietario, utilizados *exclusivamente para el ejercicio de las funciones oficiales de la organización**»⁴⁴.

95. Esa misma limitación fue objeto de debate en el seno de la Comisión en su décimo período de sesiones, en 1958, cuando se discutía el proyecto de artículos relativos a las relaciones e inmunidades diplomáticas (en el que se basó la Convención de Viena de 1961). En esa oportunidad, uno de los miembros de la Comisión, el Sr. Tunkin, se opuso a la inclusión de la palabra «oficiales», pues, según él, «los locales de la misión son los locales utilizados para las funciones de la misión. Esa adición no haría más que crear confusión y podría ser interpretada como dando a entender que solamente las oficinas de la misión han de ser consideradas como locales oficiales»⁴⁵. No obstante, la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, adoptó la fórmula mencionada en el párrafo 2 de su artículo 31, que restringe la inviolabilidad a la «parte de los locales consulares que se utilice exclusivamente para el trabajo de la oficina consular».

96. Aun cuando la tendencia a limitar y diferenciar la inviolabilidad cuenta con partidarios convencidos, en un caso, por lo menos, un tribunal, la Corte de Justicia de las

Comunidades Europeas, ha confirmado la tesis de la inviolabilidad universal y uniforme al dictaminar que los locales y edificios de la Comunidad Europea de Energía Atómica no se limitan a los solos locales administrativos y que, por tanto, la «intervención de una autoridad administrativa nacional en la esfera de interés de una institución comunitaria constituye una medida de coacción administrativa»⁴⁶.

97. La Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961, consagra en el apartado *i* de su artículo 1 otro de los caracteres básicos de la inviolabilidad en derecho internacional, a saber, que la inviolabilidad no protege la propiedad de los locales, sino la ocupación de los mismos. De allí el empleo de los términos «sea cual fuere su propietario». Similares expresiones emplean las dos Convenciones generales de 1946 y 1947 (secc. 3 del art. II y secc. 5 del art. III, respectivamente), lo cual indica que los mismos principios se aplican a las organizaciones internacionales⁴⁷.

98. En el primer estudio preparado en 1967 por la Secretaría se hace un comentario sumamente acertado en el cual se dice que:

Aunque la Convención de Viena no se aplique, naturalmente, a las organizaciones internacionales, constituye una indicación de que no se hace distinción en cuanto a la inviolabilidad de los locales que son propiedad de la misión diplomática o que ésta alquila u ocupa a cualquier otro título con carácter temporal. A este respecto, la Convención es declaratoria del derecho internacional existente⁴⁸.

99. Es evidente que el principio enunciado en la forma adoptada por las Convenciones de Viena de 1961 y 1963, es decir, como protección de la ocupación, implica la existencia de dos momentos precisos: el momento a partir del cual es aplicable y exigible la inviolabilidad y el momento en el cual ella deja de serlo. El primer momento es determinado por el comienzo de la ocupación efectiva de los locales por la organización internacional. El segundo lo determina, lógicamente, la desocupación de los locales por parte de la organización internacional que los ocupaba. La Convención de Viena sobre la representación de los Estados, de 1975, adoptó este principio en su artículo 70, relativo a la protección de locales, bienes y archivos, cuyo párrafo 1 prevé que: «Cuando concluya la reunión de un órgano o de una conferencia, el Estado huésped deberá respetar y proteger los locales de la delegación mientras sean usados por ella [...]».

100. La doctrina es casi unánime en reconocer que el conjunto de los principios sobre la inviolabilidad diplomática son aplicables a los locales de las organizaciones internacionales. La práctica seguida por los Estados lo confirma. Esa inviolabilidad depende de la afectación de los locales para los fines de la organización internacional y de la ocupación efectiva de los mismos por ésta.

101. Sin embargo, parece existir una laguna en lo referente a la determinación precisa de los dos momentos que

⁴² Véase *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 102, documento A/3859, cap. II, secc. II, párr. 2 del comentario al artículo 20 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas.

⁴³ Véase «Práctica seguida por las Naciones Unidas, los organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica en relación con su condición jurídica, privilegios e inmunidades: estudio preparado por la Secretaría», *Anuario... 1967*, vol. II, pág. 237, documento A/CN.4/L.118 y Add.1 y 2, parte II, A, cap. II, párr. 99.

⁴⁴ Véase Consejo de Europa, *op. cit.* (nota 11 *supra*), págs. 27 y 28, párrs. 44 y 45.

