A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Part 1)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

1999

Volumen II
Primera parte

Documentos del quincuagésimo primer período de sesiones

NACIONES UNIDAS

A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Part 1)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

1999

Volumen II
Primera parte

Documentos del quincuagésimo primer período de sesiones

NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 2009

ADVERTENCIA

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas signaturas 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... 1998*).

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 51.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/1999/Add.1 (Part 1)

UNITED NATIONS PUBLICATION

Sales No. S.02.V.10 (Part 1)
ISBN 978-92-1-333323-5

ISSN 0497-9885

ÍNDICE

Página

Abreviaturas y siglas iv

Nota referida a las citas iv

Vacantes imprevistas en la Comisión (artículo 11 del estatuto) (tema 1 del programa)

Documento A/CN.4/494 y Add.1 y 2. Nota de la Secretaría 1

Responsabilidad de los Estados (tema 3 del programa)

Documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4. Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. James Crawford, Relator Especial 3

Documento A/CN.4/492. Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos 111

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) (tema 4 del programa)

Documento A/CN.4/501. Segundo informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial 121

Reservas a los tratados (tema 5 del programa)

Documento A/CN.4/499. Cuarto informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial 139

Documento A/CN.4/478/Rev.1. Anexo: Bibliografía relativa a las reservas a los tratados 153

La nacionalidad en relación con la sucesión de Estados (tema 6 del programa)

Documento A/CN.4/493. Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos 165

Documento A/CN.4/497. Memorando de la Secretaría 193

Actos unilaterales de los Estados (tema 8 del programa)

Documento A/CN.4/500 y Add.1. Segundo informe sobre los actos unilaterales de los Estados, del Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial 213

Lista de documentos del 51.º período de sesiones 231

ABREVIATURAS Y SIGLAS

CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
GATT	Acuerdo general sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
ISO	Organización Internacional de Normalización
NAFO	Organización de Pesquerías del Atlántico Noroeste
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OEA	Organización de los Estados Americanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMI	Organización Marítima Internacional
OMM	Organización Meteorológica Mundial
OMS	Organización Mundial de la Salud
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
UICN	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales

*

* *

C.I.J. Mémoires	CIJ, *Mémoires, plaidoiries et documents*, con indicación del título abreviado del caso
C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts*, avis consultatifs et ordonnances
C.P.J.I. série A	CPJI, *Recueil des arrêts* (n.os 1 a 24, hasta 1930 inclusive)
C.P.J.I. série A/B	CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (n.os 40 a 80, a partir de 1931)
C.P.J.I. série B	CPJI, *Recueil des avis consultatifs* (n.os 1 a 18, hasta 1930 inclusive)
C.P.J.I. série C	CPJI, *Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour* (hasta 1930 inclusive); *Plaidoiries, exposés oraux et documents* (a partir de 1931)
ILM	*International Legal Materials*
ILR	*International Legal Reports*
LGDJ	*Librairie générale de droit et de jurisprudence*
RGDIP	*Revue générale de droit international public*

*

* *

En el presente volumen, por «Tribunal Internacional para Rwanda» debe entenderse el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables del genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1.º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994; y por «Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia» debe entenderse el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991.

*

* *

NOTA REFERIDA A LAS CITAS

En las citas, las palabras en cursiva seguidas de un asterisco no están en cursiva en el texto original.
Salvo indicación en contrario, las citas de obras en idiomas extranjeros son traducciones de la Secretaría.

*

* *

La dirección en Internet de la Comisión de Derecho Internacional es **www.un.org/law/ilc/index.htm.**

VACANTES IMPREVISTAS EN LA COMISIÓN (ARTÍCULO 11 DEL ESTATUTO)

[Tema 1 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/494 y Add.1 y 2

Nota de la Secretaría

[Original: inglés]
[26 de enero de 1999]

1. A raíz de la elección del Sr. Luigi Ferraro Bravo en abril de 1998 como magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del nombramiento del Sr. Mohamed Bennouna como magistrado del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, ocurrido en octubre de 1998, y del nombramiento en enero de 1999 del Sr. Václav Mikulka como Director de la División de Codificación, han quedado tres vacantes en la Comisión de Derecho Internacional.

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

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

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

Artículo 2

1. La Comisión se compondrá de treinta y cuatro miembros de reconocida competencia en derecho internacional.

2. La Comisión no podrá tener dos miembros de una misma nacionalidad.

3. En caso de que un candidato tenga doble nacionalidad, se le considerará nacional del Estado en que habitualmente ejerza sus derechos civiles y políticos.

Artículo 8

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

3. El mandato de los tres miembros que han de ser elegidos por la Comisión expirará a fines de 2001.

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/498 y Add.1 a 4

Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. James Crawford, Relator Especial

[Original: francés/inglés]
[17 de marzo, 1.º y 30 de abril, y 19 de julio de 1999]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		4
Obras citadas en el presente informe		6
	Párrafos	
ALCANCE DEL PRESENTE INFORME	1	9
EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULOS DE LA PRIMERA PARTE	2-158	10
A.—Primera parte, capítulo III: Violación de una obligación internacional	2-158	10
1. Introducción	2-4	10
a) Generalidades	2-3	10
b) Observaciones de los gobiernos acerca del capítulo III en su conjunto	4	10
2. Examen de los distintos artículos del capítulo III	5-150	11
a) Artículo 16. Existencia de una violación de una obligación internacional	5-15	11
b) Artículo 17. No pertinencia del origen de la obligación internacional violada	16-26	14
c) Artículo 19, párrafo 1. No pertinencia del objeto de la obligación violada	27-34	16
d) Artículo 18, párrafos 1 y 2. Condición de que la obligación internacional esté en vigor respecto del Estado	35-51	18
e) Artículos 20 y 21. Obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado	52-80	22
f) Artículo 23. Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado	81-92	29
g) Artículos 18, párrafos 3 a 5, y 24 a 26. Hechos ilícitos consumados y continuos	93-137	31
h) Artículo 22. Agotamiento de los recursos internos	138-150	42
3. Otras cuestiones relacionadas con la violación de una obligación internacional	151-155	45
a) Efecto espacial de las obligaciones internacionales y cuestiones relacionadas con la violación	152-155	45
b) Posibles diferencias entre las violaciones en función de su gravedad	156-157	46
4. Resumen de las propuestas relativas al capítulo III	158	47
B.—Primera parte, capítulo IV: Implicación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado	159-214	49
1. Introducción	159-167	49
a) Alcance del capítulo IV	159-160	49
b) Responsabilidad accesoria y conceptos afines	161-165	49
c) ¿Enuncia el capítulo IV normas secundarias?	166-167	51
2. Examen de artículos específicos	168-210	51
a) Artículo 27. Ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito	168-188	51
b) Artículo 28. Responsabilidad de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado	189-210	56
3. Conclusiones acerca del capítulo IV	211-214	60

	Párrafos	*Página*
C.—Primera parte, capítulo V: Circunstancias que excluyen la ilicitud	215-358	62
1. Introducción	215-222	62
a) Generalidades	215-216	62
b) Evolución del capítulo V	217	62
c) Observaciones recibidas de los gobiernos sobre el capítulo V en su conjunto	218-222	63
2. El concepto de «circunstancias que excluyen la ilicitud»	223-231	63
a) Algunas distinciones preliminares	225-229	64
b) ¿Circunstancias excluyentes de la licitud o la responsabilidad?	230-231	65
3. Examen de artículos específicos	232-305	65
a) Artículo 29. Consentimiento	232-243	65
b) Artículo 30. Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito	244-251	69
c) Artículo 31. Fuerza mayor y caso fortuito	252-265	70
d) Artículo 32. Peligro extremo	266-276	73
e) Artículo 33. Estado de necesidad	277-293	75
f) Artículo 34. Legítima defensa	294-304	80
g) Artículo 35. Reserva relativa a la indemnización de los daños	305	83
4. Justificaciones o excusas posibles no incluidas en el capítulo V	306-336	83
a) Cumplimiento en oposición con una norma imperativa (*jus cogens*)	308-315	83
b) La «*exceptio inadimplenti non est adimplendum*»	316-331	85
c) La denominada doctrina de «manos limpias»	332-336	90
5. Incidentes de procedimiento o de otra índole relacionados con la innovación de circunstancias que excluyen la ilicitud	337-354	91
a) Indemnización por daños cuando se hace valer el capítulo V	338-349	91
b) Efecto temporal de la alegación de circunstancias que excluyen la ilicitud	350	93
c) Carga de la prueba	351	93
d) Pérdida del derecho a hacer valer una responsabilidad	352	93
e) Arreglo de controversias en relación con las circunstancias que excluyen la ilicitud	353-354	93
6. Conclusiones en relación con el capítulo V	355-358	94
D.—Contramedidas previstas en el capítulo V de la primera parte y en el capítulo III de la segunda parte	359-394	97
1. Reflexiones sobre el tratamiento a las contramedidas en la segunda parte	375-390	100
a) Observaciones de los gobiernos	376-381	100
b) Evolución de la legislación y la práctica relativas a las contramedidas	382-384	101
c) Cuestiones especiales planteadas por los artículos 47 a 50	385-390	102
2. Conclusión general	391-394	104
a) Opciones de la Comisión	391-393	104
b) La formulación del artículo 30	394	105
ANEXO. Injerencia en los derechos contractuales: reseña de la experiencia en derecho comparado		107

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) (Versalles, 28 de junio de 1919)	H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. F. de Martens*, 3.ª serie, vol. XI, Leipzig, Librairie Theodor Weicher, 1922, pág. 323.
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Austria (Tratado de Paz de Saint-Germain-en-Laye) (Saint-Germain-en-Laye, 10 de septiembre de 1919)	Ibíd., pág. 691.

	Fuente
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Ginebra, 30 de octubre de 1947)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 55, n.º 814, pág. 187.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 78, n.º 1021, pág. 296.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, n.os 970 a 973, págs. 31 y ss. En español, véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12. ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)	Naciones Unidas, ibíd., pág. 31. En español, véase CICR, ibíd., págs. 23 y ss.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)	Naciones Unidas, ibíd., págs. 85 y ss. En español, véase CICR, ibíd., págs. 47 y ss.
Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)	Naciones Unidas, ibíd., págs. 135 y ss. En español, véase CICR, ibíd., págs. 68 y ss.
Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Naciones Unidas, ibíd., págs. 287 y ss. En español, véase CICR, ibíd., págs. 138 y ss.
Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Naciones Unidas, ibíd., vol. 1125, n.º 17512, pág. 214.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Protocolo n.º 1) (París, 20 de marzo de 1952)	Ibíd. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 11-1991, 12 de enero de 1991.
Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 516, n.º 7477, pág. 330.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington, 18 de marzo de 1965)	Ibíd., vol. 575, n.º 8359, pág. 206.
Convención sobre el Comercio de Tránsito en los Estados sin Litoral (Nueva York, 8 de julio de 1965)	Ibíd., vol. 597, n.º 8641, pág. 79.
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Ibíd., vol. 660, n.º 9464, pág. 241.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convención americana sobre derechos humanos – «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.
Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos (Bruselas, 29 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 970, n.º 14049, pág. 254.

	Fuente
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971)	Ibíd., vol. 974, n.º 14118, pág. 198.
Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976)	Ibíd., vol. 1108, n.º 17119, pág. 175.
Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980)	Ibíd., vol. 1489, n.º 25567, pág. 123.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	*Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.84.V.3), A/CONF.62/122.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (Nueva York, 25 de mayo de 1993)	Naciones Unidas, *Textes fondamentaux* (n.º de venta E/F.98.III.P.1). Para el texto en español, véase S/25704 (1993), anexo, y S/RES/1166 (1998).
Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda (Nueva York, 8 de noviembre de 1994)	ICTR(093)/D637/No. 1 (agosto de 1999). Para el texto en español, véase S/RES/955 (1994), anexo.
Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 49*, vol. III, resolución 51/229, anexo.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	A/CONF.183/9.

Otras citadas en el presente informe

ALDRICH, George H.

The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal, Oxford, Clarendon Press, 1996, 590 págs.

AMERASINGHE, Chittharanjan F.

«The rule of exhaustion of domestic remedies in the framework of international systems for the protection of human rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und völkerrecht* (Stuttgart), vol. 28, 1968.

Local Remedies in International Law, Cambridge, Grotius, 1990, 410 págs.

BARBOZA, Julio

«Necessity (revisited) in international law», en Jerzy Makarczyk (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, págs. 27 a 43.

BINDER, Guyora

Treaty Conflict and Political Contradiction: The Dialectic of Duplicity, Nueva York, Praeger, 1988, 226 págs.

BOUVÉ, Clement L.

«Russia's liability in tort for Persia's breach of contract», *American Journal of International Law* (Nueva York), vol. 6, 1912, págs. 389 a 408.

BRIERLY, J. L.

«The theory of implied State complicity in international claims», British Year Book of International Law, 1928 (Oxford), vol. 9, págs. 42 a 49.

BROWNLIE, Ian

System of the Law of Nations: State Responsibility, Parte I, Oxford, Clarendon Press, 1983.

CAHIER, Philippe

«Changements et continuité du droit international: cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1985–VI*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992, vol. 195.

CANÇADO TRINDADE, A. A.

«The birth of State responsibility and the nature of the local remedies rule», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (Ginebra), vol. 56, julio-septiembre de 1978.

The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in nternational Law: *its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

CHAPPEZ, J.

La règle de l'épuisement des voies de recours internes, París, Pedone, 1972.

CHINKIN, Christine

Third Parties in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1993, 385 págs.

«The East Timor case (*Portugal* v. *Australia*)», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, parte 3, julio de 1996, págs. 712 a 724.

COMBACAU, Jean

«Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse», *Mélanges offerts à Paul Reuter – le droit international : unité et diversité*, París, Pedone, 1981, págs. 181 a 204.

CONDORELLI, Luigi y Laurence BOISSON DE CHAZOURNES

«Quelques remarques à propos de l'obligation des États de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire en 'toutes circonstances'», en Christophe Swinarski (ed.), *Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*, Ginebra, Martinus Nijhoff, 1984, págs. 17 a 35.

CONFORTI, Benedetto

«Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (Padua), vol. XXIV, n.º 2, abril-junio de 1988, págs. 233 a 238.

COOKE, P. J. y D. W. OUGHTON

The Common Law of Obligations, 2.ª ed., Londres, Butterworths, 1993, 583 págs.

CRAIG Paul y Gráinne de BÚRCA

EU Law: Texts, Cases, and Materials, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1995, 1160 págs.

CRAWFORD, James

«Counter-measures as interim measures», *Journal européen de droit international*, vol. 5, 1994.

DALLOZ, M. y Armand DALLOZ

Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, 1908, Parte 1, *Cour de Cassation*, París.

DIPLA, Haritini

La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme : problèmes d'imputation, París, Pedone, 1994, 116 págs.

DOEHRING, Karl

«Local remedies, exhaustion of», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, North-Holland, 1981, págs. 136 a 140.

DRAETTA, Ugo

«Force majeure clauses in international trade practice», *International Business Law Journal* (París), n.º 5, 1996.

DUPUY, Pierre-Marie

«Le fait générateur de la responsabilité internationale des États», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984–V*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, vol. 188, págs. 9 a 134.

DUURSMA, Jorri

Fragmentation and the International Relations of Micro-States: Self-determination and Statehood, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

FITZMAURICE, Sir Gerald

«The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1957–II*, Leiden, Sijthoff, 1958, vol. 92, págs. 1 a 227.

GARCIA-ARIAS, Luis

«La doctrine des 'clean hands' en droit international public», *Yearbook of the A.A.A.* (La Haya), vol. 30, 1960.

GERVEN, Walter van y otros (eds.)

Torts: Scope of Protection, Oxford, Hart Publishing, 1998, 494 págs.

GRAEFRATH, Bernhard

«Complicity in the law of international responsibility», *Revue belge de droit international* (Bruselas), vol. XXIX, n.º 1, 1996, págs. 370 a 380.

GUINAND, Jean

«La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme», *Revue belge de droit international* (Bruselas), 1968.

HIGGINS, Rosalyn

«International law and the avoidance, containment and resolution of disputes: general course on public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1991–V*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, vol. 230, págs. 9 a 342.

«Time and the law: international perspectives on an old problem», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, julio de 1997.

JAGOTA, S. P.

«State responsibility: circumstances precluding wrongfulness», *Netherlands Yearbook of International Law* (La Haya), vol. XVI, 1985, págs. 249 a 277.

JOUANNET, Emmanuelle

«Le principe de l'or monétaire, à propos de l'arrêt du 30 juin 1995 dans l'affaire du Timor Oriental», RGDIP, vol. 100, 1996.

KARL, Wolfram

«The time factor in the law of State responsibility», en Marina Spinedi y Bruno Simma (eds.), *United Nations Codification of State Responsibility*, Nueva York, Oceana Publications, 1987, págs. 95 a 114.

KEETON, W. Page (ed.)

Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5.ª ed., St. Paul (Minnesota), West Publishing Co., 1984, 1456 págs.

KENNEDY, David y Leopold SPECHT

«Austrian membership in the European Communities», *Harvard International Law Journal*, vol. 31, n.º 2, segundo trimestre de 1990.

KONTOU, Nancy

The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, Oxford University Press, 1994, 169 págs.

LA FONTAINE, H.

Pasicrisie Internationale, 1794–1900 : Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux, La Haya, Martinus Nijhoff, 1997, 670 págs. Reimpresión de la edición de 1902, Berna, Stämpfli.

LAUTERPACHT, Sir Hersch

«The covenant as the 'higher law'», *British Year Book of International Law, 1936* (Londres), vol. 17, págs. 54 a 65.

«Contracts to break a contract», en E. Lauterpacht (ed.), *International Law being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 4, *The Law of Peace*, Partes VII y VIII, Cambridge, Cambridge University Press, 1978.

LEVRAT, Nicolas

«Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de 'faire respecter' les Conventions humanitaires», en Frits Kalshoven e Yves Sandoz (eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, págs. 263 a 296.

LOBEL, Jules y Michael RATNER

«Bypassing the Security Council: ambiguous authorizations to use force, cease-fires and the Iraqi inspection regime», *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999.

LOWE, Vaughan

«Precluding wrongfulness or responsibility: a plea for excuses», *Journal européen de droit international*, vol. 10, n.º 2, 1999.

LYSÉN, Göran

State Responsibility and International Liability of States for Lawful Acts: A Discussion of Principles, Upsala, Iustus Förlag, 1997, 220 págs.

MACLEOD, I., I. D. HENDRY y Stephen HYETT

The External Relations of the European Communities: A Manual of Law and Practice, Oxford, Clarendon Press, 1996, 432 págs.

MAGLIVERAS, Konstantin D.

«Force majeure in Community law», *European Law Review* (Londres), vol. XV, 1990, págs. 460 a 471.

MARKESINIS, B. S.

The German Law of Obligations, vol. II, *The Law of Torts: A Comparative Introduction.* 3.ª ed. rev., Oxford University Press, 1997.

MARSH, P. D. V.

Comparative Contract Law: England, France, Germany, Aldershot, Gower, 1994, 356 págs.

MASOODI, G. Saqlain

«Civil liability in English and Islamic laws: a comparative view», *Islamic and Comparative Law Review* (Nueva Delhi), vol. XII, n.º 1, tercer trimestre de 1992.

MCKENDRICK, Ewan

Force Majeure and Frustration of Contract, Londres, Lloyd's of London Press, 1995, 363 págs.

MCNAIR, Lord (ed.)

International Law Opinions, vol. II, *Peace*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956.

MCNAIR, Lord y A. D. WATTS

The Legal Effects of War, 4.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1966.

MEHREN, Arthur von

«A general view of contract», en Arthur von Mehren (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, *Contracts in General*, cap. 1, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1982.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo

«Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux», en Vladimir Ibler (ed.), *Essays in International Law in Honour of Juraj Andrassy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1968, 365 págs.

MOORE, John Bassett

History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vols. I, III y V, Washington, Government Printing Office, 1898.

NGUYEN QUOC DINH, Patrick DAILLIER y Alain PELLET

Droit international public, 6.ª ed. rev., París, LGDJ, 1999, 1455 págs.

NOYES, John E. y Brian D. SMITH

«State responsibility and the principle of joint and several liability», *Yale Journal of International Law*, vol. 13, n.º 2, tercer trimestre de 1988, págs. 225 a 267.

OPESKIN, Brian R.

«International law and federal States», en Brian R. Opeskin y Donald R. Rothwell (eds.), *International Law and Australian Federalism*, Melbourne University Press, 1997, 379 págs.

ORAÁ, Jaime

Human Rights in States of Emergency in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1992, 288 págs.

PADELLETTI, Maria Luisa

Pluralità di stati nel fatto illecito internazionale, Milán, Giuffrè, 1990, 239 págs.

PALANDT, Otto

Bürgerliches Gesetzbuch, 53.ª ed., Munich, Beck, 1994.

PALMER, Vernon V.

«A comparative study (from a common law perspective) of the French action for wrongful interference with contract», *American Journal of Comparative Law* (Berkeley), vol. XL, n.º 2, segundo trimestre de 1992.

PAUWELYN, Joost

«The concept of a 'continuing violation' of an international obligation: selected problems», *British Year Book of International Law, 1995* (Oxford), vol. 66, págs. 415 a 450.

PERRIN, Georges

«La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la Commission du droit international», *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Berna, Stämpfli, 1980, págs. 271 a 291.

QUIGLEY, John

«Complicity in international law: a new direction in the law of State responsibility», *British Year Book of International Law, 1986* (Oxford), vol. 57, págs. 77 a 131.

RABY, Jean

«The state of necessity and the use of force to protect nationals», *Canadian Yearbook of International Law* (Vancouver), vol. XXVI, 1988, págs. 253 a 272.

REISMAN, W. Michael

«Reflections on State responsibility for violations of explicit protectorate, mandate, and trusteeship obligations», *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, primer trimestre de 1989, págs. 231 a 240.

REUTER, Paul

Introduction au droit des traités, 3.ª ed. rev. y aum., París, Presses Universitaires de France, 1995.

ROGERS, W. V. H.

Winfield and Jolowicz on Tort, 15.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1998, 922 págs.

ROSENNE, Shabtai

Breach of Treaty, Cambridge, Grotius, 1985, 142 págs.

ROTH, Brad R.

Governmental Illegitimacy in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1999, 439 págs. (Tesis, Universidad de California (Berkeley)).

ROUSSEAU, Charles

Droit international public, vol. V, *Les rapports conflictuels*, París, Sirey, 1983.

SADURSKA, Romana

«Threats of force», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 82, 1988, págs. 239 a 268.

SALMON, Jean J. A.

«Des 'mains propres' comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *Annuaire français de droit international, 1964* (París), vol. X, págs. 225 a 266.

«Le fait étatique complexe : une notion contestable», *Annuaire français de droit international, 1982* (París), vol. XXVIII, págs. 709 a 738.

«Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international ?», en Jerzy Makarczyk (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, págs. 235 a 270.

«Les circonstances excluant l'illicéité», en Prosper Weil (ed.), *Responsabilité internationale*, París, Pedone, 1987-1988, págs. 89 a 225.

SANDS, Philippe

Principles of International Environmental Law I: Frameworks, Standards and Implementation, Manchester y Nueva York, Manchester University Press, 1995.

SAVATIER, René

Traité de la responsabilité civile en droit français, vol. I, 2.ª ed., París, LGDJ, 1951.

SCHLECHTRIEM, Peter (ed.)

Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, 803 págs.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz

«Österreich und die EWG», *Jahrbuch für internationales Recht* (Göngen), vol. 14, 1969, págs. 128 a 152.

STEFANOU, Constantin y Helen XANTHAKI

A Legal and Political Interpretation of Article 215 (2) [new Article 288 (2)] of the Treaty of Rome: The Individual Strikes Back, Ashgate, Dartmouth, 2000, 236 págs.

STERN, Brigitte

«Responsabilité internationale», en Dominique Carreau y otros (eds.), *Répertoire de droit international*, París, Dalloz, 1998, vol. III.

SULLIGER, Denis

L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention européenne des droits de l'homme, Lausana, Imprimerie des arts et métiers, 1979, 201 págs. (Tesis, Universidad de Lausana)

THOUVENIN, Jean-Marc

«L'arrêt de la C.I.J. du 30 juin 1995 rendu dans l'affaire du Timor oriental : *Portugal* c. *Australie*», *Annuaire français de droit international* (París), vol. 41, 1995, págs. 328 a 353.

TOMUSCHAT, Christian

«Liability for mixed agreements», en David O'Keeffe y Henry G. Schermers (eds.), *Mixed Agreements*, Deventer, Kluwer, 1983, págs. 125 a 132.

«What is a 'breach' of the European Convention on Human Rights?, en Rick Lawson & Matthijs de Blois, *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. III, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994.

TREITEL, Günter Heinz

Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, Oxford, Clarendon Press, 1988, 422 págs.

TRIEPEL, H.

Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig, Hirschfeld, 1899.

TUNC, André

La responsabilité civile, 2.ª ed., París, Economica, 1990, 200 págs.

VAN OMMESLAGHE, Pierre

«Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux», *Revue de droit international et de droit comparé* (Bruselas), año 57, 1980.

VINEY, Geneviève

Traité de droit civil : Introduction à la responsabilité, 2.ª ed., París, LGDJ, 1995.

VITZTHUM, Wolfgang Graf

«Article 2 (6)», en Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 1258 págs.

ULMER, Peter (ed.)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3.ª ed., Munich, Beck, 1997.

WEERAMANTRY, Christopher

Nauru: Environmental Damage under International Trusteeship, Melbourne, Oxford University Press, 1992, 448 págs.

WHEATON, Henry

Reports of cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States, 4.ª ed., Nueva York, Banks Law Publishing Co., 1911, vol. X.

WYLER, Eric

«Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite», RGDIP, vol. 95, n.º 4, 1991, págs. 881 a 914.

L'illicite et la condition des personnes privées : la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme, París, Pedone, 1995, 361 págs.

YOUNGS, Raymond

English, French and German Comparative Law, Londres, Cavendish, 1998, 466 págs.

ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ

Introduction to Comparative Law, 2.ª ed. rev., Oxford, Clarendon Press, 1992.

Alcance del presente informe[1]

1. El presente informe es una continuación del examen sistemático, comenzado en 1998[2], del proyecto de artículos a la luz de las observaciones de los gobiernos y la evolución de la práctica de los Estados, las decisiones judiciales y la bibliografía en la materia. En otras partes del informe se hará también referencia a algunas cuestiones generales que plantean los artículos de las partes segunda y tercera del proyecto y se comenzará el examen de los artículos de la segunda parte[3].

[1] El Relator Especial querría agradecer al Sr. Pierre Bodeau, auxiliar de investigación del Lauterpacht Research Centre for International Law de la Universidad de Cambridge, la importante ayuda que prestó en la preparación del presente informe, y también al Leverhulme Trust su apoyo financiero. Un grupo de académicos más jóvenes (con asistencia financiera del Humanities Research Board de la Academia Británica) prestaron asistencia con la bibliografía sobre la responsabilidad del Estado en diversos idiomas: se trataba de los Sres. Andrea Bianchi (Universidad de Siena), Carlos Espósito (Universidad Autónoma de Madrid), Yuji Iwasawa (Universidad de Tokio), Nina Jorgensen (Inns of Court School of Law, Londres), Yumi Nishimura (Universidad de Sofía) y Stephan Wittich (Universidad de Viena).

[2] Véase el primer informe sobre responsabilidad de los Estados, *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7.

[3] Después del primer informe (ibíd.) se han recibido observaciones de más gobiernos (véase ibíd., documento A/CN.4/488/Add.1 a 3, y documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen)). Esas observaciones, en la medida en que corresponden a los artículos 16 y siguientes, se tienen en cuenta en el presente documento y no se hará referencia a las nuevas observaciones relativas a los proyectos de artículos 1 a 15 hasta que se hayan examinado todos los artículos, punto en el cual habrá que reconsiderarlos en su conjunto.

Examen de los proyectos de artículos de la primera parte

A.—Primera parte, capítulo III: Violación de una obligación internacional

1. Introducción

a) *Generalidades*

2. El capítulo III de la primera parte consta de 11 artículos relativos al tema general de la «violación de una obligación internacional». Las cuestiones a que se refiere el capítulo III pueden agruparse en cinco categorías[4].

a) Los artículos 16, 17 y 19[5] se refieren al concepto de violación propiamente dicho y ponen de manifiesto que no importa cuál sea el origen de la obligación ni su objeto;

b) Los párrafos 1 y 2 del artículo 18 se refieren a la condición de que la obligación esté en vigor respecto del Estado al momento de su incumplimiento;

c) Los artículos 20 y 21 hacen una distinción más detallada entre las obligaciones de comportamiento y las de resultado, mientras que el artículo 23 se refiere a la obligación de prevención;

d) Los artículos 24 a 26 se refieren al momento y la duración de la violación y, en particular, a la distinción entre los actos ilícitos que se extienden en el tiempo y los que no lo hacen. Establecen además otra distinción entre los hechos compuestos y los complejos. En los párrafos 3 a 5 del artículo 18 se especifica cuándo se trata de hechos ilícitos continuos, compuestos o complejos y se hace referencia a cuestiones de derecho intertemporal en relación con esos hechos;

e) El artículo 22 se refiere a un aspecto de la norma relativa al agotamiento de los recursos internos, la cual es analizada en el contexto concreto de las obligaciones de resultado.

Por razones que quedarán de manifiesto, el Relator Especial tiene la intención de pasar revista a los artículos en ese orden.

3. Los artículos del capítulo III, en su conjunto, apuntan a analizar más a fondo el requisito, ya enunciado en principio en el artículo 3, apdo. *b*, de que en cada caso de responsabilidad del Estado se trata de la violación de una obligación internacional *de* un Estado *por* ese Estado. Sin embargo, resulta difícil llevar más allá este análisis sin entrar en la distinción entre normas primarias y secundarias, en la cual se funda el proyecto de artículos en su conjunto. Para determinar si ha habido violación de una obligación, en primer lugar hay que tener en cuenta la propia obligación sustantiva y su formulación y sentidos precisos, todo lo cual queda claramente comprendido en el ámbito de las normas primarias. En todo caso, los principios y las distinciones que se enuncian en el capítulo III obedecen al propósito de establecer un marco para lo que antecede y, en la medida en que lo hagan, puede caber al capítulo III una función útil[6].

b) *Observaciones de los gobiernos acerca del capítulo III en su conjunto*

4. En ninguna de las observaciones se impugna la necesidad del capítulo III en su conjunto. Sin embargo el Reino Unido observa con preocupación que «las ligeras diferencias establecidas entre las diferentes categorías de violaciones podrían superar lo que es necesario, o hasta lo que es útil, en una declaración de los principios fundamentales de la responsabilidad de los Estados»[7]. Alemania, haciendo una reseña de sus observaciones sobre los distintos artículos, señala que (además del artículo 19) el capítulo III comprende «varias disposiciones que deberían modificarse total o parcialmente»[8]. Según el Japón, la clasificación de las obligaciones internacionales que se hace en el capítulo III contiene «conceptos excesivamente abstractos en un lenguaje nada claro»; a su juicio, las dificultades que entrañan esas distinciones «obrarían en contra de cualquier intento de resolver una controversia»[9].

---

[4] Respecto de los trabajos del capítulo III, véase quinto informe, *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/291 y Add.1 y 2; sexto informe, *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/302 y Add.1 a 3; séptimo informe, *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 33, documento A/CN.4/307 y Add.1 y 2; ibíd., vol. I, 1518.ª sesión, págs. 248 a 254 (debate en sesiones plenarias), y 1524.ª sesión, pág. 288 (informe del Comité de Redacción); ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 73 a 75 (reseña de los trabajos); *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 76 a 121; *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 13 a 53; *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 80 a 97 (texto del proyecto de artículos y comentarios).

[5] Los párrafos 2 a 4 del artículo 19 se refieren a la definición del crimen internacional de Estado, y las cuestiones que plantea se tienen en cuenta en el contexto del estudio de la distinción entre la responsabilidad «criminal» y la responsabilidad «delictual» (véase, por ejemplo, el primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párrs. 43 a 60)).

[6] Prácticamente la bibliografía no se refiere en forma sistemática a la cuestión de la violación de obligaciones internacionales como tal. Hasta cierto grado se ha estudiado el incumplimiento de tratados: véase, en particular, el cuarto informe de Sir Gerald Fitzmaurice sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1959*, vol. II, págs. 40 a 89, documento A/CN.4/120, que se refiere a los efectos de los tratados. La Comisión nunca deliberó sobre ese informe y, si bien el Relator que lo siguió, Sir Humphrey Waldock, recogió algunos aspectos, actualmente incluidos en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969), los relativos al incumplimiento de obligaciones dimanadas de tratados quedaron pendientes para incluirlos en el marco de la responsabilidad del Estado. En cuanto al incumplimiento de tratados, véanse también Rosenne, *Breach of Treaty*, y Reuter, *Introduction au droit des traités*, cap. IV (que, sin embargo, agrupa la violación y la nulidad bajo el título poco útil de «No aplicación de los tratados»).

[7] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3.

[8] Ibíd.

[9] Documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen). Véanse además las observaciones formuladas por algunos gobiernos (Austria, el Canadá, Chile, Malí, los Países Bajos, la República Socialista Soviética de Bielorrusia, la República Socialista Soviética de Ucrania, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia en *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), págs. 87 a 112, documento A/CN.4/328 y Add.1 a 4; Bulgaria, Checoslovaquia, Mongolia, la República Federal de Alemania y Suecia en *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), págs. 79 a 86, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4), al tiempo de la adopción del capítulo III.

2. Examen de los distintos artículos del capítulo III

a) *Artículo 16. Existencia de una violación de una obligación internacional*

5. El texto del artículo 16 es el siguiente:

Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación.

6. El artículo 16 repite en el marco del capítulo III, si bien en términos levemente distintos, un elemento ya expresado en el artículo 3, apdo. *b*, según el cual hay hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando el comportamiento que le es imputable «constituye una violación de una obligación internacional [de ese] Estado». Sin embargo, el artículo 16 especifica un poco más el elemento de violación y califica de tal (y por lo tanto de ilícito) todo comportamiento que «no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación». Este elemento a veces es calificado de elemento «objetivo» de la responsabilidad del Estado, en comparación con el requisito de la imputación, calificado de elemento «subjetivo». En el contexto del artículo 40 y su definición de «Estado lesionado» se examinará más a fondo el concepto de la responsabilidad del Estado centrada en el derecho (subjetivo) del Estado lesionado. Sin embargo, la dicotomía entre «subjetivo» y «objetivo» entraña otras dificultades. Después de todo, la imputación es un proceso jurídico y, en ese sentido, es «objetivo»[10]. Además, la existencia de una violación del derecho internacional puede depender del conocimiento o la intención del agente de cuya conducta es responsable el Estado. En esos casos, se atribuye al Estado una cierta disposición psicológica como base para su responsabilidad[11], la cual es, al menos en un sentido, «subjetiva», si bien en principio sigue rigiéndose por el derecho internacional. Además, el mismo hecho puede constituir una violación de un tratado respecto de un Estado y ser al mismo tiempo lícito, e incluso necesario, en virtud de un tratado con otro Estado[12]; en esos casos, el concepto de «violación» tiene un elemento intersubjetivo que falta en relación con la imputación. Por estas razones, hablar de elementos «subjetivos» y «objetivos» de la responsabilidad induce a confusión y más vale no hacerlo.

7. El comentario del artículo 16 justifica el empleo de la expresión «no está en conformidad con» al señalar que «expresa con más exactitud la idea de que puede haber violación incluso en el caso de que el hecho del Estado no esté más que parcialmente en contradicción con una obligación internacional que le incumba»[13] y distingue luego entre la violación de una obligación internacional y la violación de una obligación de cortesía internacional[14] o la de un contrato entre un Estado y una persona natural o jurídica[15] o, en general, de las «obligaciones jurídicas pertenecientes a un orden jurídico que no sea el orden jurídico internacional»[16]. En el comentario se señala la necesidad de tener en cuenta otras disposiciones del capítulo III a los efectos de determinar si ha habido violación, pero no se dice nada acerca de la relación entre el capítulo III y el capítulo V.

8. Los gobiernos han formulado pocas observaciones acerca del artículo 16. Francia plantea la cuestión de la violación de una obligación internacional subordinada a «una obligación que se considera superior» y cita como ejemplo al Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Por lo tanto, propone añadir al final del artículo 16 la expresión «de conformidad con el derecho internacional»[17]. El Reino Unido sugiere fundir el artículo 21 (obligaciones de resultado) y el artículo 16[18].

i) *El artículo 16 y el problema del conflicto de obligaciones internacionales*

9. La observación de Francia plantea la cuestión general del conflicto de obligaciones internacionales. En lo que se refiere al Artículo 103 de la Carta, cabría pensar que el proyecto de artículo 39 regula suficientemente la cuestión, en el supuesto de que sea formulado de manera de ser aplicable al proyecto en su conjunto[19]. Sin embargo, el problema de las obligaciones internacionales que puedan entrar en conflicto es más amplio.

a) La primera situación que hay que tener en cuenta es aquella en que el derecho internacional general resuelve una contradicción entre dos o más obligaciones internacionales que están o han estado vigentes respecto de un Estado de manera que, con arreglo al derecho internacional, una de esas obligaciones tenga primacía sobre la otra. Por ejemplo, en virtud del derecho de los tratados, un tratado posterior entre las mismas partes tendrá primacía sobre uno anterior en caso de incompatibilidad entre ambos[20]. Una norma de derecho internacional general que sea ulteriormente incompatible va a tener primacía normalmente sobre una norma anterior. Una norma imperativa de derecho internacional tiene primacía respecto de

[10] El párrafo 2 del comentario al artículo 16 insiste en la «autonomía del derecho internacional» en relación con la violación (*Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 76), pero el derecho internacional determina también la cuestión de la imputación: véase el primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párr. 154). Si bien es cierto que, al hacerlo, tiene en cuenta lo dispuesto en el derecho interno y la condición de las personas que actúan en representación del Estado (ibíd., párr. 163), las disposiciones del derecho interno son pertinentes a los efectos de determinar si se ha infringido una obligación. En ambos aspectos, el principio dominante es el enunciado en el artículo 4 (ibíd., párrs. 136 a 139).

[11] Como en el caso *Détroit de Corfou*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 22; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 7.

[12] Véase el párrafo 9, apdos. *c* y *d infra*.

[13] *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 76 y 77, párr. 4 del comentario al artículo 16.

[14] Ibíd., pág. 77, párr. 5 del comentario al artículo 16.

[15] Ibíd., párrs. 6 y 7 del comentario al artículo 16.

[16] Ibíd., párr. 7 del comentario al artículo 16.

[17] Véase la nota 7 *supra*.

[18] Véase la nota 7 *supra*. Véanse también las observaciones de Chile (*Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 100, documento A/CN.4/328 y Add.1 a 4), Yugoslavia (ibíd., pág. 109) y la República Federal de Alemania (*Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 80, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4).

[19] Esto ya se preveía en el primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párrs. 73 y 74).

[20] Convención de Viena de 1969, art. 30, párr. 3, con sujeción al artículo 41.

otra incompatible con ella y que no tenga carácter imperativo (cualquier norma de derecho dispositivo)[21];

b) La situación es distinta cuando a una cláusula de un tratado se le asigna prevalencia respecto de otra, como ocurre por ejemplo con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. En virtud de la Carta, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas han convenido en que, en sus relaciones mutuas, las obligaciones impuestas por la Carta prevalecerán sobre las impuestas en otros tratados, aunque éstos sean ulteriores. Ese fue el fundamento del fallo dictado por la CIJ en los casos *Lockerbie* en el sentido de que el derecho que tenía la Jamahiriya Árabe Libia con arreglo al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Convenio de Montreal) de no conceder la extradición de ciertos nacionales estaba subordinada a su obligación de hacerlo en virtud de una resolución del Consejo de Seguridad que, *prima facie*, Libia debía cumplir con arreglo al Artículo 25 de la Carta[22];

c) Estos casos, por interesantes que sean para otros efectos, no plantean dificultades especiales en cuanto al artículo 16. En cada uno de ellos predomina una obligación internacional y ningún Estado tiene derecho a que se cumpla la disposición «subordinada», «derogada» o «de categoría inferior». Sin embargo, las normas a que se ha hecho referencia no aseguran una total compatibilidad entre las obligaciones internacionales de un Estado, así como ningún ordenamiento jurídico nacional puede asegurar por completo que no haya obligaciones contractuales válidas pero incompatibles. Así, con arreglo al artículo 30, párr. 4 de la Convención de Viena de 1969, si una de las partes en dos tratados incompatibles entre sí es distinta, se considerará que ambos siguen en vigor con la consecuencia de que el Estado A (parte en ambos) podrá tener una serie de obligaciones respecto de un grupo de Estados y otra serie respecto de otro[23]. En *Costa Rica* c. *Nicaragua*[24], la Corte Centroamericana de Justicia sostuvo que incumbía a Nicaragua responsabilidad internacional respecto de Costa Rica por haber concertado un tratado con un tercer Estado[25] sin cumplir primero los requisitos de consulta enunciados en el tratado anterior entre los dos. Sin embargo, ese tribunal no declaró que el tratado ulterior fuese nulo, ya que no tenía jurisdicción respecto de los Estados Unidos. La CIJ fue aún más renuente en el caso *Timor oriental*. Se sostenía que el hecho de que Australia hubiese concertado un tratado con Indonesia que era incompatible con los derechos que cabían a Portugal en virtud de la Carta, así como con los derechos del pueblo de Timor Oriental representado por Portugal, daba lugar a la responsabilidad internacional de Australia. A diferencia de Costa Rica, Portugal no pidió expresamente que se fallara que el tratado con Indonesia era nulo y se limitó a pedir que se hiciera valer la responsabilidad. La Corte se negó a dirimir el caso sosteniendo que no podía hacerlo sin pronunciarse primero sobre la ilegitimidad de la conducta de Indonesia, Estado que no era parte en la causa[26]. En esas circunstancias, la Corte no era competente para dirimir la demanda de Portugal de que se imputara responsabilidad a Australia;

d) En la Convención de Viena de 1969 no se prevé la nulidad de un tratado por su incompatibilidad con otro[27]. En cambio, la Convención apunta a resolver el problema de las obligaciones convencionales y compatibles entre sí al hacer reserva expresa de la «responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado»[28]. Así, en derecho internacional no se puede aducir como excusa para el incumplimiento de una obligación contraída por el Estado A en virtud

[21] Entre otras posibilidades se incluye la de que una norma consuetudinaria (no de *jus cogens*) anterior quede subsumida en un tratado ulterior y éste quede obsoleto como resultado de una nueva norma del derecho internacional general. Respecto de estos problemas y otros similares, véase, por ejemplo, Rosenne, *op. cit.*, págs. 85 a 95; Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction: The Dialectic of Duplicity*; Chinkin, *Third Parties in International Law*, págs. 69 a 80; Kontou, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, y Reuter, *op. cit.*, págs. 116 a 131.

[22] Véase *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (Jamahiriya Árabe Libia *c*. Reino Unido), medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, pág. 3, e ibíd. (Jamahiriya Árabe Libia *c*. Estados Unidos de América), medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, pág. 114. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), págs. 1 y 7, respectivamente. A los efectos de las demandas, la resolución del Consejo de Seguridad se presumía válida. Se plantean cuestiones distintas respecto de la compatibilidad con la Carta de las Naciones Unidas de decisiones adoptadas por Estados que no sean miembros; véase el Artículo 2, párrafo 6 de la Carta; y Vitzthum, «Article 2 (6)», págs. 131 a 139.

[23] Véase *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 238, párr. 11 del comentario a esa disposición (art. 26 en el proyecto definitivo de la CDI); véase también el documento A/CN.4/186 y Add.1 a 7 (ibíd., pág. 55).

[24] «Judicial decisions involving questions of international law», *American Journal of International Law*, vol. 11 (1917), pág. 181.

[25] Tratado del Canal Interoceánico (Bryan-Chamorro), de 5 de agosto de 1914, entre Nicaragua y los Estados Unidos; véase el texto en Charles I. Bevans (ed.), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America, 1776-1949*, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1972, vol. 10, pág. 379.

[26] *Timor oriental* (Portugal *c*. Australia), fallo, *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 90 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996*, pág. 90), donde se aplica el principio de admisibilidad enunciado en el caso *Or monétaire pris à Rome en 1943*, fallo, *C.I.J. Recueil 1954*, pág. 32 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 42). Formalmente, cabría hacer una distinción entre esa decisión y el caso *Costa Rica* c. *Nicaragua*. En este asunto no se había imputado un hecho ilícito a los Estados Unidos, si bien éstos claramente conocían las disposiciones del tratado anterior. Sin embargo, es un tanto extraño considerar nulo un tratado por el hecho de que una parte únicamente no cumpla otro tratado con un tercer Estado y en cambio quede exento de decisión judicial un tratado del que cabe aducir que ha sido concertado haciendo caso omiso de una norma *erga omnes*. Para un examen del caso *Timor oriental*, véase por ejemplo, Chinkin, «The East Timor Case (*Portugal* v. *Australia*)», pág. 712; Jouannet, «Le principe de l'or monétaire, à propos de l'arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l'affaire du Timor oriental», pág. 673; Thouvenin, «L'arrêt de la CIJ du 30 juin 1995 rendu dans l'affaire du Timor oriental : *Portugal* c. *Australie*», pág. 328.

[27] Véase el artículo 30, párrs. 4 y 5. Los artículos 52, 53, 64, 69 y 71 se refieren expresamente a casos en que un tratado es nulo y la intención consistía en que esos artículos fueran excluyentes. Véase Reuter, *op. cit.*, pág. 153, párr. 251. Lauterpacht era resuelto partidario de la invalidez de los tratados incompatibles ulteriores, para lo cual recurría en gran medida a analogías con el derecho interno; véase «The covenant as the 'higher law'», pág. 326 y, en particular, «Contracts to break a contract», págs. 371 a 375.

[28] Véase el artículo 30, párr. 5. Según su texto, el artículo 30 debe entenderse «[s]in perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas» (art. 30, párr. 1).

de un tratado que éste cumplía simultáneamente con una obligación de la misma índole respecto del Estado B. En lo que atañe a las normas de responsabilidad, esto suscita interrogantes acerca de la posibilidad de cesación o restitución en los casos en que el Estado de que se trate no pueda cumplir las dos obligaciones, lo cual puede plantear problemas en la segunda parte del proyecto de artículos, pero no para la formulación del artículo 16.

ii) *La relación entre falta de conformidad con una obligación, ilicitud y responsabilidad*

10. Según el artículo 16, es violación de una obligación internacional la falta de «conformidad» con lo que esa obligación exige de un Estado. Uno de los problemas que plantea esta idea es la identificación de la «obligación». Normalmente se dice, por ejemplo, que los Estados tienen la obligación de proteger los recintos diplomáticos o autorizar el paso inocente de buques extranjeros por el mar territorial y esa obligación se identifica con la norma primaria que se encuentra, respectivamente, en el artículo 22, párr. 2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas o en los artículos 17 y siguientes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar o en sus equivalentes en el derecho consuetudinario. Sin embargo, esas normas primarias no especifican todas las condiciones que deben cumplirse para que se determine la violación de una obligación. En el sistema del proyecto de artículos y con arreglo al derecho internacional general, hay otros factores pertinentes a la cuestión de si ha habido violación, como por ejemplo el consentimiento del Estado «lesionado» o los casos de legítima defensa o fuerza mayor. Cabe decir que la norma primaria, adecuadamente interpretada, contiene en realidad en sí misma todas las condiciones, salvedades, justificaciones o excusas que le son aplicables, de manera que el concepto de «conformidad» con la obligación impuesta por esa norma significa que se cumplen todas esas condiciones o salvedades y que quedan excluidas todas las posibles justificaciones o excusas. Sin embargo, es evidente que no es ese el sentido en que debe interpretarse el artículo 16 pues, de lo contrario, sería una norma circular, y no diría más que hay violación de una obligación cuando se viola una obligación. Además, las circunstancias que excluyen la ilicitud, a que se hace referencia en el capítulo V, son consideradas normas secundarias de carácter general y no parte presunta de cada norma primaria.

11. En esas circunstancias, hay un problema con el artículo 16, que parece decir que hay violación de una obligación internacional cuando un hecho imputable a un Estado no está en conformidad con la obligación que impone a ese Estado una norma primaria, a pesar de que exista una de las circunstancias que, según el capítulo V, excluyen la ilicitud. Ello parecería crear una especie de «ilicitud en abstracto», esto es, una transgresión por la cual ningún Estado es responsable, lo cual la Comisión descarta expresamente en su comentario[29]. También parecería contradecir el artículo 3, según el cual la imputación y la violación, sumadas, constituyen condiciones suficientes para la ilicitud[30]. ¿Cómo puede haber ilicitud en circunstancias en que está excluida?

12. La CIJ ha enfocado en forma bastante distinta las causas de responsabilidad que se han planteado después de aprobado el artículo 16.

a) En el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Corte, tras haber decidido que el comportamiento de que se trataba era imputable a la República Islámica del Irán, llegó a la conclusión de que, en el hecho, ese Estado no había cumplido las obligaciones que le incumbían con arreglo a los tratados aplicables y al derecho internacional general de proteger al personal diplomático y consular, y respetar y asegurar su inviolabilidad. La Corte llegó a la conclusión de que el Irán había dejado de cumplir «en forma sucesiva, y que persistía, sus obligaciones con los Estados Unidos» y agregó:

> Antes de extraer las conclusiones que dimanan de esta determinación, desde el punto de vista de la responsabilidad internacional del Estado iraní respecto de los Estados Unidos de América, la Corte considera que debe examinar una cuestión más. La Corte no puede desestimar el hecho de que el Irán ha sugerido que el comportamiento de su Gobierno puede justificarse por la existencia de circunstancias especiales[31].

A continuación la CIJ examinó y rechazó una posible «excepción» que el Irán no había hecho valer expresamente (porque no había comparecido) y menos aún probado. La Corte observó que, esa excepción, incluso si se hubiese hecho valer y se hubiese demostrado debidamente, no habría servido de justificación del comportamiento del Irán y, por lo tanto, de excepción a la demanda presentada por los Estados Unidos en la causa de autos[32]. Sobre esa base, la Corte fundó su afirmación de que el Irán «ha incurrido en responsabilidad respecto de los Estados Unidos»[33]. Aparentemente, la obligación se había violado antes de que se determinara la existencia de una justificación o «excepción» especial, mientras que la responsabilidad fue determinada únicamente *después* de excluida una excepción de esa índole. Ello puede significar que la responsabilidad no tiene dos elementos sino tres, la imputación, la violación y la falta de una excepción o justificación «especial», si bien no hay que dar mayor peso a un fallo relativo a un caso de incumplimiento evidente, en que el Estado demandado no compareció y en el que evidentemente la Corte estaba analizando todas y cada una de las posibilidades;

b) En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ señaló que:

> cuando un Estado ha cometido un hecho ilícito internacional, es probable que incurra en responsabilidad internacional cualquiera que sea la índole de la obligación que no cumplió[34].

[29] Véase el primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párr. 121) y el debate (ibíd., párrs. 122 a 125).

[30] Véase *Anuario... 1973*, vol. II, págs. 186 y 187, párrs. 11 y 12 del comentario al artículo 3, aprobados en primera lectura.

[31] *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, fallo, *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 37. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 145.

[32] Ibíd., pág. 38, véase también la pág. 40.

[33] Ibíd., pág. 41.

[34] *Projet Gabcikovo-Nagymaros* (Hungría/Eslovaquia), providencia de 5 de febrero de 1997, *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 38, párr. 47, donde se cita el caso *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, segunda fase, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1950*, pág. 228 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 20) y el artículo 17 del proyecto de artículos.

La Corte destacó además que:

> Hungría, al hacer valer el estado de necesidad en un intento de justificar su conducta, optó por excluirse desde el primer momento del ámbito del derecho sobre la responsabilidad del Estado, con lo cual dio a entender que, de no haber habido una circunstancia de esa índole, su comportamiento habría sido ilícito. El estado de necesidad que hizo valer Hungría (en el supuesto de que hubiese sido probado) no podía dar lugar a la conclusión de que, en 1989, había actuado de conformidad con las obligaciones que le correspondían en virtud del tratado de 1977 ni de que esas obligaciones ya no lo vinculaban. Únicamente permitiría afirmar que, en esas circunstancias, Hungría no incurriría en responsabilidad internacional al comportarse en la forma en que lo hizo. Por último, la Corte señala que Hungría reconoció expresamente que, en todo caso, el estado de necesidad no lo eximiría de su obligación de indemnizar a su socio[35].

Ahora bien, cabe preguntarse cómo se puede afirmar que es «probable» que haya responsabilidad internacional en caso de un hecho internacionalmente ilícito si, según el artículo 3, no puede haber un hecho de esa índole sin responsabilidad.

13. El tribunal arbitral en el asunto *Rainbow Warrior* adoptó otra fórmula y se refirió a la «determinación de las circunstancias que pueden excluir la ilicitud (y hacer que la violación sea sólo aparente)»[36]. Sin embargo, de conformidad con el artículo 16, «hay violación de una obligación internacional [...] cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación»; la violación no es meramente «aparente».

14. Si bien la dificultad puede parecer más semántica que real, en todo caso existe. Por una parte, no cabe afirmar que un Estado que evidentemente no actuó en la forma en que lo exigía una obligación convencional o consuetudinaria vigente para él haya de todas maneras actuado «en conformidad con» esa obligación. Por la otra, resulta extraño afirmar que un Estado cometió un hecho ilícito internacional cuando las circunstancias son tales que excluyen la ilicitud del acto con arreglo al derecho internacional. En todo caso, es más apropiado examinar este problema en el marco del capítulo V (circunstancias que excluyen la ilicitud). Por el momento, hay que formular una reserva al texto del artículo 16, que dependerá del análisis que se haga de los diversos conceptos básicos en el capítulo V. En todo caso, la sugerencia de Francia de que se agreguen al artículo 16 las palabras «de conformidad con el derecho internacional» parece sensata, ya que pone de manifiesto que la existencia y el contenido de una obligación internacional quedan determinados por el sistema de derecho internacional y no únicamente por el texto literal de una disposición tomada en forma aislada.

iii) *«no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación»*

15. Por último, cabría preguntarse si las palabras «no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación» sirven para abarcar los muchos tipos distintos de violación. En algunos casos, una obligación internacional puede exigir un comportamiento del Estado definido con precisión (la promulgación de una determinada ley, por ejemplo). En otros, puede fijar una norma mínima que el Estado puede sobrepasar (la mayoría de las obligaciones en materia de derechos humanos, por ejemplo). En otros proyectos de artículos se tienen en cuenta algunas de esas diferencias al hacer distinciones entre las llamadas obligaciones de comportamiento, de prevención y de resultado, las cuales serán examinadas en su momento. Cabe aducir que la expresión «no está en conformidad con» es suficientemente flexible como para comprender las muchas facetas de una obligación y que las dudas que subsistan pueden disiparse sin problemas en el comentario. En todo caso, resulta un tanto extraño decir que un hecho no está «en conformidad con» una obligación y el Comité de Redacción podría considerar otras expresiones en los diversos idiomas («no cumple», por ejemplo).

b) *Artículo 17. No pertinencia del origen de la obligación internacional violada*

16. Antes de llegar a una conclusión acerca del artículo 16, hay que tener en cuenta también los artículos 17 y 19, párr. 1. El texto del artículo 17 es el siguiente:

> 1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el origen, consuetudinario, convencional u otro, de esa obligación.
>
> 2. El origen de la obligación internacional violada por un Estado no afectará a la responsabilidad internacional a que dé lugar el hecho internacionalmente ilícito de ese Estado.

17. El comentario del artículo 17 plantea la importante cuestión de si hay en derecho internacional un régimen único de responsabilidad para todas las transgresiones de una obligación, esto es, si importa que «el origen» de una obligación sea un tratado bilateral o multilateral, un acto unilateral, una norma de derecho internacional general, un uso local o un principio general del derecho. En el comentario se señala que:

> la mayoría de los sistemas de derecho interno distinguen dos regímenes diferentes de responsabilidad civil, uno aplicable a la violación de una obligación asumida por contrato, y el otro a la violación de una obligación que tiene su origen en otra fuente[37].

La respuesta, partiendo de las premisas ya indicadas en los artículos 1 y 3, es negativa. A diferencia de la mayoría de los sistemas de derecho interno[38] en derecho

---

[35] *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 34 *supra*), pág. 39, párr. 48.

[36] *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du* Rainbow Warrior, decisión de 30 de abril de 1990 (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (n.º de venta: E/F.93.V.3), pág. 251).

[37] *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 78, párr. 3 del comentario al artículo 17. Esta afirmación constituye, en cierto modo, una simplificación excesiva porque algunos sistemas jurídicos van más allá de la distinción básica entre responsabilidad contractual y delictual. Por ejemplo, por razones históricas (limitaciones de la responsabilidad contractual impuesta por normas relativas a la contraprestación y la privacidad, falta de un principio general de la responsabilidad extracontractual, limitaciones impuestas por las formas de acción judicial), en el *common law* se establecieron otras categorías de responsabilidad que no eran contractuales ni extracontractuales (responsabilidad cuasicontractual o restitución, entre otras). Véase Cooke y Oughton, *The Common Law of Obligations*, págs. 5, 6 y 52 a 59; Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, págs. 4 a 18. Véase en Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, págs. 53 a 88, un intento de analizar la responsabilidad del Estado desde el punto de vista de las «causas de la acción».

[38] Para una reseña comparativa, véase Tunc, *La responsabilité civile*, págs. 32 a 46, que admite en principio la validez de la distinción pero es partidario de unificar en toda la medida de lo posible los regímenes de la responsabilidad contractual y delictual, señalando que así se hizo por primera vez en el Código Civil de Checoslovaquia de 1950.

internacional hay un régimen único de responsabilidad o, por lo menos, un único régimen general. Es posible formular regímenes especiales y autónomos de responsabilidad, en cuyo caso el régimen general quedará excluido expresamente o (lo que es más probable) en virtud de la aplicación del principio de la ley especial, a que se hace referencia en el artículo 37 del proyecto de artículos[39]. De todas maneras, y de lado lo que antecede, se aduce que no hay una distinción sistemática en derecho internacional entre las obligaciones dimanadas de tratados y las que tienen otra fuente (un acto unilateral o el derecho internacional general, por ejemplo)[40]. Si bien no hay una autoridad expresa en esta materia, una lectura de la práctica y la jurisprudencia revela que:

> No se ha invocado el origen consuetudinario, convencional o de otra índole de la obligación violada para justificar, por ejemplo, la elección de una forma de reparación con preferencia a otra ni para determinar el sujeto autorizado para invocar la responsabilidad[41].

Se señalan diversas razones para que no haya tal distinción. En particular, «la misma obligación viene impuesta a veces por una norma consuetudinaria y por una norma codificada convencionalmente»[42]. Un mismo tratado suele contener cláusulas «contractuales» y cláusulas «normativas», de manera que la distinción sugerida entre tratados-ley y tratados-contrato no es fiable[43].

18. Una segunda cuestión, a la que se refiere el artículo 17, párr. 2, consiste en determinar si el origen de una obligación internacional puede afectar de algún modo al régimen de la responsabilidad por el incumplimiento de esa obligación. Puede ser pertinente en este caso la distinción entre obligaciones respecto de la comunidad internacional de los Estados en su conjunto y obligaciones respecto de un Estado o unos pocos Estados. En todo caso, el comentario señala que «la preeminencia de tales obligaciones con respecto a otras depende de su objeto y no del proceso de su creación»[44]. Se aduce como razón que «en el ordenamiento jurídico internacional no hay ninguna fuente especialmente destinada a crear principios 'constitucionales' o 'fundamentales'»[45] y se llega a la conclusión de que no es necesario en el artículo 17 hacer referencia al Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas ni a las normas imperativas de derecho internacional[46].

i) *Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 17*

19. Suiza señala que la aclaración que se hace en el artículo 17, «aunque absolutamente exacta, poco añade al principio enunciado en el artículo 16»[47]. Grecia señala que el párrafo 2 «parece superfluo»[48].

ii) *Artículo 17, párrafo 1: el «origen» de las obligaciones (consuetudinario, convencional u otro)*

20. En el arbitraje relativo al *Rainbow Warrior*, Nueva Zelandia adujo que las cuestiones relativas al cumplimiento de un tratado se regían primordialmente por el derecho de los tratados y que únicamente cabía al derecho de la responsabilidad del Estado una función suplementaria[49]. De ello se desprendía, según Nueva Zelandia, que las únicas excusas para el incumplimiento de una obligación convencional eran las indicadas en la Convención de Viena de 1969 (imposibilidad de cumplimiento, cambio fundamental en las circunstancias, por ejemplo). El Tribunal no estuvo de acuerdo. A su juicio:

> [L]as consecuencias jurídicas del incumplimiento de un tratado, incluida la determinación de las circunstancias que pueden excluir la ilicitud [...] y los recursos correspondientes en caso de incumplimiento son temas que corresponden al derecho consuetudinario de la responsabilidad de los Estados.
>
> La razón consiste en que los principios generales de derecho internacional sobre la responsabilidad de los Estados son igualmente aplicables en el caso del incumplimiento de una obligación convencional ya que, en derecho internacional, no se distingue entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, de manera que el incumplimiento por un Estado de una obligación, cualquiera que sea su origen, da lugar a su responsabilidad y, en consecuencia, a la obligación de reparar. Naturalmente, el propio tratado del que se trate puede limitar o ampliar el derecho general sobre responsabilidad de los Estados, estableciendo por ejemplo un sistema de recursos[50].

21. En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ se remitió al artículo 17 para fundamentar su afirmación de que había un principio establecido en el sentido de que «cuando un Estado cometió un hecho internacionalmente ilícito, es probable que tenga responsabilidad internacional cualquiera que sea la índole de la obligación que no cumplió»[51]. Esta cita ya se ha examinado pero sirve para corroborar en mayor medida la norma del artículo 17, párr. 1[52].

iii) *Artículo 17, párrafo 2: «no afectará a»*

22. Según el comentario, el texto del artículo 17, párr. 2 apunta únicamente a indicar que «una distinción entre diferentes categorías de hechos internacionalmente ilícitos basada en el criterio del origen de la obligación no

---

[39] Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 78 y 79, párr. 5 del comentario al artículo 17, y para el planteamiento del principio de la ley especial en el proyecto de artículos, véase el primer informe del Relator Especial (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párr. 27).

[40] Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 83 y 84, párrs. 19 y 20 del comentario al artículo 17.

[41] Ibíd., pág. 80, párr. 11.

[42] Ibíd., págs. 83 y 84, párr. 20.

[43] Ibíd.

[44] Ibíd., pág. 84, párr. 21.

[45] Ibíd.

[46] Ibíd., párr. 23.

[47] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones de Suiza sobre el artículo 16.

[48] Documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia sobre el artículo 17.

[49] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), pág. 249.

[50] Ibíd., pág. 251. Hubo unanimidad en el Tribunal a este respecto.

[51] *C.I.J. Recueil 1997* (nota 34 *supra*), pág. 38, párr. 47.

[52] En ese caso, Eslovaquia se había reservado el derecho de aducir (como había hecho Nueva Zelandia) que las circunstancias eximentes de la ilicitud no constituían excusa para el incumplimiento de una disposición expresa de un tratado. Hungría no estaba de acuerdo. Tal como había hecho el Tribunal Arbitral en el asunto *Rainbow Warrior*, la CIJ consideró que las circunstancias eximentes de la ilicitud eran pertinentes en principio a la cuestión del incumplimiento de un tratado, si bien agregó luego que las circunstancias del caso no justificaban el incumplimiento en los hechos (ibíd., págs. 38 y 63, párrs. 47 y 101, respectivamente).

tiene razón de ser en derecho internacional general»[53]. Se dice en particular que la superioridad jerárquica de una obligación respecto de otra (entre Estados Miembros con arreglo al Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, por ejemplo) no entraña consecuencia alguna respecto del régimen de responsabilidad:

> [l]as consecuencias de la aplicación del principio enunciado en ese Artículo de la Carta [el Artículo 103] no se refieren a la responsabilidad internacional dimanante de la violación de obligaciones internacionales, sino más bien a la validez de ciertas obligaciones convencionales en caso de conflicto entre esas obligaciones y las contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta. Como consecuencia de la disposición que figura en el Artículo 103, una obligación establecida en un acuerdo en vigor entre dos Estados Miembros de las Naciones Unidas, pero en contradicción con las de la Carta, no tiene efectos en la medida en que exista contradicción y, por consiguiente, no puede ser objeto de una violación que dé lugar a la responsabilidad internacional. Y si la obligación que esté en oposición con las enunciadas en la Carta vincula un Estado Miembro a un Estado no miembro, el problema planteado será el que surge normalmente en caso de conflicto entre obligaciones contraídas por un Estado con Estados diferentes, a no ser que la norma de la Carta que establece una obligación determinada se haya convertido entretanto en una norma imperativa de derecho internacional general que, como tal, se impone a todos los Estados. No se plantea pues, ningún problema especial de responsabilidad[54].

23. Este extracto suscita diversas observaciones. En primer lugar, en la segunda parte del proyecto de artículos se establece una serie de distinciones entre el incumplimiento de obligaciones de carácter especial (obligaciones *erga omnes*, normas imperativas) en comparación, por ejemplo, con el incumplimiento ordinario de un tratado bilateral[55], y bien puede ocurrir que posteriormente se detallen más esas consecuencias. Si ha de haber una distinción entre crimen internacional y delito internacional, cabe suponer que ha de tener efectos de vasto alcance[56]. En el caso, por ejemplo, de una norma cuyo objetivo principal es la sanción del culpable (en el contexto de la responsabilidad criminal propiamente dicha), podría suponerse que las normas de imputación son distintas y más estrictas que las relativas a la responsabilidad civil o por delitos, cuyo objetivo principal es la cesación, la restitución y la reparación. En vista de esas posibilidades, resulta extraño decir que «no se plantea ningún problema especial de responsabilidad».

24. En segundo lugar, no se trata de que el Artículo 103 se refiera «a la validez de ciertas obligaciones convencionales en caso de conflicto entre esas obligaciones y las contraídas por Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta». El Artículo 103 apunta expresamente a fijar un orden de prioridad entre dos obligaciones contrapuestas en una determinada circunstancia. Simplemente dispone que las obligaciones de la Carta prevalecerán en caso de ser incompatibles con obligaciones dispuestas en virtud de otros tratados y no que esos tratados no tengan validez[57]. Además, por más que un tratado en sí mismo sea perfecto, bien cabe prever la posibilidad de un conflicto entre una norma imperativa y una obligación dimanada de ese tratado[58]. No se puede, entonces, descartar que el «origen» de una obligación (la Carta o una norma imperativa, por ejemplo) «afecte» a la responsabilidad internacional dimanada del hecho internacionalmente ilícito de un Estado. Evidentemente, el *contenido* de una obligación puede tener gran importancia a los efectos de la responsabilidad y, sin embargo, el «origen» de una obligación puede tener consecuencias importantes para su contenido[59].

iv) *Conclusiones acerca del artículo 17*

25. Puede ocurrir que el párrafo 2 apunte únicamente a indicar que, cuando ha habido un hecho ilícito internacional, el origen de la obligación no cambia las cosas. Sin embargo, el incumplimiento es incumplimiento cualesquiera sea la fuente de la obligación. Además, ese principio está claramente implícito en el artículo 3 y en el párrafo 1 del artículo 17. Por estas razones, el párrafo 2 es innecesario y confuso y habría que suprimirlo.

26. En cuanto al párrafo 1, el hecho de que haya sido necesario que la CIJ y otros tribunales diriman la cuestión sugiere que la aclaración que hace es útil. Además, la afirmación de que el derecho internacional no distingue en general entre el régimen de la responsabilidad por la violación de un tratado y la violación de otras normas jurídicas es importante. Como ya se ha señalado, en muchos ordenamientos jurídicos se da por sentada la distinción entre responsabilidad contractual y delictual[60]. Por esas razones, habría que mantener los elementos de fondo del párrafo 1. En todo caso, el Relator Especial coincide con la observación de Suiza, por lo menos en que la esencia del párrafo 1 es en realidad una aclaración del artículo 16. Se recomienda agregar en el artículo 16 la expresión «cualquiera que sea el origen (consuetudinario, convencional u otro) de esa obligación»[61].

c) *Artículo 19, párrafo 1. No pertinencia del objeto de la obligación violada*

27. El artículo 19 se refiere primordialmente a la «distinción» entre delito internacional y crimen internacional del Estado, examinada en detalle en un informe anterior[62].

---

[53] *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 85, párr. 27 del comentario al artículo 17.

[54] Ibíd., pág. 84, párr. 23.

[55] Véanse los artículos 40, párr. 3; 43, apdo. *b;* 50, apdo. *e*, y 51 a 53.

[56] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párrs. 51, 78 a 80, y 84 a 86.

[57] En el Artículo 103 no se dice nada respecto de los conflictos con obligaciones dimanadas de otras fuentes, el derecho internacional general, por ejemplo, si bien la Carta, en su calidad de tratado, normalmente prevalecería respecto de quienes son parte en ella sobre cualquier otra norma que no sea de *jus cogens*.

[58] Véase, por ejemplo, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, al que la Corte hizo aplicable el Artículo 103 de la Carta en el caso *Lockerbie* (*C.I.J. Recueil 1992* (véase la nota 22 *supra*), pág. 15, párr. 39). Véase también el párrafo 9 *supra*.

[59] Por ejemplo, la obligación dimanada de un hecho unilateral debe ser interpretada primordialmente de conformidad con la intención de quien lo realiza, pero no ocurre lo mismo en el caso de una obligación convencional; véase *Anglo-Iranian Oil Co*, fallo, *C.I.J. Recueil 1952*, págs. 104 y 105. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 33.

[60] Véase el párrafo 17 *supra*.

[61] Para el texto íntegro del artículo 16 que se propone, véase el párrafo 34 *infra*.

[62] Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párrs. 43 a 95, e ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 69 a 83, párrs. 241 a 330.

Sin embargo, hay que ocuparse aquí de un aspecto del artículo 19. Según el párrafo 1:

> El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada.

Es una aclaración más del texto general de los artículos 3 y 16 y similar a la que se hace en el artículo 17, párr. 1.

28. En el comentario del artículo 19, párr. 1 se señala que «no admite dudas en el plano de la pura lógica»[63] y se pasa revista a la jurisprudencia y la doctrina. Como es habitual con estos conceptos elementales, en las fuentes mencionadas no se hace mayor referencia a la cuestión concreta, indudablemente porque se daba por sentada o no era controvertida.

i) *Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 19, párrafo 1*

29. El artículo 19 es el texto del proyecto que ha suscitado más observaciones de los gobiernos. Sin embargo, ninguna de ellas se refiere al principio enunciado en el párrafo 1 (ni por lo demás lo cuestiona), salvo que, respecto de los gobiernos que proponen que se suprima el artículo 19[64] cabe suponer que el párrafo 1 no tiene mayor importancia[65].

ii) *El principio básico*

30. Curiosamente, el comentario no menciona la importante afirmación que hizo la CPJI en el caso *Vapeur Wimbledon*, en el sentido de que «el derecho de concertar compromisos internacionales (con cualquier objeto que tenga relación con ese Estado) es atributo de la soberanía del Estado»[66]. La afirmación de que los objetos respecto de los cuales los Estados pueden contraer obligaciones internacionales no tienen límite *a priori*, se ha hecho con frecuencia en uno u otro contexto[67]. Por ejemplo, en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ dijo que no podía «encontrar entre las diversas cuestiones que podían ser objeto de acuerdo internacional obstáculo alguno por el cual el Estado no pueda contraer un compromiso respecto de una cuestión de política interna, como la relativa a la celebración de elecciones libres en su territorio»[68].

31. En otras palabras, se ha dicho, que, *a priori*, un Estado no *podía* haber concertado una obligación con un objeto determinado y sistemáticamente la respuesta ha sido que el único interrogante era si el Estado lo *había* hecho. Igualmente, se ha aducido a veces que una obligación con un cierto objeto sólo puede infringirse mediante un comportamiento de la misma índole o con la misma descripción. En el caso *Plates-formes pétrolières*, los Estados Unidos sostuvieron que, en principio, no se podía infringir un tratado de amistad, que revistiese la forma de un tratado tradicional de amistad, comercio y navegación, mediante un comportamiento que entrañase el uso de la fuerza armada y que hubiese tenido lugar en el marco de la seguridad o la defensa nacional; sostuvieron asimismo que «un tratado comercial» tenía que infringirse mediante un comportamiento de índole comercial y no militar. Como consecuencia, adujeron que la CIJ no tenía jurisdicción para conocer en un caso que no se refería a un comportamiento comercial. La Corte dirimió la cuestión en los siguientes términos:

> El Tratado de 1955 impone a cada una de las partes diversas obligaciones sobre una serie de cuestiones. Cualquier acto de una de las partes que sea incompatible con esas obligaciones será ilícito cualquiera que sea el medio por el que se realice. La violación mediante el uso de la fuerza de los derechos que tenga una de las partes en virtud del tratado es tan ilegítima como la violación mediante una decisión administrativa o por cualquier otro medio. Por lo tanto, las cuestiones relativas al uso de la fuerza no quedan *per se* excluidas del ámbito del Tratado de 1955 y, por lo tanto, hay que rechazar los argumentos que han hecho valer en ese sentido los Estados Unidos[69].

iii) *La formulación del principio «sea cual fuere el objeto»*

32. Así, el principio básico, sea que se plantee en el plano de la competencia (como en el caso *Plates-formes pétrolières*) o en el del fondo (como en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[70]) está claro. Sin embargo, la referencia al «objeto» que se hace en el párrafo 1 no es concreta y suscita al mismo tiempo un interrogante que tal vez no sea necesario, ¿qué objetos tendrían ese efecto? Después de todo, algunos objetos se prestan más que otros a la conclusión de que se ha contraído una obligación internacional. Por esas razones, para conservar el párrafo 1 tal vez sea preferible formularlo mediante una referencia al «contenido» más que al «objeto» de la obligación.

33. En cuanto a si hay que conservarlo, el hecho de que en decisiones de la CIJ, algunas de ellas recientes, se haga referencia reiteradamente a una u otra versión del principio tiende a hacer optar por la afirmativa. En todo caso, y por razones similares a las indicadas en relación con el

---

[63] *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 94, párr. 3 del comentario al artículo 19.

[64] Por ejemplo, Austria, Francia y el Reino Unido (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3), y el Japón (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

[65] En observaciones anteriores, Chile señaló que había que interpretar en su conjunto las disposiciones del capítulo I y las de los artículos 16 y 19 (*Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 100, documento A/CN.4/328 y Add.1 a 4). La República Federal de Alemania propuso que se incluyera «en el artículo 17 la idea, plasmada en el párrafo 1 del artículo 19» (*Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 81, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4).

[66] *Vapeur Wimbledon*, fallos, *1923, C.P.J.I. série A n.º 1*, pág. 25.

[67] En el caso *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* (Opinión consultiva, *1923, C.P.J.I. série B n.º 4*, pág. 24) la CPJI señaló que, mientras la jurisdicción interna de los Estados se extendía a cuestiones que, «en principio», no se regían por el derecho internacional, el alcance de la jurisdicción interna era una «cuestión puramente relativa». Véase también *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, primera fase, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1950*, págs. 70 y 71; *Nottebohm*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, págs. 20 y 21; *Interhandel*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1959*, pág. 24; y *Droit de passage sur territoire indien*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1960*, pág. 33 (para estos fallos de la CIJ, véase asimismo *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, págs. 15, 46, 64 y 58, respectivamente).

[68] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua *c*. Estados Unidos de América), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 131, párr. 259. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 210.

[69] *Plates-formes pétrolières (République Islamique d'Iran* c. *États-Unis d'Amérique)*, excepción preliminar, fallo, *C.I.J. Recueil 1996*, págs. 811 y 812, párr. 21.

[70] Véase la nota 68 *supra*.

artículo 17, párr. 1, basta con incluirlo como elemento en la formulación del principio básico del artículo 16. No hay necesidad de un párrafo ni de un artículo separado.

iv) *Conclusiones acerca de los artículos 16, 17 y 19, párrafo 1*

34. Por estas razones, se propone fundir los artículos 16, 17 y 19, párr. 1 en uno solo, cuyo texto podría ser el siguiente:

«Artículo 16. Existencia de una violación de una obligación internacional

Un Estado viola una obligación internacional cuando un hecho suyo no cumple lo que debe hacer en virtud de esa obligación con arreglo al derecho internacional, cualquiera que sea el origen (consuetudinario, convencional u otro) o el contenido de ella.»

d) *Artículo 18, párrafos 1 y 2. Condición de que la obligación internacional esté en vigor respecto del Estado*

35. El texto del artículo 18 es el siguiente:

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

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

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

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

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

36. El artículo 18 es una disposición compleja que se refiere en general al postulado básico de que el hecho del Estado únicamente es ilícito si transgrede una obligación internacional vigente al momento en que tuvo lugar. La norma básica, enunciada en el párrafo 1, queda inmediatamente condicionada por remisión a un caso especial, el de las normas de *jus cogens*, en el párrafo 2, para ser luego desarrollada y especificada más en relación con las distintas clasificaciones de hecho ilícito que se encuentran en los párrafos 3 a 5. Esto es importante porque esas clasificaciones reaparecen en el artículo 25, y están implícitas en el planteamiento general de los distintos tipos de transgresión que se hace en los artículos 24 a 26. En consecuencia, el Relator Especial sólo se referirá aquí a los párrafos 1 y 2 del artículo 18.

i) *Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 18, párrafos 1 y 2*

37. Las observaciones de los gobiernos se refieren en gran medida a los últimos párrafos del artículo 18 y el principio básico del párrafo 1 no parece controvertido[71]. Según Suiza, sin embargo, el principio «es obvio y no precisa aclaración»[72].

ii) *Artículo 18, párrafo 1: el principio básico*

38. El párrafo 1 enuncia el principio básico de que, para que haya responsabilidad, el incumplimiento debe tener lugar en un momento en que la obligación esté en vigor respecto del Estado. Se trata de la aplicación en el ámbito de la responsabilidad del Estado del principio general del derecho intertemporal, enunciado en otro contexto por el árbitro Max Huber en el asunto *Island of Palmas*:

[U]n hecho judicial debe ser apreciado a la luz del derecho de la época y no del derecho en vigor en el momento en que surge o ha de resolverse una controversia relativa a ese hecho[73].

39. El comentario del párrafo 1 indica los muchos casos en que el principio ha sido aplicado por tribunales internacionales, pero agrega: «Como se trata de un principio del derecho universalmente admitido y fundado en razones válidas para todo ordenamiento jurídico, tiene que tener por fuerza aplicación también en derecho internacional»[74]. Además, en derecho internacional, no se trata únicamente de una base necesaria sino también de una base *suficiente* para la responsabilidad; en otras palabras, una vez que haya responsabilidad como consecuencia de un hecho ilícito, esa responsabilidad no cambiará en virtud de la terminación ulterior de la obligación (sea como consecuencia de la terminación del tratado o de un cambio en el derecho internacional)[75].

40. En el fallo dictado por la CIJ en el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru* se encuentran implícitos los dos aspectos del principio. Australia sostenía que no era posible interponer varios decenios después una demanda

[71] Véanse las observaciones del Canadá (*Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 98, documento A/CN.4/328 y Add.1 a 4), Alemania, Francia y el Reino Unido (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3). Véase además el párrafo 91 *infra*.

[72] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones de Suiza sobre el artículo 18.

[73] *Island of Palmas* (Países Bajos/Estados Unidos de América), sentencia de 4 de abril de 1928, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 845, citado en *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 86, párr. 7 del comentario al artículo 18. Sobre el derecho intertemporal en general véase la resolución del Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 56 (reunión de Wiesbaden, 1975), págs. 536 a 539; para el debate, véase ibíd., págs. 339 a 374; para los informes de Sørensen, véase ibíd., vol. 55 (reunión del centenario, 1973), págs. 1 a 116. Véase además, Karl, «The time factor in the law of State responsibility».

[74] *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 88, párr. 11 del comentario al artículo 18.

[75] Ibíd., pág. 87, párr. 9. La Convención de Viena de 1969 afirma expresamente en su artículo 70 este principio respecto de las obligaciones convencionales.

por responsabilidad del Estado relativa al período en que había administrado conjuntamente el Territorio en Fideicomiso de Nauru (1947-1968), por más que no se hubiese renunciado oficialmente a la pretensión correspondiente. La Corte rechazó el argumento aplicando una norma liberal de demora indebida[76]. Sin embargo, agregó que

> corresponderá a la Corte en su momento cerciorarse de que la demora de Nauru en interponer la acción no redunde en modo alguno en perjuicio de Australia respecto tanto a la determinación de los hechos como la *determinación del contenido del derecho aplicable*[*,77].

Evidentemente, la CIJ se proponía aplicar el derecho vigente en la época en que nació la reclamación. De hecho, esa posición era necesariamente la de Nauru, porque su acción se basaba en una violación del acuerdo de administración fiduciaria, que había quedado sin efecto en 1968, fecha en que había alcanzado la independencia. El argumento de Nauru era básicamente que la responsabilidad de Australia, una vez que se hacía valer con arreglo al derecho vigente en determinado momento, subsistía aunque hubiese quedado sin efecto la obligación primaria[78]. Ese principio, que Australia no impugnaba, había sido aplicado en otros casos[79] y se encuentra también en el comentario[80]. Sin embargo, no aparece expresamente en el proyecto de artículos. Guarda relación con la cuestión del derecho a hacer valer la responsabilidad y será examinado en el contexto de las disposiciones de la segunda parte.

iii) *El principio de la no retroactividad y la interpretación de las obligaciones de derechos humanos*

41. Si bien es evidente que el principio básico es correcto, se trata de determinar si está sujeto a salvedades o excepciones. Una salvedad evidente se refiere a la cuestión de los hechos ilícitos continuos, a que se hace referencia en el artículo 18, párr. 3 y que se examinará más adelante[81]. Otra salvedad posible se refiere a la cuestión de las obligaciones de derechos humanos. Se ha dicho que «el principio intertemporal de derecho internacional, en su sentido habitual, no se aplica a la interpretación de las obligaciones de derechos humanos»[82], y se ha aducido a este respecto una opinión disidente del magistrado Tanaka en *Affaires du Sud-Ouest africain*. Los casos se referían a un mandato que había aceptado Sudáfrica en 1920, y la mayoría de la CIJ partió de la base de que:

> a fin de determinar cuáles eran y cuáles son los derechos y las obligaciones de las partes en relación con el mandato [...] y, en particular, si [...] incluyen el derecho a exigir individualmente la debida aplicación de las disposiciones de «comportamiento» [...] la Corte debe situarse en la época en que se estaba instituyendo este sistema de mandatos y configurando los instrumentos correspondientes. La Corte debe tener en cuenta la situación existente a la sazón, que era la fundamental, y la intención que parecen haber tenido o cabe razonablemente inferir que han tenido los interesados a la luz de esa situación. [...] Únicamente sobre esa base se podrán apreciar correctamente los derechos de las partes[83].

El magistrado Tanaka sostuvo, en cambio, que:

> En la causa de autos, lo que importa no es la protección de los derechos adquiridos del demandado sino las obligaciones de éste porque los objetivos principales del sistema de mandato son éticos y humanitarios. El demandado no tiene el derecho de comportarse de manera inhumana hoy ni lo tuvo durante los 40 años precedentes[84].

42. Esta opinión «progresiva» de las obligaciones de un mandatario fue reafirmada por una nueva mayoría de la CIJ en un conocido pasaje de la opinión consultiva en el caso *Namibie*:

> La Corte, consciente de la necesidad primordial de interpretar un instrumento de conformidad con las intenciones de las partes al momento de concertarlo, está obligada a tener en cuenta que los conceptos enunciados en el artículo 22 del Pacto no eran estáticos sino, por definición, evolutivos tal como lo era, por lo tanto, el concepto de «encargo sagrado». En consecuencia, hay que considerar que las partes en el Pacto lo aceptaron como tal. Para ello, al enfocar las instituciones de 1919 la Corte debe tener en cuenta los cambios que han tenido lugar en el medio siglo transcurrido desde entonces y el desarrollo ulterior del derecho por conducto de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho consuetudinario necesariamente tiene que afectar a su interpretación. Además, un instrumento internacional debe interpretarse y aplicarse en el contexto de todo el sistema jurídico imperante al momento de la interpretación. En el ámbito a que se refieren estos autos, en los 50 últimos años ha habido importantes acontecimientos. [...] En este ámbito, como todos los demás, el *corpus iuris gentium* se ha enriquecido considerablemente, elemento que la Corte, para cumplir lealmente su cometido, no puede desestimar[85].

43. A juicio del Relator Especial, esta declaración no califica el principio enunciado en el artículo 18, párr. 1 y menos aún crea una excepción a él; ello obedece a dos razones. En primer lugar, no se acusaba a Sudáfrica de haber violado el mandato en 1920 o 1930 sino de que lo estaba haciendo en 1966; en otras palabras, se trataba de un comportamiento ilícito continuo en relación con una obligación que, se suponía, seguía en vigor. En segundo lugar, el principio intertemporal no significa que las disposiciones de los tratados hayan de interpretarse como si quedasen congeladas en el tiempo. La interpretación «progresiva» o evolutiva de las disposiciones de los tratados (incluidos los de derechos humanos) constituye

---

[76] *Certaines terres à phosphates à Nauru* (Nauru *c*. Australia), excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1992*, págs. 235 a 255. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996*, pág. 13.

[77] Ibíd., pág. 255. Véase un comentario en Higgins, «Time and the law: international perspectives on an old problem», pág. 514.

[78] Tal vez se hayan planteado problemas más difíciles respecto de la acción interpuesta por Nauru contra Australia con respecto a la explotación de tierra fosfatada durante la vigencia del mandato. Véase además Weeramantry, *Nauru: Environmental Damage under International Trusteeship*, y Reisman, «Reflections on State responsibility for violations of explicit protectorate, mandate and trusteeship obligations». Las partes llegaron a una transacción antes de que la Corte tuviese ocasión de examinar estas cuestiones (*Certaines terres à phosphates à Nauru* (Nauru *c*. Australia), providencia de 13 de septiembre de 1993, *C.I.J. Recueil 1993*, pág. 322). Véase el acuerdo de transacción de 10 de agosto de 1993 en ILM, vol. XXXII, n.° 6 (noviembre de 1993), pág. 1471.

[79] En el asunto *Rainbow Warrior* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), págs. 265 y 266), por ejemplo, en el cual el Tribunal Arbitral sostuvo que, si bien la obligación convencional correspondiente se había extinguido por el paso del tiempo, la responsabilidad de Francia por la transgresión anterior subsistía.

[80] *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 87, párr. 9 del comentario al artículo 18.

[81] Véase el párrafo 100 *infra*.

[82] Higgins, «Time and the law…», pág. 517.

[83] *Affaires du Sud-Ouest africain*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1966*, pág. 23, párr. 16. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 96.

[84] Ibíd., págs. 293 y 294; citado con aprobación por Higgins, «Time and the law…», págs. 516 y 517.

[85] *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1971*, págs. 31 y 32, párr. 53. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 107.

una forma establecida de interpretación[86], aunque no la única[87]. La interpretación de instrumentos jurídicos en el curso del tiempo no es una ciencia exacta, pero esto no tiene nada que ver con el principio de que únicamente pueda hacerse valer la responsabilidad de un Estado por el incumplimiento de una obligación que está vigente para él al momento en que realiza el hecho[88].

iv) *Conclusión acerca del artículo 18, párrafo 1*

44. Por estas razones, hay que mantener el principio expresado en el artículo 18, párr. 1. En cuanto a su redacción, también se ajusta más a la idea de una garantía contra la aplicación retroactiva del derecho internacional en cuestiones de responsabilidad del Estado expresarlo en la forma siguiente: «El hecho de un Estado no se considerará internacionalmente ilícito a menos que [...]»[89]. El principio de la ley especial (expresado en el artículo 37 del proyecto de artículos) es suficiente para resolver los pocos casos en que se acepta o decide que la responsabilidad se asumirá retroactivamente[90].

v) *Artículo 18, párrafo 2: normas imperativas ulteriores*

45. La única salvedad expresa al principio enunciado en el párrafo 1 del artículo 18 es la del párrafo 2, según el cual el hecho que era ilícito al momento de realizarse será considerado lícito si ulteriormente se hubiere convertido en *obligatorio* en virtud de una norma imperativa de derecho internacional. En esos casos, el carácter imperativo de la norma se extiende hacia atrás en el tiempo, por decirlo así, al menos en la medida en que revierte la calificación anterior del comportamiento como ilícito. Según el comentario, esta norma se refiere a ciertas «hipótesis que, si bien no ha habido ocasión de que se presenten en el pasado ni es probable que se presenten más que muy raramente en el porvenir, no pueden quedar excluidas»[91]. La justificación se enuncia en los términos siguientes:

> Cuando un hecho del Estado era, en el momento de su realización, ilícito desde el punto de vista jurídico formal, pero estuvo dictado por consideraciones morales y humanitarias que, ulteriormente, dieron lugar a una verdadera transformación total de la norma jurídica, es difícil no considerar retrospectivamente tal hecho como la acción o la omisión de un precursor. El órgano encargado de dirimir la controversia suscitada por ese hecho, si la solución del litigio interviene después de producirse la evolución mencionada, no puede menos que resistirse a seguir considerando internacionalmente ilícita a pesar de todo la acción o la omisión realizada en otro tiempo y atribuirle una responsabilidad internacional[92].

El comentario menciona luego algunas posibilidades. Por ejemplo:

> [n]o es inconcebible que un tribunal internacional deba actualmente dirimir una disputa concerniente a la responsabilidad internacional de un Estado que, obligado por un tratado a entregar armas a otro Estado, se hubiera negado a cumplir su obligación a sabiendas de que las armas cuya entrega se reclamaba estaban destinadas a perpetrar una agresión o un genocidio o a defender la imposición de una política de *apartheid*, y esto antes de que se hubieran adoptado las normas de *jus cogens* que condenan el genocidio y la agresión y que tendrían por efecto conferir a esa negativa no sólo un carácter legítimo, sino aun obligatorio[93].

Se insiste, sin embargo, en que el efecto retroactivo de una nueva norma imperativa es muy limitado: «el hecho del Estado no se considera retroactivamente lícito *ab initio*, sino únicamente a partir del momento en que haya entrado en vigor la nueva norma de *jus cogens*»[94] y no surte efecto en las decisiones o transacciones ya dictadas o concertadas. Este efecto limitado queda de manifiesto en el párrafo 2 en la expresión «dejará de considerarse como un hecho internacionalmente ilícito».

vi) *Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 18, párrafo 2*

46. Francia no está de acuerdo con el párrafo 2 por razones que guardan relación con su reserva general respecto de las normas imperativas; sostiene además que «[e]n un artículo dedicado al derecho intertemporal no cabe una disposición de esa índole»[95]. Los Países Bajos, en una observación anterior, sostenían que el artículo 18, párr. 2, de ser procedente en el proyecto de artículos, lo sería en el capítulo V y en el contexto de las circunstancias excluyentes de la ilicitud[96].

vii) *¿Es necesario el artículo 18, párrafo 2?*

47. La situación prevista en el párrafo 2 debe ser incluso menos habitual que la prevista en el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969, que se refiere a la cuestión de si los tratados mantienen su vigencia cuando aparece una nueva norma de *jus cogens* incompatible con ellos. El artículo 18, párr. 2 prevé la posibilidad de un hecho específicamente prohibido por el derecho internacional en el día 1 que debe hacerse *obligatorio* en virtud de una nueva norma de *jus cogens* en el día 2 o, por lo menos, en un plazo tal que permita que las cuestiones de responsabilidad que se susciten en el día 1 sigan vigentes pero sin

---

[86] Véase por ejemplo el dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Tyrer*, fallo de 25 de abril de 1978, *série A n.º 26*, págs. 15 y 16).

[87] La remisión a los trabajos preparatorios de los tratados, autorizada en el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, necesariamente lleva a interpretar la disposición al momento de su aprobación, lo que es incompatible con la interpretación progresiva. Sin embargo, se recurre a ello para la interpretación de tratados de derechos humanos.

[88] El principio del derecho intertemporal tampoco significa que no se puedan tener en cuenta hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de una determinada obligación. Por ejemplo, si se considera la obligación de que los acusados sean enjuiciados sin demora indebida (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, párr. 3, apdo. *c*), el hecho de que el acusado ya haya estado detenido en espera de juicio durante un período prolongado, cuando esa obligación entre en vigor respecto de un Estado, podría ser pertinente para decidir si se ha cometido una transgresión, pero no se podría adjudicar una indemnización respecto del período anterior a la entrada en vigor de la obligación; véase Pauwelyn, «The concept of a 'continuing violation' of an international obligation: selected problems», págs. 443 a 445.

[89] Véase en el párrafo 158 *infra* el texto que se propone para el artículo 18.

[90] En cuanto al efecto retroactivo del reconocimiento y la adopción de un comportamiento por un Estado, véanse el proyecto de artículo 15 *bis* y *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 278 a 283.

[91] *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 89, párr. 14 del comentario al artículo 18.

[92] Ibíd., párr. 15.

[93] Ibíd., pág. 90, párr. 17.

[94] Ibíd., párr. 18.

[95] Véase la nota 7 *supra*.

[96] *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), págs. 107 y 108, documento A/CN.4/328 y Add.1 a 4.

resolver. Ni siquiera en los casos de esclavitud se encuentra un ejemplo de esta situación[97].

48. Habida cuenta de la forma limitada de retroactividad que se prevé y de que es sumamente improbable que se planteen casos de esa índole, surge el interrogante de si esos casos no quedan suficientemente resueltos en virtud de la combinación de los artículos 37 (*lex specialis*) y 43, apdo. *b* (por el que se excluye la restitución contraria a una norma imperativa de derecho internacional) y, por último, de la flexibilidad propia de la determinación de la indemnización. En los casos de esclavitud, por ejemplo, si se parte del supuesto de la captura ilícita de esclavos en un momento en que la trata de esclavos seguía siendo internacionalmente lícita[98], no cabe hablar ni de la restitución de los esclavos, ni de indemnizar su pérdida, ya que lo que se perdió (la propiedad de seres humanos) no admitía valoración en derecho internacional. En cuanto a los ejemplos de agresión y genocidio, las normas correspondientes han sido reconocidas como imperativas, en el fondo, respecto de todo el período de vigencia de la Carta de las Naciones Unidas[99]. Es difícil, incluso imposible, pensar en un caso real de la ilicitud de un comportamiento anterior que pase a ser obligatorio en virtud de una norma imperativa o, incluso, de licitud de un comportamiento anterior que pasa a quedar prohibido en virtud de una norma de esa índole.

viii) *Efectos de las nuevas normas imperativas con arreglo a la Convención de Viena de 1969*

49. Hay que señalar además que, mientras que la Convención de Viena de 1969 tiene en cuenta la posibilidad de que aparezcan nuevas normas imperativas, no les atribuye un efecto retroactivo[100]. Según el artículo 64, si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, «todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará». Según el artículo 71, párr. 2:

> 2. Cuando un tratado se convierta en nulo y termine en virtud del artículo 64, la terminación del tratado:
>
> *a*) Eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado;
>
> *b*) No afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general.

Esta solución soslaya la retroactividad directa, pero al mismo tiempo respeta la nueva norma imperativa en el sentido de que quedan sin efectos los derechos (el derecho a restitución dimanado de un hecho ilícito anterior, por ejemplo), que no puedan subsistir en forma compatible con la nueva norma. La nueva norma imperativa tendría esta consecuencia con prescindencia de las normas secundarias de responsabilidad del Estado[101].

ix) *Conclusión acerca del artículo 18, párrafo 2*

50. En última instancia, el párrafo 2, en su texto actual, parece referirse más a la cuestión de la decisión que debe tomar una autoridad ulterior (un tribunal) en un caso de responsabilidad que surja en un período anterior y a la luz de una norma imperativa ulterior e incompatible, que a la cuestión de la responsabilidad en el momento anterior. Según el comentario, el comportamiento anterior era en la práctica una violación de la obligación[102]. Sin embargo, la relación secundaria de responsabilidad que surge queda sin efecto en ciertos casos determinados en virtud de una norma imperativa ulterior.

51. Desde este punto de vista, el párrafo 2 plantea dos cuestiones distintas, de las cuales ninguna corresponde en realidad a un artículo que se refiere al efecto del derecho intertemporal sobre el origen de la responsabilidad. La primera es la consecuencia que tiene para una relación de responsabilidad existente la introducción ulterior de cambios en las normas primarias (especialmente cuando se trata de nuevas normas imperativas). Esta cuestión corresponde a la segunda parte del proyecto de artículos, y no a la primera. La segunda cuestión, más importante, es la de la relación entre los orígenes de la responsabilidad y la preferencia de las normas imperativas, cuestión que también se plantea, y más a menudo en la práctica, con respecto a las normas imperativas ya vigentes. Se examinará más a fondo esta cuestión al momento de abordar las circunstancias que excluyen la ilicitud (capítulo V de la primera parte). Por estas razones, el párrafo 2 es innecesario *como elemento del artículo 18* y cabe suprimirlo.

---

[97] Como se indica en *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 89 y 90, párr. 16 del comentario al artículo 18. Los casos de esclavitud plantearon importantes cuestiones de derecho intertemporal; véanse los mencionados en el párrafo 10 del comentario (ibíd., págs. 87 y 88).

[98] El momento en que nace una nueva norma de derecho internacional consuetudinario puede plantear dificultades, como ocurrió con los casos de esclavitud; véase, por ejemplo, *Le Louis* (1817) (*The English Reports*, vol. CLXV, Edimburgo, Green, 1923, pág. 1464); y *The Antelope* (1825) (Wheaton, *Reports on cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States*, pág. 66). En la práctica, se considera que esas normas entran en vigor desde un primer momento y, en ese sentido, el proceso de determinación del derecho entraña un elemento de «retroactividad».

[99] Según los Principios de Nuremberg (Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, págs. 374 a 378, documento A/1316, párrs. 95 a 127); texto reproducido en *Anuario… 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 12 y 13, párr. 45), la guerra de agresión estaba tipificada a partir de 1939 y esos principios fueron reafirmados por la Asamblea General en 1948. En el caso *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ dijo que «las naciones civilizadas reconocían [los principios enunciados en la Convención] como obligatorios para ellos, aun en ausencia de una obligación convencional» (Opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 23; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 25).

[100] Como indica Suecia en sus observaciones sobre el artículo 18, párr. 2 (*Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), págs. 85 y 86, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4).

[101] También es compatible con la bien conocida salvedad que hace el árbitro Max Huber en su dictamen en el asunto *Island of Palmas* (véase la nota 73 *supra*).

[102] *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 90, párr. 18 del comentario al artículo 18.

e) *Artículos 20 y 21. Obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado*

52. En los artículos 20 y 21 se distingue entre obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado[103]. Dada la relación que guardan entre sí ambos artículos, cuyo texto figura a continuación, deben examinarse conjuntamente.

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

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

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

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

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

53. Según los comentarios de esos artículos, aunque a veces puede ser difícil hacer la distinción, ésta es «fundamental para determinar cómo se produce la violación de una obligación internacional»[104] y ello obedece a que la distinción surte efecto en cuanto a si ha habido transgresión y en cuanto al momento en que la ha habido. En particular, «las condiciones de violación de una obligación internacional varían según que ésta exija del Estado una actividad específicamente determinada o *se limite*[*] a exigirle la obtención de cierto resultado dejándole la libre elección de los medios necesarios a tal efecto»[105]. La base fundamental de la distinción es que las obligaciones de comportamiento, aunque conlleven una finalidad o resultado, determinan con precisión los medios que han de emplearse. Por eso se las llama a veces obligaciones de medios. En cambio, las obligaciones de resultado dejan librada al Estado la determinación de los medios que se han de emplear[106]. Esto no significa que el Estado pueda elegir libremente los medios. Su elección puede ser más o menos limitada, pero tendrá cierto grado de elección y, ciertamente, en algunas ocasiones, puede tener la opción adicional de rectificar la situación si el fracaso de los medios inicialmente escogidos no ha causado un daño irreparable[107]. Por ejemplo, la aprobación de una ley aparentemente contraria al resultado que deba lograrse no infringe por sí misma la obligación; ello dependerá de que la ley se aplique efectivamente. En tal caso, la violación de la obligación sólo se produce cuando la ley se aplica en la práctica y da lugar al resultado prohibido[108].

54. En el comentario se reconoce que la decisión en cuanto a qué clase de obligación deba imponerse en cada caso no corresponde a los autores del proyecto de artículos sino a los autores de la norma primaria. Las obligaciones de comportamiento (ya sea un acto o una omisión) suelen establecerse en el contexto de las relaciones directas entre Estados, mientras que las obligaciones de resultado predominan respecto del trato que en los ordenamientos jurídicos internos se debe dar a las personas[109]. En este sentido la distinción guarda relación con el Estado y consideraciones de soberanía: la elección de los medios es más usual en asuntos internos que en asuntos internacionales. Pero ésta no es una norma absoluta. Por ejemplo, en las convenciones de derecho uniforme se impone la obligación de comportamiento consistente en incorporar las disposiciones del derecho uniforme al derecho interno[110]. Las obligaciones en materia de derechos humanos, por su parte, son obligaciones de resultado, pues no determinan con precisión por qué medios deben respetarse esos derechos, y son compatibles con distintas leyes e instituciones.

55. Por consiguiente, los artículos 20 y 21 toman la distinción entre las dos clases de obligaciones hecha en las normas primarias y tratan de determinar los efectos de la distinción en la responsabilidad de los Estados[111]. Según el comentario, el efecto principal de la distinción es que:

> la violación de una obligación de este tipo [de resultado] se realiza, pues, en derecho internacional de manera muy distinta que en el caso de una obligación «de comportamiento» o «de medios», en las que […] el criterio decisivo […] es la comparación entre el comportamiento específicamente determinado que exige la obligación y el comportamiento observado de hecho por el Estado[112].

i) *Observaciones de los gobiernos acerca de los artículos 20 y 21*

56. Los gobiernos que presentaron observaciones sobre los artículos 20 y 21 dudaban de la eficacia de la distinción. Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) dijo que la distinción hecha en el capítulo III «no parece afectar a las consecuencias de la infracción que se establecen

---

[103] Este tema ha dado origen a numerosas publicaciones. Véanse, por ejemplo, Combacau, «Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse»; Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *Droit international public*, párrs. 139 y 473; Dupuy, «Le fait générateur de la responsabilité internationale des États», págs. 43 a 54; Brownlie, *op. cit.*, pág. 241; Tomuschat, «What is a 'breach' of the European Convention on Human Rights», y Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées : la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, págs. 17 a 43.

[104] *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 14, párr. 4 del comentario al artículo 20.

[105] Ibíd., párr. 5.

[106] Ibíd., pág. 15, párr. 8.

[107] Ibíd., págs. 13 y 14, párrs. 2 a 4.

[108] Ibíd., págs. 26 a 28, párrs. 18 a 22 del comentario al artículo 21, donde se cita la decisión de 1933 de la Comisión general de reclamaciones Estados Unidos-Panamá en el asunto *Mariposa Development Company and Others (United States)* v. *Panama* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (publicación de las Naciones Unidas, n.° de venta: 1955.V.3), pág. 340); el caso *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fallo n.° 7, *1926, C.P.J.I. série A n.° 7*, pág. 19), y el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *De Becker*, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme* 1962 (La Haya), vol. 5, 1963.

[109] *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 14, párr. 6 del comentario al artículo 20.

[110] Ibíd., pág. 15, párr. 8. Véase Conforti, «Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme».

[111] *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 14, párr. 5 del comentario al artículo 20.

[112] Ibíd., pág. 31, párr. 35 del comentario al artículo 21.

en la segunda parte del proyecto»[113]. Francia advirtió que esos artículos se referían a reglas de derecho sustantivo que establecían obligaciones primarias; por lo tanto, no tenían cabida en un proyecto de esta índole y habría que suprimirlos[114]. Según Alemania:

> la elaboración de normas excesivamente abstractas y cuyo alcance y aplicación son difíciles de prever entraña cierto peligro. Más que aumentar la seguridad jurídica, esas normas podrían utilizarse como cláusulas de salvaguardia en detrimento de la costumbre internacional y, además, pueden considerarse inaplicables por Estados menos próximos a la tradición jurídica europea continental, pues esas normas abstractas no son fácilmente compatibles con las soluciones pragmáticas que predominan en el derecho internacional.
>
> [...]
>
> En resumen, Alemania no está convencida de que las complejas distinciones de los proyectos de artículos 20, 21 y 23 sean verdaderamente necesarias o siquiera deseables[115].

El Reino Unido observa con preocupación que «las ligeras diferencias establecidas entre las diferentes categorías de violaciones podrían superar lo que es necesario, o hasta lo que es útil, en una declaración de los principios fundamentales de la responsabilidad de los Estados». Preocupan también al Reino Unido las dificultades que podrían plantearse en la determinación de la categoría en que quedan encuadradas conductas particulares»[116]. Respecto del artículo 21 en particular, aunque considera que sus propuestas básicas no plantean controversia alguna, rechaza la interpretación que de ellas se hace en los comentarios, en particular respecto de las obligaciones en cuanto al trato de los extranjeros y sus bienes[117].

ii) *La distinción y su aplicación en el derecho interno y en el internacional*

57. La distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado es propia de los sistemas de derecho civil y desconocida en los de *common law*. Ello explica tal vez la escasa atención que los tratadistas ingleses han dedicado a la distinción[118]. Combacau explica claramente la función de la distinción, en el derecho francés por ejemplo:

> es [...] el grado de probabilidad de la consecución del objetivo que persigue el acreedor lo que rige la naturaleza de la obligación impuesta al deudor: cuando la consecución de ese objetivo es muy probable, la ley o el contrato imponen obligaciones de resultado; cuando dicha consecución es más bien aleatoria, la ley o el contrato se limitan a reducir el azar y sólo imponen una obligación de medios[119].

En otras palabras, en la concepción románica, las obligaciones de resultado lo garantizan en cierta medida, mientras que las obligaciones de comportamiento imponen la diligencia necesaria para lograr el resultado sin convertirlo en obligación última. Así, el médico tiene con su paciente una obligación de comportamiento y no de resultado, pues debe hacer todo lo razonablemente posible para que el paciente se cure, pero no garantiza que se *curará*. Según esta concepción, es obvio que las obligaciones de resultado son más onerosas que las obligaciones de comportamiento o de medios y que el incumplimiento de las primeras es más fácil de probar.

58. En cambio, según la redacción de los artículos 20 y 21 y las explicaciones del comentario, la distinción entre ambos tipos de obligaciones se basa en la precisión y no en el riesgo. La obligación de comportamiento es la obligación de observar una conducta más o menos determinada, mientras que la de resultado permite al Estado elegir los medios[120]. Por esa razón, las obligaciones de resultado se consideran en el comentario menos onerosas en cierto modo que las obligaciones de comportamiento, en las que el Estado prácticamente no puede elegir qué ha de hacer[121]. En el derecho internacional:

> el fundamento de la distinción ya no es el carácter más o menos aleatorio del resultado esperado sino el grado de libertad que se deja al obligado respecto de la elección de los medios por los que puede cumplir la obligación[122].

La diferencia es importante. Al adoptar la que originalmente era una distinción propia de los ordenamientos románicos, el proyecto de artículos casi ha invertido sus efectos. Esto no significa que la distinción, que tiene un significado y un fundamento claros en el derecho interno, vaya a aplicarse necesariamente de igual modo en el derecho internacional. Es necesario tratar la cuestión en los términos adoptados por el proyecto de artículos, aunque éstos no sean los propios de un determinado ordenamiento jurídico interno.

iii) *La distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado en la doctrina*

59. Incluso los autores que conocen la distinción según se plantea en los ordenamientos de derecho civil dudan considerablemente de la utilidad de incorporarla al proyecto de artículos. Según Tomuschat, por ejemplo, «[l]a distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado, difícil de hacer en la práctica, sirve de poca ayuda a quienes han de decidir si se ha incumplido o no una obligación internacional»[123]. A menudo se ha señalado la importancia de la distinción para determinar el momento de la comisión del hecho internacionalmente ilícito[124]. No obstante, la mayoría de los autores consideran que la

---

[113] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3.

[114] Ibíd.

[115] Ibíd.

[116] Ibíd.

[117] Ibíd. Por otra parte, bajo esta perspectiva, el artículo 20 podría fusionarse con el artículo 16.

[118] Véase Brownlie, *op. cit.*, pág. 241.

[119] Combacau, *loc. cit.*, pág. 196. Véase también Dupuy, *loc. cit.*, pág. 47 y 48. Véase en general Zweigert y Kötz, *Introduction to Comparative Law*, pág. 538.

[120] *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 13, párr. 2 del comentario al artículo 20, y pág. 20, párr. 1 del comentario al artículo 21. Véase también Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, quienes sostienen que la «permisividad en cuanto a los medios» es el criterio decisivo de la distinción (*op. cit.*, pág. 746, párr. 473).

[121] Del mismo modo, Stern («Responsabilité internationale», pág. 10, párr. 64), que califica la obligación de comportamiento impuesta a un Estado de «más apremiante, pues tiene a la vez la obligación de obtener cierto resultado y la obligación de emplear para ello ciertos medios que se establecen en la norma internacional».

[122] Combacau, *loc. cit.*, págs. 201 y 202.

[123] Tomuschat, «What is a 'breach'…?», pág. 335. Véase también Dupuy, *loc. cit.*, pág. 47 y Lysén, para quien «parece que las propuestas de la CDI más que ofrecer un instrumento útil contribuyen a la confusión» (*State Responsibility and International Liability of States for Lawful Acts: A Discussion of Principles*, pág. 63).

[124] Para Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, en las obligaciones de resultado «hay que [...] *esperar** a que concluyan las diversas etapas de una 'conducta estatal [...] compleja' para determinar si se ha infringido una obligación internacional» (*op. cit.*, pág. 748, párr. 473). Véase también Combacau, *loc. cit.*, pág. 184, y Dupuy, *loc. cit.*, págs. 44 y 45.

distinción es de escasa utilidad. Se ha destacado por ejemplo, que «no siempre hay una frontera clara entre los dos tipos de obligaciones, que además pueden entrelazarse hasta el punto de perder sus rasgos distintivos»[125]. En general, la doctrina no favorece el mantenimiento de la distinción, al menos en la forma adoptada en primera lectura. Aunque considera que la distinción es «indispensable en principio»[126], Combacau termina su estudio poniendo en duda

> el fundamento de conceptos como medio, comportamiento, resultado, objetivo [...] aplicados a normas en las que lo que parece al principio el resultado de un comportamiento es en sí mismo un comportamiento, y en las que cada uno de los mecanismos que se ofrecen a quien ejecuta una obligación le deja librado además la elección de los medios[127].

iv) *La distinción entre las obligaciones de comportamiento y de resultado en la jurisprudencia internacional*

60. Habida cuenta de la reacción de indiferencia hacia los artículos 20 y 21, lo que hay que determinar es si los tribunales, no obstante, han encontrado útil la distinción a la hora de resolver causas concretas. En la práctica los tribunales rara vez se han referido a esos artículos. La distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado no se adujo en el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[128], por ejemplo. Cabe, sin embargo mencionar tres casos en los que la distinción fue tenida en cuenta, al menos en cierta medida.

61. En el asunto *Colozza*[129], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó el juicio en rebeldía del demandante, que no había recibido notificación del inicio del juicio, había sido condenado a seis años de cárcel y no había podido luego recurrir la condena. El demandante aducía que se había infringido el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos porque no había sido objeto de un juicio justo. El Tribunal afirmó que:

> Los Estados contratantes gozan de amplia discreción en la elección de los medios destinados a velar por que sus ordenamientos jurídicos cumplan los requisitos que se establecen al respecto en el párrafo 1 del artículo 6. No corresponde al Tribunal decir a los Estados qué medios han de utilizar, sino determinar si el resultado que busca el Convenio se ha conseguido. [...] Con tal fin, hay que demostrar la efectividad de los recursos que ofrece el derecho interno y no debe recaer sobre el acusado de un delito que esté en las circunstancias del Sr. Colozza la carga de probar que su propósito no era escapar de la justicia o que su ausencia se debía a fuerza mayor[130].

El Tribunal falló, por lo tanto, que el demandante, «en definitiva, no había sido escuchado por un tribunal competente para conocer de todas las cuestiones de la causa»[131]. Pero, como dice Tomuschat, el Tribunal no llegó a esa conclusión por la mera comparación entre el resultado exigido (que el acusado tenga la oportunidad de estar presente en su juicio) y el resultado obtenido en la práctica (falta de esa oportunidad en el caso concreto). En lugar de eso el Tribunal se preguntó qué más podía haber hecho Italia para que el derecho del demandante fuera «efectivo»[132]. Es cierto que la obligación de resultado establecida en el párrafo 1 del artículo 6 puede describirse como la obligación de proporcionar un derecho efectivo a estar presente en el juicio, pero ello equivale simplemente a reformular la cuestión que debe resolverse. Es dudoso que la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado ayudara al Tribunal a resolver esa cuestión.

62. Otro ejemplo tal vez más interesante es el del caso *ELSI*[133], fallado por una Sala de la CIJ de la que formaba parte el magistrado Ago. La cuestión principal era determinar si la requisa de la fábrica de ELSI ordenada por el Alcalde de Palermo, que provocó la quiebra de la empresa y posteriormente la venta forzosa de su patrimonio a precios inferiores a los del mercado, vulneró varias disposiciones del Tratado bilateral de Amistad, Comercio y Navegación y su Acuerdo suplementario. Los Estados Unidos se apoyaron, entre otras cosas, en el artículo 1 del Acuerdo suplementario, según el cual:

> Los ciudadanos y las sociedades civiles o mercantiles de una de las Altas Partes Contratantes no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias en el territorio de la otra Alta Parte Contratante por las que, en particular: *a*) se les impida dirigir y administrar efectivamente una empresa [...] o, *b*) se menoscaben los demás derechos e intereses legítimos que tengan en una empresa[134].

Posteriormente la requisa de la fábrica fue declarada ilegal de acuerdo con el derecho italiano y los tribunales de ese país concedieron al demandante una indemnización por daños y perjuicios. No obstante, los Estados Unidos alegaron que, puesto que la requisa había sido la verdadera causa de la liquidación de la empresa, la indemnización concedida no equivalía al perjuicio real sufrido. Consecuentemente, la requisa había sido una medida arbitraria incompatible con el artículo 1 antes citado.

63. El magistrado Schwebel basó su opinión disidente en la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado según la formulación de los artículos 20

---

[125] Lysén, *op. cit.*, pág. 62, que menciona también los artículos 194 y 204, párr. 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, previamente analizados con idéntica finalidad por Dupuy (*loc. cit.*, págs. 49 y 50). Tras examinar los criterios que se exponen en los comentarios a los artículos 20 y 21, Combacau dice que «las obligaciones de resultado del artículo 21 se reducen a un tipo único y difícilmente se distinguen de las obligaciones de comportamiento del artículo 20» (*loc. cit.*, pág. 190).

[126] *Loc. cit.*, pág. 184.

[127] Ibíd., pág. 204.

[128] Véase la nota 31 *supra*.

[129] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *affaire Colozza et Rubinat, série A n.º 89*.

[130] Ibíd., págs. 15 y 16, párr. 30, donde se cita el asunto *De Cubber* (ibíd., fallo de 26 de octubre de 1984, *série A n.º 86*, pág. 20, párr. 35). Compárese con el asunto *Plattform «Ärzte für das Leben»*, en que el Tribunal interpretó el artículo 11 de esta manera:

> «Aunque los Estados contratantes tienen la obligación de tomar medidas adecuadas y razonables para que las manifestaciones legales se celebren pacíficamente, no pueden garantizar este objetivo absolutamente y tienen amplia discreción en la elección de los medios que deban emplear [...] [L]a obligación que en este ámbito les impone el artículo 11 del Convenio se refiere a las medidas que deben adoptar y no a los resultados que deben lograr.»

(Ibíd., fallo de 21 de junio de 1988, *série A n.º 139*, pág. 12, párr. 34). En el asunto *Colozza*, en cambio, el Tribunal empleó términos parecidos pero concluyó que la obligación era de resultado.

[131] Ibíd., *série A n.º 89*, pág. 16, párr. 32 (véase la nota 129 *supra*).

[132] Ibíd., pág. 14, párr. 28.

[133] *Elettronica Sicula S.p.A.* (ELSI), fallo, *C.I.J. Recueil 1989*, pág. 15. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 252.

[134] Ibíd., pág. 72.

y 21. Sostuvo que el artículo 1 imponía una obligación de resultado, puesto que:

> Los objetivos concretos de la obligación de no imponer a las empresas medidas arbitrarias o discriminatorias se indican muy claramente, a diferencia de los medios concretos que deben emplearse para lograr esos objetivos. Por lo tanto [...] parece que la obligación establecida en el artículo 1 es una obligación no de medios sino de resultado, como suelen serlo las obligaciones establecidas en los tratados internacionales respecto de la protección de los extranjeros y sus intereses. Sin embargo, eso no significa [...] que Italia quede exenta de responsabilidad por el trato arbitrario de ELSI y de los intereses de sus accionistas en ELSI en virtud de los trámites administrativos y judiciales posteriores a la requisa.
>
> […]
>
> En este caso Italia no logró el resultado requerido, a saber, evitar a ELSI los efectos de la requisa arbitraria. No consiguió el resultado requerido en general ni los objetivos concretos claramente establecidos en los apartados *a* y *b* del artículo 1.
>
> [...]
>
> Cabe desde luego afirmar que, aun sin la requisa, ELSI habría quebrado. [...] Pero esa afirmación olvida [...] que, si no se hubiera impuesto la requisa cuando se impuso, ELSI habría podido obtener bastante más por su patrimonio [...].
>
> De ello se desprende que ELSI no quedó en la situación en que se habría encontrado de no haberse producido la requisa. Los trámites administrativos y judiciales de Italia, por estimables que hayan sido, no lograron un resultado equivalente. Por ello opino que esos trámites no eximen a Italia de responsabilidad por la comisión de un acto arbitrario en el sentido del Acuerdo suplementario del Tratado[135].

En cambio, la Sala llegó a la conclusión opuesta sin analizar la distinción. Sostuvo en primer lugar que, examinando la cuestión globalmente y de manera realista, ELSI había perdido su patrimonio como consecuencia de su insolvencia y no de la requisa. Sin embargo, sostuvo en segundo lugar que el artículo 1 debía interpretarse como una prohibición general de las «medidas arbitrarias o discriminatorias» no limitada a los dos casos expuestos. Para la Sala no se había infringido el artículo 1 porque, aunque la decisión del Alcalde era contraria al derecho italiano, no era «arbitraria» en el sentido del artículo 1[136]. Así pues, la mayoría no consideró necesario decidir si la posibilidad de recurrir contra esa decisión rectificaba la arbitrariedad. Antes bien, el hecho de que la decisión «se adoptara conscientemente en el marco de un ordenamiento jurídico en funcionamiento y de los recursos adecuados» era motivo para no considerarla arbitraria de entrada[137].