⁴⁵ Véase *Anuario... 1958*, vol. I, pág. 135, 455.^a sesión, párr. 68.

⁴⁶ Asunto 2-68, *Ufficio Imposte di Consumo di Ispra c. Commission des Communautés européennes*, resolución de 17 de diciembre de 1968, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Luxemburgo, vol. 14, 1968, pág. 639; citado en Duffar, *op. cit.* (nota 35 *supra*), pág. 102.

⁴⁷ Véase Ph. Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*, Ginebra, Droz, 1962, págs. 198 y 199.

⁴⁸ Véase documento A/CN.4/L.118 y Add.1 y 2 (nota 43 *supra*), parte II, A, cap. II, párr. 91 *in fine*.

hemos señalado: principio y fin de la inviolabilidad. Ello se debe a la ausencia en la generalidad de los instrumentos jurídicos que regulan las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, actualmente en vigor, de un procedimiento que establezca la notificación obligatoria, tanto al instante de comenzar la ocupación de los locales como al de llevar a cabo la desocupación de los mismos, o de cualquier otro espacio ocupado por una organización internacional. Tal notificación, desde luego, deberá ser hecha a las autoridades competentes del Estado huésped. Las Naciones Unidas, por ejemplo, envían una notificación oficial a las autoridades del país huésped cuando proceden a ocupar o a desocupar ciertos locales.

102. Tal obligación se había previsto en el artículo 3 del proyecto de convención de la Harvard Law School, relativo a los privilegios e inmunidades diplomáticos. De acuerdo con ese proyecto, la inviolabilidad de los locales ocupados o utilizados por la misión debía ser respetada y garantizada por el Estado huésped «siempre que se haya notificado anteriormente al Estado receptor esa ocupación o ese uso»⁴⁹. En el noveno período de sesiones de la Comisión, el Sr. Ago, al hacer notar que el Estado acreditante tiene la costumbre de notificar al Estado receptor acerca de los locales que ocupará, propuso que la inviolabilidad comenzase a producir sus efectos en la fecha en la cual el Estado receptor recibiese la notificación del Estado acreditante⁵⁰. La Comisión no se pronunció sobre esta proposición. En el acuerdo celebrado en 1966 entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos, a raíz de la adquisición por las Naciones Unidas de locales fuera del distrito de la sede originalmente definido⁵¹, se establece la obligatoriedad de la notificación tanto al comenzar la ocupación de los locales como al desocuparlos. En efecto, el artículo II de ese acuerdo dice textualmente que:

Artículo II

El Secretario General de las Naciones Unidas notificará inmediatamente al Representante Permanente de los Estados Unidos en cuanto alguno de los locales descritos en el artículo I o alguna parte de esos locales dejen de ser utilizados para oficinas de la Secretaría de las Naciones Unidas. A partir de la fecha de esa notificación dichos locales o parte de los mismos dejarán de formar parte del distrito de la Sede.

El artículo III del mismo acuerdo reafirma la obligatoriedad de la notificación:

Artículo III

El Secretario General de las Naciones Unidas notificará inmediatamente al Representante Permanente de los Estados Unidos ante las Naciones Unidas en cuanto expire alguno de los subarrendos de las partes de los locales descritos en el artículo I, así como la toma de posesión de dichas partes por las Naciones Unidas. Las citadas partes se incorporarán al distrito de la sede a partir de la fecha de ocupación.

103. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica, en su informe sobre los privilegios e inmunidades de las organi-

zaciones internacionales, sólo se ocupó de los límites precisos de los locales, los cuales debían constar en los acuerdos de sede así como en los acuerdos relativos a la ocupación temporal de un local⁵².

104. Parece ser, pues, que, de manera general, se admite que los locales de las organizaciones internacionales, al igual que los locales diplomáticos, son inviolables. A esa inviolabilidad es inherente, por vía de consecuencia, la exención de todo registro, requisa, embargo, confiscación, expropiación y de cualquier otra forma de coacción o injerencia por vía administrativa, ejecutiva, judicial o legislativa. Ningún agente de la autoridad pública de un Estado puede penetrar en los locales de una organización internacional (tal como se ha definido), a menos que su intervención haya sido solicitada o autorizada por los responsables de la organización con facultad para llevar a cabo tal solicitud o acordar tal autorización, o que el texto legal básico pertinente establezca una derogación al principio de la inviolabilidad⁵³.