64. Se puede estar de acuerdo con el magistrado Schwebel en que, si la requisa se hubiera considerado «arbitraria» y verdadera causa de la pérdida de ELSI, la indemnización parcial concedida años después por los tribunales italianos no habría remediado la violación. Pero, ¿cómo influyó en el fallo del caso que se considerara que el artículo 1 se refería a la obligación de no producir el resultado de un trato arbitrario y no a la obligación (de comportamiento o de medios) de no cometer un acto arbitrario? Al parecer, la mayoría y la minoría de los magistrados dieron una interpretación diferente a la expresión «arbitrarias» del artículo 1 y, desde luego, tampoco coincidieron a la hora de juzgar los hechos. Pero no parece que la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado influyera en esas discrepancias ni contribuyera realmente al análisis de las cuestiones en litigio.

65. Un tercer ejemplo es la sentencia que el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán dictó recientemente en las causas n.os A15 (IV) y A24 (*República Islámica del Irán* c. *Estados Unidos de América*[138]). Irán aducía que los Estados Unidos habían incumplido la obligación, establecida en el Principio General B de las Declaraciones Generales incluidas en el Acuerdo de Argel, de 19 de enero de 1981, de «archivar todas las causas relativas a reclamaciones de particulares e instituciones de los Estados Unidos contra Irán y sus empresas estatales [...] y resolver dichas reclamaciones mediante un arbitraje obligatorio»[139]. En lugar de ordenar el archivo de las causas pendientes ante sus tribunales, los Estados Unidos ordenaron su suspensión, que se levantaría si el Tribunal de Reclamaciones se declaraba incompetente para conocer de ellas[140]. Los Estados Unidos sostenían que era la única solución práctica que podían adoptar y que la vinculación del archivo de las causas a las reclamaciones en el Principio General B demostraba que esa solución era razonable. Dicho de otro modo (aunque ninguna de las partes empleó los términos de los artículos 20 y 21), los Estados Unidos sostenían que el Principio General B establecía una obligación de resultado, a saber, el archivo de las causas pendientes, y que los medios empleados de acuerdo con su ordenamiento jurídico eran los adecuados para lograr ese resultado en la práctica. Esto recuerda la afirmación, hecha en el comentario del artículo 21, de que las obligaciones de resultado son en cierto modo menos gravosas que las obligaciones de comportamiento por la manera discrecional en que el Estado puede lograr el resultado requerido.

66. El Tribunal de Reclamaciones consideró, interpretando las Declaraciones, que la obligación de archivar las causas se refería solamente a las que fueran de su competencia y que esta obligación de archivar no se cumplía por la mera suspensión. Para llegar a esta conclusión no bastaba apoyarse en el tenor aparentemente claro de las Declaraciones:

> El Tribunal debe analizar la cuestión más detenidamente. Las obligaciones establecidas en el Principio General B son, en general, obligaciones de «resultado» más que obligaciones de «comportamiento» o «medios». Aunque cabría afirmar que los Estados Unidos incumplieron las obligaciones contraídas en virtud de las Declaraciones de Argel al suspender las causas en lugar de archivarlas, el Tribunal no puede limitarse a interpretar literal o gramaticalmente las Declaraciones, sino que debe además analizar la solución adoptada por los Estados Unidos [...] teniendo en cuenta el objeto y el propósito de las Declaraciones. La respuesta a la pregunta de si la suspensión de las causas resultó equiparable a su archivo depende de lo que sucediera en la práctica. Se trata, por lo tanto, de analizar hechos.
>
> A menos que se pacte otra cosa en un tratado, el derecho internacional general faculta a los Estados para escoger los medios por los cuales cumplen sus obligaciones internacionales en el ámbito interno. Sin embargo, la libertad de los Estados para elegir esos medios no es absoluta.

---

135 Ibíd., págs. 117 y 121.

136 Ibíd., pág. 72, párr. 121, y págs. 75 a 77, párrs. 126 a 130.

137 Ibíd., pág. 77, párr. 129.

138 Sentencia n.º 590-A15(IV)/A24–FT, de 28 de diciembre de 1998, *World Trade and Arbitration Materials*, vol. 11, n.° 2 (1999), pág. 45. Esta sentencia fue adoptada por el Tribunal en pleno (presidido por Skubiszewski e integrado por los siguientes miembros: Broms, Arangio-Ruiz, Noori, Aldrich, Ameli, Allison, Aghahosseini y Duncan).

139 ILM, vol. 20, n.º 1 (enero de 1981), pág. 224.

140 Véase *Dames & Moore* v. *Regan*, 453 US 654 (1981), pág. 22.

Los medios escogidos deben bastar para que los Estados cumplan sus obligaciones internacionales y deben ser lícitos[141].

El Tribunal señaló además que, «al adoptar el trámite de suspensión establecido en la Orden 12294, los Estados Unidos sólo cumplieron las obligaciones establecidas en las Declaraciones de Argel si la consecuencia efectiva de ese trámite fue, como se exige en las Declaraciones, el archivo de las causas»[142]. La prueba de si las causas se habían archivado o no en la práctica consistía en comprobar si la República Islámica del Irán «se había visto obligada, para defender diligentemente sus intereses, a comparecer o a presentar documentos ante tribunales de los Estados Unidos después del 19 de julio de 1981» en relación con causas pendientes que fueran de la competencia del Tribunal o cualesquiera otras reclamaciones presentadas ante el Tribunal mientras éste no las desestimara por falta de competencia[143]. Las costas de esa defensa diligente, incluidos los gastos razonablemente efectuados para mantenerse al tanto de las causas suspendidas, podrían cobrarse en una segunda fase del proceso.

67. Mientras no se resuelvan esas cuestiones de hecho los fundamentos jurídicos son incompletos y no sería apropiado comentarlos en detalle. No obstante, pueden decirse dos cosas. En primer lugar, el Tribunal tuvo en cuenta la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado de manera muy próxima a la formulada en los comentarios a los artículos 20 y 21 (aunque sin hacer referencia a ellos). Consecuentemente, consideró que los Estados Unidos tenían cierta flexibilidad en cuanto al modo de aplicar el Principio General B, sin dejar de estar obligados a obtener el «resultado» del archivo de las causas que fueran de la competencia del Tribunal[144]. En segundo lugar, el Tribunal falló exclusivamente en virtud de la interpretación de los acuerdos pertinentes según su contexto y teniendo en cuenta su objeto y finalidad. En otras palabras, en esa fase del proceso no tuvo en cuenta en absoluto las normas secundarias de responsabilidad. En ese sentido, la sentencia confirma que la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado afecta a las obligaciones primarias, es decir, afecta a normas de responsabilidad primarias, no secundarias. Sin embargo, no queda claro que la sentencia habría sido diferente en el fondo, si no en la forma, si el Tribunal hubiese considerado que se trataba de una obligación de comportamiento (el de archivar las causas) y no de resultado (el archivo de las causas). Probablemente se habrían hecho las mismas consideraciones respecto de la obligación en ambos casos.

68. Este breve examen indica que la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado puede servir para clasificar las obligaciones, pero no se utiliza con demasiada coherencia. En todas las causas de lo que se trataba era de interpretar la obligación pertinente. La importancia de la distinción radica en la determinación del grado de discreción del Estado demandado a la hora de cumplir la obligación. La discreción estaba necesariamente limitada por la norma primaria, y la cuestión fundamental era determinar en qué medida. La distinción puede ayudar a veces a formular conclusiones al respecto, pero saber si contribuye a formarlas es otra cuestión.

v) *Las obligaciones en materia de derechos humanos como «obligaciones de resultado»*

69. En el comentario del artículo 21 se insiste en que las obligaciones ordinarias de los Estados respecto del trato a las personas, ya sea en el campo de los derechos humanos o en el de la protección diplomática, podrían calificarse de «obligaciones de resultado en sentido amplio» y se subsumen en el párrafo 2 del artículo 21. Ello significa que esas obligaciones no se infringen por la mera aprobación de una ley si ésta no surte efecto. Dicho de otro modo, es la aplicación de la ley al caso concreto y la no reparación posterior por el Estado del perjuicio resultante lo que infringe la obligación. Hasta ese momento sólo existe un riesgo de violación. Combacau ilustra este planteamiento en los términos siguientes:

> cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice por una parte que «nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias» [...] y por otra que «toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación» [...] establece dos normas a las que corresponden en el derecho interno dos obligaciones del Estado, una principal y otra subsidiaria; pero desde el punto de vista del derecho internacional no establece más que una, que el Estado no incumpla arbitraria y sucesivamente esas dos obligaciones internas, y pese al carácter poco feliz de la formulación, esa única obligación consiste en definitiva en lo siguiente: «Ningún Estado puede detener o encarcelar arbitrariamente a una persona *sin proporcionarle una reparación*»[145].

Sin embargo, los tribunales y comités de derechos humanos no siguen este planteamiento, como se demuestra en el breve análisis que se hace a continuación.

70. Según el Convenio europeo de derechos humanos, pueden presentar demandas las personas naturales, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares que denuncien ser víctimas de una violación de un derecho reconocido en el Convenio. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conoce sobre los litigios entre Estados relativos a violaciones de las disposiciones del Convenio y sus protocolos[146]. El artículo 41 dice lo siguiente:

> Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

---

[141] Sentencia n.o 590–A15 (IV)/A24–FT (véase la nota 138 *supra*), párrs. 95 y 96.

[142] Ibíd., párr. 99.

[143] Ibíd., párr. 101.

[144] A este respecto el Tribunal consideró que los Estados Unidos infringieron el Principio General B al admitir la presentación de nuevas demandas a los solos efectos de interrumpir la prescripción de las acciones, pues eso podría haberse logrado lícitamente por otros medios distintos de la presentación de demandas, siendo así que el Principio General B prohibía expresamente «toda nueva demanda», por cualesquiera razones, respecto de reclamaciones que fueran de la competencia del Tribunal (ibíd., párr. 131).

[145] Combacau, *loc. cit.*, pág. 191. En contra, véase por ejemplo, Higgins «International law and the avoidance, containment and resolution of disputes: general course on public international law», págs. 203 y 204.

[146] Artículos 33 y 34 del Convenio europeo de derechos humanos (enmendada por el Protocolo 11). De acuerdo con el artículo 35 del Convenio, el demandante ha de agotar todos los recursos internos y presentar su demanda «en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva».

Esto indica claramente que puede determinarse que se ha infringido el Convenio antes y con independencia de decidir si el derecho interno proporciona la reparación del caso. Los órganos del Convenio nunca han dudado de esta afirmación. Como señala el Tribunal en una de sus sentencias:

> El artículo 25 [actualmente 34] del Convenio faculta a los particulares para sostener que una ley vulnera sus derechos por sí misma, en ausencia de medidas concretas de aplicación, si corren el riesgo de verse directamente afectados por ella[147].

71. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se distingue también entre las comunicaciones de los particulares y de los Estados. Según el Protocolo Facultativo los individuos que se hallan bajo la jurisdicción de un Estado Parte en el Protocolo y que «aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte» de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto, puede presentar una comunicación al Comité de Derechos Humanos[148]. Para admitir esas comunicaciones el Comité siempre ha exigido que la conducta del Estado de que se trate convierta a una persona individualmente en «víctima» y se ha negado a fiscalizar la legislación del Estado en abstracto. No exige en todo caso que la víctima haya sido perseguida o sancionada de otra forma. A veces la mera vigencia de la ley puede infringir el Pacto. En otras ocasiones, puede considerarse víctima a una persona expuesta a una amenaza considerada inminente y directa. El criterio se resume en las palabras siguientes:

> siempre que cada uno de los autores sea víctima en el sentido del artículo 1 del Protocolo Facultativo, nada impide que gran número de personas sometan un caso invocando dicho Protocolo. El mero hecho de que los peticionarios sean numerosos no convierte su comunicación en una *actio popularis* […].
>
> Cuando una persona alegue ser víctima de la violación de un derecho protegido por el Pacto debe demostrar que o bien una acción u omisión de un Estado Parte ya ha afectado negativamente a su goce de ese derecho o bien que tal efecto es inminente, por ejemplo, en función del derecho vigente o de una decisión o práctica judicial o administrativa[149].

Estas limitaciones se derivan de las disposiciones del Protocolo Facultativo según las interpreta el Comité. Las comunicaciones de los Estados están sujetas a requisitos diferentes. De acuerdo con el artículo 41 del Pacto, puede presentar una comunicación el Estado Parte que haya reconocido la competencia del Comité y que sostenga que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone el Pacto[150]. Hasta ahora los Estados no han utilizado este recurso que, en teoría, permitiría impugnar una ley como tal.

72. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sigue fundamentalmente los mismos criterios para determinar si se ha infringido la Convención americana sobre derechos humanos. En su opinión consultiva *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, la Corte Interamericana examinó varias cuestiones generales suscitadas en relación con una controversia sobre un proyecto de ley que, de ser aprobado, supondría una clara violación de las obligaciones contraídas por el Estado en virtud de la Convención. En cuanto a si la mera ley podía por sí misma infringir una obligación de resultado, la Corte dijo que:

> una ley que entra en vigor no necesariamente afecta a la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. […] La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, *per se*, violación de los derechos humanos.
>
> En el caso de las leyes de eficacia inmediata [...] la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza[151].

Tras analizar las disposiciones concretas de la Convención y mencionar con aprobación la jurisprudencia europea, la Corte opinó que:

> La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de personas determinadas es contraria a la Convención.
>
> La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado[152].

---

147 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Norris*, fallo de 26 de octubre de 1988, *série A n.º 142*, párrs. 30 y 31, donde se citan los casos *Klass et autres* (ibíd., fallo de 6 de septiembre de 1978, *série A n.º 28*, párr. 33); *Marckx* (ibíd., fallo de 13 de junio de 1979, *série A n.º 31*, párr. 27); y *Johnston et autres* (ibíd., fallo de 27 de noviembre de 1986, *série A n.º 28*, párr. 33). Véanse también, entre otros, los casos *Dudgeon* (ibíd., fallo de 22 de octubre de 1981, *série A n.º 45*, párr. 41) y *Modinos* c. *Chypre* (ibíd., fallo de 22 de abril de 1993, *série A n.º 259*, párr. 24).

148 Se exige agotar los recursos internos (art. 5, párr. 2, apdo. *b*).

149 Comité de Derechos Humanos, comunicación n.º 429/1990, decisión de 8 de abril de 1993, *E. W. y otros* c. *los Países Bajos* (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/48/40 (Part II)), anexo XIII.G), párrs. 6.3 y 6.4. Véase también, entre otros, Comité de Derechos Humanos, comunicación n.º R.9/35, *Shirin Aumeeruddy-Cziffra y otras 19 mujeres de Mauricio* c. *Mauricio* (ibíd., *trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/36/40), anexo XIII), párr. 9.2; comunicación n.º R.14/61, *Leo R. Hertzberg y otros* c. *Finlandia* (ibíd., *trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/37/40), anexo XIV), párr. 9.3; comunicación n.º 163/1984, *Impedidos y minusválidos en Italia* c. *Italia* (ibíd., *trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/39/40), anexo XV), párr. 6.2; comunicaciones n.os 359/1989 y 385/1989, *John Ballantyne y Elizabeth Davidson, y Gordon McIntyre* c. *el Canadá* (ibíd., *cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/48/40, anexo XII.P), párr. 10.4 («en los casos en que un individuo pertenezca a una categoría de personas cuyas actividades, en virtud de la legislación aplicable, se consideren contrarias a la ley, dicho individuo podrá alegar su condición de 'víctima' en el sentido del artículo 1 del Protocolo Facultativo»); comunicación n.º 488/1992, *Nicholas Toonen* c. *Australia* (ibíd., *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/49/40), vol. II, anexo IX.EE), párr. 5.1; y comunicación n.º 645/1995, *Vaihere Bordes y otro* c. *Francia* (ibíd., *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/51/40), vol. II, anexo IX.G), párrs. 5.4 y 5.5.

150 Párrafo 1 del artículo 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La formulación del apartado *a* del mismo párrafo es análoga: «las obligaciones que le impone este Pacto». No se exige que la comunicación se refiera a un individuo, pero sí que se hayan agotado los recursos internos disponibles; véase el apartado *c* del mismo párrafo.

151 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A n.º 14, párrs. 41 a 43.

152 Ibíd., párrs. 49 y 50.

La afirmación de que la responsabilidad internacional sólo nace como consecuencia del incumplimiento manifiesto del tratado, si el incumplimiento «afecta a los derechos y libertades reconocidos de personas» precisa aclaración. Interpretada literalmente, significa que puede vulnerarse un tratado sin que se origine responsabilidad alguna, lo cual es incompatible con la noción de responsabilidad de los Estados del proyecto de artículos[153]. Parece, no obstante, que en esa afirmación la Corte distinguía entre la responsabilidad del Estado por vulnerar el tratado en sí mismo y la responsabilidad internacional exigida con arreglo a la Convención en el caso de vulneración directa de los derechos de personas, que es de la única de la que conoce la Corte en virtud de su jurisdicción contenciosa.

73. En resumen, este breve análisis pone de manifiesto que los distintos órganos de derechos humanos coinciden esencialmente en el planteamiento del problema[154]. La ley en sí misma, siempre que sea directamente aplicable a las personas o que se amenace directamente con su aplicación, puede vulnerar un tratado. Para determinar si efectivamente lo vulnera habrá que examinar cada caso concreto. El Estado puede ofrecer *a posteriori* recursos para reparar esa vulneración, pero esos recursos no son parte integrante de la ley[155].

74. Probablemente el examen del tema en relación con la protección diplomática llevaría a la misma conclusión general, que el Reino Unido resumió de esta manera:

> En términos generales, la opinión del Reino Unido es que en los casos en que el derecho internacional requiera sólo el logro de un cierto resultado, la situación estaría comprendida en el párrafo 2 del proyecto de artículo 21. El deber de establecer un sistema de justicia equitativo y eficiente es un buen ejemplo. La existencia de un tribunal inferior corrupto no constituiría una violación de esa obligación si la situación se pudiera remediar rápidamente en un tribunal superior. En el caso de esas obligaciones, no se produce violación hasta que el Estado deja de aprovechar todas las oportunidades disponibles para lograr el resultado requerido. Por otro lado, si el derecho internacional exige que se actúe de una cierta manera, o que un resultado determinado se logre dentro de un cierto período, la violación del derecho internacional se produce en el momento en que la conducta del Estado se desvía de la conducta requerida, o en el momento en que expira el período sin que se haya logrado el resultado. La denegación de un derecho de paso inocente o la falta de pago de una indemnización transcurrido un período razonable después de la expropiación de bienes de extranjeros, son casos de violación de esas normas. El recurso a los procedimientos del Estado para «corregir» el incumplimiento del deber constituiría, en tales casos, una instancia de agotamiento de los recursos internos[156].

75. Obviamente puede haber casos en que el Estado esté facultado para limitar los derechos de las personas a condición de indemnizarlas. Es el caso, en general, de la expropiación de bienes por causa de utilidad pública, que se funda en el reconocimiento del dominio eminente. Pero tal dominio no existe respecto del trato arbitrario a las personas. A veces la obligación consiste en dotarse de cierto *sistema*, por ejemplo, una administración de justicia imparcial y eficaz. La cuestión de la violación está entonces sujeta a consideraciones sistemáticas, de manera que una decisión incorrecta adoptada por una autoridad inferior en el orden jerárquico que pueda ser revisada, no es en sí misma un acto antijurídico[157]. Es el ejemplo que ofrece el Reino Unido en el pasaje citado anteriormente. Las obligaciones sistemáticas han de aplicarse al sistema en su conjunto. Sin embargo, muchas obligaciones relativas a los derechos humanos no son de esa clase: por ejemplo, cuando el Estado tortura o mata arbitrariamente, la violación es inmediata y absoluta[158].

76. Tal vez, como advierte el Reino Unido, el problema que aquí se ha analizado guarde más relación con el comentario del artículo 21 que con el propio texto del artículo[159]. En todo caso, del análisis se derivan varias conclusiones.

vi) *La primacía de las normas primarias y de su interpretación*

77. En primer lugar, por más que sea posible clasificar con precisión ciertas obligaciones en obligaciones de comportamiento u obligaciones de resultado, y por más que ello aclare el contenido o la aplicación de las normas de que se trate, esa clasificación no sirve de sustituto de la interpretación y aplicación de las propias normas teniendo en cuenta su contexto, objetivo y propósito. El problema de los artículos 20 y 21 consiste en que entrañan la necesidad de un proceso intermedio de clasificación de obligaciones antes de resolver las cuestiones de incumplimiento. En última instancia, sin embargo, la determinación de si se ha violado una obligación depende de los términos exactos de ésta y de las circunstancias del caso. Por ejemplo, una cosa es que las obligaciones de

---

153 Especialmente los artículos 3 y 16; véase el párrafo 11 *supra*.

154 La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981, regula la presentación al Comité de comunicaciones de los Estados y otras comunicaciones (arts. 47 y 55). Hasta ahora el Comité no ha manifestado su punto de vista sobre las cuestiones que se examinan. Pueden encontrarse planteamientos semejantes en el derecho de la Unión Europea (véase, por ejemplo, *Brasserie du Pêcheur SA* c. *Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-46/93, *Recopilación de Jurisprudencia 1996* (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, pág. I-01029, especialmente párrs. 51 y 56), aunque la naturaleza especial del derecho comunitario limita el valor de la comparación. El régimen general de la responsabilidad de los Estados en el derecho comunitario puede verse, por ejemplo, en Craig y de Búrca, *EU Law: Texts, Cases and Materials*, págs. 240 a 282.

155 Sobre la posibilidad de que la mera aprobación de una ley suponga la vulneración de las obligaciones del Estado siempre que la ley se aplique directamente a las personas, véase, entre otros, Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 209 y 210; Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, págs. 201 a 206; y Dipla, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme : problèmes d'imputation*, págs. 20 a 22. En contra, véase Cahier, «Changements et continuité du droit international : cours général de droit international public», págs. 261 a 263.

156 *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, párr. 2 del comentario al artículo 21.

157 Igualmente, la saturación temporal de la justicia por una acumulación de causas que provoca demoras inesperadas no se considera incumplimiento «si el Estado adopta las medidas correctivas del caso con la prontitud necesaria» (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Unión Alimentaria Sanders SA*, fallo de 7 de julio de 1989, *série A n.º* 157, pág. 15, párr. 40).

158 Tras un análisis más detenido es probable que la obligación de que la administración de justicia sea imparcial y eficaz comprenda elementos diversos, incluidas ciertas obligaciones «de resultado» (por ejemplo, el derecho a ser juzgado por un juez) y ciertas obligaciones «de comportamiento». Es, en suma, una obligación híbrida. Véase Tomuschat, «What is a 'breach'…?», pág. 328. Otro ejemplo claro es la obligación de respetar la intimidad familiar. Véase el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Marckx* (nota 147 *supra*), y fallos posteriores.

159 El problema vuelve a suscitarse, no obstante, al analizar el artículo 22 (Agotamiento de los recursos internos), véanse los párrafos 138 a 146 *infra*.

los Estados en materia de derecho humanitario consistan expresamente en «respetar y hacer respetar» las normas aplicables[160] y la situación puede ser otra en otros contextos en que se empleen términos distintos. La taxonomía puede servir para interpretar y aplicar normas primarias pero no para reemplazarlas.

78. Igual conclusión se desprende del análisis de la obligación de los Estados en relación con la tortura que hizo el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en una causa reciente. El Tribunal manifestó:

> Normalmente, el hecho de promulgar o mantener en vigor normas nacionales incompatibles con las internacionales da lugar a responsabilidad del Estado y, en consecuencia, a la correspondiente acción de cesación y reparación *(lato sensu)* únicamente cuando esas normas se aplican en forma concreta. En el caso de la tortura, en cambio, el simple hecho de mantener en vigor o promulgar leyes contrarias a la prohibición internacional de la tortura genera responsabilidad internacional del Estado. La importancia del derecho a no ser torturado es tanta que se hace imperativo prevenir la posibilidad de una ley nacional que autorice o condone la tortura o, en todo caso, pueda surtir tal efecto[161].

En otras palabras, la determinación de si la promulgación de una ley incompatible constituye en sí una violación del derecho internacional depende del contenido y de la importancia de la norma primaria.

vii) *La diversidad de normas primarias*

79. En segundo lugar, hay una inmensa variedad de normas primarias, enunciadas en formas muy distintas. Los medios de llegar a un resultado pueden indicarse con muchos grados de precisión. Los fines que se han de alcanzar pueden, según las circunstancias, dictar con precisión los medios necesarios. Los medios y los fines pueden combinarse de diversa manera[162]. Por ejemplo, la situación habitual de una obligación de «hacer todo lo posible» para lograr un determinado resultado. Se trata claramente, no de una obligación de resultado sino, según su formulación, de la obligación de tomar las medidas que razonablemente sean necesarias y estén a disposición del Estado con miras a alcanzar el resultado indicado. Si el Estado toma una medida en ese sentido que no sea evidentemente insuficiente o inadecuada no habrá problema de incumplimiento. Sin embargo, es probable que el resultado no haya de alcanzarse y que el Estado disponga todavía de otras medidas que servirían para alcanzarlo. En esa circunstancia la obligación sería más estricta e incluso tendería hacia una obligación de resultado[163]. Así pues, en la práctica las obligaciones de comportamiento y las de resultado no constituyen una dicotomía sino un espectro[164].

viii) *El carácter particular de la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado*

80. En tercer lugar, no todas las obligaciones pueden clasificarse como de comportamiento o de resultado. Hay obligaciones híbridas y, por ejemplo, en el propio proyecto de artículos se distingue otro «tipo» de obligaciones, las de prevención. Antes de llegar a una conclusión acerca de los artículos 20 y 21, resulta útil pasar revista a las obligaciones de esa índole.

f) *Artículo 23. Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado*

81. El texto del artículo 23 es el siguiente:

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

82. El artículo 23 continúa el análisis de los distintos tipos de obligación (de comportamiento o de resultado) a que se refieren los artículos 20 y 21. En el comentario se mencionan las obligaciones de prevención en los términos siguientes:

> Lo que caracteriza [...] es precisamente la noción de acontecimiento, es decir, de un hecho que es obra del hombre o de la naturaleza, ajeno, en cuanto tal, a la acción del Estado. Por lo tanto, si el resultado que según le exige la obligación ha de lograr el Estado es proceder de modo que no se produzca tal o cual acontecimiento, el elemento fundamental de la violación de la obligación es la realización del acontecimiento, de la misma manera que la no realización de ese acontecimiento es el elemento fundamental del cumplimiento de la obligación [...] [L]a no realización del acontecimiento es el resultado que el Estado tiene la obligación de lograr, y la realización del acontecimiento es la que determina que el resultado no se ha logrado[165].

83. El comentario agrega que en los casos de obligación de prevención, la simple circunstancia de no prevenir no constituye condición suficiente para la responsabilidad, si bien es necesaria: «Evidentemente, el Estado no puede estar obligado más que a oponerse por su acción a la eventualidad de tal acontecimiento, a frustrar, en lo que depende de él, la realización de tal acontecimiento»[166]. Así, las obligaciones de prevención intrínsecamente consisten en obligaciones de adoptar todas las medidas que sean razonables o necesarias para que el acontecimiento no tenga lugar y no de dar garantías de que ese acontecimiento no tendrá lugar[167].

i) *Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 23*

84. Francia señaló que «el proyecto de artículo 23, cuya redacción es confusa, […] se refiere a reglas de derecho

---

[160] Véase *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, C.I.J. Recueil 1986* (nota 68 *supra*), pág. 114, párr. 220, en lo referente al artículo 1 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; véase también. Condorelli y Boisson de Chazournes, «Quelques remarques à propos de l'obligation des États de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire en 'toutes circonstances'», y Levrat, «Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de 'faire respecter' les Conventions humanitaires».

[161] *Le Procureur* c. *Anto Furundzija*, asunto n.º IT-95-17/1-T, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (magistrados Mumba, Cassese y May), fallo de 10 de diciembre de 1998, párr. 150; véase también el párrafo 149.

[162] Como señala Lysén, *op. cit.*, págs. 62 y 63.

[163] Véase el párrafo 86 *infra*.

[164] Como señalan diversos gobiernos en sus observaciones (véase el párrafo 56 *supra*).

[165] *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 81, párr. 4 del comentario al artículo 23.

[166] Ibíd., párr. 6.

[167] En cambio, tampoco son «obligaciones de diligencia debida» en el sentido ordinario de la expresión. Esa obligación se incumpliría al no ejercer la diligencia debida, por más que no tuviera lugar el resultado tenido (ibíd., párr. 4, nota 397).

sustantivo que establecen obligaciones primarias; por lo tanto, no tiene cabida en un proyecto de esta índole»[168]. Alemania estuvo de acuerdo[169]. Según el Reino Unido, el artículo 23 no era polémico pero tampoco necesario y, a su juicio, era posible suprimirlo o combinarlo con el artículo 21[170].

ii) *El contenido de las obligaciones de prevención*

85. Resulta tentador calificar las obligaciones de prevención de obligaciones «negativas» de resultado. El resultado de esas obligaciones no es que algo ocurra sino que no ocurra. Sin embargo, ello dependerá de la interpretación de la norma primaria de que se trate. El comentario[171] menciona como ejemplo de obligación de prevención el artículo 22, párr. 2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, según el cual:

> El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad.

Según el comentario, se trata de una obligación «cuya violación, de la misma manera, no se realiza a menos que se pueda comprobar que ese resultado no ha sido logrado» [la intrusión, el daño o la turbación][172].

86. Si bien existen obligaciones de prevención en el sentido que se describe en el comentario, es evidente que el artículo 22, párr. 2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no es una obligación de esa índole, y, como mucho, es una obligación de comportamiento. No cabe duda de que no se trata de una garantía contra la intrusión, sino de la obligación continua del Estado receptor de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger la misión, obligación que se hace más estricta si, por alguna razón, la misión es invadida o se perturba su funcionamiento. En el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la CIJ señaló que esas y otras disposiciones de la Convención imponían al Estado receptor «las obligaciones más categóricas [...] de adoptar medidas adecuadas para proteger» las misiones de los Estados Unidos y su personal[173] y agregaba que, en razón de su inacción frente a las diversas amenazas de los militantes:

> el Gobierno del Irán se abstuvo totalmente de adoptar «medidas adecuadas» para proteger los locales, el personal y los archivos de la misión de los Estados Unidos contra un ataque de los militantes ni tomó medida alguna para prevenir ese ataque o contenerlo antes de que terminara. [...] [A] juicio de la Corte, la circunstancia de que el Gobierno del Irán no tomara esas medidas obedecía a más que una simple negligencia o a la falta de medios adecuados.
>
> [...]
>
> La inacción del Gobierno del Irán constituía en sí misma una clara y grave violación de las obligaciones que incumben a este país respecto de los Estados Unidos con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 22[174].

Además, la interpretación del artículo 22, párr. 2 por la que se opta en el comentario no es buena en principio; los Estados no deberían estar en condiciones de desestimar esa «obligación especial» sobre la base de que no ha habido una intrusión, daño o perturbación o tal vez no lo haya nunca.

87. Constituye un ejemplo mejor de obligación de prevención, también mencionado en el comentario[175], el principio enunciado en el arbitraje del asunto *Fonderie de Trail*, de que el Estado debe hacer todo lo que esté a su alcance por impedir que un Estado vecino sufra daños transfronterizos dimanados de la contaminación. Se agrega luego en el comentario que «[i]ncluso en el caso concreto de una obligación de prevención de un acontecimiento, la existencia de un daño no representa una condición suplementaria de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito»[176]. Ello es cierto si la situación que hay que prevenir no está definida desde el punto de vista de la materialización del daño pero *puede* definirse desde ese punto de vista. Un Estado puede contraer la obligación de prevenir daños a determinadas personas o al territorio de otros Estados y puede ocurrir que, en una interpretación adecuada de la obligación, lo que dé lugar a la responsabilidad sea la materialización del daño y no el hecho de no tomar medidas para prevenirlo.

iii) *Conclusiones acerca de los artículos 20 a 23*

88. Por las razones indicadas[177], el Relator Especial considera que el artículo 21, párr. 2 contiene un exceso de detalle y puede constituir una fuente de malentendidos, por lo cual habría que suprimirlo. La dificultad básica se encuentra en el concepto de una obligación de resultado que, a pesar de una violación *prima facie*, «permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado». No cabe duda de que las normas primarias pueden revestir múltiples formas y que una norma primaria puede permitir que un Estado rectifique una violación tomando medidas correctivas que surtirían el efecto no sólo de servir de reparación sino también de dejar sin efecto por completo la violación anterior. En todo caso, esto es inusitado[178]. Si simplemente se amenaza con incumplir

---

[168] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 23.

[169] Ibíd., observaciones sobre el artículo 20.

[170] Ibíd., observaciones sobre el artículo 23.

[171] *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 81, párr. 4, y págs. 83 y 84, párr. 12 del comentario al artículo 23. Véanse también las observaciones de Dinamarca (en nombre de los países nórdicos) citadas en el párrafo 56 *supra*.

[172] Ibíd., párr. 4. Según el comentario, las protestas diplomáticas anteriores se referirían al logro del cumplimiento de la obligación y no planteaban cuestiones de responsabilidad.

[173] *C.I.J. Recueil 1980* (véase la nota 31 *supra*), pág. 30, párr. 61.

[174] Ibíd., págs. 31 y 32, párrs. 63 y 67. La Corte llegó a la conclusión de que el comportamiento del Irán «evidentemente había dado lugar a reiteradas y múltiples violaciones de las disposiciones aplicables de las Convenciones de Viena aún más graves que las dimanadas del hecho de que no tomara medida alguna para prevenir los ataques contra la inviolabilidad de esos locales» (ibíd., págs. 35 y 36, párr. 76). Véase también Rosenne, *op. cit.*, págs. 50 y 67. Lo mismo señaló Alemania en sus observaciones sobre el artículo 20 (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3).

[175] *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 83, párr. 11 del comentario al artículo 23. Para la decisión en el asunto *Fonderie de Trail*, véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1905.

[176] *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 81, párr. 5 del comentario al artículo 23.

[177] Véanse los párrafos 69 a 75 *supra*.

[178] Es más común que una obligación especifique distintas formas de cumplimiento (la obligación de *aut dedere aut judicare* en el derecho de la extradición, por ejemplo), caso en el cual, aunque una de las

una obligación, tal vez lo que proceda es adoptar medidas preventivas o correctivas pero, por definición, la violación no habrá tenido lugar aún. De haber tenido lugar, un comportamiento ulterior puede reducir sus efectos o (al proporcionar un recurso interno efectivo) eliminar el agravio fundamental. Pero en este último caso se induce a error al sugerir que jamás ha habido violación.

89. En cuanto a las distinciones básicas entre obligaciones de comportamiento, de resultado y de prevención, enunciadas en los artículos 20, 21, párr. 1 y 23, evidentemente hay argumentos muy fuertes para suprimirlas. Un buen número de gobiernos las han criticado por ser excesivamente detalladas[179], han sido ampliamente criticadas en la doctrina[180] y su relación con conceptos similares en derecho interno es oscura e incluso contradictoria[181].

90. Además, cualquiera que sea su valor analítico, las distinciones parecen referirse al contenido y al sentido de las normas primarias, lo cual puede explicar por qué parecen ser circulares al enunciar las normas secundarias. Por ejemplo, el artículo 20 no parece decir más que, cuando un Estado ha contraído la obligación de comportarse de determinada manera, la incumple si no se comporta de esa manera. La situación respecto de las obligaciones de comportamiento y de prevención puede ser distinta en razón del significado oculto de la expresión «mediante el comportamiento observado» en los artículos 21, párr. 1 y 23. Como explica el comentario, se trata de dar la idea de que, en el caso normal de una obligación de prevención, deben darse dos condiciones para que haya responsabilidad: que el Estado no adopte todas las medidas que tiene a su alcance para prevenir que el acontecimiento tenga lugar y que el acontecimiento tenga lugar en circunstancias tales que, si el Estado hubiese tomado las medidas que estaban a su alcance, no habría tenido lugar (o podría no haber tenido lugar)[182]. Sin embargo, aun en estos casos se plantea la dificultad de que, por más que ésta pueda ser la interpretación natural de una obligación de prevención, no es la única posible. Después de todo, un Estado podría dar seguridades de que un determinado resultado no ha de materializarse, salvo en situaciones de fuerza mayor, o podría dar una garantía incondicional; en otras palabras, podría incluso asumir el riesgo de acontecimientos imprevistos equivalentes a la fuerza mayor. El sentido de una determinada obligación depende de la interpretación de la norma primaria aplicable, pero este proceso de interpretación queda fuera del ámbito del proyecto de artículos. En otras palabras, los artículos 21, párr. 1 y 23 bien son circulares («respecto de las normas primarias de cierto contenido, éste es su contenido») o crean una presunción de la interpretación de ciertas normas primarias, lo cual no corresponde en el proyecto de artículos.

91. Los argumentos para suprimir esas disposiciones son muy de peso, pero debe subsistir aún una duda habida cuenta de la vigencia de los términos empleados[183] y su importancia en algunos casos, como el de determinar cuándo ha habido incumplimiento, así como de la pobreza relativa del marco conceptual del derecho internacional en cuestiones relativas al incumplimiento de obligaciones. Si bien es cierto que no hay que multiplicar innecesariamente las entidades, también hay argumentos que obran en favor de mantener conceptos existentes, por más que su alcance no sea general. La tarea de explicar los conceptos para describir obligaciones internacionales tiene su propia valía; los comentarios de los artículos 20, 21 y especialmente 23 son útiles, si bien hay que modificarlos para dar cabida a las indicaciones que anteceden.

92. Se invita a la Comisión a expresar su parecer acerca de si se ha de mantener la distinción en el texto del capítulo III y, para centrar el debate, el Relator Especial propone un artículo único que incorpora los elementos de la esencia de la distinción[184]. En todo caso, para dejar constancia de su escepticismo, el Relator Especial ha dejado el artículo entre corchetes.

g) *Artículos 18, párrafos 3 a 5, y 24 a 26. Hechos ilícitos consumados y continuos*

93. Los tres últimos artículos del capítulo III se refieren a aspectos distintos del problema de los hechos ilícitos que subsisten en el tiempo (la cuestión del «momento y duración de la violación de una obligación internacional») y su texto es el siguiente:

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

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

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

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado de carácter continuo se producirá en el momento en que comience ese hecho. Sin embargo, el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período durante el cual ese hecho continúe y siga sin estar en conformidad con la obligación internacional.

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

3. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado de carácter complejo, constituido por una sucesión de

formas sea imposible, la otra subsista. En todo caso, las obligaciones de derechos humanos no revisten esta forma.

[179] Véanse los párrafos 56 y 84 *supra*.

[180] Véase el párrafo 59 *supra*.

[181] Véanse los párrafos 57 y 58 *supra*.

[182] *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 81 y 82, párr. 6 del comentario al artículo 23.

[183] No siempre en forma muy ilustrada; véase el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (*C.I.J. Recueil 1997* (nota 51 *supra*), pág. 77, párr. 135), en que, según la Corte, las partes aceptaron «obligaciones de comportamiento, obligaciones de cumplimiento y obligaciones de resultado».

[184] Para los efectos de determinar si ha habido violación (en comparación con la cuestión de la duración de la violación), parece suficiente considerar las obligaciones de prevención en la misma forma que las obligaciones de resultado. Más adelante (véanse los párrafos 132 a 134 *infra*) se hace referencia a la cuestión de si la duración en el tiempo de la violación de obligaciones de prevención requiere una disposición separada.

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

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

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

Como se indicó en párrafos anteriores, conviene examinar en el mismo contexto las disposiciones detalladas de los párrafos 3 a 5 del artículo 18 en que se hacen las mismas distinciones entre hechos ilícitos de carácter continuo, compuesto y complejo[185].

94. Al principio del comentario a esos artículos se señala que el aspecto temporal comprende tanto a la «determinación del momento en que se establece la existencia de la violación de una obligación internacional como la determinación de la duración, o presencia en el tiempo, de esa violación»[186]. Se señalan las diversas consecuencias que pueden derivarse de esas determinaciones, como por ejemplo, la competencia de los tribunales, el carácter internacional de la acción o la aplicación de la doctrina de la prescripción extintiva y, al mismo tiempo, se señala que esos aspectos deben determinarse por remisión a normas jurídicas y no solamente a los hechos[187]. En el caso de los «hechos instantáneos» (por ejemplo, el hecho de derribar un avión de pasajeros), sus efectos pueden prolongarse durante mucho tiempo y ser pertinentes para determinar la gravedad del hecho. Sin embargo, la continuación de esos efectos «no tendrá efectos sobre la determinación de la duración del hecho del Estado que los ha provocado, hecho que continuará siendo, en todo caso, un hecho que no se extiende en el tiempo»[188]. Por ejemplo, en el comentario se afirma que en la decisión de la CPJI en el caso *Phosphates du Maroc*[189], se había considerado que las decisiones de Francia eran instantáneas y no entrañaban un hecho ilícito continuo[190].

95. Con respecto al concepto de hecho ilícito que se extiende en el tiempo a que se refiere el artículo 25, el comentario establece la distinción entre hechos continuos, compuestos y complejos. Un «hecho continuo» es un hecho que «se desarrolla sin cambios durante un período de tiempo más o menos largo: es decir, un hecho que, después de haberse producido, continúa existiendo como tal y no sólo en sus efectos y en sus consecuencias»[191]. Se señala que la existencia del concepto de hecho ilícito de carácter continuo (que es común a varios ordenamientos jurídicos nacionales) en el derecho internacional se debe a Triepel y ha sido aplicado con frecuencia por los tribunales, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[192].

96. Un «hecho compuesto» es un «hecho del Estado formado por una serie de hechos del Estado individuales cometidos con relación a asuntos distintos»[193]. Según el comentario, son hechos «que entrañan una serie de actos que, considerados separadamente, pueden ser lícitos o ilícitos, pero que están vinculados entre sí por una identidad de intención, contenido y efectos, aunque se relacionan con casos específicos distintos»[194]. Como ejemplos se podría mencionar la adopción de una serie de decisiones administrativas que perjudican a los nacionales de un Estado determinado y en las que se establece un régimen discriminatorio o una disposición que impida a esos nacionales participar en una actividad económica, en transgresión de la obligación internacional del Estado anfitrión. Esos hechos colectivamente podrían ser ilícitos, lo sea o no cada una de las decisiones[195]. Algunas normas primarias, las relativas a violaciones sistemáticas de los derechos humanos por ejemplo, requieren que haya una repetición del comportamiento. En esos casos, el primero de la serie de hechos no basta para determinar que se ha cometido un hecho ilícito pero, si le siguen otros hechos semejantes, se considerará que la conducta ilícita constituida por la serie de hechos se ha iniciado con el primero[196].

97. Por último, el concepto de hecho «complejo» se define como «un hecho del Estado constituido por una sucesión de acciones u omisiones de órganos estatales en relación con un mismo asunto»[197]. Un ejemplo típico es la denegación de justicia a un extranjero. Se trata de un hecho complejo porque no está determinado por una sola decisión de un administrador o de un tribunal inferior: «El hecho internacionalmente ilícito 'complejo' es el desenlace global de todos los comportamientos observados en etapas sucesivas, en un caso concreto, por órganos estatales, cada uno de cuyos comportamientos habría podido lograr, pero no ha logrado, el resultado internacionalmente exigido»[198]. Asimismo, ello tiene consecuencias desde el punto de vista de la duración del hecho ilícito. En el caso de un hecho complejo, «[e]l tiempo de perpetración de la violación debe contar desde el momento en que se ha producido la primera acción del Estado que ha creado una situación no conforme al resultado requerido por la obligación hasta el momento en que ha tenido lugar el comportamiento que ha hecho definitivamente irrealizable el resultado de que se trata»[199]. En ese caso, la violación no queda establecida hasta que se realice el último hecho de

[185] Para el texto del artículo 18, véase el párrafo 35 *supra*.

[186] *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 85, párr. 1 del comentario al artículo 24.

[187] Ibíd., pág. 86, párr. 5.

[188] Ibíd., pág. 87, párr. 7.

[189] Fallo, *1938, C.P.J.I série A/B n.° 74*, pág. 10.

[190] *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 88, párr. 10; véase también pág. 90, párr. 5 del comentario al artículo 25. Por las razones que se explican más adelante, el Relator Especial no está de acuerdo con este punto de vista de la decisión (véase el párrafo 146 *infra*).

[191] Ibíd., pág. 89, párr. 2 del comentario al artículo 25.

[192] Ibíd., págs. 90 y 91, párrs. 4 a 7.

[193] Ibíd., pág. 89, párr. 1.

[194] Ibíd., págs. 91 y 92, párr. 9.

[195] Ibíd., pág. 92, párrs. 10 y 11.

[196] Ibíd., párr. 12.

[197] Ibíd., pág. 89, párr. 1.

[198] Ibíd., pág. 93, párr. 15.

[199] Ibíd., pág. 94, párr. 17. El comentario se basa esencialmente en las razones que hizo valer Italia (ibíd., págs. 94 y 95, párr. 18) en el caso *Phosphates du Maroc* (a cuyo respecto véanse la nota 189 *supra* y el párrafo 146 *infra*).

la secuencia, pero se produce desde que comienza la serie de hechos y, por lo tanto, tiene cierto efecto retroactivo.

98. Esta serie de artículos concluye con el artículo 26, que se refiere al momento y la duración de la violación de una obligación de prevenir un acontecimiento. El comentario subraya el paralelismo entre los artículos 26 y 23. Al igual que en el caso de las obligaciones de prevenir un acontecimiento la condición para que haya violación es que se materialice el resultado de que se trata y de ello se desprende que esa materialización «debe ser también necesariamente el elemento decisivo para determinar, en la misma hipótesis, el momento y la duración de dicha violación»[200]. Queda descartada la idea de que incluso el incumplimiento manifiesto e irreversible del deber que tiene el Estado de impedir que se produzca el acontecimiento pueda equivaler a una violación. Ésta no puede darse antes de que ocurra el propio acontecimiento, y «la lógica misma impide considerar que el momento de la violación sea un momento anterior a la realización del acontecimiento»[201]. Pero la situación es distinta una vez que se produce el acontecimiento prohibido. Si éste tiene carácter continuo, «es normal pensar que la obligación de prevenir [su] realización [...] implica [...] la obligación de actuar de modo que se le ponga fin»[202]. Por lo tanto, en el caso de los acontecimientos de carácter continuo, la obligación de prevenir su realización es en sí una obligación continua y su incumplimiento abarcará todo el período durante el cual se mantenga el acontecimiento[203].

i) *Observaciones de los gobiernos acerca de los artículos 18, párrafos 3 a 5, y 24 a 26*

99. Las observaciones de los gobiernos que se refirieron a esos artículos están un tanto divididas. Francia es partidaria de que se incluya el artículo 25 en el proyecto porque en él se establece una útil clasificación de «las violaciones según la forma en que se cometen», pero sugiere que se hagan remisiones a otros párrafos del artículo 18 en que figuren los mismos conceptos[204]. El Reino Unido en cambio:

> se manifiesta preocupado por el hecho de que el proyecto de artículos quizá contenga distinciones demasiado sutiles entre las diferentes categorías de hechos. Espera que la Comisión considere la medida en que es necesario y útil adoptar artículos en los que se definan con gran precisión analítica las diferentes categorías de violaciones. Quizá fuera preferible contar con un concepto más sencillo de violación y dejar que su aplicación en casos concretos se vaya perfeccionando en la práctica de los Estados[205].

En el mismo orden de ideas los Estados Unidos critican los artículos 18 y 24 a 26 porque enuncian:

> una serie compleja de normas abstractas que rigen la calificación del hecho de un Estado como continuo, compuesto o complejo. [...] Sin embargo, leídos conjuntamente esos artículos añaden al proyecto más complejidad de la necesaria y ofrecen posibles escapatorias jurídicas para que los Estados infractores eludan el cumplimiento de sus obligaciones.
>
> […]
>
> Esas disposiciones pueden servir más para complicar que para aclarar la determinación de la responsabilidad[206].

Alemania hace una observación similar en relación con los artículos 24 a 26[207]. Grecia señala que el artículo «se debería redactar de manera más simple y clara»[208].

ii) *Resumen de las cuestiones planteadas*

100. El hecho de determinar cuándo comienza y cuánto dura un hecho ilícito es un problema que en la práctica se plantea con frecuencia y que ha sido objeto de bastante jurisprudencia[209]. En esos casos, el problema que se plantea a menudo no es tanto el de la responsabilidad *per se*, sino más bien el de la competencia del tribunal o de otro órgano, o la admisibilidad de la demanda[210]. Pero existen también posibles consecuencias en el ámbito de la responsabilidad propiamente dicha y, de hecho, el proyecto de artículo 41 se refiere a una consecuencia muy importante relacionada con la cesación del hecho ilícito. Las disposiciones existentes probablemente sean complejas, pero parece necesario que haya por lo menos alguna que regule la cuestión.

101. Se ha propuesto primeramente que se examine la cuestión de determinar cuándo cabe considerar que ha ocurrido un hecho internacionalmente ilícito. Aunque el hecho sea de carácter continuo debe haber un momento determinado en que se origine el hecho ilícito. En segundo lugar, es necesario distinguir entre los hechos consumados (que no se extienden en el tiempo) y los continuos. En tercer lugar, hay que tener en cuenta, en el marco básico establecido por esas distinciones, los nuevos elementos que introducen los conceptos de hecho ilícito compuesto y complejo. En cada contexto es necesario examinar cómo el principio del derecho intertemporal afecta a la responsabilidad en el caso de los hechos continuos, compuestos y complejos. Así en este examen se tendrán en cuenta los párrafos 3 a 5 del artículo 18.

---

200 Ibíd., pág. 96, párr. 1 del comentario al artículo 26. Para el debate sobre el artículo 23, véanse los párrafos 85 a 87 *supra*.

201 Ibíd., párr. 2.

202 Ibíd., pág. 97, párr. 6.

203 Ibíd., párr. 7.

204 *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 25.

205 Ibíd., observaciones sobre el artículo 18. Véase también el párrafo 56 *supra*.

206 Ibíd., donde se cita a Brownlie, *op. cit.*, págs. 197 y 198.

207 Ibíd., observaciones sobre el artículo 24.

208 Documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen), observaciones sobre el artículo 26. Véanse también las observaciones generales de los gobiernos acerca del capítulo III que se resumen en el párrafo 4 *supra*.

209 Véase, por ejemplo, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, fallo, *1924 C.P.J.I., serie A n.° 2*, pág. 35; *Phosphates du Maroc*, fallo, *1938, C.P.J.I. série A/B n.° 74*, págs. 23 a 29; *Compagnie d'electricité de Sofia et de Bulgarie*, fallo, *1939, C.P.J.I. série A/B n.° 77*, págs. 80 a 82; y *Droit de passage sur territoire indien*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1960*, págs. 33 a 36. La cuestión se ha planteado con frecuencia ante los órganos del Convenio europeo de derechos humanos (véase Pauwelyn, *loc. cit.*, págs. 430 a 440): véase, por ejemplo, los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *De Becker* (nota 108 *supra*), págs. 234 y 244; *Irlande* c. *Royaume-Uni*, fallo de 18 de enero de 1978, *série A n.° 25*, pág. 64; *Papamichalopoulos et autres* c. *Grèce*, ibíd., fallo de 24 de junio de 1993, *série A n.° 260-B*, párr. 40; y *Agrotexim et autres* c. *Grèce*, ibíd., fallo de 24 de octubre de 1995, *série A n.° 330 A*, párr. 58.

210 Véase, entre otros, Pauwelyn, *loc. cit.*; Salmon, «Le fait étatique complexe : une notion contestable», y Wyler, «Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite».

iii) *¿Cuándo comienza el incumplimiento de una obligación? Distinción entre el incumplimiento perceptible, inminente o «anticipado» del incumplimiento efectivo de las obligaciones*

102. La primera cuestión que debe determinarse, y que es común a los tres párrafos del artículo, es cuándo hay violación del derecho internacional (que es distinto al hecho de percibir el incumplimiento de la obligación o que éste sea inminente). Es decir, cuándo «ocurre» en primer lugar el hecho ilícito. En principio, se puede responder a la pregunta haciendo referencia a la norma primaria de que se trate. Algunas normas prohíben expresamente las amenazas de realizar determinada conducta[211], la instigación o la tentativa[212], en cuyo caso la amenaza, la instigación o la tentativa en sí constituye un hecho ilícito. La cuestión de si existen normas secundarias generales del derecho internacional que se refieren a hechos ilícitos «secundarios» como la instigación y la complicidad, entre otros, se analizará detenidamente en el contexto del capítulo IV de la primera parte del proyecto de artículos. Por el momento, se trata de determinar cuándo cabe decir, por remisión a la norma primaria, que ha ocurrido un hecho ilícito.

103. Ese problema se planteó en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[213]. Tras la negativa de Hungría de continuar con el proyecto previsto en el tratado bilateral de 1977, Checoslovaquia procedió activamente a planificar y posteriormente construir otro proyecto unilateral (denominado «Variante C»), utilizando las instalaciones que ambos países habían construido conjuntamente para el proyecto original y otras estructuras construidas en su territorio. La Variante C se puso realmente en práctica cuando las aguas del Danubio fueron desviadas por medio de las nuevas instalaciones, en octubre de 1992. La CIJ determinó que el proyecto Variante C era ilícito por varias razones, aunque Hungría hubiera incumplido antes el tratado de 1977. Sin embargo se trataba de determinar en qué momento había habido incumplimiento por parte de Checoslovaquia. Ello era importante, entre otras cosas, porque en mayo de 1992 Hungría había manifestado el propósito de resolver el tratado en razón de la insistencia de Checoslovaquia en construir la Variante C. Hungría señaló que el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 no obstaba para que una de las partes, que a su vez incumpliera el tratado, lo resolviese aduciendo el incumplimiento de la otra parte y afirmó que, para abril de 1992 por lo menos, la decisión de Checoslovaquia de proceder a la desviación ilícita de las aguas del Danubio constituía bien una violación, bien una denuncia del tratado, lo que autorizaba a Hungría a resolverlo[214].

104. La Corte rechazó ese argumento y dictaminó (por mayoría de 9 votos contra 6) que la violación no había ocurrido hasta la desviación propiamente dicha de las aguas del Danubio en octubre. Al respecto señaló que:

> entre noviembre de 1991 y octubre de 1992, Checoslovaquia se limitó a ejecutar, en su propio territorio, las obras que eran necesarias para ejecutar la Variante C, pero que podían haberse abandonado si se hubiera llegado a un acuerdo entre las partes y, por lo tanto, no prejuzgaban la decisión final que debía adoptarse. Si no se hubiese construido unilateralmente la represa del Danubio, la Variante C en realidad no se habría puesto en práctica.
>
> Ese tipo de situación es común en el derecho internacional, e incluso en el derecho interno. Un hecho ilícito o un delito a menudo va precedido de actos preparatorios que no deben confundirse con el propio hecho o delito. Debe establecerse, además, la distinción entre la perpetuación efectiva del hecho ilícito (ya sea instantáneo o continuo) y la conducta previa al hecho, que es de carácter preparatorio y no puede considerarse hecho ilícito[215].

Por consiguiente, la Corte decidió que «Checoslovaquia tenía la facultad de poner en práctica, en noviembre de 1991, la Variante C, siempre y cuando se limitara en ese momento a emprender obras que no prejuzgaran la decisión final que ésta debía adoptar. En cambio, Checoslovaquia no tenía derecho a poner en práctica esa Variante a partir de octubre de 1992»[216]. Como Hungría había manifestado su propósito de resolver el tratado en mayo de 1992, antes de que Checoslovaquia lo incumpliera y antes de que Hungría hubiera sufrido pérdidas como consecuencia de la conducta de Checoslovaquia, esa resolución del tratado era «prematura» y carente de efecto[217].

105. En todo caso, según la Corte, Hungría se habría quedado sin hacer valer el incumplimiento por Checoslovaquia ya que era a su vez responsable de una violación anterior relacionada con el mismo tratado[218]. Este aspecto del caso tiene que ver con la denominada *exceptio non*

---

[211] En particular el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas prohíbe que se recurra a la «amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado». Véase qué constituye una amenaza al uso de la fuerza en *Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1996*, págs. 246 y 247, párrs. 47 y 48; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996*, pág. 111. Véase asimismo Sadurska, «Threats of force».

[212] Al respecto, la formulación del artículo III de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio es bastante amplia ya que prohíbe, además del genocidio propiamente dicho, la asociación delictiva, la instigación directa y pública, la tentativa y la complicidad. Desde luego que el artículo III apunta principalmente a la responsabilidad penal individual; pero en el caso *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ señaló que «la referencia que hace el artículo IX a la responsabilidad de un Estado que comete un delito de genocidio o cualquiera de los otros enumerados en el artículo III no excluye ningún tipo de responsabilidad del Estado» (Excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 616, párr. 32; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996*, pág. 123). Ello implica que los propios Estados pueden ser directamente responsables de instigación, asociación delictiva, complicidad y tentativa.

[213] *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 7.

[214] En algunos ordenamientos jurídicos, el concepto de «incumplimiento anticipado» se utiliza para referirse a la negativa categórica de una de las partes a cumplir una obligación contractual antes del plazo fijado para su cumplimiento. El incumplimiento anticipado de una de las partes faculta a la otra parte a resolver el contrato e interponer una acción por daños y perjuicios. Véanse los asuntos *Frost* v. *Knight* (1872) LR 7 Ex 111, y *White and Carter (Councils) Ltd.* v. *McGregor* [1962] AC 413; y Zweigert y Kötz, *op. cit.*, págs. 543 y 544. Otros ordenamientos llegan a conclusiones parecidas sin utilizar ese concepto; por ejemplo, interpretan la negativa de cumplir la obligación manifestada antes de la fecha establecida para su cumplimiento como una «infracción positiva del contrato»: ibíd., pág. 531 (derecho alemán). No parece haber un concepto equivalente en el derecho internacional, pero según el párrafo 3, apartado *a* del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, la definición de una violación grave de un tratado incluye «[u]n rechazo [...] no admitido por la presente Convención», y está claro que ese rechazo puede ocurrir antes de la fecha establecida para el cumplimiento de la obligación.

[215] *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 54, párr. 79, en que se cita el comentario del proyecto de artículo 41. Seis magistrados —Schwebel (presidente), Bedjaoui, Ranjeva, Herczegh, Fleischhauer y Rezek— expresaron su desacuerdo.

[216] Ibíd., pág. 57, párr. 88.

[217] Ibíd., págs. 66 y 67, párrs. 108 y 109.

[218] Ibíd., pág. 67, párr. 110.

adimpleti contractus, y se examinará en el contexto del capítulo V de la primera parte.

106. Por lo tanto, la CIJ hizo una distinción entre el hecho ilícito propiamente dicho y los actos preparatorios. Esos actos en sí no constituyen una violación si no «predeterminan la decisión final que ha de adoptarse»[219]. Sin embargo, el hecho de que ello suceda en una situación dependerá de los hechos del caso y del contenido de la norma primaria. Se plantearán cuestiones de valoración y grado que no es posible determinar por adelantado recorriendo a una fórmula. El uso de las palabras «se producirá» en los artículos 24 a 26 parece ser apropiado para ello.

iv) *¿Cuándo continúa el incumplimiento de una obligación? La distinción entre hecho ilícito continuo y hecho ilícito consumado*

107. La segunda cuestión se refiere a la distinción entre el hecho ilícito que se extiende en el tiempo y el que no lo hace. Para ser más precisos, cabría hacer dos distinciones, una entre los hechos ilícitos que ocurren y se consuman en un momento determinado y los que requieren cierto tiempo para su realización y, la otra, entre los hechos ilícitos que se han consumado (aunque sus efectos pueden continuar) y los que tienen un carácter continuo. El proyecto de artículos, especialmente los artículos 24 y 25, parece incorporar ambas ideas.