105. La práctica de los Estados, la de las Naciones Unidas y de los organismos especializados y el OIEA coinciden con la doctrina en que la inviolabilidad no consiste únicamente en que los Estados se deben abstener de penetrar en los locales de una organización internacional, sino que además implica la obligación de protegerlos contra toda amenaza o disturbio del exterior que pueda afectarlos. El Estado está jurídicamente obligado a prestar a los locales de las organizaciones internacionales, al igual que a los locales diplomáticos, una protección especial. En efecto, la inviolabilidad de los locales obliga al Estado, no sólo a abstenerse de llevar a cabo ciertos actos, sino además a proteger los locales en forma activa. Estos principios han sido reconocidos en muchos acuerdos de sede o han sido considerados como obligatorios por los Estados. Así, por ejemplo, entre otros, los acuerdos celebrados entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América⁵⁴ (art. VI, secc. 16); las Naciones Unidas y Francia⁵⁵ (secc. II); la CEPAL y Tailandia⁵⁶ (art. III, secc. 5); la CEPA y Etiopía⁵⁷ (art. III, secc. 4); la FAO e Italia⁵⁸ (art. IV, secc. 8); la FAO y Egipto⁵⁹ (art. II, secc. 4 c); la FAO y Tailandia⁶⁰ (art. V, secc. 7); la UNESCO y Cuba⁶¹ (secc. B); la UNESCO y Francia⁶² (art. 7).

106. Por su parte, el Gobierno Federal Suizo ha declarado que la protección de los locales de las organizaciones internacionales constituía una obligación para Suiza, aun

⁵² Véase nota 44 *supra*.

⁵³ Véase documento A/CN.4/L.118 y Add.1 y 2, parte II, A, cap. II, párr. 109.

⁵⁴ Véase nota 38 *supra*.

⁵⁵ Canje de cartas que constituye el acuerdo de 17 de agosto de 1951 relativo a la celebración del sexto período de sesiones de la Asamblea General en París, véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 122, pág. 191.

⁵⁶ Acuerdo de 26 de mayo de 1954, *ibid.*, vol. 260, pág. 35.

⁵⁷ Acuerdo de 18 de junio de 1958, *ibid.*, vol. 317, pág. 101.

⁵⁸ Véase nota 29 *supra*.

⁵⁹ Acuerdo de 17 de agosto de 1952, véase Naciones Unidas, *Textes législatifs...* (nota 29 *supra*), pág. 212.

⁶⁰ Acuerdo de 6 de febrero de 1957, *ibid.*, pág. 220.

⁶¹ Canje de cartas de 30 de agosto y 9 de septiembre de 1949, *ibid.*, pág. 230.

⁶² Véase nota 20 *supra*.

⁴⁹ Harvard Law School, *Research in International Law*, I, *Diplomatic Privileges and Immunities*, publicado como *Supplement to the American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 26, 1932, págs. 50 y 51; citado en Cahier, *op. cit.* (nota 47 *supra*), págs. 200 y 216, y en Duffar, *op. cit.* (nota 35 *supra*), pág. 135.

⁵⁰ Véase *Anuario...* 1957, vol. I, pág. 57, 394.ª sesión, párr. 25.

⁵¹ Véase documento A/CN.4/L.118 y Add.1 y 2 (nota 43 *supra*), parte II, A, cap. II, párr. 100.

cuando los acuerdos de sede celebrados por la Confederación no contienen ninguna estipulación particular al respecto⁶³. El Estado debe, pues, poner en ejecución los medios adecuados para proteger los locales de la organización internacional en lo exterior y, eventualmente, en lo interior. En este último caso, como hemos dicho, es necesario que la intervención sea solicitada o autorizada por un representante responsable de la organización involucrada. El acuerdo de sede firmado entre la UNESCO y Francia⁶⁴ enuncia expresamente este principio en su artículo 7.

107. Al acordarse la inviolabilidad a la organización internacional en beneficio de las funciones que ejerce, es lógico que los Estados no admitan, como contrapartida, que los locales ocupados por una organización internacional puedan transformarse en territorio de asilo. El Acuerdo de sede celebrado entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América⁶⁵ contiene una disposición expresa sobre esta cuestión en la sección 9 b del artículo III:

b) sin perjuicio de las disposiciones de la Convención General o del artículo IV de este acuerdo, las Naciones Unidas impedirán que el distrito de la sede sirva de refugio a personas que traten de evitar ser detenidas en cumplimiento de la legislación federal, estatal o local de los Estados Unidos de América, o reclamados por el Gobierno de los Estados Unidos de América para su extradición o entrega a otro país, o que traten de eludir diligencias judiciales.

Una disposición análoga se encuentra en el párrafo 3 del artículo 6 del acuerdo de sede celebrado entre la UNESCO y Francia.

108. En general, de acuerdo con las respuestas al cuestionario enviado en 1978 por el Consultor Jurídico de las Naciones Unidas a los organismos especializados y el OIEA, se ha reconocido la inviolabilidad de los locales de las Naciones Unidas así como la de los locales de los organismos especializados y el OIEA. En la mayoría de los casos, sus locales han permanecido inmunes contra los allanamientos y contra cualquier otra forma de interferencia⁶⁶.

109. Se observa, pues, que la mayoría, por no decir todas, de las actuales organizaciones internacionales, tal como se han definido, gozan de la inmunidad absoluta de jurisdicción con respecto a sus bienes. Las Convenciones generales de 1946 y 1947 prevén, en sus artículos II y III, respectivamente, la inmunidad jurisdiccional de los bienes y haberes de dichas organizaciones internacionales. El contenido de esos textos confiere una inmunidad absoluta a los bienes y haberes de las organizaciones internacionales mencionadas. La competencia del juez nacional está condicionada por la renuncia expresa de la organización, que, en todo caso, no puede ser de carácter general ni puede extenderse a las medidas ejecutorias.

110. Contrariamente a lo que sucede en el caso de los Estados, en que la extensión de la inmunidad está generalmente determinada por la jurisprudencia, en el caso de las organizaciones internacionales, por ser la inmunidad un

principio absoluto, las limitaciones que se le hacen, o se le han hecho, resultan de una disposición especial. Tal es el caso, como se ha visto, de las organizaciones de carácter económico o financiero, como el BIRF, la AIF y la CFI, cuyos instrumentos constitutivos prevén la competencia del juez nacional, de acuerdo con las condiciones establecidas en dichos instrumentos. La competencia del juez nacional se ha previsto igualmente, no sin cierta reticencia por parte de las organizaciones internacionales, en los casos de litigios de menor importancia o para los accidentes ocasionados por vehículos pertenecientes a una organización internacional.

111. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica ha estimado que, aun cuando sea necesaria cierta inmunidad de jurisdicción en el caso de las organizaciones internacionales, esta inmunidad debería ser objeto de ciertas excepciones y garantías. El Comité ha enumerado ciertos campos en los cuales deberían existir esas excepciones y los enumera así:

a) las actividades comerciales o financieras ejercidas por las organizaciones internacionales;

b) la participación de las organizaciones internacionales en sociedades, asociaciones u otras personas morales;

c) las patentes obtenidas por las organizaciones internacionales;

d) los derechos reales sobre un inmueble perteneciente a las organizaciones internacionales o reivindicado por ellas, o el uso que hacen de tal inmueble;

e) las sucesiones, legados y donaciones en favor de las organizaciones internacionales;

f) los daños resultantes de un accidente causado por un vehículo automotor u otros medios de transporte pertenecientes a la organización internacional o que circulen por su cuenta; y

g) las demandas reconventionales que deriven de la relación jurídica o de los hechos sobre los cuales están fundadas eventuales demandas de las organizaciones⁶⁷.

112. El principio de la inmunidad de los bienes y haberes utilizados por una organización internacional para ejercer sus funciones y poder llevar a cabo sus actividades oficiales es admitido, como se ha visto, tanto por la doctrina como por la práctica de los Estados, y se encuentra ampliamente consagrado en múltiples instrumentos jurídicos bilaterales, multilaterales e, inclusive, unilaterales actualmente en vigor. Ese principio involucra la inmunidad contra toda medida de allanamiento, requisición, confiscación, expropiación o contra cualquier otra forma de coacción o injerencia administrativa o judicial, aun cuando dicha inmunidad no parezca ser esencial en el caso de todas las organizaciones internacionales. En lo referente a la expropiación, sin embargo, se admite, como una excepción al principio de la inmunidad, si fuese necesaria por causa de utilidad pública. En tal caso, la organización debe ser prevenida y consultada antes de la ejecución de la medida y acordársele una indemnización adecuada y justa.