108. No cabe duda alguna de que un hecho ilícito puede cometerse en un instante, el instante en que se confiscan bienes en aplicación de la ley, por ejemplo, o entra en vigor una ley. Se trata del *punctum temporis* del abogado en el que se transfiere la propiedad de una parte a otra o se realiza cualquier otro «acto jurídico». Esos actos para el derecho pueden ser instantáneos, pero es poco común que no se prolonguen por lo menos durante cierto tiempo. Sin embargo, no está claro que la distinción entre un hecho que ocurre en un instante y uno que se consuma después de cinco segundos, cinco minutos o cinco horas pueda tener alguna importancia a los efectos de determinar la responsabilidad de un Estado. A efectos prácticos parece más importante establecer la distinción entre los hechos ilícitos consumados y los continuos, si bien esa distinción es relativa; un hecho ilícito continuo es un hecho ilícito que todavía no se ha consumado en el momento de que se trata.

109. Con ello no se pretende restar importancia a la distinción entre hechos ilícitos continuos y hechos ilícitos consumados, sino más bien situarla en el contexto apropiado. En el análisis, no exhaustivo, que se hace a continuación resulta evidente que esa distinción es importante y tiene consecuencias jurídicas:

a) El arbitraje relativo al *Rainbow Warrior* se refería al hecho de que Francia no hubiese detenido durante un período de tres años a dos agentes en la isla francesa de Hao situada en el Océano Pacífico, según el acuerdo establecido entre Francia y Nueva Zelandia para solucionar el incidente relacionado con el *Rainbow Warrior*. El Tribunal de Arbitraje se refirió con aprobación al artículo 24 y al párrafo 1 del artículo 25 del proyecto de artículos y la distinción entre hechos ilícitos instantáneos y continuos[220] y señaló lo siguiente:

> Aplicando esta clasificación a la causa de autos, resulta evidente que el incumplimiento de la obligación de enviar de vuelta a Hao a los dos agentes constituye no sólo una grave violación del acuerdo sino también una violación de carácter continuo.
>
> La clasificación no es meramente teórica y, por el contrario, tiene consecuencias prácticas ya que la gravedad de la violación y su prolongación en el tiempo tienen gran importancia en la determinación de la indemnización por una violación que presente esas dos características[221].

De hecho el Tribunal procedió seguidamente a sacar otras conclusiones jurídicas de esa distinción, con respecto a la duración de las obligaciones contraídas por Francia en virtud del acuerdo:

> El hecho de caracterizar la violación como un acto que se extiende o continúa en el tiempo, de conformidad con el artículo 25 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados [...] confirma la conclusión anterior relativa a la duración de las obligaciones pertinentes de Francia asumidas en virtud del primer acuerdo [...]. Francia incurrió en incumplimiento continuo de sus obligaciones, sin interrupción ni suspensión, durante todo el período en que los dos agentes permanecieron en París en violación del acuerdo.
>
> Si el incumplimiento fue un hecho continuo [...] ello significa que la obligación incumplida tenía también carácter continuo e ininterrumpido. El «tiempo durante el cual se incumplió la obligación» fue un período ininterrumpido, que no fue y no podía ser intermitente [...]. Como el incumplimiento se inició el 22 de julio de 1986, debe terminar el 22 de julio de 1989, fecha en que expira el plazo de tres años fijado.
>
> Por lo tanto, si bien Francia sigue siendo responsable de las violaciones ocurridas antes del 22 de julio de 1989, no cabe decir hoy que Francia esté incumpliendo *actualmente* sus obligaciones internacionales[222].

b) El concepto de hecho ilícito continuo también ha sido aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para declararse competente *ratione temporis* para conocer en una serie de asuntos (como se señala en el comentario). La cuestión se plantea porque la competencia del Tribunal puede verse limitada a hechos que ocurran después de que el Estado demandado se haya hecho parte en el Convenio o en el Protocolo pertinente y haya aceptado el derecho de petición de los particulares. Así, en el asunto *Papamichalopoulos* c. *Grèce*, la confiscación de bienes en que no se observó el procedimiento de expropiación ocurrió unos ocho años antes de que Grecia reconociera la competencia del Tribunal. El Tribunal determinó que había habido una violación continua del derecho al disfrute pacífico de los bienes, previsto en el artículo 1 del Primer Protocolo y, por lo tanto, se declaró competente para conocer de la demanda[223].

c) En el asunto *Loizidou* c. *Turquie* el Tribunal aplicó un razonamiento parecido con respecto a las consecuencias de la invasión turca de Chipre en 1974, a raíz de lo cual se negó a la demandante el acceso a sus bienes en Chipre septentrional. Turquía aducía que, según el artículo 159 de la Constitución de 1985 de la República Turca de Chipre Septentrional (RTCS), los bienes en cuestión habían sido expropiados y ello había ocurrido

[219] Ibíd., pág. 54, párr. 79.

[220] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), pág. 264, párr. 101.

[221] Ibíd.

[222] Ibíd., págs. 265 y 266. Sin embargo, véase la opinión en disidencia de Sir Kenneth Keith (ibíd., págs. 279 a 284).

[223] Véase la nota 209 *supra*.

antes de que Turquía aceptara la competencia del Tribunal en 1990. El Tribunal determinó que, conforme al derecho internacional y teniendo en cuenta las resoluciones del Consejo de Seguridad en la materia, no podía atribuir efectos jurídicos a la Constitución de 1985 de la RTCS, de modo que la expropiación no se había producido en ese momento y los bienes seguían perteneciendo a la demandante. La negativa de la RTCS y las tropas turcas a dar a la demandante acceso a sus bienes continuó después de que Turquía aceptara la competencia del Tribunal y constituyó una violación del artículo 1 del Primer Protocolo[224]. Sin embargo, el magistrado Bernhardt, en una opinión disidente compartida en lo esencial por algunos miembros del Tribunal, enfocó de otra forma la distinción entre una violación consumada y una continua y manifestó:

> Los órganos del Convenio han aceptado el concepto de «violaciones continuas». [...] [E]stoy plenamente de acuerdo con ese concepto, pero hay que tener en cuenta su ámbito de aplicación y sus límites. Si se mantiene en prisión a una persona antes y después de la fecha crítica [...] el hecho fundamental [...] es la conducta real de los órganos estatales, que es incompatible con los compromisos contraídos en virtud del Convenio europeo [...]. La situación de hecho y de derecho es [...] distinta cuando algunos acontecimientos históricos han originado una situación como la del cierre de fronteras, que tiene automáticamente consecuencias en un gran número de casos. En el asunto de que se trata, los hechos decisivos se remontan al año 1974. Desde entonces, la Sra. Loizidou no ha podido visitar su propiedad en Chipre septentrional. Esa situación existía antes y sigue existiendo después de la aprobación de la Constitución de la denominada República Turca de Chipre Septentrional [...]. Turquía reconoció la competencia del Tribunal únicamente «con respecto a hechos [...] que ocurrieron después de la fecha en que se depositó la presente declaración»; a mi juicio el cierre de la frontera en 1974 constituye el hecho esencial y la situación subsiguiente hasta el momento actual no debe quedar comprendida en el concepto de «violación continua»[225].

d) El Comité de Derechos Humanos también ha aprobado el concepto de hechos ilícitos continuos. Por ejemplo, en el asunto *Sandra Lovelace* c. *Canadá*, determinó que tenía competencia para examinar los efectos continuos que entrañaba para la solicitante la pérdida de su condición de miembro del grupo, aunque ello hubiera ocurrido al momento de casarse en 1970 y el Canadá hubiera aceptado la competencia del Comité en 1976. El Comité indicó que:

> por regla general, el Comité no es competente para examinar comunicaciones relativas a acontecimientos ocurridos antes de la entrada en vigor del Pacto y el Protocolo Facultativo. [...] De ello se desprende que, en el caso de Sandra Lovelace, el Comité no es competente para formular ninguna observación sobre la causa inicial de la pérdida de su condición de india [...] en el momento de su matrimonio, en 1970.
>
> El Comité reconoce, sin embargo, que la situación puede ser diferente si las presuntas violaciones, aunque relacionadas con acontecimientos ocurridos antes del 19 de agosto de 1976, persisten, o si después de esa fecha surten efectos que, por sí mismos, constituyen violaciones[226].

El Comité determinó que los efectos continuos de la legislación canadiense, al impedir a Lovelace ejercer sus derechos como miembro de un grupo minoritario, bastaban para constituir una violación del artículo 27 del Pacto después de esa fecha. En ese caso el concepto de violación continua era pertinente no sólo con respecto a la competencia del Comité sino también para determinar que el artículo 27 era la disposición del Pacto directamente aplicable a la solicitante.

e) En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[227], tanto la negativa de Hungría a continuar con el proyecto como la construcción y puesta en marcha de la Variante C por parte de Checoslovaquia constituyen hechos ilícitos continuos y ello tuvo consecuencias en varios sentidos. Por ejemplo, la Variante C se puso en marcha, en el contexto de un hecho ilícito continuo por parte de Hungría y tuvo varias consecuencias con respecto a la supervivencia del tratado de 1977[228]. Eslovaquia, al ser creada el 1.º de enero de 1993, se vio enfrentada a una conducta ilícita continua de ambas partes en el tratado; por consiguiente, la situación era distinta a lo que habría imperado si Eslovaquia hubiese heredado accidentalmente las consecuencias o los efectos de hechos ilícitos cometidos y consumados anteriormente[229].

110. Esos ejemplos indican que el comportamiento que haya comenzado en determinado momento en el pasado y haya constituido (o, si la norma primaria pertinente hubiese estado vigente para el Estado en ese momento habría constituido) una violación en ese momento puede continuar y dar lugar a un hecho ilícito continuo en el presente. Además este carácter continuo puede tener importancia jurídica para diversos fines, incluso con respecto a la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, la obligación de hacer que cese el comportamiento, prevista en el artículo 41, se aplica únicamente a los hechos ilícitos continuos. Ello sirve de fundamento suficiente para incluir en el capítulo III la distinción entre los hechos ilícitos consumados y continuos.

111. Podría objetarse, sin embargo, que es imposible definir el concepto de hecho ilícito continuo o que sólo puede definirse en relación con la norma primaria pertinente. Desde luego que el artículo 25, que se refiere únicamente a «un hecho del Estado de carácter continuo», no pretende establecer una definición. Tanto la norma primaria como las circunstancias del caso son importantes para determinar si el hecho ilícito tiene carácter continuo y es probable que no se pueda formular una definición detallada en abstracto. En cambio, en el comentario se puede impartir orientación al respecto; además, la dificultad que supone establecer una distinción válida en determinados casos no es motivo para prescindir de ella.

112. Por lo tanto, no es necesario que la Comisión adopte una posición con respecto a las cuestiones sustantivas que han dado lugar a desacuerdo en algunos de los asuntos antes mencionados[230]. Por ejemplo, en el asunto del

---

[224] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Loizidou* c. *Turquie*, fallo de 18 de diciembre de 1996 (fondo), *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI (Consejo de Europa, Estrasburgo, 1996), págs. 12 a 14, párrs. 41 a 47, y págs. 19 y 20, párrs. 63 y 64. Véase también ibíd., fallo de 23 de marzo de 1995, *série A n.º 310* (excepciones preliminares), págs. 33 y 34, párrs. 102 a 105.

[225] Fallo de 18 de diciembre de 1996 (véase la nota 224 *supra*), págs. 24 y 25, párr. 2. En lo esencial estuvieron de acuerdo los magistrados Lopes Rocha, Jambrek, Pettiti, Baka y Gölcüklü.

[226] Comité de Derechos Humanos, comunicación n.º R.6/24, *Lovelace* c. *Canadá*, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/36/40), anexo XVIII, párrs. 10 y 11.

[227] Véase la nota 51 *supra*.

[228] Véanse los párrafos 103 a 108 *supra*.

[229] Véase el párrafo 104 *supra*.

[230] Tampoco es necesario que la Comisión adopte una posición categórica con respecto a una cuestión en la que no han estado de acuerdo dos Relatores Especiales anteriores, a saber, si la expropiación

Rainbow Warrior, el Tribunal utilizó el párrafo 1 del artículo 25 como fundamento para declarar que la obligación de Francia de detener a los dos oficiales en la isla de Hao había terminado en 1989. Normalmente la obligación de hacer algo antes de una fecha determinada se interpretaría en el sentido de comprender dos obligaciones distintas (hacer algo y hacerlo en el momento oportuno), pero el hecho de no hacerlo en una determinada fecha (sea o no excusable) no da por terminada la obligación. Por el contrario, el Estado normalmente estaría incumpliendo en forma continua la obligación principal una vez vencido el plazo para cumplirla[231]. Es cierto, como sostuvo Francia en ese caso, que «no hay una norma de derecho internacional que prolongue una obligación por el hecho de que se haya incumplido»[232]; esta es una cuestión de interpretación de la norma primaria pertinente. Normalmente no se consideraría «completada» una obligación de mantener una situación durante un período determinado si se hubiese incumplido durante todo ese período. En todo caso, cualquiera que sea la interpretación más correcta de la norma primaria, las normas secundarias de responsabilidad del Estado no tienen nada que ver con la cuestión[233].

113. En síntesis, a juicio del Relator Especial, la importancia del concepto de hecho ilícito continuo justifica claramente la necesidad de mantener disposiciones como las del artículo 24 y el párrafo 1 del artículo 25. Como esas disposiciones se refieren a una sola distinción práctica, quizás podrían combinarse en un solo artículo[234].

v) *El principio intertemporal en relación con los hechos ilícitos continuos: el artículo 18, párrafo 3 en relación con el artículo 25, párrafo 1*

114. Queda por examinar cómo se aplica el principio intertemporal a los hechos de carácter continuo. Según el párrafo 3 del artículo 18, un hecho de carácter continuo viola una obligación únicamente «en lo que se refiere al período durante el cual, hallándose la obligación en vigor respecto de ese Estado, se desarrolle el hecho». Ello obviamente es cierto con respecto a las consecuencias de un hecho continuo. Si la obligación deja de existir, no puede haber posteriormente una nueva violación o una violación continua[235]. Por consiguiente, en el arbitraje sobre el asunto del *Rainbow Warrior*, el desacuerdo se refería a si la obligación había expirado después del período de tres años y no a las consecuencias jurídicas en caso de que hubiera expirado[236].

115. La posición con respecto a los períodos anteriores a la entrada en vigor de la obligación también es clara. Según el principio establecido en el párrafo 1 del artículo 18, el comportamiento del Estado constituye un hecho internacionalmente ilícito únicamente si la norma aplicable estaba en vigor para ese Estado en el momento del comportamiento[237]. En los distintos casos examinados en párrafos anteriores, la norma en cuestión no estaba en vigor para el Estado en el momento en que se inició el comportamiento ilícito, o bien el tribunal no tenía competencia respecto del Estado en ese momento y, por lo tanto, no estaba en condiciones de determinar su responsabilidad. Sin embargo, el párrafo 1 del artículo 25 no se refiere a ese caso. Dispone que la violación mediante un hecho de carácter continuo «se producirá en el momento en que comience ese hecho», lo que no es cierto si la norma no está en vigor en ese momento[238]. El párrafo 1 del artículo 25 debe ser objeto de esa salvedad y la cuestión puede explicarse detalladamente en el comentario. De hacerlo, el texto del párrafo 1 del artículo 25 («y siga sin estar en conformidad con la obligación internacional») parece suficiente para resolver el problema intertemporal del hecho ilícito continuo, en cuyo caso podría suprimirse el párrafo 3 del artículo 18, que no sería necesario.

vi) *La distinción entre los hechos compuestos y complejos: artículo 18, párrafos 4 y 5, y artículo 25, párrafos 2 y 3*

116. Distinta es la cuestión de si hay que mantener la otra distinción que figura en los párrafos 2 y 3 del párrafo 25, entre hechos compuestos y complejos (y las disposiciones conexas de los párrafos 4 y 5 del artículo 18 relativos a las cuestiones intertemporales). Como se señaló en párrafos anteriores, un hecho compuesto se define como un «hecho del Estado compuesto de una serie de acciones u omisiones relativas a casos distintos»; a diferencia de un «hecho complejo», que está constituido por «una sucesión de acciones u omisiones de los mismos órganos o de órganos diferentes del Estado que intervengan

constituye un hecho ilícito consumado o continuo. Véase *Anuario… 1988*, vol. II (primera parte), pág. 7, documento A/CN.4/416 y Add.1, con referencias a la labor anterior de la Comisión. En cierta medida ello depende también del contenido de la norma primaria que presuntamente se ha infringido, y desde luego depende de los hechos. A juicio del actual Relator Especial, cuando la expropiación se realiza observando el procedimiento jurídico correspondiente, mediante el cual se transfiere el derecho sobre la propiedad de que se trata en virtud de la *lex loci* y se toma posesión del bien, la expropiación en sí constituye un hecho consumado. Sin embargo, la situación con respecto a una ocupación «gradual» o encubierta puede ser muy diferente: véase el asunto *Papamichalopoulos et autres* c. *Grèce*, examinado en el párrafo 109, apdo. *b supra*. Excepcionalmente puede justificarse el hecho de que un tribunal (como en el asunto *Loizidou* c. *Turquie*, mencionado en el párrafo 109, apdo. *c supra*), se niegue a reconocer en absoluto una ley o un decreto, con lo cual la denegación de la condición, el derecho de propiedad o la posesión podría dar por resultado la continuación del hecho ilícito. El ejemplo muestra que cada caso es complejo y que es poco prudente tratar de definir detalladamente las cuestiones de interpretación y aplicación en el proyecto de artículos.

[231] La situación quizás sería distinta si la conducta exigible no tuviera ninguna utilidad para el obligado después de la fecha; por ejemplo, la obligación de informar a otro Estado de la intención de hacer algo antes de hacerlo.

[232] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), pág. 265.

[233] En el caso *Projet Gabcikovo-Nagymaros* (véase la nota 51 *supra*), Hungría no discutió (y obviamente no podía haberlo hecho) que su obligación de construir instalaciones había vencido porque el plazo para hacerlo había expirado. Los efectos de las circunstancias que excluyen la ilicitud debido al plazo para el cumplimiento de la obligación se examinarán en el capítulo V.

[234] Véase el texto propuesto en el párrafo 158 *infra*.

[235] En cambio, pueden plantearse cuestiones relacionadas con la indemnización, pero no siempre resulta fácil establecer la distinción entre la cesación y la indemnización. La cuestión se examina en el contexto del artículo 41.

[236] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), pág. 266. Véase la opinión disidente de Sir Kenneth Keith, págs. 279 a 284.

[237] Véanse los párrafos 38 a 44 *supra*.

[238] Evidentemente se trata de un descuido de redacción, ya que en el comentario al artículo 25 se expone claramente (*Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 89 y 90, párr. 3, nota 435).

en un mismo asunto». Un ejemplo de hecho compuesto sería la adopción de una política de *apartheid*, que supone una conducta sistemática de un gobierno con respecto a un grupo racial y que se manifestaría en toda una serie de actos. Ello podría compararse con un acto de discriminación racial contra una persona, que podría constituir perfectamente un hecho complejo en razón de la colusión de los distintos órganos o del comportamiento contrario a esa persona durante cierto período, pero se tratará del «mismo» caso durante todo el período. Cabe señalar que algunos de los hechos ilícitos más graves en el derecho internacional se definen en función de su carácter compuesto. Así ocurre no sólo en el caso del genocidio y el *apartheid* sino también, por lo general, en el de los crímenes de lesa humanidad[239].

117. Ese análisis demuestra que es posible establecer una distinción entre hechos compuestos y complejos y también que, para establecer esa distinción es fundamental centrarse en la norma primaria pertinente. El problema consiste naturalmente en que el proyecto de artículos no apunta a especificar las normas primarias. Las diferentes clasificaciones de las normas primarias pueden ser útiles, pero se incluyen en el proyecto de artículos únicamente en la medida en que tengan *consecuencias* en el ámbito de la responsabilidad. Además, por la manera en que se formula, la distinción entre hechos compuestos y complejos no se refiere al contenido de la norma primaria. Se trata de una clasificación de hechos que infringen cualquier tipo de norma. Lo mismo ocurre respecto de la distinción entre los hechos ilícitos continuos y consumados aunque, como se ha observado, se trata de una distinción útil y actualmente aceptada para determinar la responsabilidad. ¿Sucede lo mismo con los hechos compuestos o complejos?

118. Antes de responder esa pregunta, es necesario establecer una distinción entre los *elementos* de un hecho ilícito y los medios de prueba que podrían requerirse para demostrar que el hecho ha ocurrido. Por ejemplo, un solo acto de discriminación racial es ilícito, pero podría ser necesario presentar pruebas de una serie de actos de funcionarios del Estado (contra la misma persona u otras personas en situación parecida) para demostrar que alguno de ellos ha sido discriminatorio y no obedecía a motivos legítimos. En otras palabras, en esencia esa discriminación no constituye un acto compuesto y ni siquiera, necesariamente, un acto complejo, pero a efectos de demostrarlo podría ser necesario allegar pruebas de que esa práctica constituye un acto de esa índole. Por lo tanto, en la práctica resulta difícil hacer una distinción clara y coherente entre los hechos complejos y compuestos y esa dificultad se ve agravada por el texto del párrafo 2 del artículo 25, que se refiere a la realización de la acción o la omisión «que determine la existencia del hecho compuesto»; la palabra «determine» podría confundirse con la palabra «pruebe», que evidentemente no es lo que se quiere.

[239] La opinión más acertada es que el *apartheid* constituye un caso especial de crimen de lesa humanidad: véase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7, párrs. 1, apdo. *j* y 2, apdo. *h*.

vii) *Planteamiento de los hechos compuestos en los artículos 18, párrafo 4, y 25, párrafo 2*

119. En el proyecto de artículos se hacen planteamientos en relación con los «hechos compuestos»:

a) Según el artículo 25, párr. 2 un hecho compuesto «se producirá en el momento en que se realice la acción u omisión de la serie que determine la existencia del hecho compuesto». Por las razones expuestas, tal vez sería más adecuada la redacción siguiente: «cuando se realice la acción u omisión que, considerada junto con las que la hayan precedido, sea suficiente para constituir el hecho compuesto»;

b) Sin embargo, «el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período desde la primera de las acciones u omisiones que [...] constituyan el hecho compuesto [...] mientras se repitan esas acciones u omisiones» (art. 25, párr. 2);

c) Según el artículo 18, párr. 4 en ese caso «habrá violación de esa obligación si tal hecho puede considerarse constituido por las acciones u omisiones que hayan tenido lugar dentro del período durante el cual la obligación se halle en vigor respecto de ese Estado».

120. No resulta del todo fácil conciliar esos planteamientos. Si el hecho únicamente «se produce» cuando se produce el aspecto de la «serie» que determina la existencia del hecho compuesto, ¿ha de considerarse necesariamente que el hecho compuesto ha comenzado en una fecha anterior? (La posición sería ciertamente diferente si las palabras «determine la existencia» significaran «demuestre la existencia», lo cual, sin embargo, induciría a confusión por las razones aducidas.) En particular, la formulación y el objeto de la norma primaria dependen no sólo de si un hecho compuesto se considera constituido por el hecho primero, quinto o enésimo de una serie (cuestión que acertadamente se deja sin resolver en el proyecto de artículos), sino también de si, una vez constituido, el período de la violación guarda relación con la primera de esas acciones u omisiones.

121. Es conveniente examinar esas cuestiones tomando algunos ejemplos concretos como referencia. En este caso, se plantea la dificultad de que prácticamente todo el análisis de los hechos compuestos se ha basado en ejemplos de normas primarias que definen hechos ilícitos sistemáticos. Una norma primaria sistemática es la que define la ilicitud de un hecho en función de su carácter compuesto o sistemático (la proscripción del genocidio, del *apartheid* o de los crímenes de lesa humanidad, de los hechos sistemáticos de discriminación racial, etc.). No obstante, como se ha indicado anteriormente, el artículo 25, párr. 2 no se limita a la violación de las obligaciones generadas por esas normas. Así pues, es necesario exponer ejemplos de normas primarias sistemáticas y no sistemáticas con objeto de delimitar el concepto de «hecho compuesto ilícito».

122. La prohibición del genocidio, formulada en términos idénticos en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y en instrumentos más

recientes[240], constituye un buen ejemplo de norma primaria «sistemática», en el sentido de que da a entender, e incluso plantea realmente como exigencia, que la entidad responsable (incluso un gobierno) ha de haber adoptado una política o práctica sistemática y que cada uno de los actos de homicidio, es decir, los que conjuntamente constituyan un genocidio, no serán constitutivos de tal considerados de manera independiente. Según el artículo II, apdo. *a*, de esa Convención, se entiende básicamente por «genocidio» la «matanza de miembros» de un grupo nacional, étnico, racial o religioso con la intención de destruir total o parcialmente a ese grupo. Los dos elementos de la definición contienen elementos sistemáticos. El hecho de dar muerte a una persona, cualquiera que sea el motivo, no es genocidio, ya que ha de darse muerte a numerosas personas[241]. Y ha de realizarse con el propósito pertinente, encaminado a eliminar físicamente al grupo. A este respecto, la idea del hecho ilícito compuesto que se indica en los artículos 18, párr. 4, y 25, párr. 2, parece totalmente apropiada. El genocidio no se comete en tanto no se haya producido una acumulación de actos causantes de muertes, daños, etc., cometidos con el propósito pertinente, con arreglo a la definición del artículo II. No obstante, una vez que se ha atravesado ese umbral, cabe afirmar que el tiempo de la comisión abarca la totalidad del período durante el que se cometió cualquiera de los actos. Dando por sentado que el derecho intertemporal se aplica al genocidio, cabe afirmar asimismo razonablemente que el genocidio se comete si los actos realizados a partir del momento de vigencia de la Convención tenían suficiente entidad para constituir un genocidio[242].

123. Considérese, por otra parte, el caso de una obligación simple de un acuerdo bilateral sobre aguas limítrofes, a cuyo tenor cada una de las partes se compromete a no extraer más de un determinado volumen de agua de un río fronterizo durante el año civil. Puede darse el caso de que una de las partes autorice a diferentes usuarios a extraer mensualmente determinada cantidad de agua, lo que (aunque no constituya de por sí una conducta ilícita con arreglo al acuerdo) bien puede dar lugar a que el total de agua extraída durante el año rebase el cupo. El comportamiento del Estado equivale a un hecho compuesto según la definición del artículo 25, párr. 2, pero cabe preguntarse si toda la serie de actos ha de considerarse ilícita. El planteamiento de la mayoría de los magistrados en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[243] indica que, por lo menos hasta que se produzca el hecho que predetermina la decisión definitiva de rebasar el cupo, no se habrá cometido ningún acto ilícito. Ciertamente, puede darse el caso de que no se cometa ningún hecho ilícito hasta que se rebase realmente el cupo, por más que se tenga la certeza de que tendrá lugar ese resultado. En la hipótesis de que tenga lugar, ¿cabe afirmar que la violación comenzó con la primera extracción de agua en el mes de enero? En caso de que el Estado manifieste el propósito expreso de infringir el tratado y conceda, pues, permisos mensuales, tal vez cabría afirmar que la violación comenzó en el mes de enero. No obstante, la definición de hecho compuesto del artículo 25, párr. 2, no exige que exista ese propósito previo; el hecho se produce si hay «una serie de acciones u omisiones relativas a casos distintos»; además, en el ejemplo expuesto, la violación puede ocurrir de manera fortuita, en caso de que las diferentes autoridades regionales encargadas de los recursos hídricos no coordinen su política de concesión de licencias o se den otras razones. No cabe duda de que se produce una violación cuando se rebasa el cupo anual, si bien cabe preguntarse si hay razones para afirmar con antelación, en las normas secundarias sobre la responsabilidad de los Estados, que la violación comenzó con el primer acto de la serie. ¿Acaso no depende de la formulación y el propósito de la norma primaria?

124. Esos ejemplos indican que, en el caso de los hechos compuestos, es preciso distinguir entre las obligaciones simples y las obligaciones compuestas o sistemáticas. El mero hecho de que una obligación simple resulte infringida en virtud de un hecho compuesto no parece ser razón suficiente para considerar que la violación es diferente. No cabe duda de que es más probable que los hechos compuestos den lugar a infracciones continuas, si bien los hechos simples puede también causarlas (por ejemplo, la detención de un diplomático). Sin embargo, la situación es diferente cuando la propia obligación (y, por ende, la norma primaria subyacente) se concentra en el carácter acumulativo del comportamiento como elemento esencial del hecho ilícito. Así pues, el *apartheid* tiene una índole distinta de los hechos aislados de discriminación racial, distinción que también se da entre el genocidio y las matanzas aisladas, aun cuando éstas se produzcan por motivos étnicos.

125. Esa distinción fue establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Irlande* c. *Royaume-Uni*. Irlanda denunciaba una práctica de trato ilícito de los reclusos en Irlanda del Norte, que, según afirmaba, equivalía a tortura o a tratos inhumanos o degradantes, lo que dio lugar a que el asunto se considerara admisible. Ello produjo diversas consecuencias por lo que

[240] Véase, por ejemplo, el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, art. 4; el Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, art. 2; y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 6.

[241] Como reconoció el magistrado Lauterpacht en el caso *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, reconvenciones, providencia de 17 de diciembre de 1997, *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 282. Eso no significa que sería necesariamente inocente el guardián de un campo de concentración que participó en actos de genocidio, pero que fue responsable personalmente de la muerte de un solo miembro del grupo: ese comportamiento, si se observa con determinado propósito, constituiría claramente un acto de complicidad en un genocidio, en violación del artículo III, apdo. *e* de la Convención.

[242] Sin embargo, es sumamente dudoso que el derecho intertemporal se aplique a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio como tal, dado que, de conformidad con el artículo 1 de la Convención, ésta tiene carácter declaratorio y, por consiguiente, es probable que la obligación de entablar actuaciones se refiera al genocidio, cualquiera que sea el momento en que se hayan cometido los actos correspondientes. La CIJ actuó claramente partiendo de esa base en el caso *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *C.I.J. Recueil 1996* (nota 212 *supra*), pág. 617, párr. 34. También es de destacar que, incluso en el caso de una nueva obligación sustantiva, el comportamiento observado antes de la entrada en vigor de la obligación podría ser pertinente en calidad de hecho, como, por ejemplo, a los efectos de determinar el propósito. Ello es especialmente cierto cuando la objeción *ratione temporis* guarda relación únicamente con la competencia de la corte o el tribunal y no con el contenido del derecho aplicable: véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Zana* c. *Turquie*, fallo de 25 de noviembre de 1997, *Recueil des arrêts et décisions* (Consejo de Europa, Estrasburgo, 1997). Véase también la nota 88 *supra*.

[243] Párr. 106 *supra*.

respecta al procedimiento y a los recursos. En particular, no había que cumplir la norma del agotamiento de los recursos internos en relación con cada uno de los casos que, según se afirmaba, formaban parte de la práctica observada. No obstante, el Tribunal consideró que no se había producido ningún hecho ilícito independiente de carácter sistemático. Se trataba simplemente de que Irlanda estaba facultada para denunciar una práctica constituida por una serie de violaciones del artículo 7 del Convenio y para pedir que se le pusiera fin. El Tribunal manifestó que:

> Una práctica incompatible con el Convenio consiste en una acumulación de transgresiones idénticas o análogas que, por ser suficientemente numerosas y estar suficientemente interrelacionadas, equivalen no simplemente a casos aislados o excepciones, sino también a un patrón o sistema; *una práctica no constituye por sí misma una transgresión separada de las anteriores*[*].
>
> […]
>
> El concepto de práctica reviste especial importancia para la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos. Esa norma, consignada en el artículo 26 del Convenio, se aplica a las denuncias de los Estados [...] del mismo modo que a las denuncias de las personas [...]. Por otra parte, la norma no se aplica en principio cuando el Estado demandante denuncia una práctica de esa índole, con el propósito de impedir que prosiga o que se repita, pero no pide a la Comisión ni al Tribunal que se pronuncien sobre cada uno de los casos planteados como prueba o ejemplo de esa práctica[244].

Por el contrario, en los crímenes de lesa humanidad, el hecho compuesto constituye una violación independiente de cada una de las violaciones de los derechos humanos que lo integran.

126. Por esas razones, el Relator Especial es partidario en principio de mantener el concepto de «hechos ilícitos compuestos» que figura en los artículos 18, párr. 4, y 25, párr. 2, si bien debería quedar limitado a lo que podrían denominarse «obligaciones sistemáticas». Éstas son obligaciones dimanantes de normas primarias por las que el comportamiento ilícito se califica de compuesto o sistemático (como en el caso del genocidio o de los crímenes de lesa humanidad). Esas obligaciones sistemáticas tienen tanta importancia en el derecho internacional que justifican un planteamiento especial desde el punto de vista de su cumplimiento y de la aplicación del derecho intertemporal. Por lo que respecta a las obligaciones dimanantes de normas primarias, esas cuestiones pueden resolverse adecuadamente mediante la interpretación y aplicación de la norma concreta de que se trate.

viii) *Planteamiento de los hechos complejos en los artículos 18, párrafo 5 y 25, párrafo 3*[245]

127. En los artículos 18, párr. 5, y 25, párr. 3 se define el hecho complejo como un hecho «constituido por una sucesión de acciones u omisiones de los mismos órganos o de órganos diferentes del Estado que intervengan en un mismo asunto». En el planteamiento de los hechos complejos en los artículos 18, párr. 5, y 25, párr. 3, influye sobremanera el enfoque adoptado por el Relator Especial, Sr. Ago, en relación con la cuestión del agotamiento de los recursos internos (art. 22), que se examina más adelante y según el cual la ineficacia de un recurso interno forma parte de un hecho complejo de un Estado, lo que da lugar a que, en los casos en que sea de aplicación la norma del agotamiento de los recursos internos, el hecho ilícito está constituido por la ineficacia del recurso interno, dado que antes de ello es únicamente un hecho perceptible[246].

128. Sin embargo, la validez del concepto de hecho complejo no depende de que se acepte ese punto de vista sobre la norma de los recursos internos; además, hay ejemplos de hechos complejos en el sentido del artículo 25, párr. 3, que no entrañan el agotamiento de los recursos internos. Así, la garantía contra la discriminación del artículo III, párr. 1, del GATT puede infringirse fácilmente en virtud de un hecho complejo cometido por el Estado importador. Del mismo modo, en el caso de que no se haya hecho justicia, cuando el hecho ilícito inicial cometido contra el particular de que se trate no sea imputable al Estado[247], tal vez sea que la policía, los tribunales inferiores y los tribunales de apelación no hayan atendido colectivamente a la reclamación, lo que equivale a que no se haya hecho justicia. Ese «hecho complejo» del Estado, cuando no se ajuste a la norma internacional aplicable, entrañará una violación del derecho internacional.

129. Con arreglo al artículo 25, párr. 3, en esos casos la obligación se producirá únicamente «en el momento en que se realice el último elemento constitutivo de ese hecho complejo». Sin embargo, «el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período» de duración del hecho complejo y, con arreglo al artículo 18, párr. 5, el principio del derecho intertemporal queda a salvo si el primer hecho de la serie tiene lugar cuando la obligación se halla en vigor para el Estado, aunque la obligación se cumpla posteriormente.

130. Esos planteamientos pueden examinarse a la luz de los hechos del caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. El comportamiento observado por Checoslovaquia al aplicar la variante C constituyó claramente un hecho complejo. Entrañaba una serie de actuaciones de diferentes órganos del Estado y de una empresa privada que estaba encargada de la construcción y del funcionamiento del proyecto. La CIJ consideró que el hecho ilícito no se había cometido hasta que las aguas del Danubio fueron realmente desviadas en octubre de 1992[248]. No cabe duda de que, con ello, la Corte aplicó la legislación que estaba en vigor en ese momento, pero no la anterior. Si hubiese prosperado el argumento de Hungría que se basaba en la terminación ocurrida en el mes de mayo de 1992 (por ejemplo, por haberse producido una modificación fundamental de las circunstancias), la legislación en vigor en octubre no habría sido la misma[249]. Así pues, en lugar de considerar que todo el período transcurrido a partir de octubre de

---

[244] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase la nota 209 *supra*), párr. 159; véase también pág. 63, párr. 157.

[245] Véase, en especial, Salmon, «Le fait étatique complexe…», págs. 709 a 738; y Wyler, *op. cit.*, págs. 74 a 81.

[246] Véanse los párrafos 140 y 141 *infra*.

[247] Entre otros muchos ejemplos, véase el asunto *Janes*, decisión de 16 de noviembre de 1925 (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 82), donde se considera que el hecho inicial del asesinato de Janes constituyó meramente un acto privado.

[248] Véase la nota 51 y el párrafo 104 *supra*.

[249] La cuestión habría quedado regulada por un convenio sobre aguas limítrofes de 1976, excepto por lo que respecta a la *lex specialis* del tratado de 1977.

1991 era el tiempo de perpetración de la violación, la Corte determinó en qué momento se había consumado realmente, con independencia de sus preparativos, y aplicó la legislación que estaba en vigor en ese momento.

131. Hay otro ejemplo hipotético que apunta a la misma conclusión. Supóngase que un Estado A se compromete, en virtud de un tratado bilateral sobre inversiones, a que, durante tres años, no expropiará un determinado bien y que, posteriormente, pagará una determinada indemnización en caso de expropiación. Supóngase también que, dos años y medio después, ese Estado comienza a imponer restricciones a la utilización de ese bien y que, una vez transcurrido el período inicial de tres años, la imposición de ciertas limitaciones da lugar a que el bien pierda todo su valor y que, unos meses después, el Estado proceda oficialmente a apropiarse de él. Ese proceso de expropiación es claramente un «hecho complejo», si bien no se dan por lo menos dos de los tres planteamientos del proyecto de artículos. En primer lugar, no hay ninguna razón para afirmar que el último hecho de la serie constituye el momento del incumplimiento; en relación con esos hechos, bien pudiera ser que la expropiación debiese considerarse consumada en una fecha anterior. En segundo lugar, aun cuando las restricciones impuestas durante el período de tres años no equivaliesen a una expropiación[250] no habría ninguna razón para aplicar la legislación en vigor durante esos tres años al último comportamiento observado por el Estado y, a resultas de la expropiación, se procedería al pago de una determinada cantidad.

132. El planteamiento de los «hechos complejos» en el proyecto de artículos también presenta deficiencias en otros aspectos. Así, se establece una distinción nítida entre los hechos compuestos y complejos. En el caso de los hechos compuestos, es preciso fijarse en el primer hecho de la serie, el cual, considerado junto con los anteriores, es suficiente para constituir una violación (el denominado «acto culminante»). En el caso de los hechos complejos, es preciso fijarse en el último hecho de la serie. No se explica por qué se establece esa distinción. En el momento en que se realiza el hecho culminante, tal vez no se tenga la certeza de que se realizarán ulteriormente otros hechos y de que la serie no está completa. No obstante, si hasta ese momento se justifica que el Estado lesionado sostenga que se ha cometido un hecho ilícito, ¿por qué no ha de poder éste actuar partiendo de esa base en ese momento? Cabe formular una objeción similar en relación con el derecho intertemporal de conformidad con el artículo 18, párr. 5. Mientras no esté completa la serie, no se puede saber a ciencia cierta cómo caracterizar al hecho ilícito: así, en el asunto *Foremost Tehran Inc.* v. *Islamic Republic of Iran* había que saber si se trataba de un asunto de discriminación contra accionistas extranjeros o una expropiación de hecho[251]. De todos modos, la aplicación de la ley en vigor en el momento en que se produce el primer hecho de la serie puede depender de cómo se caracterice a toda la serie. Así pues, la cuestión del derecho intertemporal pasa a ser incierta y, en cierta medida, subjetiva. Por si fuera poco, la distinción entre hechos compuestos y complejos depende de lo que se considere el «asunto» pertinente, si bien ello puede hacerse de diferentes maneras. Al igual que ocurrió, por ejemplo en el asunto *Irlande* c. *Royaume-Uni*[252], el demandante puede concentrarse en una «práctica» a cuyo tenor los incidentes aislados sean únicamente ejemplos. En ese caso, ¿la práctica es el «asunto» o son los incidentes aislados que se aducen de manera no exhaustiva los que prueban la práctica[253]? La distinción entre hechos complejos y compuestos depende del concepto impreciso de «asunto», si bien se producen importantes consecuencias por lo que respecta al derecho intertemporal, las cuales dan lugar a que se haga esa distinción. Esas importantes cuestiones no deben depender del modo en que el Estado lesionado opta por presentar la denuncia. En cualquier caso, dista mucho de quedar claro por qué en principio la legislación que estaba en vigor en el momento del primer hecho de una serie debe aplicarse a toda la serie. Los actos individuales deben examinarse de manera individual, en cuyo caso debe aplicarse la legislación en vigor en el momento en que se cometió cada uno de ellos, o, por el contrario, han de considerarse como parte de una serie, en cuyo caso parece igualmente adecuada la norma aplicable a los hechos compuestos. No hay ninguna razón para que, en uno u otro caso, el derecho aplicable quede congelado en la fecha en que dio comienzo el hecho complejo[254].

133. Por esas razones, se recomienda que se supriman los artículos 18, párr. 5 y 25, párr. 3, así como el concepto de «hechos complejos»[255]. Al parecer, los tribunales internacionales no tienen dificultad en abordar esos hechos, tanto por lo que respecta al momento de su comisión como al derecho intertemporal, y en el proyecto de artículos no parece haber una disposición especial para esos tribunales.

ix) *Clasificación temporal de las obligaciones de prevención: artículo 26*

134. El artículo 26 guarda una estrecha relación con el artículo 23, razón por la que las observaciones ya formuladas en lo concerniente al artículo 23 son de aplicación en este caso. No cabe duda de que hay obligaciones de

[250] Véase *Foremost Tehran Inc.* v. *Islamic Republic of Iran*, causa n.º 37, decisión n.º 220-37/231-1, 10 de abril de 1986, en el que el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán sostuvo que los hechos en cuestión no constituían una expropiación en la fecha de terminación de la competencia del Tribunal (*Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 10, Cambridge, Grotius, 1987, pág. 228).

[251] Ibíd.

[252] Véase la nota 209 *supra*.

[253] Véase también la reconvención de los Estados Unidos en el caso *Plates-formes pétrolières (République Islamique d'Iran* c. *États-Unis d'Amérique)*, reconvención, providencia de 10 de marzo de 1998, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 190, que también se concentra en la situación general y no en casos concretos.

[254] Una de las razones no especificadas de la inclusión del elemento retrospectivo del artículo 18, párr. 5 fue el hecho de que era necesario con objeto de que sirviera de protección al artículo 22. Según ese artículo, el agotamiento de los recursos internos es uno de los elementos que configuran la violación y no únicamente una condición para que sea admisible una reclamación diplomática, al tiempo que entraña un hecho complejo. No obstante, en esos casos, no cabe duda de que hay que tener en cuenta la legislación en vigor en el momento en que se produjo la lesión y no únicamente la legislación en vigor cuando se agotó el recurso interno. Véanse los párrafos 145 y 146 *infra*.

[255] Esa conclusión se ve respaldada no sólo por las observaciones de los gobiernos (examinadas en el párrafo 99 *supra*), sino también por la doctrina. Así, Salmon («Le fait étatique complexe…», pág. 738), considera el concepto de hechos complejos «confuso [...] peligroso [...] [e] inútil». Pauwelyn (*loc. cit.*, pág. 428) califica al artículo 25, párr. 3 de «firmemente debatible». Véase también Karl, *loc. cit.*, pág. 102; Wyler, *op. cit.*, pág. 89; y Brownlie, *op. cit.*, pág. 197 («de dudoso valor»).

prevención «puras», del tipo de las que se indican en el comentario. Hay obligaciones verdaderas de prevención en el sentido de que, a menos de que ocurra el acontecimiento previsto, no habrá incumplimiento. Paralelamente, el Estado no tiene garantías de que el acontecimiento no ocurrirá; ha asumido una obligación de hacer todo lo que esté a su alcance para impedir que ocurra y cuyo contenido y rigor dependen de la norma primaria. Sin embargo, como se ha indicado anteriormente, no todas las obligaciones encaminadas a impedir que ocurran acontecimientos son de esa índole y, además, no procede que en el proyecto de artículos se fuerce a que todas esas obligaciones se configuren con una forma única.

135. La redacción del artículo 26 plantea otro problema, ya que se da por sentado que el hecho de que tenga lugar un acontecimiento de carácter continuo entraña una violación continua por parte del Estado que ilícitamente no haya impedido que se produzca. Ese bien puede ser el caso, por ejemplo, de la obligación de impedir que se produzca un daño fronterizo a causa de la contaminación del aire, formulada con motivo del arbitraje del asunto *Fonderie de Trail*[256], o de la obligación de impedir el acceso de intrusos a recintos diplomáticos[257]. No obstante, también cabe imaginar casos en que no ocurre así, como, por ejemplo, cuando el acontecimiento, una vez que ha ocurrido, es irreversible, o cuando su continuación no causa más perjuicios al Estado lesionado. Como ejemplo, cabe mencionar la obligación del Estado A de impedir que se publique determinada información. El incumplimiento de esa obligación no tendrá necesariamente un carácter continuo, dado que puede darse el caso de que una vez que ya haya sido publicada la información pierda validez la razón de ser de la obligación. Así pues, es necesario precisar el artículo 26 agregándole la misma oración del artículo 25, párr. 1 («y siga sin estar en conformidad con la obligación internacional»).

136. A reserva de lo que antecede, el artículo 26 constituye un complemento útil del artículo que se ocupa de los hechos ilícitos consumados y continuos. Es preciso destacar que, en el caso de las obligaciones de prevención, el hecho de que ocurra el acontecimiento en cuestión normalmente da lugar a un hecho ilícito continuo (es decir, a menos que cese de producirse el hecho o deje de ser aplicable a él la obligación). Ciertamente en esos casos el hecho ilícito puede intensificarse paulatinamente si no se procede a suprimirlo. Partiendo de esa base, parece sensato incluir esa disposición en un nuevo párrafo del artículo que se ocupa de la distinción entre los hechos ilícitos consumados y continuos.

x) *Conclusiones sobre los artículos 18, párrafos 3 a 5, y 24 a 26*

137. Por las razones que antecede, se recomienda que los artículos 18, párrs. 3 a 5, y 24 a 26 se sustituyan por dos artículos, uno de los cuales se referiría a la distinción entre los hechos ilícitos consumados y continuos y el otro al incumplimiento de determinadas obligaciones de carácter sistemático o compuesto[258].

h) *Artículo 22. Agotamiento de los recursos internos*

138. El texto del artículo 22 es el siguiente:

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

139. Como se indica en su título, el artículo 22 se ocupa del principio bien conocido del agotamiento de los recursos internos («[e]l trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros, personas físicas o jurídicas»). Esos recursos se analizan en el marco de las obligaciones «complejas» de resultado, que se tratan en el artículo 21, párr. 2.

140. El extenso comentario al artículo 22 hace hincapié en ese aspecto. En el caso de las obligaciones relativas a la protección diplomática:

> Si [los extranjeros lesionados] no actúan, la situación a que haya dado lugar el comportamiento estatal inicial y que sea contraria a la obtención del resultado internacionalmente buscado no podrá ser corregida mediante una acción ulterior del Estado apta para sustituir esa situación por otra que esté en conformidad con el resultado perseguido por la obligación. [...] En este caso, los hechos son muy distintos del supuesto de que, pese a la iniciativa efectivamente tomada por los particulares interesados para conseguir la rectificación, la situación creada por el comportamiento inicial venga a ser confirmada por un nuevo comportamiento del Estado que también sea incompatible con el resultado internacionalmente exigido[259].

No obstante, eso significa que la denegación de un recurso interno será por sí misma un hecho internacionalmente ilícito. Ese caso puede darse cuando el tribunal interno discrimine al extranjero o actúe de manera arbitraria, en contra de las normas aplicables en materia de trato. No obstante, en los demás casos el agotamiento de los recursos internos no entrañará un comportamiento ilícito nuevo ni continuo. Simplemente servirá para confirmar que, de conformidad con la legislación y el procedimiento interno del Estado demandado, no existen más recursos internos[260]. En esos casos, el recurso interno es un remedio al que no se ha podido acceder, pero que no constituye parte del propio mal.

141. El comentario afirma asimismo lo siguiente:

> Si, antes de que se cumpla la condición del agotamiento de los recursos internos, el Estado lesionado no tiene aún la facultad de exigir la reparación de un hecho internacionalmente ilícito cometido en perjuicio suyo en la persona o los bienes de su nacional es porque, por el momento, su nuevo derecho a una reparación de una lesión en sus derechos sufrida por él no ha nacido aún: así, no se ha producido aún una violación de la obligación establecida en el tratado o, por lo menos, no se ha producido definitivamente[261].

Sin embargo, el hecho de que el tercer Estado no pueda hacer suya la reclamación por lo que respecta a la reparación del daño causado a sus nacionales hasta que se hayan agotado los recursos internos no significa que ese Estado

---

[256] Véase la nota 175 *supra*.

[257] *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980* (nota 31 *supra*), págs. 35 y 36.

[258] Para el texto propuesto, véase el párrafo 158 *infra*.

[259] *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 32, párr. 3 del comentario al artículo 22.

[260] Véanse los recursos internos considerados en el caso *ELSI* (nota 133 *supra*).

[261] *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 37, párr. 15 del comentario al artículo 22.

no tenga un interés legítimo de proteger en una fecha anterior[262]. Así, puede tener un firme interés en que cese el hecho ilícito.

i) *Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 22*

142. Francia sugiere que debe quedar claro que el agotamiento de los recursos internos «sólo se refiere a la protección diplomática»[263]. Alemania cuestiona la ubicación y la necesidad del artículo 22 y destaca que no debe aplicarse «a los supuestos de violación grave del derecho que regula el trato que debe dispensarse a los extranjeros, y que constituyan, al mismo tiempo, una violación de los derechos humanos»[264]. El Reino Unido va más lejos, ya que defiende detalladamente una visión de «procedimiento» por lo que respecta al agotamiento de la norma de los recursos internos[265]. Además, el Reino Unido sugiere que la norma se mantenga con objeto de aplicarla a las lesiones ocurridas fuera del territorio del Estado demandado, salvo quizás en los casos de las violaciones más graves[266].

ii) *Alcance de la norma de los recursos internos*

143. En el asunto *ELSI*, una Sala de la CIJ calificó a la norma de los recursos internos de «norma importante del derecho internacional»[267]. Habiéndose presentado una demanda en nombre de un nacional (incluida una empresa) del Estado demandante, la CIJ explicó sucintamente en qué consistía la norma de la manera siguiente:

> Para que sea admisible una demanda internacional [presentada en nombre de determinados nacionales o empresas], basta con que el contenido esencial de la demanda haya sido puesto en conocimiento de los tribunales competentes y defendido en la medida permitida por la legislación y el procedimiento interno, sin que haya prosperado[268].

Así pues, la Corte consideró que la norma se refería a la admisibilidad de las demandas en el ámbito de la protección diplomática y que el agotamiento de los recursos internos era distinto, en principio, del «fondo del asunto»[269]. Esa es la interpretación ortodoxa de la norma.

144. Por el contrario, en el artículo 22 se considera el agotamiento de los recursos internos en el marco del artículo 21, párr. 2 en los términos siguientes: «[c]uando el comportamiento de un Estado ha creado una situación que no está en conformidad con el resultado que de él exige una obligación internacional relativa al trato que se ha de otorgar a [...] extranjeros [...] pero la obligación permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado». En esos casos, a tenor del artículo 22 el incumplimiento de la obligación se produce únicamente cuando se hayan agotado los recursos internos y, a este respecto, hay que hacer algunas precisiones.

145. No obstante, la mayoría de las situaciones que abarca la norma del agotamiento de los recursos internos no tiene ese carácter[270]. Así, todos los Estados tienen la obligación internacional general de no discriminar arbitrariamente a los extranjeros. El contenido concreto de esa obligación no viene ahora al caso. Lo cierto es que no cabe duda de que: *a*) la norma del agotamiento de los recursos internos se aplica a las denuncias de incumplimiento de esa obligación, y *b*) no obstante, no se trata de que el Estado puede optar por discriminar a los extranjeros, a condición de que les indemnice por ello[271]. El Estado está obligado a no discriminar antes que nada. En esos casos, la violación del derecho internacional se produce cuando se otorga un determinado trato y no queda aplazada hasta un momento ulterior cuando se agotan los recursos internos o cuando se ofrece alguna reparación equivalente. En esos casos, una vez ocurrida la violación del derecho internacional, el agotamiento de los recursos internos constituye una condición necesaria de procedimiento para que pueda admitirse la denuncia[272].

146. No cabe duda de que hay casos en que «la obligación permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado». Muestra de ello es la cláusula común a numerosos tratados bilaterales de protección de las inversiones, en el sentido de que las inversiones no pueden ser objeto de expropiación «salvo que se lleve a cabo con una finalidad pública, de manera no discriminatoria y con las debidas garantías procesales, previo pago de una indemnización»[273]. Cuando tenga lugar una expropiación no discriminatoria, pero sin indemnización, el hecho de que no se indemnice es lo que constituye la esencia de la violación, hecho éste que puede considerarse producido en un momento posterior al de la apropiación. De todos modos, el hecho de que no se pague indemnización sigue siendo distinto, desde el punto de vista analítico, del agotamiento de los recursos judiciales internos, razón por la que, en ese caso, la violación se produciría en el momento

---

[262] Véase *Phosphates du Maroc*, fallo, *1938, C.P.J.I. série A/B n.° 74*, pág. 28. Véase, no obstante, *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 52, párr. 59 del comentario al artículo 22.

[263] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, comentarios al artículo 22.

[264] Ibíd.

[265] Ibíd. Alemania defendió lo mismo en sus observaciones de 1981 (*Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), págs. 80 a 82, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4).

[266] Véase la nota 263 *supra*.

[267] *C.I.J. Recueil 1989* (véase la nota 133 *supra*), pág. 42, párr. 50. Véase también el caso *Interhandel*, *C.I.J. Recueil 1959* (nota 67 *supra*), pág. 27.

[268] *C.I.J. Recueil 1989* (véase la nota 133 *supra*), pág. 46, párr. 59.

[269] Ibíd., pág. 48, párr. 63.

[270] Véase el párrafo 74 *supra*.

[271] Véanse los párrafos 62 y 63 *supra*.

[272] Así pues, puede hacerse una excepción al cumplimiento de la norma del agotamiento de los recursos internos, como destacó la CIJ en el caso *ELSI* (*C.I.J. Recueil 1989* (nota 133 *supra*), pág. 42, párr. 50). Véase también la resolución sobre la norma del agotamiento de los recursos internos, aprobada en 1956 por el Instituto de Derecho Internacional, según la cual «la norma no se aplica [...] en los casos en que los Estados interesados hayan renunciado a su aplicación en virtud de un acuerdo» (*Annuaire*, vol. 46, Basilea, 1956, pág. 358). De todos modos, si no se da la violación, no puede haber ninguna reclamación internacional. Lo mismo cabe decir respecto de los asuntos en que se sostenía que un Estado se había visto impedido de plantear el agotamiento de los recursos internos al no haberlo hecho en una etapa preliminar: por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Aydin* c. *Turquie*, fallo de 25 de septiembre de 1997. Véase también el asunto *Irlande* c. *Royaume-Uni* (nota 209 *supra*), citado en el párrafo 125 *supra*.

[273] Véase, por ejemplo, el Acuerdo entre los Gobiernos de la República Popular China y la República Francesa relativo al fomento y la protección recíprocos de las inversiones, art. 4, párr. 2 (ILM, vol. XXIV, n.º 3 (mayo de 1985), pág. 553).

en que se procedió definitivamente a no indemnizar, cualquiera que fuera el modo arbitrado para ello[274].

147. Puede haber también casos en que el hecho de no establecer un recurso interno adecuado sea en sí mismo el hecho internacionalmente ilícito pertinente. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la lesión al extranjero esté causada por una conducta no imputable al Estado[275] o cuando la violación entrañe una violación de las debidas garantías procesales establecidas en virtud de un tratado o del derecho internacional general en el momento de intentar interponer el recurso[276]. De todos modos, no es esa ciertamente la situación que se prevé en el artículo 22, dado que, en esos casos, la reclamación presentada ante el tribunal del Estado no se basa en una «situación que no está en conformidad con el resultado que de él [el Estado] exige una obligación internacional». Por el contrario, la situación se produce ulteriormente, cuando la propia actuación del tribunal entra en conflicto con la obligación del Estado.

iii) *¿Cuándo se comete una violación del derecho internacional en relación con el trato de los extranjeros?*

148. La redacción del artículo 22 recuerda en gran medida al argumento formulado por Italia en el caso *Phosphates du Maroc*[277]. En ese asunto, Francia había aceptado únicamente la competencia de la CPJI respecto de «situaciones o hechos posteriores a» 1931. Parte de la denuncia de Italia se refería a la expropiación sufrida por algunos súbditos italianos de resultas de una decisión adoptada por el Servicio de Minas de Marruecos en 1925. Se sostenía que la decisión de 1925 «sólo pasó a ser definitiva de resultas de determinados actos posteriores a la fecha crucial y de la denegación definitiva de reparar de algún modo la situación creada en 1925» y que esa denegación no ocurrió hasta después de 1931[278]. La Corte rechazó ese argumento (por 11 votos contra 1). A su juicio, la decisión de 1925 fue un hecho ilícito y la denegación posterior de modificar esa decisión únicamente constituyó «una etapa en el debate que se había iniciado» a raíz de la decisión de 1925 y no constituía un motivo independiente para formular una demanda:

> es en esa decisión donde observamos la violación del derecho internacional, ya que constituye un hecho definitivo que de por sí entraña directamente responsabilidad internacional. Dado que ese hecho es imputable al Estado y se considera contrario al derecho reconocido en un tratado a otro Estado, surgiría inmediatamente responsabilidad internacional entre ambos Estados. En esas circunstancias, la denegación de justicia que se alega [...] simplemente consiste en el hecho de que se haya permitido que subsista el hecho ilícito[279].

De ese pasaje se infiere que no preocupaba a la CPJI si el comportamiento que, según la denuncia, había observado Francia en nombre de Marruecos entrañaba un hecho ilícito continuo; ciertamente la Corte daba por sentado que existía un hecho de esa índole[280]. Lo que se planteaba era determinar si la ilegalidad denunciada había surgido antes de 1931 a los efectos de aplicar la reserva sobre la cláusula facultativa de Francia y la Corte consideró que ese era el caso. Dicha consideración (aunque relacionada con la competencia de la Corte y no con la sustancia de la responsabilidad de los Estados) está directamente en contradicción con el contenido del artículo 22[281].

iv) *Conclusiones sobre el artículo 22*

149. Por las razones que anteceden (además de las aducidas en relación con los artículos 21 y 25, párr. 3), no puede mantenerse el artículo 22. Lo que se plantea es si debe suprimirse sin más o sustituirse por otra disposición relativa al agotamiento de los recursos internos. Hay razones para que se proceda sencillamente a suprimirlo, dado que, en general, no corresponde que el proyecto de artículos se ocupe de cuestiones relacionadas con la admisibilidad de las reclamaciones internacionales. Además, para que se recoja debidamente la norma del agotamiento de los recursos internos habrá que contar con más de un artículo. Las cuestiones que deben considerarse incluyen la definición de «recursos internos» y de su agotamiento[282], la distinción entre reclamaciones «directas» de Estado a Estado (a las que no se aplica la norma) y reclamaciones «indirectas» relacionadas con la protección diplomática

---

[274] Por ejemplo, la promulgación de una ley de expropiación de bienes en la que se excluya especialmente el pago de una indemnización constituirá una violación de esa disposición del tratado, si bien la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos sería una condición previa para que pudiera admitirse una reclamación internacional en nombre de la persona expropiada. Así, el propietario afectado podría tener que impugnar la constitucionalidad de la ley si se permitiera la impugnación. Véase, por ejemplo, el fallo de 8 de julio de 1986 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lithgow et autres*, *série A n.º 102*, pág. 74, párr. 206; y la decisión n.º 27/55 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 31 de mayo de 1956, en Comisión Europea de Derechos Humanos, *Documents et décisions, 1955-1956-1957*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1959, pág. 139.