113. La autonomía y la independencia de las organizaciones internacionales sería ilusoria si éstas no tuviesen la facultad de poder manejar y movilizar libremente, sin tra-

⁶³ Véase *Annuaire suisse de droit international*, 1969-1970, Zurich, vol. 26, págs. 170 y 171; asimismo, Ph. Cahier, *Etude des accords de siège conclus entre les organisations internationales et les Etats où elles résident*, Milán, Giuffrè, 1959 (tesis), págs. 259 y 260.

⁶⁴ Véase nota 20 *supra*.

⁶⁵ Véase nota 38 *supra*.

⁶⁶ Véase documento A/CN.4/L.383 y Add.1 a 3 (nota 23 *supra*), parte B, cap. II, secc. 9, párrs. 58 y ss.

⁶⁷ Consejo de Europa, *op. cit.* (nota 11 *supra*), pág. 24, párr. 33.

bas de ninguna especie, los fondos y haberes puestos a su disposición para llevar a cabo con eficiencia las funciones que les han sido encomendadas.

114. Un cierto sector de la doctrina sostiene la opinión de que si, en general, el derecho de las organizaciones internacionales a transferir fondos sin estar sometidas a los controles normales de cambio es admisible, debe, sin embargo, limitarse a las transferencias entre Estados miembros. En cambio, no debería existir ninguna restricción en lo referente a las monedas en las cuales dichos fondos puedan ser poseídos o transferidos.

115. En definitiva, tanto la doctrina como la práctica de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales admiten que las organizaciones internacionales deben estar autorizadas a poseer y a transferir fondos y divisas, así como a poseer cuentas bancarias en cualquier moneda y convertir todas las divisas que posean, sin estar sometidas a ningún control, reglamentación y moratoria financiera de cualquier naturaleza. Es evidente que un privilegio tan amplio puede no parecer indispensable a aquellas organizaciones internacionales cuyo presupuesto es de poca importancia y cuyos fondos son utilizados, en su mayor parte, en el país donde tiene su sede.

116. Las Convenciones generales de 1946 y 1947 contie-

nen, desde luego, sendas disposiciones sobre esta cuestión. La sección 7 del artículo III de la Convención de 1947 establece que:

Sección 7

Sin hallarse sometidos a fiscalizaciones, reglamentos o moratorias de ninguna clase.

a) los organismos especializados podrán tener fondos, oro o divisas de toda clase y llevar cuentas en cualquier moneda;

b) los organismos especializados podrán transferir libremente sus fondos, oro o divisas de un país a otro, y de un lugar a otro dentro de cualquier país, y convertir a cualquier otra moneda las divisas que tengan en su poder.

Una disposición análoga se encuentra, en general, en los acuerdos de sede, como por ejemplo en el acuerdo entre la UNESCO y Francia (art. 17)⁶⁸. En todos los casos se hace una salvedad para el ejercicio de los derechos acordados, en el sentido de que la organización interesada deberá prestar la debida atención a toda representación formulada por el Gobierno de cualquier Estado miembro «en la medida en que estime posible dar curso a dichas representaciones sin detrimento de sus propios intereses».

⁶⁸ Véase nota 20 *supra*.

VIII.—Parte III del proyecto de artículos: artículos 7 a 11 presentados por el Relator Especial

117. Como corolario a lo dicho hasta aquí, el Relator Especial propondría redactar la parte III del proyecto de artículos en la forma siguiente:

PARTE III

BIENES, FONDOS Y HABERES

Artículo 7

Las organizaciones internacionales, sus bienes, fondos y haberes, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren y quienquiera los tenga en su poder, disfrutarán de inmunidad de toda jurisdicción, salvo en la medida en que hayan renunciado expresamente en un caso particular a dicha inmunidad. Se entiende, sin embargo, que la renuncia no podrá extenderse a medidas ejecutivas o de coacción.

Artículo 8

1. Los locales de las organizaciones internacionales utilizados exclusivamente para el ejercicio de sus funciones oficiales serán inviolables. Los bienes, fondos y haberes de las organizaciones internacionales, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren y quienquiera los tenga en su poder, estarán exentos de allanamiento, requisición, confiscación, expropiación y de toda otra forma de injerencia o coacción ejecutiva, administrativa, judicial o legislativa.

2. Las organizaciones internacionales notificarán al Estado huésped la situación de los locales, su descripción y la fecha del comienzo de la ocupación. De igual manera, notificarán al Estado huésped la desocupación de los locales y la fecha de dicha desocupación.

3. Las fechas de la notificación prevista en el párrafo 2 de este artículo, salvo acuerdo diferente entre las partes interesadas, determinarán el inicio y el fin del goce de la inviolabilidad de los locales prevista en el párrafo 1 del presente artículo.