[275] Véanse las decisiones de la Comisión general de reclamaciones México-Estados Unidos en el asunto *L. F. H. Neer (USA)* v. *United Mexican States* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), págs. 60 a 66), y el asunto *Janes* (ibíd., págs. 82 a 98).

[276] Véase, por ejemplo, el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 2, párr. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 13 del Convenio europeo de derechos humanos y el artículo 25 de la Convención americana sobre derechos humanos.

[277] Véase la nota 189 *supra*. Para un debate del caso, véase *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 40 y 41, párrs. 25 a 28 del comentario al artículo 22.

[278] *C.P.J.I., série A/B n.° 74* (véase la nota 189 *supra*), págs. 24 y 27.

[279] Ibíd., pág. 28.

[280] El magistrado van Eysinga estaba de acuerdo al respecto. Disentía en relación con la interpretación de la declaración de Francia (ibíd., págs. 34 y 35). El magistrado Cheng Tien-Hsi destacó que «[e]l monopolio, si bien fue establecido por la legislación de 1920, sigue existiendo en la actualidad. […] Si es ilícito, es ilícito no sólo en su creación, sino también en su continuación» (ibíd., pág. 36). Ello era ciertamente correcto, pero no se abordaba la cuestión planeada. La reserva de Francia figuraba en los términos siguientes: «sobre todos *los diferendos que podrían suscitarse después** de la ratificación de la presente declaración sobre *situaciones o hechos posteriores a esa ratificación**» (ibíd., pág. 34). La Corte, al adoptar una interpretación restrictiva de la reserva de Francia, consideró que la controversia guardaba relación con situaciones o hechos anteriores a la fecha crítica (ibíd., págs. 24, 26 y 27). Según la Corte, carecía de relevancia que esas situaciones o hechos hubiesen dado lugar a un hecho ilícito continuo que se había prolongado más allá de la fecha crítica. Después de esa fecha, no se planteó ninguna controversia nueva, sino únicamente la continuación de una ya existente.

[281] Véanse también los casos *Claim of Finnish Shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1484); y *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, fallo, *1939, C.P.J.I., série A/B n.° 76*, pág. 4.

[282] Debatida brevemente en *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 49 y 50, párrs. 47 a 51 del comentario al artículo 22.

(a las que se aplica)[283], la aplicación de la norma de los recursos internos a otros casos como, por ejemplo, los que entrañan violaciones de los derechos humanos con independencia de la nacionalidad[284], la aplicación de la norma a las lesiones producidas fuera del territorio del Estado demandado[285], si debe existir una excepción a la norma en los casos de una violación especialmente grave o de violaciones en masa[286] y la cuestión de las renuncias[287]. Esas cuestiones serán examinadas también por la Comisión dentro del tema de la protección diplomática[288]. Por otra parte, las denuncias interpuestas en nombre de extranjeros han constituido tradicionalmente uno de los fundamentos básicos de la responsabilidad de los Estados; además, la norma del agotamiento de los recursos internos limita las denuncias de incumplimiento de obligaciones internacionales, que es el tema de que se ocupa el capítulo III. Se lograría un equilibrio satisfactorio si se redactase de nuevo el artículo 22 como una cláusula «sin perjuicio» y se dejase que la Comisión se ocupase de su funcionamiento detallado en el marco de la labor que realiza sobre la protección diplomática[289].

150. Respecto a la ubicación del artículo propuesto, hay razones para incluirlo en la segunda parte del proyecto de artículos, dado que guarda más relación con la materialización de la responsabilidad que con sus orígenes. No obstante, por el momento el artículo puede seguir formando parte del capítulo III. La cuestión de su ubicación puede examinarse de nuevo una vez que se determine el contenido de la segunda parte.

3. Otras cuestiones relacionadas con la violación de una obligación internacional

151. Es preciso examinar otras dos cuestiones en el marco del capítulo III.

[283] Se plantea la cuestión conexa de determinar si la norma del agotamiento de los recursos internos se aplica a las lesiones causadas a los órganos, a los agentes y las entidades del Estado (ibíd., págs. 47 y 48, párrs. 43 a 45 del comentario al artículo 22).

[284] La Comisión consideró que era prematuro manifestar una opinión al respecto, dado que los tratados de derechos humanos contenían una estipulación concreta a tal efecto (ibíd., págs. 48 y 49, párr. 46 del comentario al artículo 22). Por lo que respecta a la relación entre la norma del agotamiento de recursos internos y el incumplimiento de obligaciones de derechos humanos, véase, entre otros, Amerasinghe, «The rule of exhaustion of domestic remedies in the framework of international systems for the protection of human rights», pág. 257; Cançado Trindade, *op. cit.*; Guinand, «La régle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme», pág. 471; Sulliger, *L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, y Wyler, *op. cit.*, págs. 65 a 89.

[285] Este tema se examina con detalle en *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 45 a 47, párrs. 38 a 42 del comentario al artículo 22.

[286] *Irlande* c. *Royaume-Uni* (véase la nota 209 *supra*).

[287] En relación con la norma del agotamiento de los recursos internos en general, véanse también Amerasinghe, *op. cit.*; Cançado Trindade, «The birth of State responsibility and the nature of the local remedies rule»; Chappez, *La régle de l'épuisement des voies de recours internes*; Doehring, «Local remedies, exhaustion of», y Perrin, «La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la Commission du droit international».

[288] Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484, especialmente párrs. 18 y 55.

[289] Para el texto de las disposiciones propuestas, véase el párrafo 158 *infra*.

a) *Efecto espacial de las obligaciones internacionales y cuestiones relacionadas con la violación*

152. La primera cuestión se refiere a la posible importancia de las consideraciones *ratione loci* respecto de la violación de una obligación internacional. Los artículos 12 y 13 (tal como fueron aprobados en primera lectura) se refieren al comportamiento de un tercer Estado u organización en el territorio de un Estado. Según dichas disposiciones, el lugar en que se haya observado esa conducta no es, de por sí, motivo para que ésta sea imputada al Estado anfitrión. Sin embargo, en la tercera parte no hay ningún artículo que se ocupe de las «dimensiones espaciales del hecho ilícito»[290]. Ello es en cierta medida paradójico. Resulta difícil concebir que la ubicación sea decisiva para la imputación (con independencia de que el comportamiento sea o no sea del Estado)[291], en tanto que no hay duda de que cuando haya ocurrido un hecho (en el territorio de un Estado o por lo menos en el territorio bajo su jurisdicción o control) ello puede ser muy útil para determinar si se ha producido la violación de una obligación. La vinculación entre ambos aspectos fue expuesta magistralmente en el dictamen del árbitro Max Huber en el asunto *Biens britanniques au Maroc espagnol*, en el que dijo que «la responsabilidad que incumba en ciertas condiciones a un Estado respecto de otro en relación con ciudadanos de éste parece haberse interpretado siempre en el sentido de que se limite a los acontecimientos que tengan lugar en el territorio del Estado responsable. La responsabilidad y la soberanía territorial se condicionan la una a la otra»[292]. La CIJ se ha pronunciado más recientemente en el caso *Namibie*, cuando dijo que «el control físico de un territorio y no la soberanía o la legitimidad del título constituye la base de la responsabilidad de un Estado respecto de actos que afecten a otros Estados»[293]. Hay muchas normas primarias que se formulan en función de la territorialidad del comportamiento, por ejemplo, la norma invocada por la CIJ en el caso *Détroit de Corfou* de que todo Estado tiene la obligación «de no permitir a sabiendas que su territorio se utilice para realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados»[294].

153. La inclusión de una disposición sobre esa cuestión puede encontrar apoyo en el artículo 29 de la Convención

[290] Esa es la descripción que hace Wyler (*op. cit.*, págs. 92 a 119), uno de los pocos autores que se ocupa del problema.

[291] En parte por esa razón se recomendó la supresión de los artículos 12 y 13, lo que aceptó provisionalmente la Comisión en 1998 (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párrs. 249 a 259).

[292] *Biens britanniques au Maroc espagnol*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 636. Se planteaba la cuestión de la responsabilidad de España por el comportamiento de sus nacionales en la zona internacional de Tánger. Posteriormente, en la reclamación n.º XXVIII, el árbitro manifestó que:

> «El perjuicio tuvo lugar en la zona internacional, por lo que las autoridades de la zona española pueden incurrir en responsabilidad únicamente en dos eventualidades, la de que hayan tolerado la organización en su territorio de bandas de malhechores que hayan penetrado en la zona internacional o la de que no hayan cumplido sus obligaciones de enjuiciar por delitos comunes a personas que se encuentren en la zona que administran.»

(Ibíd., págs. 699 y 700. Véase también págs. 707 a 710.)

[293] *C.I.J. Recueil 1971* (véase la nota 85 *supra*), pág. 54, párr. 118; véase un análisis en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490/Add.1 a 7, párrs. 250 y 251.

[294] Véase la nota 11 *supra*.

de Viena de 1969, que se refiere al ámbito territorial de los tratados. En dicho artículo se dispone lo siguiente:

> Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.

Cabe considerar que el artículo 29 da a entender, *a contrario*, que los tratados no son vinculantes *prima facie* para las partes respecto del comportamiento que tenga lugar fuera de su territorio. Sin embargo, ese no es ciertamente el caso. La inclusión en un tratado del comportamiento de un Estado parte en el extranjero depende de la interpretación del tratado; además, no parece que haya ninguna presunción en ningún sentido. En algunos casos (por ejemplo, los tratados de derecho uniforme o las normas sobre las inversiones extranjeras), se desprenderá claramente del tratado o de su objeto y finalidad que el único comportamiento que se espera del Estado es el comportamiento en su propio territorio. No obstante, en muchos otros casos el Estado asumirá obligaciones de comportamiento en todos los lugares. Así, la obligación de los Estados de no cometer genocidio o tortura se aplica a su comportamiento en todo el mundo[295]. Por otra parte, no cabe duda de que determinadas obligaciones pueden tener una *incidencia* diferente en el territorio de un Estado y en su comportamiento en el extranjero; así un Estado puede recurrir a la fuerza de las armas en más ocasiones en su propio territorio que en el territorio de otro Estado o en alta mar.

154. Así pues, en lugar de ocuparse de la cuestión general del alcance de las obligaciones de los tratados *ratione loci* (como parecería hacer), el artículo 29 de la Convención de Viena de 1969 se centra realmente en la cuestión de si un Estado está obligado en virtud del tratado respecto de todos los territorios que lo componen (incluidos los componentes de un Estado federal, los territorios de ultramar, etc.). Es ese un asunto que se aborda especialmente en numerosos tratados que, de lo contrario, se aplican a todo el territorio de cada Estado parte. Por consiguiente, un Estado no puede acogerse a ninguna excepción respecto del cumplimiento de un tratado cuando se trate de un comportamiento observado, por ejemplo, en una colonia o provincia de ese Estado. En el artículo 29 no se aborda la cuestión de si la obligación de un tratado únicamente se aplica respecto de un territorio particular o del comportamiento del Estado, dondequiera que se observe[296].

155. El artículo 29, al igual que las cláusulas de aplicación territorial específica de los tratados, se refiere al alcance de la obligación y no a cuestiones relacionadas con su incumplimiento. El proyecto de artículos incorpora sin modificaciones las normas primarias de derecho internacional que dan lugar a obligaciones y no da a las cuestiones relacionadas con el alcance territorial de las normas primarias más importancia que a otras cuestiones relacionadas con su contenido o interpretación. No cabe duda de que la evolución de los 15 últimos años (por ejemplo, los casos *Soering*[297], *Loizidou*[298] y *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[299]) han puesto de manifiesto el posible alcance *ratione loci* de numerosas normas primarias que se considera que se aplican exclusivamente al territorio del Estado propiamente dicho. No obstante, se plantea en cada caso una cuestión de contenido o interpretación de la norma primaria pertinente, no de una norma secundaria de responsabilidad. Esas circunstancias podrían llegar a mencionarse en el comentario del artículo 16, pero no parece que haya ninguna razón para redactar un artículo (paralelo al artículo 29 de la Convención de Viena de 1969) sobre la cuestión de la responsabilidad *ratione loci* por el incumplimiento de una obligación.

b) *Posibles diferencias entre las violaciones en función de su gravedad*

156. En segundo lugar, hay numerosos ordenamientos jurídicos en que se establecen diferencias a distintos efectos entre las violaciones más o menos graves de una obligación, ámbito éste en que el derecho internacional no constituye ninguna excepción. Así pues, únicamente una «violación grave» faculta a dar por terminado un tratado bilateral[300] y, con arreglo a la segunda parte del proyecto de artículos, la gravedad de una violación se ha de tener en cuenta, a distintos efectos, incluidos el alcance y la forma de la reparación y la proporcionalidad de las posibles contramedidas. De manera más general, en los asuntos relacionados con la responsabilidad de los Estados, los tribunales aprovechan en ocasiones la oportunidad para condenar una violación especialmente grave[301] o, con menor frecuencia, para mencionar posibles elementos atenuantes[302]. Ello difiere mucho de los casos en que la

---

[295] Tal como sostuvo la CIJ en el caso *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *C.I.J. Recueil 1996* (véase la nota 212 *supra*), pág. 616, párr. 31.

[296] En su comentario al artículo 25 del proyecto de 1966 —disposición que dice: «Salvo que una intención diferente se deduzca del tratado o conste de otro modo, la aplicación de un tratado se extenderá a la totalidad del territorio de cada parte»—, la Comisión mencionó las propuestas formuladas por los gobiernos para que el artículo abarcara la cuestión de la aplicación territorial de los tratados. No obstante, la Comisión agregó que «[l]a intención de la Comisión al redactar el artículo era ocuparse únicamente de la aplicación de los tratados al territorio de las partes respectivas. [...] A su juicio, el derecho sobre la aplicación extraterritorial de los tratados no se podía enunciar teniendo sólo en cuenta la intención de las partes o una presunción sobre su intención; estimó que no sería conveniente ni adecuado ocuparse en el presente artículo de todos los difíciles problemas de la competencia extraterritorial» (*Anuario.... 1966*, vol. II, págs. 233 y 234, párr. 5).

[297] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 7 de julio de 1989, *série A n.º 161*, págs. 35 y 36, párr. 91.

[298] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 18 de diciembre de 1996 (fondo), *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI (Consejo de Europa, Estrasburgo, 1996), párrs. 52 y 62.

[299] *C.I.J. Recueil 1996* (véase la nota 212 *supra*), pág. 595.

[300] Convención de Viena de 1969, art. 60, párr. 1. Por violación grave se entiende un rechazo ilícito del tratado o la violación de una «disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado» (art. 60, párr. 3, apdo *b*). Se hace hincapié en la importancia de la disposición y no en la violación, lo que resulta en cierta medida extraño. Con arreglo a la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, para que una violación sea grave es preciso tener en cuenta ambos factores. No obstante, véase el comentario de esta disposición (art. 57 en el proyecto de 1966), en el que se dice que «el derecho de terminación o de suspensión ha de limitarse a los casos en que la violación es grave» (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 279, párr. 9).

[301] Véase, por ejemplo, el caso *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 42, párr. 91, en el que la Corte subrayó que «lo que hay que destacar por encima de todo es el alcance y la gravedad del conflicto entre el comportamiento del Estado del Irán y las obligaciones que le incumben con arreglo al conjunto de las normas internacionales, de las que forma parte el derecho diplomático y consular».

[302] En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ comenzó a examinar la responsabilidad de Eslovaquia refiriéndose a «los graves

norma primaria se define en función de determinado nivel de gravedad[303] o se indican violaciones más graves que producen otras consecuencias[304].

157. Sin embargo, no parece que haya ningún fundamento para distinguir entre distintos grados de violaciones, por lo menos a los efectos del capítulo III. La jurisprudencia de los tribunales encargados de entender sobre reclamaciones, del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán y de los tribunales y comités de derechos humanos indica que no hay ninguna diferencia sistemática entre las violaciones más graves y menos graves por lo que respecta a su existencia (al margen de las consecuencias). En la segunda parte del proyecto de artículos, se establecen distinciones entre el nivel de gravedad de las violaciones a distintos efectos[305] y tal vez resulte necesario hacer otras distinciones. Con todo, no parece necesario hacer ninguna distinción entre violaciones más graves y menos graves en el propio capítulo III.

4. Resumen de las propuestas relativas al capítulo III

158. Por las razones que anteceden, el Relator Especial propone que se incluyan los siguientes artículos en el capítulo III. En las notas adjuntas a cada artículo se explican muy someramente los cambios que se proponen.

Capítulo III

VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 16.—Existencia de violación de una obligación internacional

Un Estado viola una obligación internacional cuando ello no se ajusta a lo que debe hacer en virtud de ella con arreglo al derecho internacional, cualquiera que sea la fuente (consuetudinaria, convencional u otra) o el contenido de la obligación.

Notas

1. El artículo 16 abarca la esencia y la mayor parte de la redacción del artículo 16, tal como fue aprobado en su primera lectura, al que se agregan elementos de los artículos 17 y 19, párr. 1. Véanse los párrafos 5 a 34 *supra*.

2. Se prefieren las palabras «no se ajusta» a las palabras «no está en conformidad con» por ser aquellas más generales e idóneas para abarcar el incumplimiento de obligaciones de observar un determinado comportamiento y de obligaciones de resultado. A raíz de la sugerencia de un gobierno, se han agregado las palabras «con arreglo al derecho internacional», para indicar que el contenido de las obligaciones es una cuestión sistemática con arreglo al derecho internacional y no únicamente el resultado de una determinada norma primaria considerada de manera aislada. Tal vez sea necesario examinar más detenidamente si la redacción del artículo 16 está en consonancia con las disposiciones de la quinta parte, que se ocupa de las circunstancias que excluyen la ilicitud.

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

Nota

El artículo 17, tal como fue aprobado en primera lectura, no constituía una norma distinta, sino una explicación del artículo 16. Su contenido aparece incluido en el artículo 16. Véanse los párrafos 16 a 26 *supra*.

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

El hecho de un Estado no se considerará internacionalmente ilícito a menos que se realice o siga realizándose cuando la obligación esté en vigor respecto de él.

Notas

1. El artículo 18 es una nueva versión del artículo 18, párr. 1 tal como fue aprobado en primera lectura. En él se consigna el principio básico del derecho intertemporal, que se amplía a la responsabilidad de los Estados y no se hace referencia a cuestiones secundarias, como la competencia para determinar si ha habido incumplimiento, sino únicamente a la cuestión sustantiva de si la obligación estaba en vigor en el momento pertinente. Véanse los párrafos 38 a 44 *supra*.

2. El artículo 18, párr. 2 se refiere a los efectos que surten las normas imperativas en el ámbito de la responsabilidad de los Estados. Esas cuestiones se examinarán en otro lugar, especialmente en relación con el capítulo V de la primera parte y la segunda parte. Véanse los párrafos 45 a 51 *supra*.

3. Los párrafos 3 a 5 del artículo 18 se ocupan de cuestiones intertemporales relacionadas con hechos continuos, compuestos y complejos y se han incorporado, cuando ha procedido, a los artículos relativos a esos conceptos. Véanse los párrafos 24 y 25 *infra*.

~~*Artículo 19.—Crímenes y delitos internacionales*~~

Nota

El contenido del artículo 19, párr. 1, tal como fue aprobado en primera lectura, se ha incorporado al artículo 16. Los párrafos 2 y 3 del artículo 19, relativos a la distinción entre crímenes y delitos internacionales, se han dejado pendientes en espera de nuevas aclaraciones. Véanse los párrafos 27 a 33 *supra*.

[Artículo 20.—Obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado

1. Un Estado viola una obligación internacional en virtud de la cual debe observar un determinado comportamiento cuando no lo observa.

2. Un Estado viola una obligación internacional en virtud de la cual debe lograr o impedir, por el medio que elija, un resultado determinado cuando, por el medio que elige, no lo logra o impide.]

Notas

1. Este artículo sustituye a los antiguos artículos 20 y 21, relativos a la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado. Véanse los párrafos 52 a 91 *supra*. El párrafo 2 se refiere a las

---

problemas con que tropezaba Checoslovaquia de resultas de la decisión de Hungría de abandonar casi toda la construcción del sistema de esclusas, de la que se había responsabilizado en virtud del tratado de 1977» (*C.I.J. Recueil 1997* (nota 34 *supra*), pág. 52). No obstante, la Corte resolvió que Eslovaquia había incurrido en responsabilidad a causa del comportamiento que había observado después de la suspensión y de que Hungría revocara su consentimiento.

303 Véase, por ejemplo, el artículo 7 (Obligación de no causar daños sensibles) de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de navegación.

304 Véase, por ejemplo, el concepto de «violaciones graves» de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (art. 50 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); art. 51 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II); art. 130 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), y art. 147 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)).

305 Véanse los artículos 45, párr. 2, apdo. *c*, y 49.

obligaciones de impedir y a las obligaciones de resultado, razón por la que puede suprimirse el antiguo artículo 23.

2. Una obligación será de comportamiento o de resultado según cómo se interprete la norma primaria pertinente. El hecho de que se haga una distinción entre esas obligaciones no excluye la posibilidad de que una norma primaria dé lugar a obligaciones tanto de comportamiento como de resultado.

3. El artículo 20 aparece entre corchetes por el momento porque cabe considerar que guarda relación con la clasificación de las normas primarias y porque no se sabe con certeza qué otras consecuencias produce la distinción en el marco del proyecto. Véase el párrafo 92 *supra*.

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

Nota

El contenido del artículo 21, párr. 1 se ha incluido en el artículo 20, párr. 2. Se ha suprimido el antiguo artículo 21, párr. 2 por las razones que se explican en el informe. Véanse los párrafos 69 a 76 *supra*.

~~*Artículo 22.—Agotamiento de los recursos internos*~~

Nota

Se ha modificado el artículo 22, que ha pasado a ser el artículo 26 *bis* que figura *infra*.

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

Nota

La violación de las obligaciones de prevenir, a que se refería el antiguo artículo 23, ha pasado a quedar englobada en el artículo 20, párr. 2 porque las obligaciones de prevención constituyen una forma de las obligaciones de resultado. Véanse los párrafos 81 a 87 *supra*. El aspecto intertemporal de las obligaciones de prevenir se tiene en cuenta en el artículo 24, párr. 3.

Artículo 24.—Hechos ilícitos consumados y continuos

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar cuando se realice el hecho aunque sus efectos se prolonguen en el tiempo.

2. A reserva de lo dispuesto en el artículo 18, la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tenga carácter continuo se prolongará desde que se realice el hecho por primera vez y continuará durante todo el período en el cual subsistan el hecho y su falta de conformidad con la obligación internacional.

3. La violación de una obligación internacional por la cual un Estado tenga que prevenir un acontecimiento determinado tendrá lugar cuando ocurra el acontecimiento y continuará durante todo el período en el cual subsistan el hecho y su falta de conformidad con la obligación internacional.

Notas

1. El artículo 24 contiene los elementos fundamentales de los antiguos artículos 24, 25, párr. 1 y 26, así como del artículo 18, párr. 3. Véanse los párrafos 93 a 115 *supra*.

2. En los párrafos propuestos se evita utilizar la palabra «momento». Los denominados hechos «instantáneos» no suelen ser momentáneos y rara vez habrá que determinar la fecha concreta en que se produjeron. La distinción esencial es entre hechos ilícitos continuos y hechos que, aunque pueden seguir produciendo efectos, se consumaron en una época determinada.

3. De conformidad con el párrafo 3, que corresponde al antiguo artículo 26, la violación de una obligación de prevenir constituirá usualmente un hecho ilícito continuo, a menos que la obligación consista exclusivamente en prevenir antes que nada el acontecimiento (lo que es distinto de la continuación) o haya cesado. Ambos casos quedarían comprendidos en las palabras «subsistan [...] y su falta de conformidad con la obligación internacional».

Artículo 25.—Violaciones que entrañen hechos compuestos de un Estado

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho compuesto de un Estado (es decir, una serie de acciones u omisiones que en conjunto constituyan un hecho ilícito respecto de la obligación de que se trate) se producirá cuando tenga lugar la acción u omisión de la serie que, considerada junto con las que le hayan precedido, sea suficiente para constituir el hecho compuesto.

2. A reserva de lo dispuesto en el artículo 18, la perpetración de la violación se prolongará todo el período siguiente a la primera de las acciones u omisiones que en conjunto constituyen el hecho compuesto y subsistirá mientras se repitan y subsista su falta de conformidad con la obligación internacional.

Notas

1. El artículo 25 incluye el contenido de los antiguos artículos 25, párr. 2 y 18, párr. 4, que se referían a los «hechos compuestos». No obstante, por las razones que se explican en el informe, el concepto de hechos compuestos se limita a los que se definen como tales en la norma primaria pertinente. Véanse los párrafos 116 a 126 *supra*.

2. Las palabras «a reserva de lo dispuesto en el artículo 18» obedecen al propósito de tener en cuenta el caso en que la obligación no esté en vigor cuando comience a observarse el comportamiento constitutivo del hecho compuesto, pero haya entrado en vigor después. En ese caso, la «primera» de las acciones u omisiones de la serie, a los efectos de la responsabilidad de los Estados, es la primera que ocurre después de que entre en vigor la obligación. Sin embargo, ello no impide que un tribunal tenga en cuenta acciones u omisiones anteriores a otros efectos (por ejemplo, el de determinar los elementos de hecho de violaciones posteriores). Véase el párrafo 123 *supra*.

3. No parece necesario el concepto de «hechos complejos», que se formula en los artículos 18, párr. 5 y 25, párr. 3, razón por la que se han suprimido esas disposiciones. Véanse los párrafos 127 a 133 *supra*.

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

Nota

El antiguo artículo 26 se ha incluido en el artículo 24, párr. 3.

Artículo 26 bis.—Agotamiento de los recursos internos

Lo dispuesto en los presentes artículos se entenderá sin perjuicio del requisito de que, en caso de una obligación internacional relativa al trato que ha de extender un Estado a personas naturales o jurídicas extranjeras, éstas habrán de agotar los recursos internos efectivos que tengan a su disposición en ese Estado.

Notas

1. En la versión aprobada en primera lectura, el artículo 22 se refería al agotamiento de los recursos internos en el marco del concepto de los «hechos complejos». En todos los casos en que se aplicaba la norma del agotamiento de los recursos internos, se consideraba que el hecho ilícito incluía los recursos internos ineficaces. Aunque hay muchos casos en que el hecho ilícito viene determinado por la ineficacia del recurso interno, hay otros (por ejemplo, la tortura) en que ello no es así y, por esa y otras razones, se ha suprimido el concepto de «hecho complejo». Véanse los párrafos 138 a 150 *supra*.

2. De todos modos, es conveniente dejar claro en el capítulo III que el hecho de que se produzca una violación no obsta para que hayan de agotarse los recursos internos con arreglo al derecho internacional. La Comisión podría formular con más precisión la norma de los recursos internos dentro del tema de la protección diplomática.

3. Tal vez sea necesario examinar de nuevo la ubicación del artículo 26 bis a la vista de los trabajos que se realicen en relación con la materialización de la responsabilidad internacional en el capítulo III de la segunda parte.

B.—Primera parte, capítulo IV: Implicación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado

1. Introducción

a) *Alcance del capítulo IV*

159. De conformidad con el principio general establecido en el artículo 3, hay responsabilidad del Estado cuando el comportamiento atribuible a un Estado viola una obligación internacional de ese Estado. Sin embargo, puede haber casos en que el comportamiento de un Estado, que no actúa como órgano o agente de otro Estado, es en todo caso imputable a este último, aunque la ilicitud del comportamiento consista o, en todo caso, consista fundamentalmente, en una violación de las obligaciones internacionales del primer Estado. La primera parte del capítulo IV apunta a definir los casos excepcionales en que ello sucede.

160. En el capítulo IV se prevén tres situaciones. El artículo 27 se refiere a lo que en derecho interno se denominaría «complicidad», es decir, cuando un Estado presta ayuda o asistencia a otro Estado con lo que facilita que éste perpetre el hecho ilícito. El párrafo 1 del artículo 28 se refiere a los casos en que un Estado es responsable del hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado porque ha asumido un poder de dirección o de control sobre él mediante un tratado, por ejemplo, o como resultado de una ocupación militar de su territorio. El párrafo 2 del artículo 28 se refiere al caso extremo en que un Estado ejerce deliberadamente coacción sobre otro para que cometa un hecho que constituye o que (de no haber sido por la coacción) constituiría un hecho internacionalmente ilícito de su parte[306]. En los tres casos, el hecho es cometido, voluntariamente o no, por órganos o agentes del Estado autor y constituye (o constituiría, de no haber sido por la coacción)[307] una violación de las obligaciones internacionales de ese Estado. La «implicación» del segundo Estado surge de la circunstancia especial de su asistencia voluntaria, su poder de dirección o control o la coacción ejercida sobre el comportamiento del Estado autor. Sin embargo, existen también diferencias importantes entre los tres casos. En el caso del artículo 27, el principal responsable del hecho ilícito es el Estado autor y la función del Estado que presta asistencia es secundaria. En cambio, en el caso de coacción previsto en el párrafo 2 del artículo 28, el Estado que ejerce la coacción es el *fons et origo* del comportamiento y el que ha sido objeto de la coacción es el instrumento. El párrafo 1 del artículo 28 en su texto actual, prevé una amplia variedad de situaciones, desde aquellas en que el poder de dirección o control en realidad es ejercido por el Estado dominante y el Estado subordinado únicamente cumple órdenes hasta aquellas en que el Estado subordinado toma la iniciativa y la responsabilidad del Estado dominante se deriva únicamente del hecho de no haber ejercido el «poder de dirección o control».

b) *Responsabilidad accesoria y conceptos afines*

161. En su séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados, el Sr. Ago decidió que se examinaran dos casos en el marco del capítulo. El primero era la participación de un Estado en el hecho ilícito de otro y el segundo era la «responsabilidad indirecta» basada en la relación entre el Estado que dirige o impone la perpetración del hecho ilícito y el Estado que lo comete[308]. Sin embargo, no se dio ninguna justificación general para examinar estos dos casos y no otros, y el comentario no se refiere prácticamente al asunto; de todas maneras, conviene situar los casos concretos que figuran actualmente en el capítulo IV en el contexto más amplio de la cooperación entre varios Estados para cometer un hecho internacionalmente ilícito y cabría considerar por lo menos los siguientes casos:

a) *Acción conjunta*. El Estado A se pone de acuerdo con el Estado B para cometer juntos el hecho internacionalmente ilícito. Por ejemplo, si dos Estados se ponen de acuerdo para realizar una operación determinada, puede decirse que han actuado conjuntamente con respecto a toda la operación, aunque las expresiones «conjunta» o «solidaria», derivadas de los ordenamientos jurídicos nacionales, deben utilizarse con cautela;

b) *Acción por medio de un órgano común*. Los Estados A y B cometen conjuntamente el hecho por conducto de un órgano común. En ese caso[309], el órgano es al mismo tiempo órgano de ambos Estados, de conformidad con el proyecto de artículo 5, y la conducta es imputable a ambos;

c) *Acción por medio de un agente*. El Estado A actúa en nombre del Estado B, o como agente de éste, en la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito, aunque mantiene sus propias funciones y su responsabilidad con respecto a la conducta de sus órganos[310]. Por ejemplo, el Estado B puede pedir al Estado A que realice en su nombre determinados actos en ejercicio del derecho de legítima defensa colectiva y si los actos van más allá de las medidas autorizadas por el Artículo 51 de la Carta de

---

[306] Para los trabajos del artículo 27, véase *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), págs. 56 a 64, documento A/CN.4/307 y Add.1 y 2; ibíd., vol. I, 1518.ª sesión, págs. 183 a 189 (debate en el plenario) y pág. 288 (informe del Comité de Redacción). Para los trabajos del artículo 28, véase *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), págs. 4 a 26, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4; ibíd., vol. I, 1532.ª sesión, págs. 4 a 30 (debate en el plenario) y págs. 170 a 176 (informe del Comité de Redacción). Véanse las deliberaciones sobre el problema en Padelletti, *Pluralità di stati nel fatto illecito internazionale*; Brownlie, *op. cit.*, págs. 189 a 192; Quigley, «Complicity in international law: a new direction in the law of State responsibility»; Noyes y Smith, «State responsibility and the principle of joint and several liability»; y Graefrath, «Complicity in the law of international responsibility» (particularmente útil). Los anteriores debates sobre «complicidad» de los Estados en la doctrina y en la jurisprudencia trataban más bien de los problemas de la atribución o de la norma sustantiva de la responsabilidad por hechos de los particulares: véase por ejemplo, Brierly, «The theory of implied State complicity in international claims».

[307] Esa salvedad es necesaria porque si el Estado ha sido realmente objeto de coacción, la ilicitud del acto puede quedar excluida en razón de fuerza mayor; véanse el artículo 31 y el párrafo 204 *infra*.

[308] *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), págs. 55 y 56, documento A/CN.4/307 y Add.1 y 2, párrs. 52 y 53.

[309] Mencionado por el Sr. Ago, ibíd., pág. 57, párr. 58.

[310] Si el órgano pertinente del Estado A ha sido «puesto a [...] disposición» del Estado B, de conformidad con el proyecto de artículo 9, sólo el Estado B será responsable del comportamiento. Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párr. 230. Existen muchos casos en que los órganos del Estado A mantienen cierto control sobre los actos que realizan como agentes de otro Estado, y no actúan solamente como representantes de éste. Ello sucedió, por ejemplo, en Australia, en el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru, C.I.J. Recueil* (véase la nota 76 *supra*), pág. 240.

las Naciones Unidas, la responsabilidad podría imputarse tanto al Estado que los solicita como al Estado autor[311];

d) *Comportamiento ilícito independiente en que participa otro Estado*. El Estado A hace algo que es contrario a sus propias obligaciones internacionales en una situación en que está implicado otro Estado y la conducta del otro Estado es importante o incluso decisiva para determinar si el Estado A ha infringido sus propias obligaciones internacionales. Por ejemplo, en el caso *Soering*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que el Reino Unido era responsable de la extradición de una persona a un Estado que no era parte en el Convenio europeo y donde sufriría tratos o penas inhumanos o degradantes[312]. Por lo tanto, un Estado puede ser internacionalmente responsable por su propio comportamiento al permitir que se someta a alguien a malos tratos, aunque éstos sean infligidos por otro Estado por su propia cuenta[313]. También es posible que un Estado, en razón de sus obligaciones internacionales, tenga que impedir que otro Estado actúe de determinada manera, o por lo menos tratar de evitar el daño que podría derivarse de ello[314];

e) *Asistencia voluntaria en la perpetración de un hecho ilícito*. El Estado A de alguna manera ayuda al Estado B a cometer un hecho que viola las obligaciones internacionales del Estado B, por ejemplo, proporcionándole, a sabiendas, un servicio esencial para ello o financiando la actividad de que se trata. El artículo 27 se refiere a esa situación, que es distinta a la que se plantea en el asunto *Soering*, porque en este caso la razón por la cual el comportamiento del Estado A es ilícito es su relación con el comportamiento ilícito del Estado B[315];

f) *Instigación a cometer un hecho ilícito*. El Estado A incita o alienta al Estado B a realizar un hecho internacionalmente ilícito, pero no lo ayuda materialmente a cometerlo[316];

g) *Dirección, obligación o coacción*. El Estado A obliga o coacciona al Estado B a cometer un hecho internacionalmente ilícito, o el Estado B actúa bajo la dirección y el control del Estado A en la perpetración de ese hecho. Esos casos se tratan en el artículo 28, al igual que el del Estado A que no evitó el hecho ilícito cometido por el Estado B en un ámbito en que ejercía poder de dirección o control sobre el Estado B;

h) *Asistencia prestada después de la perpetración del hecho ilícito.* El Estado A presta asistencia al Estado B para eludir su responsabilidad en un hecho internacionalmente ilícito o para mantener los beneficios que le haya reportado el hecho, pero sin participar en el hecho ilícito propiamente dicho. En el régimen de *common law* esto se denomina «encubridor de un delito consumado»;

i) *Comportamiento de varios Estados que causan por separado distintos aspectos del mismo daño o perjuicio*. Otra situación es que los hechos ilícitos cometidos simultáneamente por varios Estados puedan contribuir a causar perjuicios que quizás no se hubieran producido con la acción de uno de ellos únicamente. Por ejemplo, varios Estados pueden contribuir a la contaminación de un río porque el efecto de los contaminantes sumados y combinados es mucho mayor que el efecto si sólo uno de los Estados hubiera participado en el hecho.

162. Esas situaciones no son mutuamente excluyentes sino que pueden combinarse de distintas maneras. Por ejemplo, el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru* estaba relacionado con la responsabilidad de Australia con respecto a Nauru por los hechos cometidos por ese país «en nombre» de los tres Estados (Australia, Nueva Zelandia y el Reino Unido) que en conjunto constituían la Autoridad Administradora del Territorio en Fideicomiso de Nauru[317]. Este es un caso de acción «conjunta» (situación señalada en el apartado *a supra*) así como un caso en que uno de los Estados, en el marco de su función habitual de administración, actúa en nombre de los otros dos y en el suyo propio (situación señalada en el apartado *c supra*).

163. Se da un tipo especial de acción «colectiva» cuando varios Estados colaboran para establecer y mantener una organización internacional que actúe en su nombre o, a la inversa, cuando uno o más Estados actúan en nombre de una organización internacional con algún fin de la organización. Ello plantea problemas relacionados con el grado de responsabilidad que cabría atribuir a los Estados por los hechos de la organización o por los actos de cada uno de ellos autorizados por la organización. Sin embargo, por los motivos que ya se han señalado, el proyecto de artículos no debería referirse a casos de responsabilidad de las organizaciones internacionales, ni de responsabilidad de los Estados miembros por hechos realizados por organizaciones internacionales (incluida la que cabría denominar «responsabilidad secundaria»)[318]. Por lo tanto,

---

311 Véanse los casos *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (nota 68 *supra*) y *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), *C.I.J. Recueil 1988*, pág. 69 (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 247).

312 *Série A: Arrêts et décisions* (nota 297 *supra*), págs. 33 a 36.

313 El Tribunal ha aplicado el principio *Soering* en asuntos posteriores, aunque con mucha prudencia: véase, por ejemplo, el asunto *Cruz Varas et autres* c. *Suède*, ibíd., vol. 201, decisión de 20 de marzo de 1991 (Consejo de Europa, Estrasburgo, 1991); y *Vilvarajah et autres* c. *Royaume-Uni*, ibíd., vol. 215, decisión de 30 de octubre de 1991 (Consejo de Europa, Estrasburgo, 1992).

314 Por ejemplo, el fundamento de la responsabilidad de Albania en el caso *Détroit de Corfou* (véase la nota 11 *supra*) fue que no había informado que un tercer Estado había colocado minas en sus aguas.

315 En el caso *Soering* el Tribunal señaló que las condiciones en el país receptor se consideraban una cuestión de hecho. Declaró que «la responsabilidad del país receptor no puede juzgarse o determinarse en virtud del derecho internacional general, del Convenio o de ninguna otra norma. En la medida en que el hecho dé lugar o pueda dar lugar a algún tipo de responsabilidad en virtud del Convenio, se trata de la responsabilidad del Estado Contratante que procedió a la extradición, ya que adoptó una medida que tuvo como consecuencia directa la exposición de una persona a malos tratos prohibidos» (*Série A: Arrêts et décisions* (véase la nota 297 *supra*), pág. 36). De hecho, puede ocurrir que el trato sea internacionalmente lícito con respecto al Estado receptor.

316 Véase *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), págs. 57 a 60, documento A/CN.4/307 y Add.1 y 2, párrs. 61 a 65, en que se exponen argumentos en contra de que se considere la mera instigación como base para atribuir responsabilidad. Los Estados tienen obligaciones concretas, derivadas de tratados, de prohibir la instigación en ciertos contextos (por ejemplo, el artículo III, apdo. *e* de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; y el artículo 4 (Instigación al odio racial o a la discriminación) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial).

317 *C.I.J. Recueil 1992* (véase la nota 76 *supra*), pág. 240.

318 Véase *Anuario... 1998* vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 234 y 262, y el proyecto de artículo A propuesto por el Comité de Redacción en 1998. En el caso *Certaines terres à phosphates à Nauru*, se convino en que la «Autoridad

no es necesario examinar, por ejemplo, quién es el responsable del cumplimiento de acuerdos mixtos de la Unión Europea, en que tanto la Comunidad Europea como sus Estados miembros son partes en el acuerdo y se plantean problemas relacionados con la división de la competencia[319].

164. Dejando de lado las cuestiones de responsabilidad de las organizaciones internacionales y de los Estados miembros por los actos de las organizaciones internacionales, se plantea la cuestión de determinar cuáles de los casos examinados en los párrafos anteriores habría que tener en cuenta en el proyecto de artículos y, concretamente, en el capítulo IV. De acuerdo con los artículos 1 y 3, cada Estado es responsable de su propio comportamiento, es decir, por el comportamiento atribuible a él en virtud del capítulo II que constituya una violación de sus propias obligaciones internacionales, en tanto que el elemento de la violación se especifica en el capítulo III. Se trata pues de determinar entre las distintas formas de acción conjunta o concertada de varios Estados que se mencionan en el párrafo 159 *supra* aquellas que no quedan debidamente comprendidas en este principio general. Al parecer, las situaciones *a*, *b*, *c*, *d* e *i* no plantean ningún problema particular a los efectos de la primera parte del proyecto de artículos, aunque pueden hacerlo en la segunda parte con respecto al alcance de la reparación que debe hacer cada Estado. Quedarían las situaciones previstas en los apartados *e, f, g* y *h*. El capítulo IV parte de la base de que la instigación a cometer un hecho ilícito (situación prevista en el apartado *f*) y la asistencia prestada a un Estado una vez cometido el hecho (situación prevista en el apartado *h*) por lo general no son hechos ilícitos en el derecho internacional o en todo caso no es necesario tenerlos en cuenta en la primera parte.

165. Sin embargo, es necesario examinar las situaciones que se contemplan realmente en los artículos 27 y 28 antes de determinar si es necesario incluir en el capítulo IV, o en otro capítulo, otros casos de responsabilidad colectiva, accesoria o de responsabilidad por los hechos preparatorios[320].

c) *¿Enuncia el capítulo IV normas secundarias?*

166. Una característica evidente del artículo 27, y quizás también del artículo 28, es que en ellos se especifica que determinado comportamiento es internacionalmente ilícito. El artículo 27 dispone que la ayuda o asistencia «constituye de por sí un hecho internacionalmente ilícito», mientras que el artículo 28 señala que en ciertos casos un hecho ilícito cometido por un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de otro Estado. Sin embargo, el proyecto de artículos se basa en una distinción entre normas primarias y secundarias y su función no consiste en «definir una norma y el contenido de la obligación por ella impuesta»[321]. El artículo 27, por lo menos, sí parece hacerlo, aunque por remisión a un hecho ilícito de otro Estado.

167. El comentario no insiste en este aspecto del capítulo IV, ni lo justifica, y se limita a señalar que se refiere a casos en que el Estado está implicado en el comportamiento internacionalmente ilícito de otro Estado[322]. Sin embargo, la justificación puede encontrarse en que la responsabilidad, con arreglo al capítulo IV, es en cierto sentido derivada[323]. En los ordenamientos jurídicos nacionales, las normas que se refieren a la asociación delictiva, la complicidad y la instigación para incumplir un contrato, por ejemplo, suelen clasificarse en la «parte general» del derecho de las obligaciones civiles o penales, según el caso. Además, la idea de la implicación de un Estado en el comportamiento de otro es análoga a los problemas de atribución que se tratan en el capítulo II. En algunas circunstancias puede justificarse la atribución del comportamiento ilícito del Estado A al Estado B, que se ve implicado en ese comportamiento por la asistencia prestada o por la dirección o coacción ejercida. Según el alcance de la responsabilidad definido en el capítulo IV, es posible defender el argumento de que los artículos 27 y 28 forman parte de un proyecto que se ocupa de las normas secundarias de la responsabilidad de los Estados. Hay que tener cuidado de que los artículos no vayan más allá del ámbito de la «implicación», para convertirse en normas primarias sustantivas y que puedan ser polémicas. En todo caso, ello dependerá de su contenido más que de su clasificación.

2. Examen de artículos específicos

a) *Artículo 27. Ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito*

168. El texto del artículo 27 es el siguiente:

> La ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado, si consta que ha sido prestada para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito, realizada por este último, constituye de por sí un hecho internacionalmente ilícito, aun cuando, considerada aisladamente, esa ayuda o asistencia no constituya la violación de una obligación internacional.

169. El artículo 27, interpretado literalmente, plantea un principio bastante amplio de la responsabilidad de un Estado por el comportamiento de otro. Considera ilícita toda «ayuda o asistencia [...] prestada para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito» por parte del segundo Estado. El «elemento mental» de la asistencia no se especifica en el artículo; es decir, ¿qué grado de

Administradora» de Nauru no era otra persona jurídica, es decir, no era una organización internacional distinta de los tres Estados participantes (véase *C.I.J. Recueil 1992* (nota 76 *supra*), pág. 258).

319 Véase MacLeod, Hendry y Hyett, *The External Relations of the European Communities: A Manual of Law and Practice*, págs. 158 a 160; y Tomuschat, «Liability for mixed agreements». Con respecto a la jurisprudencia, véase la opinión del abogado general Jacobs en el caso C–316/91, *Parlement européen* c. *Conseil de l'Union européenne*, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance*, 1994-3, Luxemburgo, en particular los párrafos 69 y ss., y la opinión del abogado general Tesauro en el caso C-53/96, *Hermès International* c. *FHT Marketing Choice BV*, ibíd., 1998-6, párrs. 14 a 20.

320 Véase el párrafo 213 *infra*.

321 Utilizando las palabras del Relator Especial, Sr. Ago, *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 331, documento A/8010/Rev.1, párr. 66, apdo. *c*, citadas en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párr. 13. Véanse en ibíd., párrs. 12 a 18, las deliberaciones sobre la distinción.

322 *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 97, párr. 1 del comentario al capítulo IV.

323 Véase la expresión «responsabilidad derivada» utilizada por el árbitro Max Huber en *Biens britanniques au Maroc espagnol*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 292 *supra*), pág. 648.

conocimiento se requiere de la participación del Estado receptor de la ayuda en el hecho internacionalmente ilícito? Tampoco se establece una distinción entre el grado o el tipo de «ayuda o asistencia», que puede ir de lo indispensable a lo secundario.

170. En el comentario del artículo 27 se aclaran considerablemente esas cuestiones. En primer lugar, se establece una distinción entre la participación en el hecho ilícito de otro Estado y los casos en que «un Estado es o se hace coautor de un hecho internacionalmente ilícito»[324]. Por otra parte, se establece una distinción entre los casos en que se alienta o se instiga a cometer un hecho ilícito o se aconseja hacerlo y aquellos en que se presta efectivamente asistencia. «Pero, en el orden jurídico internacional, es más que dudoso que la sola inducción de un Estado a otro Estado para que cometa un hecho ilícito sea en cuanto tal un hecho internacionalmente ilícito»[325]. Por lo tanto, hay que distinguir la instigación de la complicidad, especialmente en las relaciones internacionales. Por distintas razones, también se distinguen los casos de dirección y coacción de la complicidad y el artículo 28 se refiere a ellos. Así, el artículo 27 se refiere al Estado que actúa por su cuenta y es el principal responsable, aunque otro Estado preste asistencia material en la perpetración de un hecho ilícito[326].

171. En el comentario se señala que ciertas formas de asistencia se prohíben por separado en el derecho internacional. Por ejemplo, según la Definición de la agresión aprobada por la Asamblea General, el acto de agresión consiste, entre otras cosas, en «[l]a acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado»[327]. Sin embargo, según el comentario, la asistencia prestada para que otro Estado cometa el hecho ilícito es en sí ilícita, aunque ello no se indique expresamente en una norma primaria. En realidad ello sucede independientemente de que el hecho principal sea un crimen o un delito[328] o de que la asistencia constituya en sí misma un hecho ilícito[329]. Basta con que el Estado que presta asistencia tenga «la intención de cooperar en la realización de un hecho» ilícito. Ese requisito se cumple, por ejemplo, cuando el Estado que presta asistencia tiene «el conocimiento del objeto concreto para el cual el Estado que recibe el suministro de ciertos medios se propone servirse de ellos»[330]. La mayoría de los ejemplos de práctica de los Estados que se dan en el comentario se refieren a la asistencia que presta un Estado para que otro utilice la fuerza armada, por ejemplo, mediante la autorización de sobrevuelos o derechos de aterrizaje durante una operación militar de otro Estado que es considerada una agresión o una intervención[331]. Cabe señalar que todos los ejemplos mencionados se refieren al incumplimiento de obligaciones dimanadas de normas primarias que obligan al propio Estado que presta asistencia.

172. Por lo tanto, la Comisión llegó a la conclusión, en parte como cuestión de desarrollo progresivo, de que había que incluir en la primera parte una norma que prohibiera la complicidad o la participación en el hecho ilícito de otro Estado[332]. La participación en ese hecho no tiene necesariamente la misma gravedad que el comportamiento del Estado al que se presta asistencia. Su gravedad dependerá, entre otras cosas, de «la importancia y la gravedad de la ayuda o la asistencia proporcionada concretamente al autor del hecho ilícito principal»[333]. Sin embargo, para que se aplicara el artículo 27 la asistencia debía ser material y tenía que haberse prestado «con la *intención* de facilitar así la realización» del hecho ilícito por el otro Estado[334]. Además, el Estado que recibe asistencia debe cometer efectivamente un hecho ilícito para que la ilicitud de lo que hace el Estado que presta asistencia dependa estrictamente de lo que hace el Estado que la recibe[335].

i) *Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 27*

173. Alemania no cree que el derecho internacional vigente vaya tan lejos como el artículo 27 y pide que se determine con mayor precisión la expresión «prestada para la perpetración» así como el elemento necesario de la intención[336]. Los Estados Unidos están de acuerdo con los aspectos esenciales[337]. Suiza señala que el artículo 27 «carece de fundamento en el derecho positivo» y que, por lo tanto, debe suprimirse[338]. En una observación anterior, Suecia también manifestó dudas con respecto al alcance del artículo 27 y preguntó si no se trataba más bien de una norma primaria[339].

174. El Reino Unido, en cambio, apoya el «principio básico» pero señala una serie de aspectos de redacción que plantean, sin embargo, cuestiones de principio con respecto al artículo 27 en sí. Para el Reino Unido, la cuestión fundamental es la necesidad de establecer la distinción entre los casos en que el hecho del Estado que presta ayuda es ilícito por sí mismo y aquellos en que no lo es. Si el hecho es ilícito por sí mismo, el artículo 27 no es necesario. Si no lo es, debe expresarse claramente el principio de responsabilidad[340]. El Japón también está de acuerdo con el artículo 27 pero sugiere que se defina claramente

---

[324] *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 98, párr. 2 del comentario al artículo 27.

[325] Ibíd., párr. 3. En el párrafo 4 se citan las conclusiones formuladas por la *Board of Commissioners* de acuerdo con la Convención de 4 de julio de 1831 entre los Estados Unidos de América y Francia, en que se negaba a atribuir a Francia la responsabilidad por medidas adoptadas por Dinamarca, aunque por influencia e instigación de Francia. Véase Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, págs. 4473 y ss.

[326] *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 100, párr. 11 del comentario al artículo 27.

[327] Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo, párr. 3, apdo. *f*, citada en ibíd., pág. 101, párr. 13 del comentario al artículo 27.

[328] Ibíd.

[329] Ibíd., párr. 14.

[330] Ibíd.

[331] Ibíd.

[332] Ibíd., pág. 102, párr. 16.

[333] Ibíd.

[334] Ibíd., págs. 102 y 103, párr. 17.

[335] Ibíd., pág. 103, párr. 19.

[336] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 27.

[337] Ibíd.

[338] Ibíd.

[339] *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 85, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4.

[340] Véase la nota 336 *supra*.

el principio[341]. En un comentario anterior Malí señaló que debían tenerse en cuenta varios factores para determinar si la ayuda se había prestado «para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito», pero aun así expresó su firme apoyo al artículo[342].

ii) *El artículo 27 como caso de responsabilidad derivada: dos cuestiones preliminares*

175. En el artículo 27 se prevé la responsabilidad derivada en dos formas distintas. En primer lugar, el Estado que presta ayuda es responsable únicamente si el Estado que la recibe comete efectivamente un hecho internacionalmente ilícito. Como se señala claramente en el comentario, el Estado que presta asistencia es responsable únicamente si el Estado que la recibe comete el hecho ilícito. En segundo lugar, el Estado que presta la ayuda es responsable únicamente si se determina que la asistencia «ha sido prestada para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito». Lo que se requiere es la intención específica de ayudar en la perpetración del hecho ilícito del Estado que recibe asistencia. Ello plantea cuestiones de principio y con respecto a la definición, pero antes hay que mencionar dos problemas preliminares.

176. El primero es el problema de procedimiento de determinar, en un proceso judicial en que no participa el Estado receptor de la asistencia, la responsabilidad del Estado que lo proporciona. La CIJ ha afirmado reiteradas veces que no puede pronunciarse sobre la responsabilidad internacional del Estado A ya que para ello, tendría que pronunciarse previamente sobre la licitud del comportamiento del Estado B, en ausencia de éste y sin su consentimiento. Este es el denominado principio del *Or monétaire*[343]. Por definición, ese principio se aplicará a los casos contemplados en el artículo 27, ya que un aspecto esencial de la responsabilidad del Estado que presta asistencia consiste en que el Estado que la recibe ha cometido un hecho internacionalmente ilícito. La ilicitud de la asistencia prestada por el primero depende de la ilicitud del comportamiento del segundo (así como de que el primer Estado tenga conciencia de la ilicitud). Aunque en algunos casos ello pueda presentar dificultades prácticas para la determinación de la responsabilidad del Estado que presta asistencia, no es motivo suficiente para rechazar el artículo 27. El principio del *Or monétaire* se refiere a la admisibilidad de la acción en un procedimiento judicial internacional. Se han expresado protestas a nivel diplomático en casos de asistencia ilícita prestada a otro Estado, lo que es correcto, ya que los Estados tienen derecho a denunciar la complicidad en el comportamiento ilícito, aunque los tribunales quizás no tengan competencia para pronunciarse sobre la acusación en ausencia del otro Estado. Además, el principio no siempre se aplica incluso en procedimientos judiciales. Por ejemplo, no se aplica a los casos en que un órgano internacional competente ha imputado ya la responsabilidad al Estado que recibe la asistencia[344].

177. La segunda dificultad se refiere a la formulación de normas sustantivas en que concretamente se prohíbe que un Estado preste asistencia a otros Estados para que cometan ciertos hechos ilícitos o incluso se pide a terceros Estados que impidan o repriman la realización de tales hechos. En párrafos anteriores se menciona el párrafo 3, apdo. *f*, de la Definición de la agresión formulada por las Naciones Unidas y existen otros ejemplos al respecto[345]. Esos textos no se basan en ningún principio general de responsabilidad derivada, y cabe preguntarse si niegan implícitamente la existencia de un principio general[346]. Al parecer no es así. La existencia de normas especiales que se han redactado en distintos momentos para prohibir la asistencia a Estados que realizan actos ilícitos puede demostrar la importancia de evitar que se preste ayuda en esas situaciones, pero sería ir demasiado lejos inferir de ello que no existe ninguna norma general. La definición de la agresión no tenía por objeto ocuparse del derecho general de la responsabilidad de los Estados pero, de haberse hecho caso omiso de la cuestión al redactar el texto del artículo 3, no se habría podido definir ese concepto. Con respecto a las disposiciones de otros tratados (por ejemplo, el párrafo 5 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas), una vez más, el motivo específico de esas disposiciones va más allá del alcance y el objetivo del proyecto de artículo 27.

178. Por esas razones, ni las dificultades de procedimiento que plantea el principio del *Or monétaire*, ni la existencia de normas primarias concretas que se superponen en ciertos aspectos con el artículo 27 son motivos para rechazar el principio general.

179. Sin embargo, una objeción mucho más importante está relacionada con el alcance del principio. Según la formulación, sumamente críptica, del artículo 27, hay que demostrar que la ayuda o asistencia «ha sido prestada *para*[*] la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito», pero la palabra «para» plantea una serie de problemas. ¿Cuándo se presta asistencia «para» ese propósito? La asistencia puede ser desde indispensable hasta incidental pero, ¿cuán importante debe ser para el logro del propósito? ¿Es necesario que el Estado que presta ayuda tenga plena conciencia no sólo del propósito sino también de su ilicitud? Además de los aspectos relacionados con la formulación y la definición existen otras cuestiones fundamentales. En particular, ¿tiene alguna importancia el hecho de que el Estado que presta ayuda no esté obligado

341 Documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen), observaciones sobre el artículo 27.

342 *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 106, documento A/CN.4/328 y Add.1 a 4.

343 *Timor oriental, C.I.J. Recueil 1995* (nota 26 *supra*), pág. 105, párr. 35; véase también *Or monétaire pris à Rome en 1943*, fallo, *C.I.J. Recueil 1954*, pág. 32 (véase asimismo *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 42), y *Certaines terres à phosphates à Nauru, C.I.J. Recueil 1992* (nota 76 *supra*), pág. 261, párr. 55.

344 En el caso *Timor oriental*, Portugal adujo que la situación jurídica de Indonesia ya se había determinado oficialmente en resoluciones anteriores del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General. La CIJ negó que las resoluciones hubieran llegado tan lejos (*C.I.J. Recueil 1995* (nota 26 *supra*), pág. 104, párr. 32). Una resolución clara y vinculante de un órgano competente podría impedir, implícitamente, la aplicación del principio del *Or monétaire*; véase, por ejemplo, el caso *Namibie, C.I.J. Recueil 1971* (nota 85 *supra*), pág. 54, párr. 117.

345 Véase el párrafo 171 y la nota 326 *supra*. Véase también el párrafo 5 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas («Los Miembros [...] se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva»).

346 Véanse las observaciones de Alemania y Suiza (párr. 173 *supra*).

por la norma que ha contribuido a infringir? De no ser así, ¿podría justificarse de alguna manera esa asistencia? Los ejemplos mencionados en el comentario del artículo 27 no son muy amplios y se limitan a las violaciones de normas fundamentales como el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, el propio artículo 27 no es tan limitado. ¿Convendría establecer una norma general aplicable tanto a tratados bilaterales como a normas imperativas? ¿Habría que incluirla en el proyecto de artículos?

iii) *El problema de la intención o el conocimiento de la ilicitud*

180. No hay duda de que sería una medida demasiado severa imponer al Estado que presta ayuda una norma de responsabilidad objetiva. No debería exigirse a un Estado que proporciona ayuda material o financiera a otro que corra el riesgo de que la ayuda se utilice para cometer un hecho internacionalmente ilícito. En todo caso, sería muy difícil demostrar que ciertos recursos fueron utilizados con ese propósito, especialmente si se trata de recursos financieros o de información. En el comentario del artículo 27 se subraya que los órganos responsables del Estado que presta la asistencia deben ser plenamente conscientes de que se utilizará con fines ilícitos y que deben hacerlo deliberadamente. En otras palabras, la asistencia debe prestarse:

> con la finalidad específica de facilitar la perpetración del hecho internacionalmente ilícito principal de que se trata. Así, no basta que una ayuda o asistencia proporcionada sin tal intención sea utilizada por el Estado que la recibe con fines ilícitos, ni tampoco que el Estado que proporciona ayuda o asistencia sea consciente de la posibilidad eventual de tal utilización. Es preciso, en realidad, que la ayuda o la asistencia se preste con miras a su utilización en la perpetración del hecho internacionalmente ilícito principal. No basta con que esa intención se «presuma»: como pone de relieve el artículo, sólo cuenta si «consta»[347].

La explicación es útil, aunque resulta claro que, si se ha de mantener el artículo 27, esos requisitos deben constar en el texto del artículo 27 y no sólo en el comentario[348]. En vista del carácter de las relaciones entre Estados y de la gran diversidad de situaciones que pueden presentarse[349], el artículo 27 debería referirse sólo a los casos en que la asistencia está relacionada clara e inequívocamente con el hecho ilícito subsiguiente. En cuanto al elemento de la «intención», ello significa que el órgano del Estado tiene que haber sido consciente de que el hecho en cuestión era deliberado y haber tenido además la intención de facilitar su realización mediante la asistencia prestada.

181. Se plantea otra cuestión con respecto a la intención. ¿Debe el Estado que presta ayuda ser consciente no sólo de que el hecho se producirá sino también de su carácter internacionalmente ilícito? El «desconocimiento del derecho» por parte de los funcionarios del Estado que proporcionan la asistencia, ¿exonera al Estado que presta esa ayuda? El desconocimiento del derecho internacional por lo general no exonera a los Estados de responsabilidad por un hecho ilícito. ¿Constituye esto, excepcionalmente, una justificación en el contexto del artículo 27? De ser así, ¿tiene el Estado que presta ayuda el deber de hacer indagaciones razonables sobre la ilicitud o para exonerarlo basta con que los funcionarios hayan hecho caso omiso de la ilicitud? Esas preguntas son difíciles[350] y, además, son fundamentales. Se las analizará con más detenimiento más adelante[351].

iv) *El nexo entre la asistencia y el hecho ilícito*

182. La segunda cuestión, que no se contempla en ninguna definición de la intención, se refiere al vínculo necesario entre la asistencia y el hecho ilícito. Un Estado puede tener la intención de ayudar a cometer un hecho ilícito, plenamente consciente de las circunstancias, pero puede ser que su ayuda no sea realmente importante y significaría un poco más que instigar o promover (hechos que el artículo 27 no pretende incluir). Por otra parte, es posible que la asistencia sea decisiva, como la autorización para el uso de una base militar avanzada o el reabastecimiento de combustible de aviones que, de otra forma, no podrían llegar a su objetivo. Según el comentario, «la ayuda o asistencia ha de tener el efecto de hacer *materialmente* más fácil al Estado beneficiario de tal ayuda o asistencia la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito»[352]. En principio esto debe ser correcto. El hecho de exigir que la ayuda sea un requisito indispensable para la realización del hecho ilícito generaría especulaciones con respecto a otras situaciones de emergencia y podría abrir escapatorias para la aplicación de la norma[353]. Sin embargo, en la versión inglesa la palabra «materialmente» (*materially*) plantea problemas, aunque sea sólo por su relación con el concepto de «violación grave» (*material breach*), que figura en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y se define como «la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado». Si la ayuda o asistencia no debe ser esencial para cometer el hecho ilícito, la palabra «materialmente» debe evitarse. En realidad basta con utilizar la expresión «asistencia» o «complicidad» y explicarla en ese sentido en el comentario.

v) *¿La norma primaria de que se trate debe obligar al Estado que presta la asistencia?*

183. Aun suponiendo que el texto del artículo 27 sea satisfactorio por las explicaciones del comentario, persisten problemas de fondo. En su versión actual, el artículo 27 se aplicaría a los casos en que el Estado A ayuda al Estado B a violar una obligación desconocida para el primero. Como se dice claramente en el artículo 17, el proyecto se aplica a la violación de tratados y también a

---

347 *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 103, párr. 18 del comentario al artículo 27.

348 Véanse las observaciones de varios gobiernos a esos efectos (párrs. 173 y 174 *supra*).

349 Por ejemplo, utilización de bases militares o del territorio en general, sobrevuelos, compra de equipo militar, ayuda económica, capacitación de personal, suministro de información confidencial.

350 A pesar de lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, no puede pretenderse que un Estado sea consciente de las obligaciones contraídas por otro Estado en virtud de tratados bilaterales. Si se exige la notificación del carácter ilícito, convendría prever una fórmula análoga a la que figura en el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969.

351 Véanse los párrafos 186 a 188 *infra*.

352 *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 102 y 103, párr. 17 del comentario al artículo 27. Véase también el párrafo 18.

353 A los mismos efectos, véase Quigley, *loc. cit.*, págs. 121 y 122.

la de obligaciones derivadas de otras fuentes del derecho internacional. Abarca el incumplimiento de obligaciones unilaterales, bilaterales y *erga omnes*[354]. Pero no está en claro en absoluto que a esas obligaciones distintas deba aplicarse una misma norma que prohíbe prestar asistencia[355]. Supóngase el caso de un tratado bilateral entre el Estado B y el Estado C por el que ambos se comprometen a no exportar ciertos materiales o tecnología a un tercer Estado A o a no comerciar con él. En el derecho de los usos mercantiles internos esto se llama boicoteo indirecto. Obviamente el Estado A, que sufre los efectos del tratado, no está obligado por él[356]. ¿Por qué habría de ser jurídicamente responsable si, conociendo el tratado, ayuda al Estado C a violarlo? El artículo 27 podría servir así para extender la eficacia de obligaciones bilaterales ampliamente divulgadas a todos los Estados. Cuestión sin duda diferente es que el Estado que presta la asistencia esté obligado por la norma primaria como ocurrirá, por ejemplo, cuando una de las partes en un tratado de no proliferación de armas nucleares viola el tratado al ayudar a otra a adquirir armas de terceros. Esto indica que el artículo 27 debería limitarse a las obligaciones que vinculan o son oponibles al Estado que presta la asistencia.

184. Un posible argumento a favor de una formulación amplia del artículo 27 es el de la analogía con el derecho interno. En muchos ordenamientos jurídicos internos es ilícito ayudar a sabiendas a otro a incumplir sus obligaciones contractuales[357]. Es indudable que la analogía con el derecho interno puede ser engañosa, pero la existencia de un principio general de responsabilidad por inducir al incumplimiento de un contrato podría servir de apoyo a la fórmula amplia del artículo 27. En el anexo del presente informe figura una reseña comparada del tratamiento de la instigación al incumplimiento contractual en algunos ordenamientos jurídicos internos que revela que, aunque hay cierto apoyo en derecho comparado al principio general según el cual la instigación al incumplimiento de acuerdos con terceros da origen a responsabilidad, este apoyo es muy limitado. En primer lugar, en algunos ordenamientos jurídicos no se reconoce el principio (por ejemplo, en los fundados en la ley islámica), y en otros sólo se reconoce en muy escaso grado (por ejemplo, en el derecho alemán). En los ordenamientos donde el principio se reconoce en teoría (por ejemplo, en el derecho francés y en el derecho anglosajón), está sujeto a importantes limitaciones. En particular, el contrato de que se trate debe ser lícito y la injerencia en él debe ser intencional y carente de justificación independiente.

185. Incluso aunque la analogía con la instigación al incumplimiento contractual del derecho interno fuera más clara, no es fácil aplicar el principio general a las relaciones internacionales. Los tratados ponen de manifiesto la política de los Estados que los conciertan y en derecho internacional se aplica estrictamente el principio de la relación de las partes en los tratados. Además, el número de tratados se ha multiplicado y en ellos se incluyen numerosas obligaciones consistentes en la provisión de fondos, materiales o tecnología. Los ordenamientos jurídicos internos disponen de mecanismos para fiscalizar la legalidad de los contratos más rigurosos que los disponibles actualmente en el derecho internacional para fiscalizar los tratados[358] y en el derecho interno los terceros disponen de recursos para impugnar la legalidad de los contratos que les perjudican y que aún no existen en derecho internacional en relación con los tratados[359].

186. Las razones expuestas indican que el principio del artículo 27 no puede aplicarse a las obligaciones bilaterales en forma absoluta. Imagínese un tratado en virtud del cual el Estado A deba proporcionar fondos o bienes al Estado B. Supóngase que el Estado A se da cuenta de que, si cumple el tratado, el Estado B incumplirá sus obligaciones con un tercer Estado C. Para el derecho internacional ambos tratados son presumiblemente válidos, sin perjuicio de la responsabilidad internacional en que incurra el Estado B. En tal caso, ¿por qué había de convertirse el Estado A en guardián del cumplimiento del Estado B? Si el Estado B insiste en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del tratado con el Estado A, ¿puede el Estado A negarse a cumplirlas? De acuerdo con el artículo 27, si el Estado A prestara asistencia a sabiendas al Estado B sería responsable frente al Estado C[360]. Supóngase asimismo que unos pocos Estados, únicos productores de una mercancía o materia prima estratégica, conciertan un tratado para reducir las ventas y aumentar los precios. ¿Por qué habría de exigirse responsabilidad a los compradores, a los cuales no vincula el tratado, por inducir a una de las partes en él a vender sus productos a menor precio?

---

354 Véanse los párrafos 17, 20, 21 y 26 *supra*.

355 Como hizo notar Suecia en una observación precedente (*Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 85, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4).

356 Véase la Convención de Viena de 1969, arts. 34 y 35.

357 Esta cuestión no se aborda en el comentario ni tampoco la examina la doctrina en general. Bouvé («Russia's liability in tort por Persia's breach of contract»), examina la responsabilidad de un Estado por ejercer coacción sobre otro para incumplir un contrato con un nacional de un tercer Estado, cuestión distinta de la que nos ocupa. Lauterpacht hizo valer la analogía con el derecho interno para defender la nulidad de un tratado incompatible con otro anterior (véase «The covenant as the 'higher law'» y «Contracts to break a contract», págs. 374 y 375). Con mayor razón, el autor habría sostenido que instigar a la transgresión de un tratado bilateral es un acto ilícito. Su opinión sobre la nulidad de los tratados incompatibles con otros anteriores no fue, sin embargo, aceptada en la Convención de Viena de 1969. Se plantean en cambio cuestiones de responsabilidad estatal para los Estados que tienen obligaciones contrapuestas: véase el párrafo 9 *supra*, y Rosenne, *op. cit.*, págs. 87 a 89 y 93.

358 Así, en las normas sobre competencia se habla de contratos públicos *ultra vires*, contratos contrarios al orden público, etc. Puede verse un estudio comparado en von Mehren, «A general view of contract», págs. 29 a 40, y Marsh, *Comparative Contract Law: England, France, Germany* , págs. 87, 91, 99 y 100.

359 Según los artículos 65 y 66 de la Convención de Viena de 1969, solamente las partes en el tratado, y no terceros Estados afectados, pueden invocar el *jus cogens* para impugnar la validez del tratado. En el caso *Timor oriental* (*C.I.J. Recueil 1995* (nota 26 *supra*), pág. 90), Portugal no pretendió impugnar la validez del tratado de 1989. Véanse los párrafos 9 y 176 *supra*.

360 Podría afirmarse que en este caso el propósito del Estado A no es perjudicar al Estado C sino cumplir las obligaciones contraídas con el Estado B. Pero también es cierto que el Estado A sabe que el cumplimiento de sus obligaciones hará que el Estado B incumpla las suyas. El examen minucioso de la «intención» de los Estados, basado en doctrinas casuísticas como la del «doble efecto», no es un fundamento muy firme para determinar la responsabilidad de los Estados. Una norma general como la establecida en el artículo 27 sólo puede funcionar satisfactoriamente si se permite que el Estado que presta la asistencia la justifique aduciendo, por ejemplo, una obligación moral o legal igualmente válida. Pero establecer un principio de justificación significaría claramente legislar en la esfera de las normas primarias de responsabilidad.

vi) *Conclusiones respecto del artículo 27*

187. Hay argumentos para suprimir el artículo 27 sobre la base de que es una norma primaria y, por ello, ajena al ámbito de aplicación del proyecto de artículos[361]. Indudablemente, para mantener la amplitud del artículo 27 habrá que resolver los problemas que ya se han indicado, por ejemplo, el conocimiento del Estado que presta la asistencia de las obligaciones del Estado que la recibe, o la existencia de posibles justificaciones en el caso de obligaciones incompatibles. Cualquiera que sea la opinión que merezcan estas cuestiones, parece claro que son sustantivas y ajenas al ámbito de las normas secundarias de responsabilidad de los Estados.

188. Por otra parte, el artículo 27 puede justificarse en el marco del capítulo IV si se limita a la asistencia para incumplir obligaciones que son vinculantes también para el Estado que las presta. Puede que no deba exigirse al Estado que presta la asistencia que juzgue las obligaciones del Estado que las recibe, pero el primero conoce sus propias obligaciones y debe ser responsable de su cumplimiento. Es injustificable que el Estado A ayude a sabiendas al Estado B a incumplir una obligación que vincula a ambos Estados, pues un Estado no puede hacer por otro lo que no puede hacer por sí mismo. De acuerdo con esta interpretación más restringida, puede justificarse la inclusión del artículo 27 en el proyecto, puesto que se refiere a la implicación de un Estado en la perpetración de un hecho ilícito por otro, es decir, un hecho que es ilícito para los dos Estados[362]. Por las razones expuestas, habrá que mantener el artículo 27, si bien condicionando la responsabilidad a que el Estado preste la asistencia a sabiendas de que se va a cometer un hecho internacionalmente ilícito, a que la asistencia facilite sustancialmente la perpetración del hecho y éste fuera también internacionalmente ilícito si lo cometiera el propio Estado que presta la asistencia[363].

b) *Artículo 28. Responsabilidad de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado*

189. El texto del artículo 28 es el siguiente:

1. El hecho internacionalmente ilícito cometido por un Estado en una esfera de actividad en la que ese Estado esté sometido al poder de dirección o de control de otro Estado dará lugar a la responsabilidad internacional de ese otro Estado.

2. El hecho internacionalmente ilícito cometido por un Estado a consecuencia de la coacción ejercida por otro Estado para provocar la perpetración de ese hecho dará lugar a la responsabilidad internacional de ese otro Estado.

3. Los párrafos 1 y 2 se entienden sin perjuicio de la responsabilidad internacional, en virtud de los otros artículos del presente proyecto, del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

i) *Observaciones de los gobiernos acerca del artículo 28*

190. Suiza destaca la necesidad de armonizar esta disposición con las del capítulo V en lo relativo a la coacción[364]. Francia advierte que el párrafo 1 se basa en una «situación históricamente superada» y que, en el párrafo 2, el término «coacción» es demasiado amplio y sería preferible referirse a una coacción contraria al derecho internacional[365]. En un comentario anterior, Mongolia expresó sus dudas «en cuanto al acierto de la redacción actual» del artículo 28 y, especialmente, en cuanto al empleo incondicional del término «coacción»[366].

191. El artículo 28 comprende dos supuestos distintos: las situaciones de dependencia (por ejemplo, los protectorados internacionales o los Estados ocupados como consecuencia de guerras) y la coacción de un Estado sobre otro, que es necesario examinar por separado.

ii) *Artículo 28, párrafo 1. Responsabilidad derivada de la dirección o control efectivo o potencial de un Estado por otro*

192. En el comentario del párrafo 1 se dice que hay tres tipos de relaciones de dependencia entre dos Estados que justifican que se considere al Estado dominante responsable internacionalmente de los hechos ilícitos cometidos por el Estado dependiente: *a*) las relaciones internacionales de dependencia y especialmente de «suzeraindad» (vasallaje) y de protectorado internacional; *b*) las relaciones entre el Estado federal y los Estados miembros de la federación que mantengan una personalidad internacional propia, y *c*) las relaciones entre un Estado ocupante y un Estado ocupado en casos de ocupación territorial[367]. En el comentario se contraponen esas relaciones a las de mera representación, por las que un Estado asume, incluso con carácter exclusivo, la representación de otro Estado en las relaciones internacionales, sin tener ningún poder de dirección o control en el proceso de adopción de decisiones por el Estado dependiente[368].

193. En cuanto a las relaciones internacionales de dependencia (como los protectorados internacionales), en el comentario se cita el laudo dictado en el asunto *Brown* en apoyo de la afirmación de que «debe reconocerse una responsabilidad en que incurre un Estado por el hecho inter-

361 Véanse las observaciones de Suiza en el párrafo 173 *supra*.

362 Al criticar la amplitud del artículo 27, la doctrina llega a las mismas conclusiones, pero propone una solución ligeramente distinta. Así, Padelletti, *op. cit.*, limitaría el artículo 27 a las obligaciones *erga omnes*, habida cuenta de su importancia y de la escasa práctica que se refiere a ellas. Pero otras obligaciones multilaterales también son importantes: ¿por qué había de permitirse que las partes en un tratado multilateral se ayuden mutuamente a hacer lo que ninguna de ellas podría lícitamente hacer por su cuenta? Graefrath, *loc. cit.*, limitaría también la complicidad a los hechos ilícitos que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, y establecería una presunción de propósito de asistencia. El artículo contiene el elemento intencional, que puede demostrarse probando que se ha prestado la asistencia con conocimiento de causa. Quigley, *loc. cit.*, apoya en general la redacción del artículo 27, pero es partidario de que, en caso de duda, el Estado que vaya a prestar la asistencia esté obligado a comprobar que ésta no se utilizará para fines ilícitos. Sin embargo, este autor no aborda el problema de las obligaciones que no vinculan al Estado que presta la asistencia.

363 Para el texto propuesto de artículo 27, véase el párrafo 214 *infra*.

364 *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 28.

365 Ibíd.

366 *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 84, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4.

367 *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 116, párr. 10 del comentario al artículo 28.

368 Ibíd., págs. 113 a 115, párrs. 5 a 8, en particular el laudo del árbitro Max Huber en *Biens britanniques au Maroc espagnol* basado en que las relaciones entre España y Marruecos no eran de mera representación (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 292 *supra*), pág. 648).

nacionalmente ilícito cometido por otro Estado vinculado al primero por una relación de dependencia cuando el hecho ilícito denunciado se haya cometido en un ámbito de actividades a cuyo respecto el Estado dominante tenga sobre el Estado dependiente un poder de control efectivo, y únicamente en ese caso»[369]. Estas situaciones son sin duda anacrónicas, pero, según el comentario, ello no es motivo para dejar de incluir en el proyecto un principio bien establecido[370].

194. En cuanto a las relaciones entre el Estado federal y sus componentes dotados de personalidad internacional individual, en el comentario se ofrecen razones parecidas para concluir que «el Estado federal debe responder de los hechos internacionalmente ilícitos atribuibles al Estado miembro, si se han cometido en una esfera de actividad sometida a un poder de control o de dirección del Estado federal», y no en otro caso[371].

195. Por último, en cuanto a los Estados ocupados como consecuencia de guerras, se reafirma el mismo principio en virtud de precedentes diplomáticos y de la sentencia dictada por la Comisión Franco-Italiana de Conciliación en *Différend héritiers de S. A. R. Mgr. le Duc de Guise*[372]. En tal situación, el Estado ocupante responde de los actos del Estado ocupado siempre que: «*a*) el Estado ocupado hubiera seguido existiendo como sujeto distinto de derecho internacional, y *b*) el hecho internacionalmente ilícito hubiera sido cometido por dicho Estado ocupado en una esfera de actividad en que estuviera sometido a la dirección o al control del Estado ocupante», sin que se tenga en cuenta la licitud o ilicitud de la ocupación[373].

196. La norma general del párrafo 1 del artículo 28 se formula sobre la base de las tres relaciones mencionadas. Según el párrafo 3 del mismo artículo, la responsabilidad del Estado dominante no prejuzga la del Estado dependiente, aunque la ilicitud de la conducta de éste puede resultar atenuada o incluso excluida de acuerdo con el capítulo V, en caso de fuerza mayor, por ejemplo.

iii) *Alcance apropiado del párrafo 1 en el marco del proyecto de artículos*

197. En el comentario se examinan relaciones de dependencia muy diversas, pero hay que subrayar que en el capítulo IV se regula la responsabilidad de un Estado por la conducta de otro Estado y que ello afecta al alcance del párrafo 1 del artículo 28.

a) *Exclusión de los territorios dependientes o partes integrantes de Estados federales que no son a su vez Estados*. En la mayoría de las relaciones de dependencia entre un territorio y otro, el territorio dependiente, aunque tenga cierta personalidad internacional, no es un Estado. Lo mismo cabe decir de los actuales Estados federales. Incluso cuando las partes integrantes de un Estado federal conciertan tratados o participan en otras relaciones jurídicas internacionales por derecho propio (y no por delegación del Estado federal), esas partes no son por sí mismas Estados en derecho internacional. Por lo que se refiere a la responsabilidad, los Estados federales no son distintos de los demás Estados. Les son aplicables los principios ordinarios establecidos en los artículos 5 y 10 del proyecto de artículos[374] y son internacionalmente responsables de la conducta de sus partes integrantes aunque ésta se ajuste a las competencias que la constitución federal les asigna[375];

b) *Desaparición de las antiguas relaciones internacionales de dependencia.* Otra limitación del alcance del artículo 28 es la que deriva de la evolución de las relaciones internacionales desde el decenio de 1970. Las antiguas relaciones internacionales de dependencia se han extinguido casi sin excepción (como sucedió con los Estados bajo protección británica de la península arábiga). Las que perviven se han transformado en su mayoría a fin de reducir o eliminar la incertidumbre o la dependencia[376]. Los vínculos entre, por ejemplo, Italia y San Marino, Suiza y Liechtenstein, o Nueva Zelandia y Samoa se basan en una representación en la cual el Estado representante no tiene la facultad de dirigir o controlar al Estado representado. Como se pone de relieve en el comentario al artículo 28, en las relaciones de mera representación el Estado representado sigue siendo responsable de sus propias obligaciones internacionales aunque sus comunicaciones diplomáticas se efectúen por mediación de otro Estado[377].

198. No obstante, existen o aún pueden existir casos en que un Estado tiene la facultad de dirigir o controlar la actuación de otro Estado, ya sea en virtud de un tratado, de una ocupación por causa de guerra o de otra razón, y por ello hay que resolver las cuestiones que se plantean en el párrafo 1 del artículo 28. En el proyecto de artículo 9 se regula el supuesto de que un órgano de un Estado se ponga a disposición de otro Estado de manera que actúe bajo la dirección o el control exclusivos de este último[378]. En el párrafo 1 del artículo 28 se regula prácticamente el supuesto contrario de que los órganos de un Estado dependiente sean dirigidos o controlados por otro Estado en la violación de obligaciones internacionales del primero para con un tercer Estado.

---

[369] *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 117, párr. 14 del comentario al artículo 28, donde se cita el caso *Robert E. Brown (United States)* v. *Great Britain* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (n.º de venta 1955.V.3), vol. VI, págs. 130 y 131.

[370] Ibíd., págs. 117 y 118, párrs. 15 a 17.

[371] Ibíd., págs. 18 y 19, párr. 18.

[372] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (n.º de venta: 64.V.3), pág. 150.

[373] *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 121, párr. 24 del comentario al artículo 28.

[374] Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 253 a 259.

[375] Como la CIJ tuvo ocasión de subrayar en el caso *LaGrand (Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique)*, medidas provisionales, providencia de 5 de marzo de 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 28. Véase también Opeskin, «International law and federal States», pág. 1.

[376] Véase Duursma, *Fragmentation and the International Relations of Micro-States*, en relación con los microestados europeos, todos los cuales son ya Estados Miembros de las Naciones Unidas.

[377] *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 113, párr. 4 del comentario al artículo 28.

[378] Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 219 a 231.

iv) *¿Cuál es el criterio para determinar la responsabilidad por implicación: la dirección efectiva o la facultad de dirigir?*

199. Podría sostenerse que, según el párrafo 1 del artículo 28, el criterio para determinar la responsabilidad no es sólo la dirección o el control efectivos sino también la facultad de dirigir o controlar, de suerte que si la conducta pertenece a «una esfera de actividad en la que [el Estado dependiente] esté sometido al poder de dirección o de control de otro Estado», se origina la responsabilidad de este último. No obstante, no hay base suficiente para sostener una interpretación tan amplia en los casos en que el Estado «dependiente» sigue siendo Estado a los efectos del derecho internacional[379].

a) *Robert E. Brown (United States)* v. *Great Britain.* El Tribunal Arbitral falló que la autoridad de Gran Bretaña, Estado protector de la República Sudafricana antes de la guerra anglo-boer, «no alcanzaba en absoluto el grado que sería necesario para hacerla responsable del daño causado al Sr. Brown». El Tribunal rechazó además que Gran Bretaña tuviera la facultad de injerirse en los asuntos de la administración interna y dijo que no había indicios de que «Gran Bretaña se hubiera comprometido en ningún momento a injerirse en esos asuntos». En consecuencia, la relación de protección «no surtía el efecto de convertir a Gran Bretaña en responsable del acto impugnado»[380]. En el comentario se deduce que la mera facultad de injerirse, incluso no ejercitada, habría bastado para originar la responsabilidad de Gran Bretaña, pero en realidad el Tribunal no dijo eso. Fue suficiente para sus propósitos sostener que Gran Bretaña no tenía la facultad de intervenir ni se había comprometido a ello;

b) *Différend héritiers de S. A. R. Mgr. le Duc de Guise*. La Comisión Franco-Italiana de Conciliación falló que Italia era responsable de la requisa hecha por sus autoridades en Sicilia cuando el país estaba ocupado por las fuerzas aliadas, pero no basó su decisión en que éstas no tuvieran la facultad de requisar bienes o de impedir que Italia lo hiciera (facultad que ciertamente tenían entonces). Por el contrario, la mayoría de la Comisión señaló la ausencia de hechos de «injerencia alguna del Comandante de las Fuerzas de Ocupación, y que ninguna autoridad aliada había pedido los decretos de requisa»[381]. Dicho de otro modo, el criterio determinante fue el ejercicio de la facultad y no su mera existencia;

c) *Drodz et Janousek* c. *France et Espagne*. Esta sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se examinó al tratar el artículo 9[382]. La mayoría falló que Francia no era responsable de las sentencias de los tribunales de Andorra salvo que hubiera intervenido en ellas o posteriormente hubiera hecho suya una denegación de justicia manifiesta[383]. A diferencia de la opinión minoritaria, el Tribunal no estaba dispuesto a deducir la responsabilidad de Francia de la existencia de las facultades residuales que ésta pudiera tener en ese momento (por sí o por intermedio del co-príncipe francés), en ausencia de todo indicio de injerencia efectiva por parte de ese país.

200. Estas y otras causas[384] impiden apoyar la interpretación extensa según la cual siempre que un Estado tiene la facultad de impedir que otro cometa un hecho internacionalmente ilícito es responsable cuando no lo hace. Por otra parte, esa interpretación es inconveniente en principio, pues fomentaría la intervención en los asuntos de Estados «dependientes» que siguen siendo, según la hipótesis expuesta, responsables de sus propios hechos ilícitos[385]. Sin duda el Estado dominante tiene sus propias obligaciones respecto del Estado dependiente o el territorio bajo su control u ocupación. Pero el simple hecho de que tenga un poder sobre el Estado dependiente en ciertas materias no basta para imputarle todos los hechos ilícitos del Estado dependiente en esas materias[386]. El párrafo 1 del artículo 28 debería limitarse a los casos en que el Estado dominante dirige o controla efectivamente un acto del Estado dependiente por el que éste incumple una obligación internacional.

v) *¿Debe ser oponible al Estado dominante la obligación incumplida?*

201. Como el Estado dominante debe dirigir o controlar la comisión del hecho ilícito, no es necesario detallar más el nexo entre su conducta y la del Estado que comete el hecho ilícito (a diferencia de lo que sucede respecto del artículo 27)[387]. Persisten, sin embargo, dos cuestiones: ¿qué información debe tener el Estado dominante sobre la actividad calificable de hecho ilícito que él dirige o controla?, y ¿debe el propio Estado dominante estar vinculado por la obligación que se incumple? La primera cuestión sólo se plantea realmente si se contesta negativamente a la segunda. Si el Estado que dirige a otro sólo ha de responder de hechos que serían ilícitos para él, sabrá que la conducta del otro Estado por él dirigida es o puede ser ilícita. Por otra parte, si el Estado dominante ha de considerarse indirectamente «vinculado» por las obligaciones internacionales del Estado dependiente, la situación puede ser diferente.

---

379 Si el Estado dependiente no mantiene una personalidad jurídica separada, el caso es totalmente ajeno al ámbito de aplicación del capítulo IV.

380 Véase la nota 369 *supra*.

381 Véase la nota 372 *supra*. Tema analizado en *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 120 y 121, párr. 22 del comentario al artículo 28.

382 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 26 de junio de 1992, *série A n.º 240*, analizado en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 225 y 226.

383 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *série A n.º 240*, párr. 110 («el Convenio no obliga a las Partes Contratantes a imponer sus normas a terceros Estados o territorios»). Véase también *Iribarne Pérez* c. *France*, fallo de 24 de octubre de 1995, *série A n.º 325-C*.

384 Véase, por ejemplo, el asunto *Phares* (*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, decisión de 24/27 de julio de 1956 (*Francia* c. *Grecia*)), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 63.V.3), pág. 155, reclamaciones n.ºs 11 y 4. Véase también ILR, vol. 23, 1956, especialmente pág. 90.

385 La opinión según la cual el Estado que dirige a otro dependiente responde exclusivamente de las relaciones exteriores de éste puede verse en *Biens britanniques au Maroc espagnol*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 292 *supra*), págs. 648 y 649.

386 Puede suceder que la dependencia de un Estado respecto de otro interese a los efectos de la carga de la prueba, ya que la mera existencia de una estructura estatal formal no excluye el ejercicio de un control efectivo por parte de una Potencia ocupante. Véase *Restitution of Household Effects Belonging to Jews Deported from Hungary (Germany)*, Kammergericht de Berlín, ILR, vol. 44, 1965, págs. 340 a 342.

387 Véase el párrafo 182 *supra*.

202. La respuesta parece menos clara que para el artículo 27, pues la asistencia comprende muy diversos supuestos y consiste en actos que muy a menudo son de carácter neutral, mientras que el concepto de dirección y control de una conducta ilícita ya es más específico. Para facilitar la aplicación de la norma, el Relator Especial propone que el párrafo 1 del artículo 28 quede sujeto a la misma condición que el artículo 27, es decir, el Estado que dirige la conducta de otro sólo debería ser responsable de hechos que habrían sido ilícitos de haberlos cometido él mismo. Hay que subrayar que esta condición tiene escasa eficacia. Todos los casos mencionados en el comentario o en el examen del párrafo 1 del artículo 28 se refieren a hechos (por ejemplo, vulneraciones de derechos humanos o incumplimiento de obligaciones respecto de los extranjeros) respecto de los cuales se habría cumplido esa condición.

vi) *Artículo 28, párrafo 2. Responsabilidad derivada de ejercer coacción sobre otro Estado para que cometa un hecho internacionalmente ilícito*

203. El párrafo 2 del artículo 28 se refiere a la coacción de un Estado por otro. Para que el Estado que ejerce la coacción sea internacionalmente responsable se exige que el hecho ilícito se haya cometido «a consecuencia de la coacción ejercida [...] para provocar la perpetración de ese hecho». En otras palabras, el hecho debe haberse perpetrado efectivamente, debe haberse perpetrado como consecuencia de la coacción y el Estado que la ejerce debe haberlo hecho deliberadamente; si se cumplen estos requisitos, éste responde del hecho internacionalmente ilícito cometido por el Estado sujeto a coacción.

204. Los términos empleados en esa disposición son contradictorios[388]. Si el Estado ha cometido el hecho ilícito como consecuencia de una verdadera coacción, habrá estado sometido a «una fuerza irresistible» y la ilicitud de su conducta quedará excluida por fuerza mayor, de acuerdo con el artículo 31. Es extraño calificar de ilícito un acto cometido bajo una coacción equiparable a la fuerza mayor, que es una de las circunstancias que excluyen la ilicitud. Como se dijo al examinar el artículo 16, hay un problema de coordinación entre el capítulo V y el capítulo III, y la actual redacción del artículo 28 refleja ese problema[389]. El artículo 28 que se propone más adelante resuelve el problema al hablar de «un hecho que, de no mediar la coacción, sería internacionalmente ilícito».

205. En cuanto al fondo del párrafo 2, el comentario indica que, pese a la naturaleza de la coacción como forma de imposición de la voluntad del Estado que la ejerce, el Estado sujeto a coacción mantiene la autoría de su acto, incluso aunque la coacción sea en sí misma ilícita, pero

> no por eso se confundirá tal hecho [el del Estado que ejerce la coacción] con el cometido por el Estado sujeto a coacción respecto de un tercer Estado. Por consiguiente, la responsabilidad del Estado que haya ejercido la coacción por el hecho internacionalmente ilícito cometido por el Estado que ha obrado sometido a esa coacción sólo puede explicarse como responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado[390].

De acuerdo con esa afirmación, el comentario aclara que a los efectos del artículo 28 la coacción no se limita a actos ilícitos:

> [P]ara los efectos del presente artículo, la «coacción» no había de concretarse necesariamente a la amenaza o al uso de fuerza armada, sino que debería abarcar cualquier actividad que limitara gravemente la libertad de decisión del Estado que la sufre o cualquier medida que hiciera sumamente difícil para este Estado proceder de modo distinto al exigido por el Estado que ejerce la coacción[391].

Aunque el comentario es claro al respecto, numerosos Estados han planteado la cuestión de si la coacción debería limitarse a los actos ilícitos[392].

vii) *¿Debe limitarse la coacción a los actos ilícitos a los efectos del artículo 28, párrafo 2?*

206. La respuesta depende de cómo se interprete el ámbito de aplicación del artículo 28 y, en particular, el concepto de coacción. Para el Relator Especial, la coacción es, a los efectos de este informe, aquella conducta que constriñe la voluntad del Estado objeto de ella sin darle otra opción efectiva que cumplir los deseos del Estado que ejerce la coacción. No basta que el cumplimiento de una obligación resulte más difícil u oneroso como consecuencia de la coacción. Además, la coacción debe recaer sobre el propio hecho internacionalmente ilícito. No basta que las consecuencias del acto coaccionado hagan más difícil que el Estado objeto de la coacción cumpla alguna otra obligación.

207. Ahora bien, si esa es la interpretación correcta del párrafo 2 del artículo 28, parece innecesario limitarlo a la coacción ilícita. La mayoría de los casos de coacción que se ajustan a la definición propuesta serán ilícitos, ya sea porque consistan en la amenaza o el uso de la fuerza en contra de la Carta de las Naciones Unidas o en una intervención (injerencia coactiva) en los asuntos de otro Estado. Incluso aunque la coacción pueda ser lícita en algunos casos[393], el párrafo 2 del artículo 28 incorpora el concepto específico de coacción ejercida deliberadamente para hacer que un Estado incumpla sus obligaciones con otro. Es difícil imaginar un supuesto en que esa coacción pudiera justificarse.

208. Es indudable que a veces se ejerce coacción sobre un Estado lícitamente. Por ejemplo, en virtud de la legítima defensa, puede obligarse a un Estado a abandonar un territorio que había invadido, pero la Carta no permite recurrir a la legítima defensa para obligar a un Estado a incumplir una obligación válida contraída con otro, por lo que la legítima defensa puede excluirse como supuesto de coacción lícita. Lo mismo cabe decir de las contramedidas. Éstas pueden ser de carácter coercitivo pero, como queda claro en la segunda parte del proyecto de artículos, su función consiste en hacer que el Estado infractor

388 Como hizo notar Suiza (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/458 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 28); véase también el párrafo 190 *supra*.

389 Véanse los párrafos 11 y 14 *supra*.

390 *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 123, párr. 28 del comentario al artículo 28.

391 Ibíd., párr. 29.

392 Véanse las observaciones de Francia y Mongolia (párr. 190 *supra*).

393 En relación con la definición y licitud de la coacción, véase Reuter, *op. cit.*, pág. 159.

cumpla sus obligaciones de cesación y reparación respecto del Estado que adopta las contramedidas, y no en forzar a un Estado a incumplir obligaciones con terceros Estados[394].

209. Según este análisis, habida cuenta del carácter estricto del concepto de coacción que subyace en el párrafo 2 del artículo 28, no es necesario limitar esa disposición a los actos de coacción contrarios al párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Por la misma razón, la disposición no debería limitarse al incumplimiento de obligaciones que también fueran vinculantes para el Estado que ejerce la coacción. Si el Estado A ejerce coacción deliberadamente sobre el Estado B para que incumpla sus obligaciones con un tercer Estado C, A debe responder ante C de las consecuencias que para éste se deriven. Además, en tal caso es probable que la ilicitud de la conducta de B frente a C quede excluida por peligro o fuerza mayor, de manera que C sólo podrá dirigirse contra A. Por las razones expuestas, habría que mantener el párrafo 2 del artículo 28, sin perjuicio de modificar su redacción de acuerdo con las observaciones hechas en el comentario[395].

viii) *Artículo 28, párrafo 3. Mantenimiento de la responsabilidad del Estado que comete el hecho ilícito*

210. Por último, el párrafo 3 deja a salvo la responsabilidad del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, aunque haya sido bajo la dirección, el control o la coacción de otro Estado. Como advierte Francia, la misma salvedad puede hacerse respecto del artículo 27[396]. Debería aclararse, además, que las disposiciones del capítulo IV no excluyen otros supuestos de responsabilidad de los Estados por actos de asistencia, dirección o coacción.

3. Conclusiones acerca del capítulo IV

211. Así, parece haber fundamentos para mantener el capítulo IV como tal y los principales elementos de los artículos 27 y 28, pero con las aclaraciones y limitaciones expuestas. En suma, hay que estructurar más las tres bases de la responsabilidad derivada, incorporando principalmente las explicaciones del comentario y, además, en relación con el artículo 27 y el párrafo 1 del artículo 28, limitando la responsabilidad a los casos de obligaciones oponibles al Estado que ayuda o dirige. Como el artículo 27 y el párrafo 1 del artículo 28 guardan mayor relación entre sí que con el párrafo 2 del artículo 28, sería conveniente fundirlos en un solo artículo 27 y reservar el artículo 28 para la cuestión de la coacción.

212. Queda por determinar si en el capítulo IV deben incluirse otros elementos de la responsabilidad accesoria o por los hechos preparatorios. En algunos ordenamientos jurídicos, la complicidad y la «responsabilidad indirecta» se regulan junto con otras formas de responsabilidad accesoria, como la incitación, la conspiración y la tentativa. En ese terreno los ordenamientos jurídicos internos difieren considerablemente. Uno de sus denominadores comunes parece ser que la responsabilidad accesoria es más propia del derecho penal que del derecho civil[397]. Por lo que respecta al derecho internacional, si es que va a desarrollarse la distinción entre crímenes y delitos internacionales, cabe esperar asimismo que la responsabilidad accesoria sea más amplia en el caso de los crímenes. Ahora bien, al igual que el resto de la primera parte (con excepción del propio artículo 19, párrs. 2 a 4), en el capítulo IV no se hace esa distinción.

213. La responsabilidad por los hechos preparatorios no supone la implicación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro y por ello no se incluye en el ámbito de aplicación del capítulo IV. En todo caso, no parece haber una norma de derecho internacional general que regule la tentativa de cometer un hecho ilícito[398]. No obstante, hay que tratar brevemente otros posibles supuestos de responsabilidad.

a) *La incitación*. La incitación de un Estado a otro para que cometa un hecho internacionalmente ilícito fue excluida deliberadamente del capítulo IV. Únicamente si un Estado ayuda materialmente a otro a cometer un hecho ilícito, lo dirige efectivamente o ejerce coacción para que lo cometa puede decirse que el primer Estado está implicado en el hecho del segundo[399]. Esta parece ser la opinión de la CIJ en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, cuando dijo que no le interesaba «la definición de las circunstancias en las cuales un Estado puede ser considerado responsable de los actos cometidos por otro, entre las que probablemente no se incluye la incitación»[400];

b) *La conspiración*. Cuando dos Estados conspiran para cometer un hecho internacionalmente ilícito lo hacen normalmente para cometerlo juntos. Al menos uno de los Estados conspiradores presta ayuda o asistencia al otro y, dependiendo de las circunstancias, la asistencia puede consistir en la propia planificación. Sin embargo, no parece necesario introducir el concepto general de «conspiración» en el derecho internacional, y ciertamente no hay ninguna necesidad de hacerlo en el capítulo IV;

c) *La asistencia prestada después de la comisión del hecho ilícito*. A veces la asistencia que un Estado presta a otro después de que éste ha cometido un hecho internacionalmente ilícito equivale a la asunción del hecho ilícito por el primer Estado, lo que puede originar su responsabilidad en virtud del artículo 15 *bis* provisionalmente

[394] Véanse también las observaciones de la CIJ sobre el verdadero objeto de las contramedidas en el caso *Projet Gabčíkovo Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997* (nota 51 *supra*), págs. 55 a 57, párrs. 83 a 87.

[395] Véase el párrafo 205 *supra*.

[396] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 28.

[397] Lo mismo cabe decir de la responsabilidad por los hechos preparatorios. Así, la tentativa de un delito puede ser ilícita, mientras que la tentativa de cometer un ilícito civil o incumplir un contrato no suele serlo. Véanse los párrafos 102 a 106 *supra* en relación con cuándo se comete efectivamente un hecho internacionalmente ilícito, por contraposición a su planificación o preparación.

[398] Véanse los párrafos 104 y 106 *supra*.

[399] Véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 99, párrs. 6 y 7 del comentario al artículo 27. Véase también Quigley, *loc. cit.*, págs. 80 y 81.

[400] *C.I.J. Recueil 1986* (véase la nota 68 *supra*), pág. 129, párr. 255. Véase también, más categóricamente, la opinión disidente del magistrado Schwebel, ibíd., pág. 388, párr. 259) («en el derecho consuetudinario internacional no existe el delito de 'incitación'»).

aprobado en 1998[401]. Tampoco en este caso parece que haya necesidad de incorporar en el capítulo IV la «complicidad posterior a la comisión del hecho ilícito» como concepto aparte. Ciertos problemas especiales (como los relativos al blanqueo de dinero) pueden tratarse en normas primarias específicas;

d) *Otros actos conjuntos o colectivos de los Estados*. Volviendo a los supuestos de actuación conjunta o colectiva de los Estados, mencionados en el párrafo 159 *supra*, el análisis efectuado en los comentarios del capítulo IV y en el presente informe no indica que haya ninguna otra situación que deba abordarse en ese capítulo. Sin embargo, puede plantearse la cuestión de la reparación de los hechos cometidos conjuntamente por dos o más Estados, a la que se hará referencia en la segunda parte del proyecto de artículos.

214. Por las razones expuestas, el Relator Especial propone el siguiente capítulo IV:

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD DE UN ESTADO POR LOS HECHOS DE OTRO

Nota

El título original del capítulo era «Implicación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado». El nuevo título propuesto es más breve y exacto, ya que los distintos supuestos del capítulo tienen en común que el Estado A es responsable del hecho cometido efectivamente por el Estado B. Además, cuando el Estado B actúa bajo la coacción del Estado A, la ilicitud del hecho puede quedar excluida por lo que respecta al Estado B.

Artículo 27.—Asistencia de un Estado a otro o dirección de un Estado por otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito

El Estado que presta asistencia a otro o lo dirige y controla en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente si:

***a*) Lo hace a sabiendas de que el hecho es internacionalmente ilícito; y**

***b*) El hecho habría sido internacionalmente ilícito si lo hubiese cometido ese Estado.**

Notas

1. El artículo 27 en su redacción aprobada en primera lectura comprendía toda asistencia «prestada para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito, realizada por» el Estado asistido. La asistencia era internacionalmente ilícita aun cuando, considerada aisladamente, no constituyera la violación de una obligación internacional. En su nueva redacción, el artículo 27 limita el ámbito de la responsabilidad en los casos de asistencia en tres sentidos. En primer lugar, el órgano u organismo estatal que preste la asistencia debe conocer las circunstancias por las cuales la conducta del Estado que la recibe es internacionalmente ilícita; en segundo lugar, la asistencia debe prestarse para facilitar la comisión de ese hecho y debe facilitarla efectivamente y, en tercer lugar, el hecho cometido debe ser ilícito si lo comete el propio Estado que presta la asistencia. Las dos primeras limitaciones coinciden con el propósito del artículo 27 según se aprobó en primera lectura, mientras que la tercera es nueva. Véanse los párrafos 179 a 188 *supra*.

2. El Estado no es responsable por haber prestado la asistencia a que se refiere el artículo 27 si el Estado que la recibe no comete efectivamente el hecho internacionalmente ilícito. El artículo 27 nada dice de la admisibilidad de las acciones judiciales entabladas para determinar la responsabilidad del Estado que presta la asistencia sin el consentimiento del Estado que la recibe. Véase el párrafo 176 *supra*.

3. No es necesario que la asistencia sea esencial para la comisión del hecho internacionalmente ilícito. Basta que contribuya apreciablemente a ella. Por otra parte, la mera incitación no acompañada de la ayuda o asistencia no basta para originar la responsabilidad prevista en este artículo. Véanse los párrafos 180 y 211 *supra*.

4. La expresión «si consta», que figuraba en la redacción del artículo 27 aprobada en primera lectura, es innecesaria. Se desprende claramente del artículo 27 que, con independencia de la norma general de que la responsabilidad estatal no puede presumirse sino que ha de demostrarse, cada uno de los elementos específicos debe probarse suficientemente para que nazca la responsabilidad accesoria. Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 36 a 38.

5. Además, en el artículo 27 se incluye ahora el supuesto, previsto anteriormente en el párrafo 1 del artículo 28, de que un Estado dirija y controle a otro para que incumpla una obligación internacional con un tercer Estado. La responsabilidad del Estado que dirige y controla el hecho ilícito está sujeta a las mismas limitaciones que la responsabilidad del Estado que presta la asistencia. Por consiguiente, el Estado que dirige debe conocer las circunstancias que hacen que la conducta del otro Estado sea internacionalmente ilícita y el hecho cometido debe ser igualmente ilícito si lo hubiera cometido el propio Estado que dirige. Véanse los párrafos 197 a 202 *supra*.

6. Aunque en el párrafo 1 del artículo 27 se utilizaba la expresión «de dirección o de control» con carácter disyuntivo, en el contexto de una formulación más estricta del principio parece conveniente limitar la responsabilidad de un tercer Estado a los casos en que éste «dirige y controla» la conducta de que se trate. A diferencia de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 28 según se aprobó en segunda lectura, la dirección o el control debe ejercerse efectivamente para que nazca la responsabilidad.

Artículo 28.—Responsabilidad de un Estado por ejercer coacción sobre otro

El Estado que a sabiendas ejerza coacción sobre otro para que cometa un hecho que, de no mediar coacción, sería internacionalmente ilícito, será internacionalmente responsable de ese hecho.

Notas

1. El párrafo 2 del artículo 28 aprobado en primera lectura se refería a la coacción ejercida por un Estado sobre otro para que cometiera un hecho que (de no mediar coacción) sería una violación de las obligaciones internacionales de ese Estado. No era necesario que la coacción fuera en sí misma ilícita, aunque en muchos casos lo sería. Esta disposición se ha mantenido en un artículo independiente. En el comentario del antiguo párrafo 2 del artículo 28 se decía claramente que el Estado que ejercía la coacción tenía que conocer las circunstancias que, de no haber mediado coacción, habrían hecho que la conducta del Estado coaccionado fuera ilícita, y aunque podía considerarse que este requisito estaba implícito en la noción de coacción para cometer un hecho ilícito, ahora figuraba expresamente en el artículo.

2. En los casos en que la coacción se ejerce con ese propósito, no hay razón para exigir que el hecho de que se trate fuera ilícito si lo hubiera cometido el propio Estado que ejerce la coacción. No puede justificarse el hecho de ejercer coacción sobre otro Estado para que incumpla una obligación internacional, máxime cuando, en los casos en que ha mediado coacción, el Estado que comete el hecho puede hacerla valer como circunstancia que excluye la ilicitud, privando con ello al Estado lesionado de todo recurso. Véanse los párrafos 206 a 210 *supra*.

Artículo 28 bis*.—Efecto del presente capítulo*

Lo dispuesto en el presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

***a*) La responsabilidad internacional exigible al Estado que haya cometido el hecho en virtud de las demás disposiciones de los presentes artículos;**

[401] Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 278 a 283.

***b*) Otras circunstancias que den origen a la responsabilidad del Estado involucrado en ese hecho.**

Notas

1. Según el párrafo 3 del artículo 28 aprobado en primera lectura, ese artículo se entendía sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado que hubiera cometido efectivamente el hecho ilícito. Esta salvedad vale igualmente para el artículo 27 y por eso se ha extendido a todo el capítulo IV.

2. En el capítulo IV se deja a salvo además la aplicación de cualquier otra norma de derecho internacional que califique de ilícita una conducta determinada, y así se expresa claramente en el apartado *b*. Véase el párrafo 210 *supra*.

C.—Primera parte, capítulo V: Circunstancias que excluyen la ilicitud

1. Introducción

a) *Generalidades*

215. El capítulo V de la primera parte enuncia seis circunstancias que excluyen la ilicitud de un hecho que, de no mediar esas circunstancias, sería internacionalmente ilícito[402]. Son las siguientes: el consentimiento (art. 29); las contramedidas (art. 30); la fuerza mayor y el caso fortuito (art. 31); el peligro extremo (art. 32); el estado de necesidad (art. 33), y la legítima defensa (art. 34). El capítulo V se completa con el artículo 35, en el que se formula una reserva relativa a la posibilidad de indemnizar los daños causados a un Estado lesionado por un acto ilícito pero cuya ilicitud haya sido excluida en virtud de las disposiciones de los artículos 29 y 31 a 33. Esta posibilidad no se prevé en los casos de contramedidas o de legítima defensa.

216. En consonancia con la filosofía en que se inspira el proyecto de artículos, estas «justificaciones», «defensas» o «excusas», o comoquiera que se las llame, tienen *prima facie* una aplicación general. A menos que se disponga lo contrario[403], se aplican a todo hecho internacionalmente ilícito, ya se trate del incumplimiento por parte de un Estado de una obligación surgida de una norma de derecho internacional, de un tratado, de un acto unilateral o de su pertenencia a una organización internacional o de cualquier otra circunstancia.

[402] Para los trabajos del capítulo V, véase *Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), págs. 26 a 66, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4; *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), págs. 16 a 74, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7; *Anuario...* 1979, vol. I, págs. 31 a 63 y 184 a 188, y *Anuario... 1980*, vol. I, págs. 152 a 194, 220 a 224, 228 a 232, y 236 a 241 (debate plenario); *Anuario... 1979*, vol. I, 1567.ª sesión, págs. 170 a 175, y 1579.ª sesión, págs. 233 a 236, y *Anuario... 1980*, vol. I, 1635.ª sesión, págs. 271 a 275 (informe del Comité de Redacción). Para los debates sobre las justificaciones o excusas de la ilicitud internacional en general, véase Jagota, «State responsibility: circumstances precluding wrongfulness»; Salmon, «Les circonstances excluant l'illicéité», y Lowe, «Precluding wrongfulness or responsibility: a plea for excuses». En cuanto a los debates sobre las circunstancias que excluyen la ilicitud en relación con los derechos humanos, véase Wyler, *op. cit.*, págs. 183 a 219.

[403] Por ejemplo, por un tratado en que se disponga lo contrario y que constituiría una *lex specialis* (véase el artículo 37).

b) *Evolución del capítulo V*

217. La exposición de las justificaciones o excusas generales del incumplimiento de una obligación internacional es una cuestión de importancia capital tanto por lo que incluye como por lo que excluye. La evolución de la lista actual de las circunstancias que excluyen la ilicitud parece haber sido la siguiente:

a) *La Conferencia de La Haya de 1930*. A la vista de las respuestas dadas por los gobiernos a preguntas sobre la responsabilidad de los Estados por daños causados a los extranjeros, el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930) preparó un determinado número de bases de discusión[404]. Bajo el título «Circunstancias en que el Estado puede declinar su responsabilidad», se enuncian dos:

> la necesidad inmediata de legítima defensa contra un peligro con el que el extranjero amenazaba al Estado o a otras personas (Base de discusión n.º 24);
>
> circunstancias que justifican el ejercicio de las represalias contra el Estado al cual pertenece ese extranjero (Base de discusión n.º 25)[405].

El Comité Preparatorio consideró que la medida de responsabilidad del Estado en el contexto de la protección diplomática podría verse también afectada por la «actitud provocadora» adoptada por la víctima (Base de discusión n.º 19) y que un Estado no es responsable del daño causado a la persona o bienes de un extranjero por sus fuerzas armadas «al reprimir una insurrección, un motín u otro disturbio» (Base de discusión n.º 21). Sin embargo, estas cuestiones no se incorporaron a ninguna conclusión;

b) *Propuestas del Sr. García Amador*. Al tratar de la responsabilidad internacional por lesiones causadas a extranjeros, el Sr. García Amador propuso los casos siguientes bajo el título «Causas eximentes y circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad»[406]:

i) Fuerza mayor;

ii) Estado de necesidad;

iii) Culpa de parte del extranjero[407].

Sin embargo, excluyó ciertas causas o circunstancias particulares bien porque caían fuera del ámbito de su proyecto (la legítima defensa) o por considerarlas «inadmisibles» (las represalias, el no reconocimiento de Estados o gobiernos y la ruptura y la suspensión de las relaciones diplomáticas)[408];

[404] Publicación de la Sociedad de las Naciones, *V. Legal, 1929. V.3*, pág. 19. Las bases de discusión se reproducen en *Anuario... 1956*, vol. II, págs. 219 a 221, documento A/CN.4/296, apéndice 2.

[405] Ibíd., pág. 221. Bajo el mismo título se abordan cuestiones planteadas por la cláusula Calvo y el agotamiento de los recursos internos.

[406] *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 78, documento A/CN.4/111. En cuanto a la discusión de las circunstancias realizada por el Sr. García Amador, véase su tercer informe (ibíd., págs. 55 a 59) y su informe sobre la responsabilidad internacional (*Anuario... 1956*, vol. II, pág. 171, documento A/CN.4/96).

[407] Estos casos fueron incluidos en los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 13. El párrafo 3 del artículo 13 señala que «la fuerza mayor y el estado de necesidad [...] cuando no sean admisibles como causas eximentes de responsabilidad, constituirán circunstancias atenuantes al fijarse la cuantía de la reparación». El Sr. García Amador se ocupó también de la aprobación de la idea de la prescripción (*Anuario... 1956*, vol. II, pág. 205, documento A/CN.4/96, párr. 189).

[408] *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 59, documento A/CN.4/111.

c) *Los trabajos de la Comisión sobre el derecho de los tratados*. En su cuarto informe, Sir Gerald Fitzmaurice estableció la siguiente lista de «circunstancias que justifican el incumplimiento»[409]:

i) Aceptación del incumplimiento por la otra parte o las otras partes;

ii) Imposibilidad de cumplimiento (fuerza mayor);

iii) Legítima defensa militar;

iv) Disturbios civiles;

v) Otras situaciones excepcionales producidas por causas naturales;

vi) Incumplimiento previo por otra parte en el tratado[410];

vii) Incumplimiento por vía de represalias legítimas;

viii) Incompatibilidad con una nueva norma (de la naturaleza del *jus cogens*).

En el apartado *c*, los puntos iii) y vii) de esta lista corresponden a los artículos 34 y 30 del capítulo V; los puntos ii), iv) y v) están más o menos subsumidos en el artículo 31 (fuerza mayor y caso fortuito*)*. El consentimiento, el peligro extremo y el estado de necesidad (arts. 29, 32 y 33) no aparecen en la lista de Sir Gerald Fitzmaurice o al menos no están delimitados con claridad. Sin embargo, el capítulo V no se ocupa de sus puntos i) (a menos que se subsuma en el consentimiento), vi) ni viii). La cuestión de si se deberían tratar se examinará más adelante[411].

c) *Observaciones recibidas de los gobiernos sobre el capítulo V en su conjunto*

218. Francia propone incluir en el capítulo III un solo artículo con la enumeración de las seis circunstancias que excluyen la ilicitud[412]. Pero también precisa la diferencia conceptual entre algunas de esas circunstancias (consentimiento, contramedidas y legítima defensa) y las demás[413], y esta diferencia se oscurecería si las seis circunstancias se reagruparan en un solo artículo.

219. El Reino Unido analiza con cierto detenimiento la naturaleza de las «defensas» previstas en el capítulo V. Coincide con Francia en que el consentimiento, las contramedidas y la legítima defensa tienen una categoría jurídica diferente de la de las demás circunstancias ya que hacen totalmente lícito el comportamiento amparado por las mismas y en consecuencia excluyen toda posibilidad de indemnizar al otro Estado interesado. En cambio, el estado de necesidad y el peligro extremo hacen referencia a un comportamiento que no es involuntario sin «excluir enteramente su ilicitud». En tales casos debería subsistir la obligación de interrumpir ese comportamiento (lo antes posible) y reparar los daños causados[414].

220. El Japón es partidario de incluir en el capítulo V una lista exhaustiva de las circunstancias que excluyen la ilicitud: deben estar claramente definidas y reflejar fielmente el derecho internacional consuetudinario. Coincide con la idea de distinguir entre las circunstancias bajo las cuales no se plantea en absoluto la cuestión de la ilicitud de las que simplemente «excluyen» la ilicitud; en la primera categoría situaría la fuerza mayor y el peligro extremo[415].

221. Tanto los Estados Unidos como el Reino Unido observan que un Estado puede excluir expresa o implícitamente por un tratado alguna de las circunstancias que excluyen la ilicitud como excusa de un comportamiento no conforme a una obligación. Según los Estados Unidos esta posibilidad podría resolverse haciendo el artículo 37 (*lex specialis*) aplicable tanto a la primera parte como a la segunda parte[416].

222. A la luz de estas observaciones el Relator Especial se propone analizar el concepto general de «circunstancias que excluyen la ilicitud», examinar sucesivamente los artículos 29 a 34, considerar si conviene incluir en el capítulo V otras justificaciones o excusas de un comportamiento ilícito y, por último, considerar si de la invocación del capítulo V deberían desprenderse otras consecuencias de procedimiento o de otro tipo.

2. El concepto de «circunstancias que excluyen la ilicitud»

223. El comentario subraya que el efecto de las circunstancias enunciadas en el capítulo V no consiste en excluir la responsabilidad que de otro modo se derivaría de un hecho ilícito sino más bien en impedir que se califique de ilícito en primer lugar el comportamiento en una de las circunstancias mencionadas[417]. Se admite que el título y el concepto básico del capítulo V derivan de la distinción fundamental «entre, por una parte, la idea de 'ilicitud', que expresa la contradicción de un comportamiento del Estado con una obligación que incumbe a ese Estado en virtud de una norma 'primaria' de derecho internacional y, por otra, la idea de 'responsabilidad', que expresa las consecuencias de derecho asignadas por otra norma (una norma 'secundaria') de derecho internacional al hecho del Estado constituido por dicho comportamiento»[418]. El comentario reconoce que pese a los términos generales en que está redactado el artículo 1, podría haber circunstancias excluyentes de la responsabilidad que no excluyan la ilicitud del acto en cuestión pero que excluyan la posibilidad de hacer al Estado responsable del mismo. Pero

[409] *Anuario... 1959*, vol. II, págs. 47 a 51, documento A/CN.4/120 y, en cuanto a su comentario, págs. 67 a 78.