Artículo 9

Sin perjuicio de las disposiciones de los presentes artículos [Convención], las organizaciones internacionales no permitirán que su sede sirva de refugio a personas que traten de evitar ser detenidas en cumplimiento de disposiciones legales del país huésped, o reclamadas por las autoridades de dicho país para la ejecución de una decisión judicial, o perseguidas por flagrante delito, o contra las cuales se haya expedido un mandato judicial o se haya dictado una orden de expulsión por las autoridades del país huésped.

Artículo 10

Sin estar sometidas a ningún control, fiscalizaciones, reglamentos o moratorias de cualquier clase:

a) las organizaciones internacionales podrán poseer fondos, oro, todo tipo de divisas y cuentas bancarias en cualquier moneda;

b) las organizaciones internacionales podrán transferir libremente sus fondos, oro o divisas, de un país a otro y de un lugar a otro dentro de cualquier país y convertir las divisas que posean en cualquier moneda;

c) en el ejercicio de los derechos que les son conferidos en virtud de los apartados a y b del presente artículo, las organizaciones internacionales prestarán la debida atención a toda representación formulada por el gobierno de cualquier Estado miembro parte en los presentes artículos

[Convención] en la medida en la cual estime posible dar curso a dichas representaciones sin detrimento de sus propios intereses.

Artículo 11

Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en los apartados a y b del artículo 10, la extensión de los derechos acordados podrá ser limitada, según las necesidades funcionales de la organización involucrada, mediante mutuo acuerdo entre las partes interesadas.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 41.º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/418	Programa provisional	Mimeografiado. Para el programa aprobado, véase vol. II (segunda parte), cap. I, párr. 7.
A/CN.4/419 (y Corr.1 y 2) y Add.1	Séptimo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen (pág. 85).
A/CN.4/420	Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático: observaciones y comentarios de los gobiernos	<i>Idem</i> (pág. 79).
A/CN.4/421 (y Corr.2 y 4) y Add.1 y 2	Quinto informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, del Sr. Stephen C. McCaffrey, Relator Especial	<i>Idem</i> (pág. 95).
A/CN.4/422 (y Corr.1) y Add.1 (y Add.1/Corr.1)	Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, del Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial	<i>Idem</i> (pág. 63).
A/CN.4/423 (y Corr.1 y 2)	Quinto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial	<i>Idem</i> (pág. 139).
A/CN.4/424 (y Corr.1)	Cuarto informe sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema), del Sr. Leonardo Díaz González, Relator Especial	<i>Idem</i> (pág. 161).
A/CN.4/425 y Add.1	Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial	<i>Idem</i> (pág. 1).
A/CN.4/L.431	Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General	Mimeografiado.
A/CN.4/L.432	Proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático. Títulos y textos de los artículos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura: artículos 1 a 32 y proyectos de protocolos I y II de firma facultativa	Véase volumen I, actas resumidas de las sesiones 2128. ^a (párrs. 16 y ss.), 2129. ^a (párrs. 1 a 103) y 2130. ^a a 2132. ^a .
A/CN.4/L.433	Proyecto de artículos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Títulos y textos de los artículos aprobados por el Comité de Redacción: artículos 13, 14 y 15	<i>Idem</i> , actas resumidas de las sesiones 2134. ^a (párrs. 49 y ss.), 2135. ^a y 2136. ^a (párrs. 1 a 41).
A/CN.4/L.434	Proyecto de informe de la CDI sobre la labor realizada en su 41.º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Mimeografiado. Para el texto aprobado, véase <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 10 (A/44/10)</i> . El texto definitivo figura en el volumen II (segunda parte).
A/CN.4/L.435 y Add.1 a 4	<i>Idem</i> : capítulo II (Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.436 y Add.1 a 3	<i>Idem</i> : capítulo III (Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.437	<i>Idem</i> : capítulo IV (Responsabilidad de los Estados)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.438	<i>Idem</i> : capítulo V (Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.439 y Add.1 y 2	<i>Idem</i> : capítulo VI (Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.440 (y Corr.1) y Add.1 y 2	<i>Idem</i> : capítulo VII (El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.441	<i>Idem</i> : capítulo VIII [Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)]	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.442	<i>Idem</i> : capítulo IX (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/SR.2095 a A/CN.4/SR.2148	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2095. ^a a 2148. ^a	Mimeografiado. El texto definitivo figura en el volumen I.

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.