[410] A esta circunstancia se refiere la expresión latina «*exceptio inadimpleti contractus*» (la expresión completa dice «*exceptio inadimplenti non est adimplendum*»). Sir Gerald Fitzmaurice se inclinaba por la opinión de que era una condición implícita en todos los tratados, a menos que se excluyera explícitamente, y no un precepto legal separado (ibíd., pág. 71).

[411] Véanse los párrafos 306 a 331 *infra*.

[412] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones de Francia sobre el capítulo V.

[413] Ibíd., observaciones de Francia sobre el artículo 29.

[414] Ibíd., observaciones del Reino Unido sobre el artículo 29.

[415] Documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen), observaciones del Japón sobre el capítulo V.

[416] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 30.

[417] *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 127, párr. 2 del comentario al capítulo V.

[418] Ibíd., párr. 3.

rechaza que se pueda caracterizar un hecho de ilícito sin imputar su responsabilidad a algún Estado[419].

224. En consonancia con este enfoque, el comentario pasa a explicar que las seis circunstancias enumeradas «tienen en común un aspecto esencial, consistente en que *hacen definitiva o temporalmente inoperante la obligación internacional de cuya violación se trate*»[420]. Deben distinguirse de las circunstancias atenuantes o agravantes, que se deberían abordar en la segunda parte del proyecto de artículos[421].

a) *Algunas distinciones preliminares*

225. Conviene distinguir el concepto subyacente en el capítulo V de otros argumentos que pueden producir el efecto de permitir a un Estado evitar una reclamación de responsabilidades pero que no «excluyen la ilicitud» en el sentido explicado en el comentario. En primer lugar es a todas luces evidente que esas circunstancias no tienen nada que ver con ninguna cuestión de competencia de una corte o de un tribunal sobre una controversia o sobre la admisibilidad de la controversia[422]. En segundo lugar, deben distinguirse de los requisitos que constituyen una obligación, es decir, de los elementos que deben existir para que se invoque en primer lugar la cuestión de la ilicitud y que en principio están especificados por la propia obligación. En este sentido «las circunstancias que excluyen la ilicitud» operan como defensas o excusas generales en los sistemas jurídicos nacionales y de hecho muchas de las circunstancias identificadas en el capítulo V son similares a las defensas o excusas reconocidas por algunos o por muchos sistemas jurídicos (por ejemplo, la legítima defensa, el estado de necesidad, la fuerza mayor).

226. La tercera distinción se refiere al efecto de las circunstancias que excluyen la ilicitud, en comparación con el efecto de la extinción de la propia obligación. También en este caso parece que las circunstancias del capítulo V presentan un carácter más defensivo que ofensivo. Si bien pueden proteger al Estado contra una acusación fundada de comportamiento ilícito, no anulan la obligación, y la fuente subyacente de la obligación, es decir, la norma primaria, no se ve afectada por ellas como tal. La distinción, que no siempre se ha percibido con claridad, fue formulada por Sir Gerald Fitzmaurice en los términos siguientes:

> [A]lgunas de las razones que justifican la inejecución de una determinada obligación convencional son idénticas a algunas de las que causan o justifican la *extinción* de un tratado. Pero [...] se trata de dos cuestiones completamente distintas, aunque sólo sea porque en el caso de la extinción [...] el tratado termina por completo, mientras que en el otro [caso [...] generalmente no ocurre así y, valga la paradoja, el incumplimiento no sólo está justificado sino que «va encaminado» a que se reanude el cumplimiento tan pronto como desaparezcan o dejen de existir los factores que causaban y justificaban el incumplimiento[423].

Así se desprende con toda claridad de los dos asuntos más importantes decididos desde que se aprobó por primera vez el capítulo V, en los que se consideró la distinción entre incumplimiento y extinción de una obligación:

a) Se han examinado ya los aspectos pertinentes del arbitraje en el asunto *Rainbow Warrior*[424]. El Tribunal sostuvo que eran aplicables tanto el derecho de los tratados como el derecho de la responsabilidad de los Estados, el primero para determinar si el tratado seguía en vigor y el segundo para determinar cuáles eran las consecuencias de la violación del tratado mientras estaba en vigor (incluida la cuestión de si se había excluido la ilicitud de una aparente violación)[425];

b) La CIJ fue incluso más incisiva en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Al pretender dar por terminado en mayo de 1992 el tratado de 1977, Hungría se había basado entre otras cosas en el estado de necesidad, que ya había invocado en 1989 y 1990 como circunstancia que excluía la ilicitud de su comportamiento al interrumpir sus trabajos sobre el proyecto. La Corte rechazó resueltamente el argumento:

> Incluso si se comprueba la existencia del estado de necesidad, no constituye una base suficiente para la terminación de un tratado. El estado de necesidad sólo puede invocarse para eximir de su responsabilidad a un Estado que no ha cumplido un tratado. Incluso si se considera justificada su invocación, el tratado no termina por ello; puede quedar sin efecto mientras persista el estado de necesidad; de hecho puede ser inoperante pero sigue vigente, a menos que las partes acuerden su terminación. Tan pronto como desaparece el estado de necesidad, renace la obligación de cumplir las obligaciones dimanantes del tratado[426].

227. A la luz de estas distinciones es necesario volver al efecto del capítulo V descrito en el comentario, es decir el de hacer «definitiva o temporalmente inoperante la obligación internacional» en cuestión[427]. La primera cuestión está en que si bien los mismos hechos pueden invocarse, por ejemplo, como fuerza mayor según el artículo 31 y como imposibilidad subsiguiente de cumplimiento según el artículo 61 de la Convención de Viena de 1969, son analíticamente distintos[428]. La fuerza mayor justifica el incumplimiento de una obligación en tanto exista; la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento justifica la terminación del tratado (o su suspensión). La primera opera respecto de una obligación determinada; la segunda respecto a un tratado que es la fuente de esa obligación. Así, el ámbito de aplicación de las dos doctrinas es diferente. Igualmente lo es su modo de aplicación. Un caso fortuito justifica en sí el incumplimiento, simplemente por aplicación de la ley. En cambio, un tratado no termina por una imposibilidad subsiguiente de cumplimiento: al menos una de las partes debe decidir su terminación. En cuanto a las obligaciones dimanantes del derecho internacional

---

419 Ibíd., pág. 128, párr. 5.

420 Ibíd., pág. 129, párr. 9.

421 Ibíd., pág. 130, párr. 11. De hecho, en la segunda parte no se procedió a una consideración sistemática de las circunstancias atenuantes o agravantes, pero véanse los artículos 42, párr. 2 y 45, párr. 2, apdo. *c*, que tratan incidentalmente de esas circunstancias.

422 A la inversa, la excepción incluida en un tratado relativa a un comportamiento necesario para preservar los intereses esenciales de seguridad de una parte opera como una circunstancia convencional específica que excluye la ilicitud en lo que se refiere al tratado y no cae dentro de la competencia de ninguna corte o tribunal; véase el caso *Plates-formes pétrolières, C.I.J. Recueil 1996* (nota 69 *supra*), pág. 811, párr. 20.

423 *Anuario... 1959*, vol. II, pág. 44, documento A/CN.4/120, párr. 8.

424 Véase el párrafo 109 *supra*.

425 Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), págs. 251 y 252, párr. 75.

426 *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 63, párr. 101; véase también pág. 38, párr. 47.

427 *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 129, párr. 9 del comentario al capítulo V.

428 Ibíd.

general, normalmente no pueden ser «terminadas» por una acción unilateral de un Estado, ni siquiera en los casos de violación grave por otro Estado o de hecho fortuito.

228. Por ello es dudoso que una circunstancia que excluya la ilicitud llegue a hacer *definitivamente* inoperante una obligación primaria. Puede justificar el incumplimiento en tanto persistan las condiciones de su invocación. Si la obligación primaria termina, también concluye la necesidad de invocar el capítulo V. Del mismo modo, si cesa el hecho que en otro caso constituiría una violación, deja de plantearse toda cuestión de ilicitud. El capítulo V sólo es aplicable en tanto coexistan la obligación, el comportamiento incompatible con ella y las circunstancias que excluyen la ilicitud. En vez de decir que una circunstancia que excluye la ilicitud hace «definitiva o temporalmente inoperante la obligación» resulta más claro distinguir entre la existencia de la obligación primaria, que sigue vigente para el Estado interesado a menos que se dé por terminada[429] y la existencia de una circunstancia que excluye la ilicitud del comportamiento no conforme a esa obligación. De esta manera se evita también la paradoja de afirmar que el comportamiento cuya ilicitud se excluye por causa, por ejemplo, de necesidad, está «en conformidad» con la obligación primaria. El comportamiento no es conforme, pero si la circunstancia excluye su ilicitud, no se produce ninguna violación[430]. Esta fue la interpretación dada por la CIJ al capítulo V del proyecto de artículos en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Al examinar el estado de necesidad alegado por Hungría sostuvo:

> El estado de necesidad invocado por Hungría —en el supuesto de que se hubiera demostrado— no permitiría llegar a la conclusión de que en 1989 Hungría hubiera actuado de conformidad con sus obligaciones dimanantes del tratado de 1977 ni de que esas obligaciones hubieran dejado de vincularla. Sólo permitiría afirmar que, habida cuenta de las circunstancias, Hungría no habría incurrido en responsabilidad internacional al actuar como lo hizo[431].

229. De las seis circunstancias enunciadas en el capítulo V, la que presenta mayor dificultad de análisis es el consentimiento, pues resulta evidente que el consentimiento puede hacer definitivamente «inoperante» una obligación y llevar a su extinción. Sin embargo, por las razones que se exponen más adelante, el Relator Especial no cree que el consentimiento entre en el marco del capítulo V[432].

b) *¿Circunstancias excluyentes de la licitud o la responsabilidad?*

230. Así, el capítulo V ofrece protección contra una denuncia justificada de violación de una obligación. Pero no está claro que las diferentes circunstancias cubiertas por el capítulo V se apliquen de la misma manera o en la misma medida. Aparentemente algunas de ellas (por ejemplo la legítima defensa y el consentimiento) hacen lícito el comportamiento en cuestión; en otras palabras, excluyen la ilicitud. Toda acción que cumpla las condiciones de la legítima defensa citadas en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas es lícita en tanto que supone el ejercicio de un «derecho inmanente» del Estado que se defiende contra su agresor[433]. El caso de otras circunstancias como el peligro extremo y el estado de necesidad está menos claro, como han precisado distintos gobiernos[434]. No parece correcto afirmar que en los casos de estado de necesidad o de peligro extremo la obligación en cuestión sea «inoperante». La obligación no solamente subsiste sino que continúa ejerciendo sobre la situación una influencia tal que obliga a tener presente el interés del otro o los otros Estados afectados al determinar si las circunstancias equivalen realmente a un estado de necesidad o a un peligro extremo.

231. Ello apunta a señalar que el capítulo V cubre como mínimo dos categorías de circunstancias, conclusión implícitamente confirmada por el artículo 35, que permite la posibilidad de indemnizar a un Estado «lesionado» en cuatro de los casos previstos por el capítulo V pero no en los otros dos (legítima defensa y contramedidas). No obstante, antes de examinar si en el proyecto de artículos se debería establecer una distinción más explícita entre las justificaciones (como la legítima defensa), que excluyen la ilicitud, y las excusas (como el estado de necesidad) cuyos efectos pueden ser algo menores, es necesario examinar las disposiciones del capítulo V[435].

3. Examen de artículos específicos

a) *Artículo 29. Consentimiento*

232. El artículo 29 dispone lo siguiente:

> 1. El consentimiento válidamente prestado por un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado que no esté en conformidad con una obligación del segundo Estado para con el primero excluirá la ilicitud de tal hecho en relación con ese Estado siempre que el hecho permanezca dentro del ámbito de dicho consentimiento.
>
> 2. El párrafo 1 no se aplicará si la obligación dimana de una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos del presente proyecto de artículos, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

233. El comentario pregunta si cabe aplicar en derecho internacional el principio *volenti non fit injuria*, y da una respuesta afirmativa calificada a la pregunta. A los efectos del capítulo V, no se plantea la cuestión de suspender, y menos aún de derogar, la norma primaria que da lugar a la obligación. El artículo 29 se ocupa del caso en que el Estado beneficiario de la obligación (u otro sujeto de derecho internacional) «no consiente […] en la suspensión general de la norma [...] sino en la no aplicación, en un

[429] Si se trata de una obligación convencional, sólo puede darse por terminada según el derecho de los tratados. Si se trata de una obligación unilateral, sólo puede darse por terminada según el derecho (cualquiera que sea) relativo a la terminación de las obligaciones unilaterales. Si se trata de una obligación dimanante del derecho internacional general, sólo puede darse por terminada de conformidad con las normas aplicables del derecho relativo a la terminación de las obligaciones consuetudinarias. En ninguno de estos casos es aplicable el derecho de la responsabilidad del Estado.

[430] Para una discusión sobre esta cuestión en el contexto del artículo 16, véanse los párrafos 10 a 14 *supra*.

[431] *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 39, párr. 48.

[432] Véanse los párrafos 232 a 243 *supra*.

[433] Ello no significa que *todas* las obligaciones internacionales vigentes entre los dos Estados se conviertan en «inoperantes» por el ejercicio de la legítima defensa. Véanse los párrafos 298 a 301 *infra*.

[434] Véanse los párrafos 218 a 221 *supra*.

[435] Véase el párrafo 355 *infra*.

caso concreto determinado, de la obligación establecida por la norma»[436]. Normalmente la norma continuará aplicándose en el futuro; lo único que se ha hecho es suprimir la obligación en un caso determinado. Pero esto sólo puede hacerse mediante un consentimiento válido, es decir, mediante un consentimiento que no sea incompatible con una norma imperativa. Además, puede suceder que para ciertos efectos se requiera el consentimiento de determinado número de Estados, en cuyo caso el consentimiento del Estado C no excluye la ilicitud en relación con el Estado B[437]. Los ejemplos dados en el comentario se refieren en su mayoría al empleo de la fuerza en el territorio de un Estado para reprimir una insurrección, al estacionamiento de tropas de un Estado en territorio extranjero, a operaciones de salvamento y ayuda humanitaria o al arresto o detención de personas en territorio extranjero[438]. Pero el comentario se refiere también a la decisión adoptada en el asunto *Indemnité russe*, en el que la Corte Permanente de Arbitraje sostuvo que al aceptar el reembolso del principal solamente durante más de 20 años sin formular protesta ni reserva alguna de sus derechos, Rusia había renunciado al pago de los intereses de mora[439].

234. Para que el consentimiento equivalga a una circunstancia que excluye la ilicitud debe ser *«válido en derecho internacional, constar claramente, haber sido manifestado realmente (lo que excluye el consentimiento meramente presunto), ser atribuible al Estado en el plano internacional y ser anterior a la comisión del hecho a que se refiere»*[440]. Además, el comportamiento debe caer dentro de los límites del consentimiento dado[441]. A continuación el comentario analiza con cierto detalle estas prescripciones principalmente sobre la base de los requisitos del consentimiento válido así como el derecho de los tratados[442].

i) *Observaciones recibidas de los gobiernos sobre el artículo 29*

235. En cuanto al párrafo 1, Austria cuestiona la utilización de la expresión «en relación con ese Estado» ya que el consentimiento convierte por lo general en lícito el comportamiento[443]. Francia no considera clara la expresión «válidamente prestado» con su trasfondo del derecho de los tratados[444]. El Reino Unido rechaza que el consentimiento pueda ser válidamente prestado por todas las personas cuyos hechos sean atribuibles al Estado según el capítulo II, pese a la afirmación en tal sentido que aparentemente se hace en el comentario[445]. Por ejemplo, el consentimiento dado por un grupo revolucionario no vincularía al Estado a los efectos del artículo 29, incluso si el comportamiento de ese grupo pudiera ser atribuible al Estado según el artículo 15. Además, a juicio de ese Estado, la Comisión debería considerar la cuestión del consentimiento tácito o retrospectivo, especialmente cuando se adoptan medidas humanitarias en situaciones de emergencia[446].

236. En cuanto al párrafo 2 Austria se pregunta si resulta pertinente plantear la cuestión de las normas imperativas (*jus cogens*)[447], cuestión a la que Francia responde con una rotunda negativa[448]. El Reino Unido coincide con Francia y se refiere a la incertidumbre que rodea a las normas imperativas[449].

ii) *El lugar que ocupa el consentimiento en el capítulo V*

237. La mayoría de las observaciones recibidas de los gobiernos sobre el artículo 29 se refieren más a la formulación del principio del consentimiento que al principio en sí. Las observaciones plantean cuestiones importantes, por ejemplo en torno al alcance de la palabra «válidamente» en el párrafo 1 o sobre la referencia que se hace a las normas imperativas en el párrafo 2. Pero el artículo 29 plantea más cuestiones de las que resuelve no solamente en esos aspectos. Todas las demás circunstancias enunciadas en el capítulo V están definidas en los propios artículos (fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad) o en otras partes del proyecto de artículos (contramedidas) o al menos por unas normas del derecho internacional general razonablemente bien interpretadas y elaboradas, reflejadas en la Carta de las Naciones Unidas (legítima defensa). Sólo el consentimiento como circunstancia que excluye la ilicitud está sometido a calificaciones tan ambiguas como la de «válidamente». Además, como señalan Francia y el Reino Unido, las analogías con otras esferas del derecho internacional (la atribución, el derecho de los tratados) no permiten una orientación clara en cuanto a si un funcionario determinado dispone de autoridad para «excluir la ilicitud» de un comportamiento al dar su consentimiento al mismo. En el asunto *Savarkar*[450], por ejemplo, resultó irrelevante que el brigadier que dio su consentimiento a devolver al fugado al barco británico no estuviera autorizado a concertar acuerdos internacionales en nombre de Francia. Evidentemente, su conducta habría sido atribuible a Francia según el capítulo II de la primera parte, pero tampoco era esa la cuestión. Se trataba más bien de

436 *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 130, párr. 2 del comentario al artículo 29.

437 Ibíd., pág. 131, párr. 5, que cita el caso del consentimiento austríaco al *Anschluss* de 1938, examinado por el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg; Reino Unido, *Judgement of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*, Cmd. 6964, Londres, HM Stationery Office, 1946, págs. 17 y ss., y Lauterpacht (ed.), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases being a Selection from the Decisions of International and National Courts and Tribunals and Military Courts given during the year 1946*, Londres, Butterworth, 1951, págs. 208 a 210. El Tribunal rechazó que Austria hubiera dado ese consentimiento y señaló que el *Anschluss* era en todo caso ilegal en ausencia del consentimiento de las partes en el Tratado de Versalles y el Tratado de Paz de Saint-Germain-en-Laye.

438 *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 131 a 133, párrs. 6 a 9 del comentario al artículo 29, donde se cita con referencia a la cuestión de la detención en territorio extranjero la decisión de la Corte Permanente de Arbitraje en el asunto *Savarkar*, de 1911 (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (n.° de venta 61.V.4), págs. 252 a 255).

439 *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, pág. 446.

440 *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 133, párr. 11.

441 Ibíd.

442 Ibíd., párr. 12.

443 *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, observaciones sobre el artículo 29, párr. 1.

444 Ibíd.

445 Ibíd., donde se cita el párrafo 15 del comentario al artículo 29.

446 Ibíd.

447 Ibíd., observaciones sobre el artículo 29, párr. 2.

448 Ibíd.

449 Ibíd.

450 Véase la nota 438 *supra*.

decidir si su consentimiento a la devolución del fugado era suficiente. Sobre esta cuestión el artículo 29 no proporciona orientación alguna. El comentario va más allá, pero algunas de sus aclaraciones no se explican en el propio artículo y, lo que es más importante, dice poco o nada en cuanto a la autoridad real u ostensible para consentir a los efectos del capítulo V. Puede muy bien suceder que la cuestión de la persona que deba prestar consentimiento para desviarse de una norma determinada dependa, al menos hasta cierto punto, de la norma en cuestión. Una cosa es acceder al registro de una embajada, otra autorizar el juicio de un extraditado por un delito distinto de aquel por el que se le extraditó y otra consentir en el establecimiento de una base militar en el territorio de un Estado o en la realización de operaciones militares contra los insurgentes situados en ese territorio.

238. Todo apunta a que el artículo 29 plantea un problema más profundo que el de su simple formulación. ¿Es posible distinguir entre, por una parte, el consentimiento como elemento de la aplicación de una norma (que, en consecuencia, está implícito en la *definición* de la obligación correspondiente) y, por otra, el consentimiento como base de la exclusión de la ilicitud de un comportamiento incompatible con la obligación? El comentario excluye sin lugar a dudas los casos de consentimiento otorgado *después* de la comisión del hecho de que se trate, al que acertadamente califica de renuncia[451]. Pero si el consentimiento ha de darse antes de la comisión del hecho y si sólo se puede otorgar válidamente en unos casos y no en otros, y si la autoridad competente para dar el consentimiento varía según la norma de que se trate, cabe preguntarse si el elemento de consentimiento no debería considerarse implícito en las distintas normas primarias, posiblemente en términos diferentes para cada una de ellas. Por ejemplo, la norma de que un Estado tiene el derecho exclusivo de ejercer jurisdicción o autoridad sobre su territorio está sometida a la condición de que la jurisdicción extranjera puede ejercerse con el asentimiento del Estado que la autoriza, y esos casos son muy comunes (por ejemplo, comisiones rogatorias enviadas al territorio de otro Estado, ejercicio de la jurisdicción sobre fuerzas visitantes, etc.). Tales casos no suponen, ni siquiera *prima facie*, un comportamiento no conforme con las obligaciones internacionales y, por consiguiente, caen fuera del ámbito del capítulo V e incluso fuera del ámbito del proyecto de artículos en su conjunto. Sir Gerald Fitzmaurice se refirió a esos casos bajo la rúbrica «incumplimiento justificado *ab intra* en virtud de una condición que el derecho internacional considera implícita en el tratado» y formuló la distinción en los términos siguientes:

> Como la cuestión en sí —es decir, si el incumplimiento está o no justificado— supone la existencia de una obligación convencional *prima facie* u ostensible, las condiciones expresamente estipuladas en el tratado, o implícitas en sus términos, se refieren a la existencia y ámbito de la obligación y no a la justificación de su incumplimiento[452].

Por supuesto, se refería solamente al derecho de los tratados, pero el mismo principio se aplica con toda seguridad a la formulación de obligaciones dimanantes del derecho internacional general (por ejemplo la obligación de no ejercer jurisdicción civil sobre el territorio de otro Estado sin su consentimiento o de no sobrevolar ese territorio sin previa autorización). Ello explica la razón de que Sir Gerald Fitzmaurice no se ocupara del consentimiento como «circunstancia específica que justifica el incumplimiento». Antes bien, lo abordó bajo la rúbrica de «aceptación del incumplimiento», que no es sino una forma de renuncia. No se refiere a la cuestión de si la responsabilidad ha surgido en primer lugar sino más bien a la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad, que se sale del ámbito de la primera parte[453].

239. La distinción entre justificaciones o excusas «intrínsecas» y «extrínsecas» plantea una duda adicional. Todos los demás artículos del capítulo V se refieren a circunstancias (fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad, agresiones armadas u otros comportamientos ilícitos que justifican la legítima defensa o la adopción de contramedidas) que se daban en el momento de la comisión del hecho ilícito. El comentario limita el artículo 29 al consentimiento previo y, sin embargo, ese consentimiento válidamente prestado implica que el comportamiento es perfectamente lícito en el momento en que se produce. En cambio, cuando un Estado actúa de una manera incompatible con una obligación y su comportamiento se justifica por el estado de necesidad o por causas de fuerza mayor o de peligro extremo, no parece oportuno afirmar que el comportamiento sea «perfectamente lícito». Se ha producido más bien una violación aparente o *prima facie* que se puede excusar. Aun en el caso de la legítima defensa o de las contramedidas, en que el comportamiento puede ser intrínsecamente lícito en las circunstancias del caso, existe al menos una situación que requiere ciertas explicaciones y cierta justificación[454].

240. ¿Es posible prever casos en los que una obligación esté adecuadamente formulada en términos absolutos (es decir, sin ninguna condición o calificación relativa al consentimiento), y que pese a ello el consentimiento del Estado interesado excluya la ilicitud de la conducta? De ser así, el artículo 29 podría tener un campo de aplicación válido, aunque limitado. El Relator Especial no tiene conocimiento de ningún caso de esa índole[455]. Todos los ejemplos ofrecidos en el comentario se refieren a reglas (no ejercicio de la jurisdicción extranjera en el territorio de un Estado; no empleo de la fuerza contra él; no intervención en sus asuntos internos, etc.) que no son prohibiciones

---

[451] *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 135, párr. 16 del comentario al artículo 29. A este respecto, es extraño que el comentario se remita al asunto *Indemnité russe* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 439 *supra*), pág. 421), que fue probablemente un caso de renuncia y ciertamente no precisó de un consentimiento previo.

[452] *Anuario... 1959*, vol. II, pág. 50, documento A/CN.4/120, rúbrica *c*, art. 19, párr. 2.

[453] Véase el párrafo 352 *infra*.

[454] El Estado que ejerce el derecho de legítima defensa deberá comunicar «inmediatamente» al Consejo de Seguridad las medidas tomadas (Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas). Las condiciones del recurso a las contramedidas figuran actualmente en los proyectos de artículos 47 a 50 y también implican un cierto examen internacional.

[455] Una posibilidad, que se aproxima a la idea de Sir Gerald Fitzmaurice de la «aceptación del incumplimiento», podría ser la del siguiente ejemplo: supóngase que el Estado A incumpla una obligación bilateral con el Estado B, previendo que el Estado B dará su consentimiento si fuera preguntado al respecto, y que el Estado B, conocedor de la conducta del Estado A, no se opondrá. Estos tres casos no caen bajo el ámbito del artículo 29 según se explica en el comentario, e incluso si pudieran ser previstos no requerirían un tratamiento separado en el capítulo V. Parece más apropiado abordarlos bajo la rúbrica de la exención o quizá de la preclusión.

absolutas sino que permiten que el comportamiento en cuestión pueda ser válidamente consentido por el Estado interesado. En ausencia de casos intermedios identificables (es decir, casos en que el consentimiento podría prestarse válidamente por anticipado pero que no está implícito en la definición de la obligación), la posición parece ser la siguiente: o bien la obligación en cuestión permite prestar un consentimiento previo a un comportamiento que, de no mediar ese consentimiento, entraría en conflicto con la obligación, o bien no lo permite. En el primer caso y si el consentimiento se otorga válidamente, no se plantea la cuestión de la exclusión de la ilicitud. En el segundo caso, el consentimiento no se puede prestar en absoluto. Ambos casos son distinguibles de la renuncia después de que se ha producido una violación que da lugar a la responsabilidad del Estado[456].

241. Por todas estas razones, parece que tratar el consentimiento previo como circunstancia que excluya la ilicitud equivale a confundir el contenido de la obligación sustantiva con la aplicación de las normas secundarias de responsabilidad, en tanto que tratar el consentimiento otorgado con posterioridad como una circunstancia de esa índole equivale a confundir el origen de la responsabilidad con su ejecución. En ninguno de los casos es adecuada la inclusión del artículo 29 en el capítulo V y se debería suprimir. En su lugar, en el comentario al capítulo V se debería incluir una explicación de la función del consentimiento en relación con la responsabilidad del Estado.

242. No obstante, en caso de que no se acepte esta recomendación, parece oportuno decir algo sobre las cuestiones específicas planteadas por los gobiernos en cuanto a la formulación del artículo 29.

a) *«Consentimiento válidamente prestado»*. Ya se han señalado algunas de las dificultades planteadas por esta expresión. Es evidente que se requiere algún tipo de calificación, ya que no estamos ante el caso de que un Estado libere a otro de toda obligación (por ejemplo, en relación con los derechos humanos). Pero no hay ningún criterio sencillo o puramente casuístico para determinar en qué circunstancias o en qué medida el consentimiento de un Estado excluye la ilicitud de la conducta de otro[457]. Además la expresión «válidamente prestado» no desempeña una sola función sino dos: presupone la existencia de casos en los que el consentimiento no haya sido válidamente prestado y sugiere también (sin entrar en detalles) que es necesario observar ciertas modalidades al prestar el consentimiento y que pueden surgir problemas en cuanto al órgano autorizado para prestarlo. No es posible entrar en el desarrollo de esos dos aspectos sin profundizar en el contenido de las normas primarias, aunque en el texto se podrían incluir algunos de los requisitos previos procesales de un consentimiento válido, detallados en el comentario;

b) *Consentimiento y normas imperativas*. También aquí, pese a la incertidumbre existente en cuanto al alcance y el contenido de las normas imperativas citadas por algunos gobiernos, es evidente que un Estado no puede, mediante un consentimiento *ad hoc*, dispensar a otro de la obligación de cumplir una norma imperativa, por ejemplo en relación con el genocidio o la tortura, como tampoco podría hacerlo en un tratado. Cabría sostener al menos que un Estado puede liberar a otro de la responsabilidad de esa violación en la medida que a él le concierne. Pero en primer lugar el artículo 29 se ocupa de las circunstancias que excluyen la ilicitud, y no de la responsabilidad. En segundo lugar hay muchos casos en los que el consentimiento del Estado excluye realmente la ilicitud. En tercer lugar, en cuanto al consentimiento previo (que es el destinatario previsto del artículo 29) las exigencias de una norma imperativa se satisfacen difícilmente manteniendo la obligación formal y liberando al mismo tiempo al Estado que la viola de toda responsabilidad de esa violación. El acuerdo para eximir de responsabilidad por genocidio o tortura parece tan incompatible con el carácter imperativo de la norma aplicable como el consentimiento para eximir de la obligación implícita. Pero las dificultades van aún más lejos. Algunas normas imperativas contienen un elemento de consentimiento «intrínseco». Por ejemplo, la norma relativa a la no utilización de la fuerza en las relaciones internacionales incorporada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas no se aplica en ciertos casos cuando un Estado ha dado su consentimiento al empleo de la fuerza en su territorio por otro Estado. Pero un Estado no puede, mediante su consentimiento, *eliminar* la norma relativa al uso de la fuerza en las relaciones internacionales en sus relaciones con otro Estado[458]. Así, quizá sea necesario distinguir entre un consentimiento que aplica el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, que puede ser válido, y un supuesto consentimiento que se aparta de ese párrafo o lo excluye en su totalidad, que sería inválido si el párrafo 4 del Artículo 2 tiene carácter imperativo;

c) *Consentimiento de personas distintas de los Estados*. El proyecto de artículo 29 contempla solamente el consentimiento de los Estados y quizás de otros sujetos de derecho internacional[459], pero existen normas de derecho internacional que tienen en cuenta el consentimiento, por ejemplo, de empresas o de particulares. La medida en que los inversionistas pueden renunciar a las normas de protección diplomática por acuerdo previo ha sido objeto

[456] La distinción entre consentimiento *ex ante* y renuncia puede verse en los ejemplos siguientes: en primer lugar, el órgano del Estado autorizado a renunciar en caso de incumplimiento una vez establecida realmente la responsabilidad del Estado puede ser diferente del órgano del Estado autorizado a dar su consentimiento previo. En segundo lugar, en el caso de una obligación *erga omnes* (es decir, derivada del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta) puede, no obstante, ser cierto que un Estado determinado sea competente para dar su consentimiento previo a un comportamiento que de otro modo hubiera constituido la violación de la obligación (véase la observación de Austria, párrafo 235 *supra*). De ello no se desprende, no obstante, que sólo ese Estado tenga un interés jurídico en la violación después de ocurrida.

[457] Esto se aplica incluso a la sencilla expresión calificativa «entre las relaciones entre esos Estados», pues lo que constituye una obligación meramente «bilateral» y lo que trasciende lo meramente bilateral depende del contenido y finalidad de la obligación. Así, un Estado puede ser el principal beneficiario de una obligación impuesta en interés general (por ejemplo en cuanto a la neutralidad de ese Estado), pero es posible que por sí solo no pueda liberar a otro Estado del cumplimiento de esa obligación. Por ejemplo, en la discusión sobre si el ingreso de Austria en la CEE era compatible con su neutralidad nunca se sostuvo que el consentimiento prestado por Austria a ese ingreso excluyera la ilicitud. Véase por ejemplo Seidl-Hohenveldern, «Österreich und die EWG», y Kennedy y Specht, «Austrian membership in the European Communities».

[458] Sobre la medida en que los «pactos de invasión» y «la intervención por invitación» pueden ser lícitos, véase por ejemplo Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law*, págs. 185 a 195.

[459] *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 130 y 134, párrs. 2 y 15, respectivamente.

de largos debates pero según el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, el consentimiento dado por un inversionista a un arbitraje en el marco del Convenio suspende el derecho a la protección diplomática del Estado nacional del inversionista[460]. En la esfera de los derechos humanos, el individuo no puede renunciar a los derechos que le confieren los tratados internacionales, pero el libre consentimiento del individuo es necesario para la realización de al menos algunos de esos derechos[461];

d) *Límites del consentimiento*. Como señala el comentario, si la ilicitud queda excluida por el consentimiento del Estado los límites de ese consentimiento determinan los límites de la exclusión[462]. Pero también aquí pueden surgir dificultades en la aplicación de esta idea. Por ejemplo, el consentimiento prestado al estacionamiento de fuerzas en el territorio de un Estado puede ser calificado (por la exigencia del pago de un alquiler por el uso de las instalaciones), pero el impago del alquiler, si bien sería indudablemente ilícito en sí y podría dar lugar a otras consecuencias jurídicas, no transformaría automáticamente a las fuerzas visitantes en un ejército de ocupación.

iii) *Conclusiones sobre el artículo 29*

243. Es indudable que algunas de estas cuestiones se pueden abordar en el marco del artículo 29, en tanto que otras se refieren a su aplicación en casos específicos. Pero un examen más detenido de los términos del artículo 29 confirma la conclusión de que su lugar adecuado no es el capítulo V. En resumen, la falta de consentimiento es una condición intrínseca de la ilicitud en el caso de muchas obligaciones (por ejemplo, la obligación de no sobrevolar el territorio de otro Estado). En tales casos, considerar el consentimiento como circunstancia que excluye la ilicitud resulta insólito ya que el consentimiento previo válidamente prestado hace lícita la conducta y no hay nada que excluir. Cabría asimismo afirmar que el no sobrevuelo es una circunstancia que excluye la ilicitud. Esta interpretación eliminaría la distinción entre obligaciones primarias y secundarias. El consentimiento prestado después del hecho es muy diferente e implica la dispensa de una responsabilidad que ya ha surgido: debería ser tratado bajo la rúbrica de la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad, en la segunda parte o quizá en la tercera parte del proyecto de artículos. Por estas razones se debería suprimir el artículo 29 y se debería explicar con todo detalle su supresión en el comentario al capítulo V a fin de evitar malentendidos.

b) *Artículo 30. Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito*

244. El artículo 30 establece lo siguiente:

> La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro Estado quedará excluida si el hecho constituye una medida legítima según el derecho internacional contra ese otro Estado, a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese otro Estado.

245. El artículo 30 se debe leer en el contexto de los artículos de la segunda parte, que especifican con cierto detalle la amplitud y las consecuencias de las contramedidas admisibles. En otras palabras, el significado de las palabras «legítima según el derecho internacional» del artículo 30 se expone con cierto detalle en otras partes del texto.

246. El comentario al artículo 30 subraya la función excepcional de las contramedidas al hacer «inoperante» una obligación contraída con un Estado sometido a ellas[463]. Las contramedidas deben aplicarse en respuesta a un comportamiento ilícito del Estado objeto de las mismas, con una «finalidad de represión o de ejecución» pero siempre en los límites establecidos por el derecho internacional[464]. El análisis de esos límites que se hace en los párrafos siguientes no se armoniza plenamente con las disposiciones de la segunda parte: por ejemplo, el comentario al artículo 29 parece prever que el uso de la fuerza militar podría en algunas ocasiones ser lícito como contramedida[465], en tanto que el artículo 50, apdo. *a*, lo rechaza expresamente. Esto subraya la necesidad de examinar conjuntamente el artículo 30 y el capítulo III de la segunda parte.

247. Según el comentario, las contramedidas ya no se limitan a las violaciones de obligaciones bilaterales ni a las respuestas adoptadas por el Estado más directamente lesionado. El incumplimiento de obligaciones *erga omnes* «debe considerarse como una infracción cometida contra todos los miembros de la colectividad internacional, y no sólo contra el Estado o Estados directamente afectados por esa violación»[466]. Por consiguiente, esa violación debe ser objeto de una sanción colectiva. Implique o no obligaciones *erga omnes*, «la existencia del hecho internacionalmente ilícito anteriormente cometido por el Estado sujeto pasivo de tales medidas excluye la ilicitud de la reacción legítima llevada a efecto contra él»[467], por lo que se refiere al Estado que comete el hecho ilícito[468].

i) *Observaciones recibidas de los gobiernos sobre el artículo 30*

248. Francia señaló cierto número de dificultades de redacción y se refirió también a la necesidad de distinguir entre las contramedidas adoptadas por los Estados a título individual y las medidas de coerción autorizadas o decididas por las Naciones Unidas. El artículo 30 debería limitarse a las primeras[469]. Los Estados Unidos y el Reino Unido propusieron que el artículo 30 fuera la única disposición referente a las contramedidas, sin que fueran necesarias las disposiciones, a su juicio cuestionables, sobre contramedidas de la segunda parte, del mismo modo que se hacía referencia al derecho de legítima

[460] Art. 27, párr. 1.

[461] Véase, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 7, segunda frase; 8, párr. 3, apdo. *c*, inc. iv); 14, párr. 3, apdo. *g*; y 23, párr. 3.

[462] *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 135, párr. 17.

[463] Ibíd., pág. 138, párr. 2 del comentario al artículo 30.

[464] Ibíd., párr. 3.

[465] Ibíd., pág. 139, párr. 5 del comentario al artículo 29; sin embargo, véanse las páginas 140 a 142, párrs. 10 y 11.

[466] Ibíd., pág. 142, párr. 12 del comentario al artículo 30.

[467] Ibíd., pág. 143, párr. 16.

[468] Pero no, subraya el comentario, por lo que se refiere a los derechos de terceros Estados (ibíd., págs. 143 a 146, párrs. 17 a 19 y 24), que cita el asunto *Cysne* de 1930 (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta 1949.V.1), pág. 1056). Véase el actual artículo 47, párr. 3.

[469] Véase la nota 7 *supra*. El Japón se mostró de acuerdo (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

defensa sin detallar su contenido[470]. Sin embargo, Francia y el Japón propusieron vincular específicamente el artículo 30 a las disposiciones sobre contramedidas de la segunda parte[471].

249. Por el contrario, México cuestionó la inclusión del artículo 30 y, en todo caso, pidió la inclusión de disposiciones más precisas para la solución de las controversias que surgiesen en los casos de contramedidas[472].

ii) *El trato de las contramedidas en el proyecto de artículos en su conjunto*

250. Varios gobiernos plantearon cuestiones sobre el trato de las contramedidas en la segunda parte del proyecto de artículos (arts. 47 a 50) y se manifestaron dudas en cuanto a la conveniencia de mantener esos artículos y la viabilidad de las disposiciones relativas a la solución de controversias. Dejando a un lado las cuestiones de redacción y de expresión, las dudas proceden de diversas direcciones, tanto de los Estados que apoyan el principio de las contramedidas como de los que se oponen al mismo. Esta divergencia de opiniones presenta una dificultad en lo que concierne al artículo 30. Por una parte, es evidente que, al menos en algunos casos, las contramedidas excluyen la ilicitud de la conducta adoptada contra el Estado que comete el hecho internacionalmente ilícito a fin de inducirle a que cese en su comportamiento ilícito y proporcione los elementos esenciales de reparación. Sobre esta base es perfectamente defendible el mantenimiento del artículo 30 en una forma u otra en el capítulo V. Sin embargo, la inclusión en el artículo 30 de los requisitos de legitimidad de las contramedidas dependerá de que se mantengan en la segunda parte los artículos relativos a las contramedidas. Si se mantienen, bastará con una simple referencia a esas condiciones (como han señalado Francia y el Japón). Si se suprimen, la situación será diferente y habrá muchos más argumentos para defender la inclusión en el artículo 30 de una cierta especificación de las condiciones de legitimidad de las contramedidas. Es cierto que el capítulo V no especifica con detalle las condiciones para invocar el consentimiento o la legítima defensa. En el caso del consentimiento esta omisión ya ha sido criticada, pero en el caso de la legítima defensa la situación es diferente, entre otras cosas, porque el derecho inmanente a la legítima defensa está explícitamente reconocido en la Carta de las Naciones Unidas y no puede ser afectado por ninguna disposición del proyecto de artículos.

251. Por estas razones el Relator Especial propone que se mantenga entre corchetes el artículo 30, en reconocimiento de que en algunos casos las contramedidas pueden excluir la ilicitud (o al menos la responsabilidad) del comportamiento en cuestión, pero que las diversas cuestiones de principio y redacción se examinen en el contexto de las disposiciones sobre contramedidas que aparecen en la segunda parte.

[470] Véase la nota 7 *supra*.

[471] Para Francia, véase la nota 7 *supra*; para el Japón, véase el documento A/CN.4.492 (reproducido en el presente volumen).

[472] Véase la nota 7 *supra*.

c) *Artículo 31. Fuerza mayor y caso fortuito*

252. El artículo 31 dice lo siguiente:

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.

253. El comentario al artículo 31 comienza por señalar que la fuerza mayor y el caso fortuito tienen en común «la no pertinencia del comportamiento anterior del Estado contra el que» se invocan[473]. Se trata de circunstancias involuntarias tanto en lo que respecta al Estado «activo» como al «pasivo»[474]. Como no existe una distinción clara entre ambas situaciones, se incluyen en el mismo artículo. Las dos se refieren a casos de «imposibilidad material», independientemente de que esa imposibilidad se deba a una causa natural, a la intervención humana o ambas, siempre que escapen al control del Estado actuante[475]. Al redactar el artículo 61 de la Convención de Viena de 1969, relativo a la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento, la Comisión adoptó la opinión de que la fuerza mayor era también una circunstancia que excluía la ilicitud en relación con el cumplimiento de los tratados[476]. La misma opinión se adoptó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, aunque la Conferencia insistió en una formulación más restringida del artículo 61 en lo que se refería a la terminación de los tratados[477].

254. En la práctica de los Estados, en la mayor parte de los casos en que se invocó la «imposibilidad» no se trataba de una imposibilidad real, sino de casos de cada vez mayor dificultad de cumplimiento y, en consecuencia, la excepción de fuerza mayor no fue aceptada. Pero se han planteado casos de imposibilidad material, por ejemplo, cuando «una aeronave del Estado que una avería, una pérdida del control o a una tempestad hace derivar hacia el espacio aéreo de otro Estado sin autorización de este último, ya sea porque los esfuerzos del piloto por evitarlo hayan sido infructuosos, ya sea porque no se haya podido dar cuenta de lo que ocurría», en que se aceptó el principio de exclusión de la ilicitud[478].

255. Además de los incidentes aéreos, el principio del artículo 30 también se reconoce en relación con los buques en caso de paso inocente en el párrafo 3 del artículo 14 de la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (ahora párrafo 2 del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar), así como en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención

[473] *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 146, párr. 2 del comentario al artículo 31.

[474] Ibíd., pág. 147, párr. 4.

[475] Ibíd., pág. 148, párr. 7.

[476] Ibíd., pág. 149, párr. 9, donde se cita *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 279, documento A/6309/Rev.1.

[477] Ibíd., párr. 10 del comentario al artículo 31.

[478] Ibíd., pág. 150, párr. 12, en que se citan casos de intrusión accidental en el espacio aéreo atribuibles al estado del tiempo y también casos de bombardeo accidental de territorio neutral debido a errores de navegación en la primera guerra mundial.

sobre el Comercio de Tránsito en los Estados sin Litoral. «En esas disposiciones la fuerza mayor es sin duda alguna un elemento constitutivo de las 'normas primarias' que enuncian, pero el hecho mismo de su incorporación en esas reglas es manifiestamente una confirmación expresa, con respecto a un supuesto particular, de un principio general del derecho internacional consuetudinario en virtud del cual la fuerza mayor tiene el efecto de excluir la ilicitud»[479]. El principio también fue aceptado por la Corte Permanente de Arbitraje. En el caso *Phares*, en 1915 un faro de propiedad de una empresa francesa fue incautado por el Gobierno de Grecia y posteriormente destruido por actos del enemigo. La Corte rechazó el pedido de indemnización de Francia en razón de la fuerza mayor[480]. En el caso *Indemnité russe* se aceptó el principio, pero se rechazó la excepción de fuerza mayor en razón de los hechos, porque el pago de la deuda no era materialmente imposible[481]. La CPJI, en los casos *Emprunts serbes* y *Emprunts fédéraux brésiliens*, reconoció que la fuerza mayor era un principio general del derecho (aunque una vez más se rechazó la excepción sobre la base de los hechos del caso)[482].

256. Después de un examen minucioso de la práctica, la jurisprudencia y la doctrina, el comentario concluye afirmando el principio, pero hace hincapié en que se aplica únicamente cuando la imposibilidad es irresistible y objetivamente imprevisible, de modo que el Estado interesado «no debe tener ninguna posibilidad real de sustraerse a los efectos de tal fuerza o tal acontecimiento». Además, es necesario que el Estado *«no haya contribuido, intencionalmente o por su negligencia, a que se produzca la situación de imposibilidad material»*[483].

i) *Observaciones de los gobiernos sobre el artículo 31*

257. Austria expresó la opinión de que el artículo 31 combinaba los elementos objetivos y subjetivos de manera confusa y sugirió que se elaborara la noción de «imposibilidad material» con preferencia a la de «caso fortuito»[484]. El Reino Unido aceptó el principio establecido en el artículo 31, pero también pidió que se lo limitase a casos excepcionales de imposibilidad material que estuvieran más allá del control del Estado interesado[485]. Francia sugirió que las dos expresiones «fuerza mayor» y «caso fortuito» se refirieran al mismo régimen y que debería revisarse el artículo a fin de eliminar la redundancia[486]. En ninguna de esas observaciones se puso en duda la necesidad de que el artículo 31 existiera de alguna manera.

ii) *Aplicación del artículo 31 en la práctica reciente*

258. En el arbitraje del asunto *Rainbow Warrior*, Francia invocó la fuerza mayor como circunstancia que excluía la ilicitud de su conducta de haber retirado a los oficiales de Hao y no haberlos devuelto después del tratamiento médico. El Tribunal abordó la cuestión brevemente:

> Nueva Zelandia tiene razón al afirmar que la excusa de la fuerza mayor no es pertinente en este caso porque para su aplicabilidad se requiere la imposibilidad absoluta y material y porque el hecho de que una circunstancia haga el cumplimiento más difícil u oneroso no constituye un caso de fuerza mayor[487].

En consecuencia, la decisión se suma a las muchas citadas en el comentario y en el estudio de la Secretaría[488], en que se acepta el principio de que la fuerza mayor excluye la ilicitud en el derecho internacional y en muchos sistemas de derecho interno pero que, al mismo tiempo, para su aplicación se requieren condiciones estrictas.

259. Por supuesto, existe una distinción entre la fuerza mayor como circunstancia de exclusión de la ilicitud y la imposibilidad del cumplimiento como fundamento para la extinción de un tratado. La fuerza mayor se aplica a obligaciones, dimanadas o no de un tratado, y se aplica por ley después de ocurrida una situación de fuerza mayor. La imposibilidad de cumplimiento, al igual que otros fundamentos para la extinción de un tratado, debe ser invocada formalmente por una de las partes y se aplica únicamente después de haber sido debidamente invocada. Además, el «grado de dificultad» asociado a la fuerza mayor como circunstancia que excluye la ilicitud, si bien considerable, es menor que el exigido por el artículo 61 de la Convención de Viena de 1969 para la extinción debido a imposibilidad sobreviniente, según señaló la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

> El párrafo 1 del artículo 61 exige «la desaparición o destrucción permanentes de un objeto indispensable para la ejecución» de un tratado a fin de justificar la extinción del tratado con fundamento de imposibilidad de cumplimiento. Durante la Conferencia, se formuló la propuesta de ampliar el alcance del artículo a fin de incluir en él casos como la imposibilidad de efectuar algunos pagos debido a problemas financieros graves. [...] Aunque se reconoció que ese tipo de situación podría dar lugar a la exclusión de la ilicitud por incumplimiento de una parte de sus obligaciones dimanadas de un tratado, los Estados participantes no estaban preparados para considerar que ese tipo de situaciones constituyen un fundamento para extinguir o suspender un tratado y prefirieron limitarse a un concepto más estrecho[489].

260. Además de su aplicación a casos entre Estados como cuestión de derecho internacional público, la fuerza mayor es moneda corriente en la esfera del comercio internacional y el arbitraje mixto y probablemente se la pueda calificar de principio general del derecho[490].

---

[479] Ibíd., pág. 151, párr. 16 del comentario al artículo 31.

[480] Ibíd., párr. 21, en que se cita el caso *Phares* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 384 *supra*), págs. 219 y 220). En un estudio preparado por la Secretaría, titulado «La 'fuerza mayor' y el 'caso fortuito' como circunstancias que excluyan la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina», se catalogaron muchos otros casos de fuerza mayor (*Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 65, documento A/CN.4/315).

[481] *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 153, párr. 22 del comentario al artículo 31, donde se cita el caso *Indemnité russe* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 439 *supra*), pág. 443).

[482] Ibíd., págs. 153 y 154, párrs. 23 y 24, donde se citan los casos *Emprunts serbes* y *Emprunts fédéraux brésiliens* (fallos n.os 14 y 15, *1929 C.P.J.I. série A n.os 20/21*, págs. 33 a 40, y 120, respectivamente).

[483] Ibíd., pág. 158, párr. 36.

[484] Véase la nota 7 *supra*.

[485] Ibíd.

[486] Ibíd. Además, se sugirió que el párrafo 2 era redundante y que podía omitirse.

[487] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), pág. 253.

[488] Véase la nota 480 *supra*.

[489] *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 63, párr. 102.

[490] La fuerza mayor no es una defensa que permite el incumplimiento del contrato en virtud del *common law* inglés debido a la presunción de que las actividades contractuales son garantías. Existe una concepción más estrecha del «caso fortuito», que es una defensa en casos de daños y perjuicios. No obstante, los tribunales del *common law* se han

(Continuación en la página siguiente.)

a) En el capítulo V de la parte III de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías se hace referencia a las disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador. La sección IV se titula «Exoneración» y sólo contiene dos disposiciones, el artículo 79 relativo a impedimentos inevitables, y el artículo 80, referido a la *exceptio inadimpleti contractus*. El artículo 79 no emplea la expresión fuerza mayor, pero se refiere a ese ámbito. Una parte no es responsable por el incumplimiento si demuestra que éste se ha debido a

un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias[491].

b) El artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales se refiere a la fuerza mayor, a la que se define esencialmente en los mismos términos que en la Convención de 1980[492].

261. Por esas razones, se debería mantener el artículo 31 en el proyecto de artículos. No obstante, quedan pendientes algunas cuestiones de redacción.

iii) *Fuerza mayor y «conocimiento» de la ilicitud*

262. Una de las características curiosas del artículo 31 es la expresión «hicieron materialmente imposible [...] que se percatara de que su comportamiento no era conforme a esa obligación»[493]. Ello sugiere que la responsabilidad del Estado depende de que el Estado «se percate» de que su conducta es ilícita y que, sin embargo, en general ese conocimiento no es necesario. La ignorancia de la obligación legal del Estado no excusa su incumplimiento, ni tampoco lo es el error de derecho[494]. Es cierto que podría tratarse de un error de hecho inocente (por ejemplo, en cuanto a la ubicación de una aeronave debido a una falla no detectada en el equipo de navegación) y quizás ello podría ser considerado como circunstancia de exclusión de la ilicitud. No obstante, el artículo 31 se podría redactar sin introducir elementos manifiestamente subjetivos: sólo se debería aplicar en los casos en que un acontecimiento externo imprevisto impidiera al Estado tener conocimiento de un hecho que es un elemento esencial de su responsabilidad *en las circunstancias* del caso y sin el cual la conducta en cuestión no habría sido ilícita. Con ese fundamento, se podría suprimir la referencia que se hace en el artículo 31 al conocimiento de la ilicitud[495].

iv) *Exclusión de la fuerza mayor: a*) *si el Estado ha «contribuido» a la situación de fuerza mayor*

263. Por definición, una situación que ha sido causada o inducida por el Estado que la invoca no se trata de fuerza mayor; la circunstancia debe ser genuinamente involuntaria a fin de reunir los requisitos propios de la fuerza mayor. En consecuencia, en el asunto *LAFICO/République de Burundi*, el Tribunal Arbitral rechazó la excepción de fuerza mayor porque «la presunta imposibilidad no fue el resultado de una fuerza irresistible o de un acontecimiento externo imprevisto más allá del control de Burundi. De hecho, la imposibilidad es el resultado de una decisión unilateral de ese Estado»[496]. No obstante, el artículo 31, en la forma aprobada en primera lectura, va más allá y excluye a la fuerza mayor «si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de imposibilidad material»[497]. Por el contrario, en virtud de lo que en general son fundamentos más restrictivos para la extinción de un tratado incluidos en el artículo 61, párr. 2, de la Convención de Viena de 1969, no se puede invocar la imposibilidad material «si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado». Ello parece más apropiado, ya que bien podría ocurrir que un Estado hubiera «contribuido» involuntariamente a crear una situación de fuerza mayor mediante una conducta que, examinada posteriormente, podría haber sido diferente, pero que en sí misma no constituye un incumplimiento de una obligación internacional ni hace que el acontecimiento sea por ello menos previsible. Siempre que la situación resultante de fuerza mayor sea genuina, no hay razón para excluirla como circunstancia de exclusión de la ilicitud. En consecuencia, el artículo 31 debería establecer que sólo se excluye la fuerza mayor en el caso de que el Estado haya producido o haya contribuido a producir la situación por su propia conducta ilícita.

v) *Exclusión de la fuerza mayor: b*) *asunción voluntaria del riesgo*

264. En segundo lugar, la fuerza mayor no debería excusar el incumplimiento si un Estado hubiese tratado de impedir que se produjera esa situación en particular o de alguna otra manera hubiera asumido ese riesgo, y

(Continuación de la nota 490.)

acostumbrado mucho a la noción de la fuerza mayor debido a que en los contratos frecuentemente se incluyen cláusulas de fuerza mayor, especialmente en el comercio internacional. Véase, en general, McKendrick, *Force Majeure and Frustration of Contract.*

491 Véase Schlechtriem (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, págs. 600 a 626. Para material de derecho comparado sobre la fuerza mayor véase, por ejemplo, Draetta, «Force majeure clauses in international trade practice»; Magliveras, «Force majeure in Community law»; y Van Ommeslaghe, «Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans le contrats internationaux», pág. 15. Sobre la fuerza mayor en la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, véase Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, págs. 306 a 320. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también ha reconocido a la fuerza mayor como principio general del derecho: véase por ejemplo, caso 145/85, *Denkavit België NV* c. *État belge* (*Recueil de la jurisprudence de la Cour 1987-2*, pág. 565). Véase además Stefanou y Xanthaki, *A Legal and Political Interpretation of Article 15 (2) [new Article 228 (2)] of the Treaty of Rome: The Individual Strikes Back*, págs. 78 a 80.

492 Para el texto y los comentarios véase UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Roma, UNIDROIT, 1994, págs. 169 a 171.

493 Véase la observación de Austria en relación con el artículo 31 en el párrafo 257 *supra*.

494 En algunos sistemas jurídicos una reclamación de un derecho formulada de buena fe podría justificar o excusar algún tipo de conducta, aun cuando el fundamento jurídico del reclamo sea incorrecto. Aparentemente esa doctrina no cuenta con ninguna autoridad en el derecho internacional.

495 Para la redacción propuesta véase el párrafo 358 *infra*.

496 ILR, vol. 96, 1994, pág. 317, y *Revue belge de droit international*, vol. XXIII, 1990-1, pág. 517.

497 El comentario sugiere que se pensaba introducir una base más estrecha para la exclusión (véase el párrafo 256 *supra*).

así se debería establecer en el artículo 31[498]. Se podría argumentar que para excluir a la fuerza mayor sería necesario que el Estado interesado lo mencionara expresamente, pero las obligaciones se pueden formular y ejecutar de distintas maneras y, en el contexto del capítulo V, debería ser suficiente que la asunción del riesgo sea clara.

vi) *Conclusiones en relación con el artículo 31*

265. Por esos motivos, el artículo 31 debería mantenerse con los cambios que se indican más arriba. Además, según señaló Francia[499], parece suficiente hacer referencia a la circunstancia mediante el título bien conocido y aceptado internacionalmente de «fuerza mayor», y que esa expresión debería incluirse en el artículo mismo y además constituir su título. El título «Fuerza mayor y caso fortuito» deriva del Código Civil francés, pero de ninguna manera todas las posibilidades de «caso fortuito» son consideradas excusas en el derecho internacional[500], mientras que los casos de fuerza mayor, según se los define en el artículo 31, parecen suficientes para incluir ese ámbito[501].

d) *Artículo 32. Peligro extremo*

266. El artículo 32 establece lo siguiente:

> 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 autor del comportamiento que constituya el hecho de ese Estado no tenía otro medio, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la de personas confiadas a su cuidado.
>
> 2. El párrafo 1 no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de peligro extremo o si era probable que el comportamiento de que se trata originara un peligro comparable o mayor.

267. En el comentario al artículo 32 se observa que se trata del caso concreto en que una persona, cuyos actos son atribuibles al Estado, se encuentra en situación de peligro extremo, ya sea personalmente o en relación con personas que se encuentran a su cuidado[502]. A diferencia de las situaciones de fuerza mayor, la persona que actúa en un caso de peligro extremo no lo hace involuntariamente, aun cuando la elección está efectivamente «eliminada por […] las situaciones de 'peligro extremo'»[503]. Tampoco se trata de elegir entre el cumplimiento del derecho internacional y de otros intereses legítimos del Estado, como se plantea en el estado de necesidad en virtud del artículo 33[504]. El interés de que se trata es inmediato, salvar vidas, sin que importe su nacionalidad.

268. En la práctica, los casos de peligro extremo se han referido esencialmente a casos de buques o aeronaves que entran en el territorio de un Estado en razón del estado del tiempo o de una falla mecánica o de navegación[505]. Pero los casos de peligro extremo no deben limitarse a buques o aeronaves[506], especialmente si se los limita a casos que entrañan una amenaza a la vida misma[507]. Además, el peligro extremo sólo puede excluir la ilicitud cuando el interés que se trata de proteger (por ejemplo, la vida de pasajeros y tripulación) supera claramente a otros intereses en juego en las circunstancias del caso. En consecuencia, si la conducta que se trata de excusar pone en peligro más vidas de las que podría salvar, no se incluye en la alegación de peligro extremo[508].

i) *Observaciones de los gobiernos en relación con el artículo 32*

269. Francia propuso una redacción más ajustada, a fin de prevenir el abuso de la defensa de «peligro extremo»[509]. Mongolia fue más allá, y dudó que fuera deseable que el peligro extremo fuera una circunstancia que excluyera absolutamente a la ilicitud[510]. Por otra parte, el Reino Unido criticó que el artículo 32 se limitara a las personas confiadas al cuidado del Estado interesado y pidió que en el proyecto de artículo se reconociera expresamente el derecho a adoptar medidas humanitarias en casos de emergencia[511]. El Japón también prestó apoyo a una redacción más amplia, que incluyera no sólo las amenazas a la vida, sino también a otros intereses individuales de las personas, incluidos los intereses económicos[512].

ii) *Práctica internacional desde 1980 en relación con la alegación de peligro extremo*

270. La validez de la alegación de peligro extremo ha seguido siendo aceptada en la práctica desde la aprobación en primera lectura del artículo 32. En el contexto convencional del peligro extremo en el mar, la excepción de peligro extremo, que figura en el párrafo 3 del artículo 14 de la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, se repite en prácticamente los mismos términos en el párrafo 2 del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[513]. A los

---

498 En el estudio preparado por la Secretaría (véase la nota 480 *supra*) se señaló que los Estados pueden renunciar, por acuerdo, al derecho de alegar la fuerza mayor (pág. 79, párr. 31). La manera más común de hacerlo sería mediante un acuerdo o la obligación de asumir por adelantado el riesgo de un acontecimiento de fuerza mayor.

499 Véase el párrafo 257 *supra*.

500 En el estudio preparado por la Secretaría (véase la nota 480 *supra*) se examina el debate entre los especialistas de derecho civil sobre si es posible distinguir entre fuerza mayor y caso fortuito y cómo hacerlo (págs. 75 y 76, párrs. 17 a 19), pero se observa (párr. 19) que en la práctica y la doctrina del derecho internacional el término «fuerza mayor» se utiliza normalmente *lato sensu*, o sea, incluye a la fuerza mayor (*stricto sensu*) y también el «caso fortuito».

501 Para el texto del artículo 31 propuesto, véase el párrafo 358 *infra*.

502 *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 160, párr. 1 del comentario al artículo 32.

503 Ibíd., párr. 2.

504 Ibíd., párr. 3.

505 Ibíd., pág. 161, párr. 5, en que se examinan algunos incidentes. Véase el estudio preparado por la Secretaría (nota 480 *supra*), págs. 109, 110 y 133, párrs. 141, 142 y 252. Siempre se ha reconocido un derecho análogo para los buques privados, aunque este caso está fuera del alcance del capítulo V, ya que la conducta de personas privadas, en su condición de tales, no es atribuible al Estado (págs. 160 a 162, párrs. 328 a 331); véase la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, párr. 3 del artículo 14, citada en *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 161, párr. 7 del comentario al artículo 32.

506 Ibíd., pág. 162, párr. 9.

507 Ibíd., párr. 10.

508 Ibíd., párr. 11.

509 *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/480 y Add. 1 a 3.

510 Ibíd.

511 Ibíd.

512 Documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen).

513 Véanse también los artículos 39, párr. 1, apdo. *c*, 98 y 109 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

fines del presente debate, es más importante la cuestión del caso *Rainbow Warrior*, ya que allí se alegó peligro extremo como circunstancia de exclusión de la ilicitud fuera del contexto de buques o aeronaves.

271. Ya se ha hecho referencia a los hechos del caso[514]. Francia trató de justificar su conducta de remover a los dos oficiales de la Isla de Hao con fundamento en «circunstancias de peligro en un caso de extrema urgencia que entrañaban consideraciones humanitarias que afectaban a los órganos del Estado»[515]. El Tribunal aceptó por unanimidad que esa alegación era admisible en principio y por mayoría que era aplicable a los hechos en uno de los dos casos. En cuanto al principio, el Tribunal exigió a Francia que demostrara tres aspectos:

1. La existencia de circunstancias muy excepcionales de extrema urgencia que entrañen consideraciones médicas o de otro tipo de naturaleza elemental, siempre que posteriormente se obtenga de la otra parte interesada un reconocimiento rápido de la existencia de esas circunstancias excepcionales, o que se las pueda demostrar claramente;

2. El restablecimiento de la situación original de cumplimento con la asignación en Hao no bien desaparezcan las razones de emergencia invocadas para justificar la repatriación;

3. La existencia de un esfuerzo de buena fe de tratar de obtener el consentimiento de Nueva Zelandia en los términos del acuerdo de 1986[516].

De hecho, el peligro para uno de los oficiales (mayor Mafart), aunque quizás no ponía en peligro su vida, era real y quizás haya sido inminente, lo que no fue negado por el médico de Nueva Zelandia que lo examinó posteriormente. En cambio, en el caso de la segunda oficial (capitán Prieur) las justificaciones brindadas (la necesidad de un examen médico por razones de maternidad y el deseo de ver a un padre moribundo) no justificaron las medidas de emergencia. Las vidas de la agente y el bebé no estuvieron amenazadas en ningún momento y en las proximidades se contaba con instalaciones médicas excelentes. El Tribunal sostuvo que:

Está claro que esas circunstancias no justifican en absoluto la responsabilidad de Francia de haber retirado a la capitán Prieur y de no haber cumplido sus obligaciones al no haber hecho regresar a los oficiales a Hao (en el caso del mayor Mafart, una vez desaparecidas las razones de su retiro). Hubo aquí un claro incumplimiento de sus obligaciones[517].

272. Habida cuenta de la respuesta generalmente favorable al artículo 32 y a la aceptación del principio sentado por el Tribunal en el caso *Rainbow Warrior*, parecería que habría que mantenerlo. No obstante, se han planteado ciertas cuestiones en relación con su redacción, que es necesario examinar.

iii) *Redacción del artículo 32*

273. La primera cuestión es si el artículo 32 debería limitarse a los casos en que estuviera en juego la vida humana o si sería suficiente un riesgo grave a la salud. En el caso *Rainbow Warrior*, el Tribunal aparentemente adoptó la perspectiva más amplia, aunque el riesgo a la salud del mayor Mafart *podría* haber amenazado su vida. El problema aquí es en dónde colocar el límite inferior. En situaciones de peligro extremo en que participan aeronaves normalmente no habrá problemas en establecer que se trata de una amenaza a la vida, pero otros casos presentan un espectro inmenso de problemas y desgracias humanas. Habida cuenta del contexto del capítulo V y de la probabilidad de que habría otras soluciones en casos en que aparentemente no estuviera amenazada la vida, no parece necesario ampliar el alcance del peligro extremo de esa manera. Pero ello plantea otra cuestión. Es claro que la amenaza a la vida debe ser aparente y debe tener un cierto fundamento en los hechos, ¿pero es suficiente que el agente que actuó en caso de peligro extremo haya creído razonablemente que el peligro existía? ¿O el agente actuó por su cuenta y riesgo, de modo que, si en un examen posterior y detallado se demuestra que ello no fue cierto en el caso (aunque así haya aparecido en ese momento), el peligro extremo no podrá alegarse como excusa del incumplimiento? En casos de peligro extremo genuino quizás no haya ni tiempo ni personal en condiciones de realizar un adecuado examen médico o de otro tipo antes de actuar. En esos casos, el agente debería tener derecho a actuar sobre la base de una creencia razonable de que se encuentra en una situación de peligro extremo. Por esos motivos, el artículo 32 debería enmarcarse en términos de una creencia razonable de que se trata de una situación que pone en peligro la vida.

274. Una segunda cuestión es si es deseable ampliar el artículo 32 a todos los casos que entrañan amenazas a la vida, independientemente de la existencia de una relación especial entre el órgano o agente del Estado y las personas en peligro[518]. En opinión del Relator Especial, el artículo 32 refleja un caso acotado, pero reconocido históricamente, de peligro extremo en que participan, en particular, buques y aeronaves. No se lo debería ampliar mucho más allá de ese contexto específico y, ciertamente, no se debería hacerlo a los casos generales de intervención en la esfera humanitaria. Ello constituye más una cuestión de necesidad que de peligro extremo, y se volverá a ella en el contexto del artículo 33[519].

275. Por último, debe observase que el artículo 32 sólo precluye la ilicitud de la conducta en la medida en que es necesaria para evitar una situación que ponga en peligro la vida. En consecuencia, no exceptúa al Estado o a su agente de cumplir otras obligaciones (nacionales o internacionales), por ejemplo, la obligación de notificar la llegada a las autoridades pertinentes o de dar la información pertinente sobre el viaje, los pasajeros o la carga[520].

---

514 Véase el párrafo 258 *supra*.

515 Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), págs. 254 y 255, párr. 78.

516 Ibíd., pág. 255, párr. 79.

517 Ibíd., pág. 263, párr. 99. Sir Kenneth Keith votó en disidencia en el fallo del Tribunal en relación con el mayor Mafart: si bien convino en que era necesario realizar exámenes médicos fuera de la isla de Hao, dijo que no se trataba de una situación de «peligro extremo», teniendo en cuenta la demora de las autoridades francesas en transferir al mayor Mafart a París (págs. 277 a 279).

518 Según la propuesta del Reino Unido (véase el párrafo 269 *supra*).

519 Véanse los párrafos 288 y 289 *infra*.

520 Véase *Lawrence V. Cashin and Gerald Lewis* v. *His Majesty the King, Canada Law Reports* (1935), pág. 103 (se dijo allí que aun cuando el buque entrase al puerto en situación de peligro extremo no estaba exceptuado de la exigencia de presentar un informe sobre el viaje). En otros casos de ese período se hace un poco de luz sobre esa defensa: véase *Kate A. Hoff* v. *the United Mexican States* (Comisión de Reclamaciones Estados Unidos-México), *American Journal of International Law*, vol. 23, 1929, pág. 860 (el buque *Rebecca* entró al puerto en situación de peligro extremo; la mercadería fue secuestrada por infracción

Ello se desprende de la redacción del artículo 32, pero se debería destacar más en el comentario.

iv) *Conclusiones en relación con el artículo 32*

276. Por esas razones, el artículo 32 debería mantenerse, esencialmente, con la misma amplitud que el presente, pero con enmiendas a fin de reflejar las sugerencias formuladas precedentemente. Además (y por paridad de razonamiento con las disposiciones equivalentes del artículo 31), el peligro extremo sólo debería excluirse si la situación de peligro resultara, ya sea sola o en combinación con otros factores, de un hecho ilícito del Estado que la invoca[521]. Por último, debería suprimirse la expresión «extremo», ya que no añade nada al contenido del artículo[522]. No debería quedar librado a un Estado argumentar que, aunque se tratase de un peligro inevitable en que estaba en juego una vida, la situación no era suficientemente «extrema»[523].

e) *Artículo 33. Estado de necesidad*

277. El artículo 33 dispone lo siguiente:

1. Ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho de ese Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional del Estado a menos que:

a) ese hecho haya sido el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; y

b) ese hecho no haya afectado gravemente un interés esencial del Estado para con el que existía la obligación.

2. En todo caso, ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud:

a) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad dimana de una norma imperativa de derecho internacional general; o

b) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad ha sido establecida por un tratado que, explícita o implícitamente, excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad con respecto a esa obligación; o

c) si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

278. En el comentario al artículo 33 se distingue el estado de necesidad del consentimiento, las contramedidas y la legítima defensa, que dependen de la conducta del Estado contra el que se hacen valer; en ese sentido, es similar a la fuerza mayor y al peligro extremo[524]. Pero difiere de estas dos últimas circunstancias en que un Estado que se encuentra en una situación de fuerza mayor, o incluso un agente del Estado en una situación de peligro extremo, de hecho no puede elegir sino actuar de una cierta manera, mientras que «cuando se invoca el estado de necesidad se tiene perfectamente conciencia de haber optado deliberadamente por un proceder que no está en conformidad con una obligación internacional»[525].

279. En el siglo XIX, la justificación del estado de necesidad a menudo se basaba en los llamados «derechos inherentes» de los Estados, como la preservación, que tenían prioridad sobre los derechos «subjetivos». En consecuencia, la declinación de la doctrina de los «derechos inherentes» ha tendido a desacreditar la idea de que la necesidad pueda excluir la ilicitud de la conducta[526]. Pero la invocación del estado de necesidad ha recibido el apoyo de «numerosos casos» de la práctica de los Estados y se puede justificar haciendo referencia a las fuentes normales del derecho internacional, sin tener que recurrir a una teoría en particular del Estado[527]. En el comentario se citan muchos casos en que la alegación del estado de necesidad fue aceptada en principio, o por lo menos no fue rechazada, y en que la cuestión de la aplicabilidad fue tratada como cuestión de hecho y aplicación[528].

280. En el comentario se admite que la opinión de la doctrina en relación con el estado de necesidad está muy dividida[529], lo que sugiere que otro motivo de esta división es que en la antigüedad se tendía a abusar de la doctrina del estado de necesidad y se incluían casos de agresión, anexión u ocupación militar, incluido el famoso caso de la justificación brindada por Alemania para la invasión de

aduanera; se consideró que la entrada al puerto constituyó una necesidad razonable en las circunstancias del caso y no una simple cuestión de conveniencia; en consecuencia, se declaró ilícito el secuestro); *The Ship «May»* v. *His Majesty the King*, *Canada Law Reports* (1931), pág. 374; *The Ship «Queen City»* v. *His Majesty the King*, ibíd., pág. 387; *Rex* v. *Flahaut*, *Dominion Law Reports* (1935), vol. 2, pág. 685 (se aplicó la prueba del «peligro extremo real e irresistible»).

[521] Véase el párrafo 263 *supra*.

[522] Como efectivamente se concede en *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 163, párr. 12 del comentario al artículo 32, nota 695 («en realidad casi superfluo»).

[523] Para el texto propuesto, véase el párrafo 358 *infra*.

[524] *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 33, párrs. 2 y 3 del comentario al artículo 33.

[525] Ibíd., párr. 3.

[526] Ibíd., pág. 34, párr. 4.

[527] Ibíd., párrs. 5 y 6.

[528] Entre ellos se puede mencionar: el caso de 1912, *Indemnité russe* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (nota 439 *supra*), pág. 443); el laudo arbitral *Affaire des forêts du Rhodope central (fond)*, sentencia de 29 de marzo de 1933, ibíd., vol. III (n.º de venta 1949.V.2), pág. 1405; la decisión de la CPJI en el caso *Société Commerciale de Belgique*, fallo, *1939 C.P.J.I. série A/B n.º 78* (por implicación); *Biens des minorités bulgares en Grèce*, informe de la Comisión de encuesta sobre los incidentes fronterizos entre Bulgaria y Grecia, Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, año 7, n.º 2 (febrero de 1926), anexo 815, pág. 209; el caso *Chasse aux phoques au large de la côte russe* (1893), texto en La Fontaine, *Pasicrisie internationale, 1794-1900 : Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux*, pág. 426, y véase también la correspondencia entre los Gobiernos de Rusia y Gran Bretaña en Moore, *op. cit.*, vol. I, pág. 826; caso *Company General of the Orinoco*, 31 de julio de 1905, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (n.º de venta 60.V.4), pág. 280 y, más recientemente, el incidente del Torrey Canyon, según se examina en *The «Torrey Canyon»*, Cmnd. 3246, Londres, HM Stationery Office, 1967. En este último caso es significativo que no hubo protestas a la medida adoptada por el Gobierno británico de bombardear el buque a fin de prender fuego al petróleo que amenazaba contaminar la costa y, por cierto, el incidente hizo que se celebrara un convenio internacional para regular la cuestión en el futuro: el Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos; véase también la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (art. 221). Otras opiniones individuales que permiten alegar el estado de necesidad en ciertas circunstancias son las siguientes: la opinión del asesor jurídico de 22 de noviembre de 1832, en Lord McNair (ed.), *International Law Opinions*, pág. 231 y la opinión individual del magistrado Anzilotti en el fallo *Oscar Chinn*, *1934 C.P.J.I. série A/B, n.º 63*, págs. 112 a 114.

[529] Para un examen instructivo de la doctrina más antigua, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 45 a 47, párr. 29 del comentario al artículo 33. Entre las contribuciones más recientes se puede mencionar: Barboza, «Necessity (revisited) in international law»; Salmon, «Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?», y Raby, «The state of necessity and the use of force to protect nationals».

Bélgica y Luxemburgo en 1914[530]. Cualquiera que haya sido la posición hace algunos años, «un atentado por la fuerza a la existencia misma de otro Estado o contra la integridad de su territorio o contra el ejercicio independiente de su soberanía» es una contravención a una norma de *jus cogens* y no se puede justificar plausiblemente mediante la doctrina del estado de necesidad[531]. Pero no toda conducta que infrinja la soberanía territorial de un Estado debe ser necesariamente considerada un acto de agresión u otro tipo de violación a una norma imperativa. En el comentario se hace referencia a medidas limitadas (por ejemplo, la intervención humanitaria de protección contra las actividades hostiles de bandas armadas con base en un territorio extranjero) que «se reducen a la eliminación del peligro advertido»[532]. El caso *Caroline*, al que frecuentemente se hace referencia como caso de legítima defensa, realmente entrañó un caso de estado de necesidad. El ataque británico se inició contra particulares, de cuya conducta no eran responsables los Estados Unidos. Tanto el Secretario de Estado Webster como el Presidente Tyler en sus respuestas respectivas al Gobierno de Gran Bretaña, habían admitido que esa conducta podría ser permisible en caso de «necesidad clara y absoluta»[533], o «en caso de la necesidad más urgente y extrema»[534]. En el intercambio de correspondencia de 1842, que puso fin a la controversia, los dos Gobiernos reconocieron que el «gran principio» de la inviolabilidad del territorio del Estado podría suspenderse en ciertos casos en que se presentase «un estado de necesidad abrumador», pero que ello sólo se aplicaría «durante el plazo más breve posible, mientras continuase un estado de necesidad admitido, y que se limitara estrictamente los límites más estrechos impuestos por esa necesidad»[535].

281. El comentario se abstiene de pronunciarse sobre la cuestión de si la invocación del estado de necesidad para justificar una violación de la integridad territorial se podría justificar en el derecho internacional moderno: con ello la cuestión se reduce a preguntarse si la Carta de las Naciones Unidas (por ejemplo, el Artículo 51) ha excluido expresa o tácitamente la invocación del estado de necesidad como justificación o excusa. Pero no es la función de la Comisión interpretar de manera autorizada las disposiciones de la Carta en relación con uso de la fuerza[536]. No obstante, en el comentario se observa que en los casos modernos de intervención por razones humanitarias, rara vez se ha invocado el estado de necesidad[537]. En prácticamente todos esos casos, «[l]a noción de estado de necesidad no se ha mencionado, ni tomado en consideración, incluso en los casos en que se ha impugnado la existencia de un consentimiento o de un estado de legítima defensa, y a pesar de que algunos de los datos de hecho alegados podían guardar más relación con el estado de necesidad que con la legítima defensa»[538].

282. Por último, en el comentario se examina la defensa del estado de necesidad militar en virtud de las leyes de la guerra. En esa doctrina «aparece ante todo el criterio que inspira todo un conjunto de reglas de fondo del derecho de la guerra y la neutralidad», y no en el contexto limitado del estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud[539]. En cuanto a la cuestión de si esta necesidad militar constituye una excusa para el incumplimiento del derecho internacional humanitario, la respuesta es claramente que no puede serlo, «aun tratándose de obligaciones de derecho humanitario que no constituyeran *jus cogens* [...] admitir la posibilidad de no respetar las obligaciones que imponen limitaciones en cuanto a los métodos de desarrollo de las hostilidades cada vez que el beligerante se encontrara en la necesidad de recurrir a ese medio para asegurar el éxito de una operación militar equivaldría a admitir un principio que está en absoluta contradicción con» las convenciones pertinentes: en consecuencia, el estado de necesidad queda excluido por los propios términos de la obligación[540]. Aunque no se llega a ninguna conclusión concreta, por implicación, en el comentario se niega la existencia separada de una doctrina de «estado de necesidad militar».

283. La Comisión (con una disidencia) concluyó que las preocupaciones relativas al abuso del estado de necesidad se podían encarar mejor mediante una disposición expresa que con el silencio y que la idea del estado de necesidad «está arraigada demasiado profundamente en la teoría general del derecho para que el silencio» constituya una solución adecuada[541]. En cuanto a la formulación del principio, el interés pertinente tiene que ser esencial, pero no debe estar necesariamente relacionado únicamente con la «existencia» del Estado. De hecho, la defensa de «existencia» del Estado (diferente de la preservación de la vida humana o del medio ambiente) raramente ha sido considerada una causa de justificación, ya que el propósito de la legítima defensa en el derecho positivo es salvaguardar esa existencia. Pero no se puede ofrecer una definición *a priori* de lo que constituye un interés esencial. «El carácter más o menos 'esencial' de un interés determinado está en función, naturalmente, del conjunto de las condiciones en que se encuentra un Estado en las diversas situaciones concretas; es preciso, pues, apreciarlo en relación con cada caso particular en que entre en consideración tal interés, y no determinarlo anticipadamente en abstracto»[542]. Además, el peligro para ese interés debe ser «extremadamente grave» e «inminente», y que esa violación de la obligación internacional sea el único método de evitar el

[530] *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 41 y 42, párr. 22 del comentario al artículo 33.

[531] Ibíd.

[532] Ibíd., párr. 23.

[533] *British and Foreign State Papers, 1840-1841*, Londres, Ridgeway, 1857, vol. 29, pág. 1133 (Secretario de Estado Webster), citado en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 42 y 43, párr. 24 del comentario al artículo 33.

[534] Ibíd., vol. 30, pág. 194 (Presidente Tyler), citado en *Anuario... 1980* (nota 533 *supra*).

[535] Ibíd., págs. 195 a 196 (Lord Ashburton) y pág. 201 (Secretario de Estado Webster).

[536] *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 42 y 43, párr. 24 del comentario al artículo 33.

[537] Ibíd., págs. 43 y 44, párr. 25. A 1980 el único ejemplo era la operación belga de rescate en el Congo en 1960. El Consejo de Seguridad no adoptó ninguna posición sobre la alegación (*Actas Oficiales del Consejo de Seguridad, decimoquinto año*, 873.ª sesión, párrs. 34 a 39; 877.ª sesión, párrs. 101, 149 y 150, y 879.ª sesión, pág. 15).

[538] *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 44, párr. 26 del comentario al artículo 33.

[539] Ibíd., párr. 27.

[540] Ibíd., págs. 44 y 45, párr. 28.

[541] Ibíd., pág. 47, párr. 31.

[542] Ibíd., págs. 47 y 48, párr. 32.

peligro[543]. No se puede invocar el estado de necesidad de los casos en que esté en juego un interés igual del otro Estado[544], en los casos de incumplimiento de una norma imperativa[545], ni en los casos en que la invocación del estado de necesidad ha sido excluida expresa o implícitamente por un tratado[546].

i) *Observaciones de los gobiernos en relación con el artículo 33*

284. A pesar de la controversia que ha provocado en la doctrina, muy pocos gobiernos han formulado observaciones en relación con el artículo 33. Dinamarca (en nombre de los países nórdicos)[547] y Francia[548] aceptaron el principio del artículo 33. Sólo el Reino Unido no lo hizo, citando el riesgo de abuso[549], pero sí aceptó que se podrían plantear emergencias ambientales que podrían dar lugar a una amenaza al territorio de un Estado, en circunstancias similares a la fuerza mayor o al peligro extremo y, según se observa más arriba, presentó argumentos en favor de una norma más amplia de peligro extremo, que permitiera adoptar medidas de carácter humanitario aun en relación con personas que no estuvieran al cuidado de un agente del Estado interesado[550]. En un comentario anterior, Mongolia observó que era difícil equilibrar los intereses individuales de un Estado con las obligaciones internacionales y destacó que «[s]i el artículo 33 se mantiene en el proyecto, deberá formularse de manera que el estado de necesidad se someta a unas condiciones y a unas limitaciones rigurosas que eliminen la posibilidad de un uso indebido»[551].

ii) *Experiencia en la aplicación de la doctrina del estado de necesidad desde la adopción del proyecto de artículo 33*

285. En el arbitraje del caso *Rainbow Warrior*, el Tribunal expresó dudas sobre la existencia de la justificación por estado de necesidad, aunque no hubo necesidad de explayarse al respecto porque Francia no se fundamentó en esa causa de justificación (a diferencia del peligro extremo y la fuerza mayor). El Tribunal hizo referencia al proyecto de artículo y dijo:

> El artículo 33, que presuntamente autoriza al Estado a adoptar medidas ilícitas mediante la invocación del estado de necesidad, se refiere a situaciones de peligro grave e inminente para el Estado en su condición de tal y a sus intereses vitales.
>
> La distinción entre los dos fundamentos justifica la aceptación general del artículo 32 y, al mismo tiempo, el carácter controversial de la propuesta del Estado de necesidad en el artículo 33[552].

286. Por el contrario, en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ examinó cuidadosamente un argumento fundado en el artículo 33, aceptando expresamente el principio mientras que, al mismo tiempo, rechazó su invocación en las circunstancias del caso. En cuanto al principio mismo, observó que ambas partes habían considerado que el artículo 33 constituía un argumento adecuado[553], y continuó:

> La Corte considera, en primer lugar, que el estado de necesidad es un fundamento reconocido por el derecho internacional consuetudinario para excluir la ilicitud de un acto que no se adecue a una obligación internacional. Observa además que dicho fundamento de exclusión de la ilicitud sólo se puede aceptar en casos excepcionales. La Comisión de Derecho Internacional tuvo la misma opinión cuando explicó que había optado por dar una redacción negativa al artículo 33 de su proyecto [...].
>
> En consecuencia, según la Comisión, el estado de necesidad sólo se puede invocar en ciertas condiciones estrictamente definidas que deben satisfacerse acumulativamente; y que el Estado interesado no es el único juez de si se han cumplido esas condiciones.
>
> En el presente caso, son pertinentes las siguientes condiciones básicas, según se establece en el proyecto de artículo 33: debe haber sido ocasionado por un «interés esencial» del Estado autor del acto en conflicto con una de sus obligaciones internacionales; ese interés debe haber sido amenazado por un «peligro grave e inminente»; el acto impugnado debe haber sido el «único medio» de salvaguardar ese interés; el acto no debe haber «afectado gravemente un interés esencial» del Estado hacia el cual existe la obligación; y el Estado autor de ese acto no debe haber «contribuido a que se produzca el estado de necesidad». Esas condiciones son un reflejo del derecho internacional consuetudinario[554].

En cuanto a la aplicación del principio, la Corte convino con lo expresado por Hungría en el sentido de que el medio ambiente y el agua potable constituyen un «interés esencial» a los fines del artículo 33, y al respecto citó algunos pasajes del comentario[555]. Pero negó que la simple existencia de incertidumbre sobre los efectos ambientales del proyecto podían «por sí solos, establecer la existencia objetiva de un 'peligro', en el sentido de un elemento componente de un estado de necesidad». El «peligro» tiene que establecerse objetivamente y no sólo ser simplemente considerado posible[556]. Además de ser «grave» el peligro debe ser «inminente», en el sentido de «próximo». Pero añadió:

> En opinión de la Corte, ello no excluye que un «peligro» que se pueda producir a largo plazo pueda ser considerado «inminente» no bien se establezca, en un momento determinado, que la realización de ese peligro, no obstante cuán lejana, no sea por ello menos cierta e inevitable[557].

Pero es importante destacar que la CIJ no estuvo convencida de que, cualesquiera fueran las incertidumbres y los riesgos, la suspensión unilateral y el posterior abandono del proyecto por Hungría fue el único curso de acción

---

543 Ibíd., párr. 33.

544 Ibíd., párr. 35.

545 Ibíd., párr. 37.

546 Ibíd., pág. 49, párr. 38.

547 *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3, pero se reserva el derecho de hacer observaciones en detalle.

548 Ibíd.

549 Ibíd.

550 Véase el párrafo 269 *supra* y, para el debate, el párrafo 274 *supra*.

551 *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), págs. 84 y 85, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4, párr. 7.

552 Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 36 *supra*), pág. 254. En el caso *LAFICO/République de Burundi* (véase la nota 496 *supra*), el Tribunal se abstuvo de formular observaciones sobre la conveniencia de codificar la doctrina del estado de necesidad y observó que las medidas adoptadas por Burundi aparentemente no habían constituido el único medio de salvaguardar un interés esencial frente a un peligro grave e inminente.

553 *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 39, párr. 50. Cabe observar que en ese caso, relativo a un tratado bilateral, no se planteó ninguna cuestión relativa a las obligaciones *erga omnes*. Véase el párrafo 292 *infra*.

554 Ibíd., págs. 40 y 41, párrs. 51 y 52. Ninguno de los magistrados que votaron en disidencia estuvo en desacuerdo con lo establecido por la Corte en relación con el artículo 33.

555 Ibíd., pág. 41, párr. 53.

556 Ibíd., pág. 42, párr. 54.

557 Ibíd.

viable en las circunstancias del caso, teniendo particularmente en cuenta el trabajo que ya se había realizado y los fondos que se había invertido en el proyecto. La Corte observó que muchas de las preocupaciones se relacionaban con el funcionamiento del programa en los momentos de máxima carga de trabajo y que todavía no se había convenido si esa modalidad de trabajo se habría de adoptar o en qué medida se lo habría de hacer[558]. Teniendo en cuenta la conducta previa de las partes, el estado de los trabajos, las incertidumbres científicas y la existencia de otras posibilidades para resolver los problemas, la Corte concluyó que Hungría no había demostrado la existencia de un peligro grave e inminente suficiente para justificar su conducta[559]. Además, como Hungría había «ayudado, por acción u omisión, a provocar» la situación de presunta necesidad, no podía ahora fundamentarse en esa situación como circunstancia de exclusión de la ilicitud[560]. En consecuencia, no fue necesario examinar si los intereses de Checoslovaquia en la continuación del proyecto hubieran constituido un factor de contrapeso suficiente, de conformidad con lo establecido en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 33[561].

287. Aparentemente, el estado de necesidad también se presentó en el caso *Compétence en matière de pêcheries (Espagne* c. *Canada)*, en circunstancias algo similares al del caso *Chasse aux phoques au large de la côte russe*, planteado un siglo antes[562]. La NAFO había adoptado medidas reglamentarias encaminadas a conservar las especies de peces transzonales pero, en opinión del Canadá, habían sido ineficaces por varios motivos. Por conducto de la Ley de protección de las pesquerías costeras, de 1994, el Canadá declaró que todas las especies de peces transzonales de los Grandes Bancos de Terranova estaban «amenazadas de extinción» y afirmó que el propósito de la Ley y de sus reglamentos era «permitir al Canadá adoptar medidas urgentes y necesarias para impedir que prosiguiera la destrucción de esas especies de peces y permitir su reconstitución». De conformidad con la Ley, posteriormente oficiales del Canadá abordaron y secuestraron en alta mar un buque de pesca de España, el *Estai*, lo que provocó un conflicto con la Unión Europea y con España. El Gobierno de España negó que el secuestro se podía justificar por la preocupación causada por la conservación de las especies «ya que viola las disposiciones establecidas en la Convención de la NAFO, en la que el Canadá es parte»[563]. El Canadá no estuvo de acuerdo con esa afirmación y dijo que «el secuestro del *Estai* fue necesario para poner fin a la sobrepesca del hipogloso negro por pescadores españoles»[564]. En su protesta de 10 de marzo de 1995, entre otras cosas, la Unión Europea dijo que:

> El secuestro de un buque en aguas internacionales por un Estado distinto del Estado del pabellón del buque y del que tiene jurisdicción sobre éste constituye un acto ilegal, tanto en virtud de la Convención de la NAFO como del derecho internacional consuetudinario, y no se puede justificar *de ninguna manera*[*, 565].

Pero en la memoria presentada posteriormente por España se encararon con cierto detenimiento las cuestiones relativas a la justificación. Sin hacer expresa referencia al proyecto de artículo 33, aparentemente en general se tomó la posición de que las medidas adoptadas por el Canadá no se podían justificar porque estaban en conflicto con un convenio internacional del que tanto España como el Canadá eran partes y que regulaba directamente la conservación de las pesquerías del hipogloso[566]. En otros términos, la excepción de estado de necesidad no se rechazó *a priori*. La Corte se declaró incompetente en el caso, por lo que no se llegaron a plantear los argumentos de fondo de la demanda, ni tampoco se resolvió sobre el fondo de la cuestión.

iii) *El artículo 33 y la intervención humanitaria*

288. Una de las cuestiones que se examinó con cierto detenimiento en el comentario es la relación entre el estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud y la doctrina de la intervención humanitaria como fundamento para el uso de la fuerza en el territorio de otro Estado. Se plantean aquí dos problemas. En primer lugar, por supuesto, se debe mencionar la controversia permanente sobre si las medidas de intervención humanitaria forzosa, no sancionadas en virtud de los Capítulos VII o VIII de la Carta de las Naciones Unidas, son lícitas en virtud del derecho internacional moderno y, en caso afirmativo, en qué medida lo serían. No se trata de una cuestión sobre la que la Comisión pueda adoptar una posición al formular las normas secundarias de responsabilidad, ni se trata de hacerlo en el comentario. Pero se plantea un segundo problema, porque el artículo 33 excluye expresamente del alcance del estado de necesidad a las violaciones de las normas imperativas de derecho internacional, entre las que ciertamente se encuentran las normas relativas al uso de la fuerza a que se hace referencia en el párrafo 4 del Artículo 2 y en el Artículo 51 de la Carta. En consecuencia, se podría afirmar que el artículo 33, si bien

---

[558] Ibíd., págs. 42 y 43, párr. 55.

[559] Ibíd., págs. 42 y 45, párrs. 55 y 56.

[560] Ibíd., pág. 46, párr. 57.

[561] Ibíd., párr. 58.

[562] Véase el fallo de la CIJ, de 4 de diciembre de 1998, en que se declaró incompetente en el caso *Compétence en matière de pêcheries (Espagne* c. *Canada), compétence de la Cour*, fallo, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 432). Para el caso *Chasse aux phoques au large de la côte russe*, véase el párrafo 518 *supra*.

[563] Según se cita en el fallo de 4 de diciembre de 1998 (nota 562 *supra*), párrafo 20.

[564] Ibíd. Véase además la Contramemoria del Canadá (29 de febrero de 1996), *C.I.J. Mémoires, Compétence en matière de pêcheries (Espagne* c. *Canada)*, párrs. 17 a 45.

[565] *Compétence en matière de pêcheries, C.I.J. Recueil 1998* (nota 562 *supra*), pág. 444, párr. 20.

[566] Véase la Memoria del Reino de España (septiembre de 1995), *C.I.J. Mémoires* (nota 562 *supra*), pág. 38, párr. 15. Por conducto de una minuta convenida entre la Unión Europea y el Canadá, el Canadá convino en que revocaría los reglamentos correspondientes a la Ley de 1994 en relación con buques españoles y portugueses en la zona de la NAFO y liberaría al *Estai*. Las partes mantuvieron expresamente sus posiciones respectivas «sobre la conformidad en relación con la enmienda de 25 de mayo de 1994, la Ley de protección de las pesquerías costeras del Canadá y los reglamentos posteriores, con el derecho internacional consuetudinario y la Convención de la NAFO» e hicieron reserva de «su capacidad de mantener y defender sus derechos de conformidad con el derecho internacional». Véase la minuta convenida entre el Canadá y la Comunidad Europea en relación con la conservación y la ordenación de las especies de peces, Bruselas, 20 de abril de 1995 (ILM, vol. 34 (1995), págs. 1263 y 1264). Véase también el Acuerdo relativo a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios (A/CONF.164/37) de 8 de septiembre de 1995 (todavía no está en vigor), que va más allá del derecho preexistente porque prohíbe a «terceros Estados» no participantes pescar en zonas de alta mar sujetas a un régimen de conservación (art. 8, párr. 4, y 17, párr. 2) y porque permite que los Estados Partes apliquen ciertas medidas contra otros Estados Partes (art. 21).

aparentemente no adopta una posición en relación con la excepción de intervención humanitaria, de hecho lo hace, ya que una excepción de esa naturaleza no puede ir de lado con la exclusión de las obligaciones en virtud de normas imperativas. En el comentario aparentemente se sugiere que se podría evitar ese problema haciendo una diferencia entre la condición imperativa de algunos aspectos de las normas relativas al uso de la fuerza (por ejemplo, la prohibición de la agresión) y el carácter no imperativo de otros aspectos (por ejemplo, un mandamiento contra el uso de la fuerza, aun cuando se llevara a cabo con fines humanitarios limitados)[567]. En consecuencia, de ello se desprende que el estado de necesidad podría excusar la ilicitud de actividades genuinamente humanitarias, aun si entrañan el uso de la fuerza, ya que ese tipo de actividad en modo alguno viola una norma imperativa.

289. Ese razonamiento plantea cuestiones complejas sobre la naturaleza «diferenciada» de las normas imperativas, que va mucho más allá del alcance del proyecto de artículos. A los fines actuales, parece suficiente decir que la práctica moderna de los Estados y la *opinio juris* autorizan en ciertas circunstancias limitadas la adopción de medidas humanitarias, o no lo hacen. En caso afirmativo, aparentemente ese tipo de actividades serían lícitas en esas circunstancias y no se puede considerar que violan la norma imperativa reflejada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta[568]. En caso negativo, no hay motivo para tratarlas de manera diferente a cualquier otro aspecto de las normas relativas al uso de la fuerza. En cualquier caso, aparentemente la cuestión de la intervención humanitaria en el extranjero no está regulada, de manera principal o en absoluto, por el artículo 33. Por esos motivos, se ha sugerido que debería mantenerse la excepción del artículo 33 en relación con las obligaciones de naturaleza imperativa.

iv) *La cuestión de la incertidumbre científica*

290. Uno de los principales interrogantes del artículo 33 es el de la incertidumbre científica y el de la cuestión conexa del principio de precaución[569]. En la actualidad, el artículo 33 exige que la conducta en cuestión sea «el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente». No obstante, por ejemplo en cuestiones relativas a la conservación y el medio ambiente o a la seguridad de estructuras importantes, siempre habrá amplias esferas de incertidumbre científica y distintos expertos podrán tener distintas opiniones sobre si existe un peligro o cuán grave o inminente es y si los medios propuestos son los únicos disponibles en las circunstancias del caso. Esta cuestión ya se examinó en el contexto del peligro extremo: se concluyó que, en el contexto de salvar una vida, el agente interesado debería tener derecho a actuar con fundamento en una creencia razonable sobre si existe una situación de peligro extremo[570]. Se trata a la vez de saber si se debería permitir una amplitud similar en relación con el estado de necesidad.

291. La excepción de peligro extremo incluye los casos de medidas adoptadas para salvar vidas humanas, mientras que la de estado de necesidad abarca una gama más amplia de contingencias. Lo primero que cabe observar en relación con esta última es que la preocupación en cuestión es la salvaguardia contra un peligro, contra un riesgo extremadamente grave. Por definición, el peligro todavía no ha ocurrido y no se puede exigir al Estado que lo invoca que demuestre *con certeza* que podría haber ocurrido lo contrario. Es difícil y quizás imposible demostrar el hecho opuesto. En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[571], la CIJ observó en primer lugar que el Estado que la invocaba no podía ser el único que juzgara la necesidad y, en segundo término, que no era suficiente la existencia de incertidumbre científica, por sí misma, para establecer la existencia de un peligro inminente. Ello resulta obviamente correcto pero, por otra parte, tampoco la incertidumbre científica debería descalificar a un Estado para invocar el estado de necesidad, si el peligro se estableciera con fundamento en las pruebas de que razonablemente se dispusiera en ese momento (fundadas, por ejemplo en un procedimiento adecuado de evaluación de los riesgos), y se satisficieran las demás condiciones establecidas para el estado de necesidad. Ello se adecua al principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en que se establece que «cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente»[572]. Ese principio recibió apoyo general y se refleja, por ejemplo, en el artículo 5.7 del Acuerdo de la OMC de 1994 sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias[573]. En el artículo 5.7 se establece que los Estados miembros de la OMC pueden adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias (y restringir las importaciones) cuando las pruebas científicas pertinentes sean insuficientes. En el caso *CE-Hormones*, el Órgano de Apelación de la OMC reconoció que un Estado miembro de la OMC puede fundamentarse en un procedimiento de evaluación de los riesgos realizado en virtud de los artículos 5.1 y 5.2 del Acuerdo de 1994, a pesar de que esa evaluación indicaba la existencia de un «estado de incertidumbre científica»[574]. El problema es si la redacción

---

[567] *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 40 a 44, párrs. 21 a 26 del comentario al artículo 33.

[568] Un razonamiento similar se aplicaría a la controversia de si siempre es permisible la defensa legítima «anticipada». Si se trata de circunstancias concretas, aparentemente el artículo 33 sería innecesario. En caso contrario, no habría entonces razón por la cual el artículo 33 no se podría alegar para excluir la responsabilidad en razón de una medida preventiva.

[569] Para los aspectos generales del principio de precaución, véase Sands, *Principles of International Environmental Law I: Frameworks, Standards and Implementation*, págs. 212 y 213; y Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pelley, *op. cit.*, pág. 1255. El principio sigue siendo aplicado frecuentemente por los tribunales nacionales: véase, por ejemplo *Vellore Citizens Welfare Forum* v. *Union of India and Others*, *All India Reporter* (India, Corte Suprema, 28 de agosto de 1996).

[570] Véase el párrafo 283 *supra*.

[571] Véase el párrafo 286 *supra*.

[572] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.I.8 y corrección), vol. I: *Resoluciones adoptadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo I.

[573] Véase *Instrumentos jurídicos que contienen los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, Marrakech, 15 de abril de 1994* (publicaciones de la secretaría del GATT, n.º de venta: GATT/1994-7), pág. 72.

[574] OMC, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, Informe del Órgano de Apelación, 16 de enero de 1998 (WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/4), párr. 194.

del artículo 33 debe enmendarse expresamente a fin de incorporar el elemento de precaución[575]. Los argumentos a favor y en contra están bastante equilibrados pero, habida cuenta de la necesidad de mantener la defensa de estado de necesidad dentro de límites estrechos y de la posibilidad de reflejar ese elemento en los comentarios, no se han hecho cambios.

v) *Redacción del artículo 33*

292. En cuanto a la redacción del artículo 33, se deben mencionar otras tres cuestiones, en orden creciente de dificultad:

a) En el título del artículo 33 se puede mantener la expresión «estado de necesidad», pero a fin de evitar la confusión con el otro sentido de la expresión «Estado» en el texto, parece suficiente hacer referencia únicamente a «necesidad»;

b) En el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 33 se contempla que se podría excluir al estado de necesidad, expresa o tácitamente, en razón de una obligación dimanada de un tratado, y ello es claramente correcto en principio[576]. Pero no hay ningún motivo por el cual este efecto de limitación sólo se puede producir en virtud de un tratado. El proyecto de artículo parte de la base de que, en general, las obligaciones dimanadas de tratados y de otras fuentes del derecho internacional tienen consecuencias similares en la esfera de la responsabilidad[577]. Por ejemplo, si una norma de un tratado que protege a un valor o interés particular excluye la excepción de necesidad, ¿por qué una norma consuetudinaria creada paralelamente a ese tratado por la práctica difundida y convergente y que tenga esencialmente el mismo contexto no podría tener el mismo efecto? El apartado *b* del párrafo 2 debería enmendarse en tal sentido;

c) El apartado *b* del párrafo 1 del artículo 33 establece que, para invocar el estado de necesidad, la conducta del Estado que lo alega no debe afectar «gravemente un interés esencial del Estado para con el que existía la obligación». Esa redacción no se adapta bien al incumplimiento de una obligación *erga omnes*. Por ejemplo, no resulta claro qué intereses individuales tenían Etiopía y Liberia en los casos *Sud-Ouest africain*, distintos del interés público en el cumplimiento de la norma pertinente[578]. Pero Sudáfrica no pudo haber invocado el estado de necesidad contra esos Estados con fundamento en que no se afectaba gravemente ninguno de sus intereses esenciales. A esos fines, el interés pertinente era el del pueblo mismo del África sudoccidental. Por supuesto, muchas obligaciones *erga omnes* entrañan normas imperativas, que están excluidas por completo del alcance del artículo 33. Además, en el caso de una obligación *erga omnes* (por ejemplo, en la esfera de los derechos humanos o de la paz y la seguridad internacionales), la obligación misma quizás excluya expresa o tácitamente la invocación del estado de necesidad. No obstante se pueden prever circunstancias de un solo caso imprevisto en que los intereses en juego en el cumplimiento de la obligación *erga omnes* no deban prevalecer sobre una invocación del estado de necesidad. En esos casos, el equilibrio que se debe establecer en el apartado *b* del párrafo 1 no es un equilibrio entre los intereses del Estado demandado y los intereses individuales del Estado o los Estados que alegan un incumplimiento. Lo que importa es la cuantía de la lesión a los intereses protegidos por la obligación y, en consecuencia, el apartado *b* del párrafo 1 debería volver a redactarse en tal sentido.

vi) *Conclusiones en relación con el artículo 33*

293. En general, parece que las preocupaciones relativas al posible abuso del estado de necesidad no dimanan de la experiencia. Hay aquí un paralelo con el principio *rebus sic stantibus* del derecho de los tratados. Este principio fue considerado durante mucho tiempo con gran reserva, pero se lo incluyó, con una redacción cuidadosamente limitada, en la Convención de Viena de 1969[579], y no ha tenido el efecto desestabilizador que habían previsto algunos especialistas[580]. También se debe hacer hincapié en que (a diferencia del principio *rebus sic stantibus*) la invocación del estado de necesidad sólo funciona como preclusión temporal de la ilicitud. En general, parece que las consideraciones establecidas en el artículo 33 permiten establecer un equilibrio razonable entre los intereses del Estado pertinente y los de la comunidad internacional en su conjunto. En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ pudo aplicar el principio sin demasiados problemas y, según se ha visto, también estableció una clara y útil distinción entre su función adecuada de factor de preclusión y la continuidad y estabilidad de la relación del tratado subyacente[581]. Por esos motivos, el Relator Especial considera que debe mantenerse el artículo 33, esencialmente en su redacción actual, pero con las enmiendas a que se ha hecho referencia más arriba[582].

f) *Artículo 34. Legítima defensa*

294. El artículo 34 establece lo siguiente:

> La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

---

[575] Una versión alternativa del artículo 33, que refleje expresamente el principio de precaución, podría tener la redacción siguiente:

> «*a*) el hecho ha sido el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente, cuya producción no podía razonablemente excluirse con fundamento en la mejor información disponible.»

[576] En consecuencia, las disposiciones de los tratados de derechos humanos que excluyen la derogación de algunos derechos fundamentales, aun en épocas de emergencia pública, implícitamente excluyen la invocación del artículo 33. Pero véase Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, págs. 220 a 226, en que se hace hincapié en las similitudes entre las cláusulas derogatorias y la excepción de estado de necesidad.

[577] Véase el párrafo 26 *supra*, para un examen de ese principio en el contexto del anterior artículo 17.

[578] Precisamente debido a la falta de ese interés individual, una mayoría estrecha de la Corte consideró inadmisible la demanda (*C.I.J. Recueil 1966* (véase la nota 83 *supra*), pág. 6).

[579] El artículo 62 se redactó de manera negativa («Un cambio fundamental en las circunstancias [...] no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que [...]»). El artículo 33 es el único caso que se presenta en el capítulo V en que la redacción se ha formulado de una manera negativa similar.

[580] Se hace referencia a ese paralelo en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 50, párr. 40 del comentario al artículo 33.

[581] Véase el párrafo 226 *supra*.

[582] Acerca de la redacción propuesta, véase el párrafo 358 *infra*.

295. En el comentario relativo al artículo 34 se destaca que dicho artículo sólo se refiere al principio de legítima defensa en tanto y en cuanto es una circunstancia que excluye la ilicitud de que trata el Capítulo V de la Carta de las Naciones Unidas, y que en consecuencia no se ocupa de definir el alcance de la legítima defensa ni entra en la polémica surgida acerca de ella en relación con la interpretación de la norma de la Carta que se refiere a este concepto. Por consiguiente, el artículo 34 se presenta como «consecuencia inevitable» del derecho intrínseco a la legítima defensa según lo indicado en el Artículo 51 de la Carta[583]. El comentario señala que la legítima defensa suele llevar aparejado el empleo de la fuerza, lo que puede oponerse a contramedidas legítimas que pueden no autorizarlo[584], pero se niega a dejarse arrastrar a cuestiones tales como la de «la identidad total de contenido entre la norma enunciada en el Artículo 51 de la Carta y la norma de derecho internacional consuetudinario relativa a la legítima defensa». Es suficiente «permanecer fiel al contenido y al alcance de las normas pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas»[585]. No obstante, el artículo tal como está redactado no se refiere específicamente al Artículo 51, cuestión que originó algunos desacuerdos en la Comisión cuando se aprobó el artículo 34[586].

296. Después, el comentario destaca que el efecto exclusivo del artículo 34 no autoriza al Estado que actúa en legítima defensa a violar los derechos de terceros Estados[587]. A este respecto la legítima defensa está sujeta a la misma limitación que las contramedidas.

i) *Comentarios de los gobiernos relativos al artículo 34*

297. Francia consideró que la referencia a la legítima defensa «en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas» era demasiado restrictiva, por lo cual sería preferible referirse a los límites más amplios establecidos por el derecho internacional[588]. Aparte de esta observación, la inclusión del artículo 34 en el capítulo V no planteó ninguna duda.

ii) *¿Hasta dónde se extiende el efecto de exclusión del artículo 34?*

298. No obstante, existe una dificultad fundamental en lo que respecta al artículo 34, a la que se hizo referencia en una observación anterior de Mongolia. En desacuerdo con la formulación del artículo 34, Mongolia señaló: «Los hechos de un Estado que constituyan medidas lícitas de legítima defensa no pueden estar en pugna con ninguna obligación internacional de ningún Estado. […] De ello se infiere que 'hechos ilícitos' no pueden constituir el contenido de la legítima defensa»[589]. Esto es totalmente cierto en lo que se refiere a la obligación fundamental establecida en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de no emplear la fuerza en las relaciones internacionales. En lo que se refiere a esta obligación, la exclusión de medidas adoptadas en legítima defensa forma parte de la definición de la propia obligación. Un Estado que ejerza su derecho intrínseco de legítima defensa a que se hace referencia en el Artículo 51 de la Carta no infringe, ni siquiera en teoría, el párrafo 4 del Artículo 2, y si el único efecto de la legítima defensa como circunstancia que impide la ilicitud es establecerlo así, debería suprimirse por las mismas razones ya aducidas con respecto al consentimiento[590].

299. No obstante, ejerciendo su legítima defensa un Estado puede violar otras obligaciones respecto del agresor. Por ejemplo, puede entrar en su territorio, interferirse en sus asuntos internos, o desorganizar su comercio contrariamente a lo dispuesto en un tratado comercial. El derecho internacional tradicional se ocupaba ampliamente de estos problemas estableciendo un régimen jurídico aparte en caso de guerra, definiendo el alcance de los derechos de los beligerantes y suspendiendo la mayoría de tratados en vigor entre los beligerantes al estallar las hostilidades[591]. En cambio, desde que está en vigor la Carta de las Naciones Unidas las declaraciones de guerra son excepcionales y las acciones militares proclamadas como legítima defensa por una o por ambas partes sólo se producen entre Estados que oficialmente están «en paz entre sí»[592]. De hecho, desde que está en vigor la Carta se ha puesto en duda la legalidad del estado de guerra formal. La Convención de Viena de 1969 deja de lado estas cuestiones cuando establece en el artículo 73 que la Convención no prejuzgará «ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia [...] de la ruptura de hostilidades entre Estados».

300. Está claro, por tanto, que en algunos casos la legítima defensa puede excluir la ilicitud de una conducta que de no ser así violaría un tratado u otras obligaciones del Estado de que se trate. De todos modos, cuando un Estado actúa en legítima defensa es posible que ni siquiera se plantee la posibilidad de que haya adoptado medidas contrarias a la obligación básica establecida en virtud del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta. No obstante, el problema reside en que la legítima defensa no impide la ilicitud de la conducta respecto del Estado agresor en todos los casos o con respecto a todas las obligaciones. No se trata, desde luego, de que la medida concreta fuese o no necesaria o proporcionada, ya que ello forma parte de la definición de legítima defensa. Se trata de que algunas obligaciones no pueden violarse, ni siquiera en legítima defensa. Los casos más evidentes se refieren al derecho internacional humanitario y a las obligaciones en materia de derechos humanos. Los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y su Protocolo adicional I, de 8 de junio de 1977, se aplican por igual a

583 *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 50, párr. 1 del comentario al artículo 34.

584 Ibíd., pág. 52, párr. 6.

585 Ibíd., págs. 57 y 58, párr. 20.

586 Ibíd., pág. 59, párr. 26.

587 Ibíd., párr. 28.

588 Véase la nota 7 *supra*.

589 *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), págs. 84 y 85, documento A/CN.4/342 y Add.1 a 4, párr. 8, párr. 8.

590 Véanse los párrafos 238 a 241 *supra*. Véase *Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, C.I.J. Recueil 1996* (véase la nota 211 *supra*), págs. 244 y 263, párrs. 38 y 96, respectivamente, donde se destaca la licitud del empleo de la fuerza en legítima defensa.

591 Véase asimismo, McNair y Watts, *The Legal Effects of War*.

592 En el caso *Plates-formes pétrolières, C.I.J. Recueil 1996* (véase la nota 69 *supra*), pág. 803, no se negó que el Tratado de amistad, relaciones económicas y derechos consulares, de 15 de agosto de 1955, que constituye la base para la reclamación del Irán, siguiera estando en vigor en todos los momentos pertinentes, a pesar de las numerosas acciones de fuerzas navales estadounidenses contra el Irán, justificadas como legítima defensa, durante el período de que se trata. En este caso, ambas partes convinieron en que esas operaciones serían lícitas por cuanto estaban justificadas por la legítima defensa.

agresores y agredidos, y lo mismo es válido para el derecho internacional humanitario consuetudinario[593]. Todos los tratados de derechos humanos contienen disposiciones derogatorias aplicables en momentos de emergencia pública, incluidas las medidas adoptadas en legítima defensa[594]. Está perfectamente claro que la legítima defensa no impide la ilicitud de conducta por violación de obligaciones en esas esferas.

301. En consecuencia, el problema consiste en distinguir entre las obligaciones que prevalecen incluso sobre la pretensión posiblemente justificada de legítima defensa y las que no prevalecen. Es curioso que ni el comentario ni los debates sobre el artículo 34 arrojaran mucha luz respecto de esta cuestión[595]. En cambio, la CIJ sí lo hizo en su opinión consultiva en el caso *Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. Entre otras cosas, se examinó si el empleo de armas nucleares puede constituir una violación de las obligaciones respecto del medio ambiente debido a los daños masivos y a largo plazo causados por esas armas. Según la Corte,

> la cuestión no reside en si los tratados relativos a la protección del medio ambiente son o no aplicables durante un conflicto armado, *sino si se tuvo la intención de que las obligaciones derivadas de esos tratados impusieran una contención total en caso de conflicto militar*[*].
>
> La Corte considera que esos tratados no pueden haber tenido la intención de privar a un Estado del ejercicio de su derecho de legítima defensa con arreglo al derecho internacional como consecuencia de sus obligaciones de proteger al medio ambiente. No obstante, los Estados tienen que tener en cuenta las consideraciones ambientales al evaluar lo que es necesario y proporcionado para la consecución de objetivos militares legítimos. El respeto del medio ambiente es uno de los elementos que intervienen para evaluar si una acción es conforme con los principios de necesidad y proporcionalidad[596].

Aunque la Corte no enfocó la cuestión utilizando los términos «circunstancias que excluyen la ilicitud» o refiriéndose al artículo 34, lo que aquí se examina es precisamente esto mismo. ¿En qué circunstancias un Estado que actúe en legítima defensa se encuentra «totalmente limitado» por una obligación internacional? La respuesta es que depende de si la obligación se expresó o se preveía aplicar como una limitación definitiva, incluso para los Estados beligerantes en un conflicto armado. Así ocurre claramente en el caso del derecho internacional humanitario, y lo mismo cabe decir respecto del derecho de los derechos humanos, a reserva de la posibilidad de derogación en momentos de emergencia, lo que es parte esencial de dicha legislación. Otro ejemplo sería el compromiso unilateral de un Estado que posea armas nucleares de no ser el primero en utilizar dichas armas, cualesquiera sean las circunstancias. En cambio, en lo que respecta a otras obligaciones generales (por ejemplo, las relacionadas con el comercio y el medio ambiente), la respuesta puede ser diferente, pero depende de la formulación y el propósito de la norma primaria de que se trate. Un tratado que se refiera precisamente a la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado[597] se entenderá, a reserva de lo en él establecido, que impone una «obligación de contención total» y que la pretensión de legítima defensa no impedirá la existencia de ilicitud. Por consiguiente, el artículo 34 tiene que estar redactado de manera que distinga entre ambas categorías. La CIJ sugiere que el artículo 34 establezca como excepción las obligaciones expresadas como obligaciones de contención total, o supuestas como tales, incluso para los Estados participantes en un conflicto armado o que actúen en legítima defensa. Además, para mayor claridad y para confirmar un principio fundamental del derecho de los conflictos armados resulta útil dar como ejemplo de esas obligaciones las existentes en la esfera del derecho internacional humanitario.

iii) *Posición de terceros Estados*

302. El comentario relativo al artículo 34 pone de relieve que el efecto principal de dicho artículo es excluir la ilicitud de la conducta de un Estado que actúa en legítima defensa respecto del Estado atacante[598], lo que es perfectamente correcto como proposición general. En la opinión consultiva en el caso *Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la CIJ observó:

> Como en el caso de los principios de derecho humanitario, aplicable en los conflictos armados, el derecho internacional no deja ninguna duda respecto de que el principio de neutralidad, cualquiera que sea su contenido, que tiene carácter fundamental similar al de los principios y normas humanitarios, es aplicable (a reserva de las disposiciones pertinentes de las Naciones Unidas) a todos los conflictos armados internacionales, sea cual fuere el tipo de armas que pueda utilizarse[599].

Esta formulación, bastante intrincada, puede haberse adoptado para indicar que el derecho que rige la neutralidad, aunque distingue claramente entre conducta contra un beligerante y contra un neutral, no implica que los Estados neutrales dejen de estar afectados por la existencia de una situación bélica. Un Estado que ejerza el derecho intrínseco de legítima defensa tiene determinados derechos de beligerancia, incluso frente a los neutrales. Todavía es motivo de controversia hasta qué punto se ha mantenido sin modificaciones desde que existe la Carta el derecho tradicional de la neutralidad pero afortunadamente la Comisión no tiene que entrar en esas controversias en el presente contexto. La redacción dada al artículo 34 deja abiertas todas las cuestiones relativas a los efectos de las medidas adoptadas en legítima de defensa respecto de

---

593 Como dijo la CIJ respecto de las normas de derecho internacional humanitario en el caso *Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, C.I.J. Recueil 1996* (véase la nota 211 *supra*), pág. 257, párr. 79, esas normas constituyen principios inquebrantables de derecho internacional humanitario. Respecto de las relaciones entre derecho de los derechos humanos y derecho humanitario en caso de conflicto armado, véase pág. 240, párr. 25.

594 Véase Oraá, *op. cit.*, en especial los capítulos 4 y 9.

595 Lo más curioso es que esta cuestión se analiza perspicazmente en el comentario y se llega a una conclusión adecuada en relación con el artículo 33: véase el párrafo 282 *supra*. No obstante, el Sr. Riphagen se refirió indirectamente a esta cuestión durante el debate sobre el artículo 34, cuando declaró en particular que «las normas de *jus cogens* relativas a la protección de los derechos humanos en los conflictos armados siguen siendo a todas luces válidas, incluso en las relaciones con un Estado agresor» (*Anuario...1980*, vol. I, 1620.ª sesión, pág. 188, párr. 5). Posteriormente añadió que «cualquier hecho, incluso el genocidio o una violación grave de derechos humanos, que no son medidas legítimas, puede calificarse de legítima defensa. Por consiguiente, la inclusión de la palabra 'licita' [en el texto del artículo 34] es indispensable» (ibíd., pág. 273, 1635.ª sesión, párr. 59).

596 *C.I.J. Recueil 1996* (véase la nota 211 *supra*), pág. 242, párr. 30.

597 Por ejemplo, la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles.

598 *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 59, párr. 28 del comentario al artículo 34.

599 *C.I.J. Recueil 1996* (véase la nota 211 *supra*), pág. 261, párr. 89.

terceros Estados, y no parece necesaria ninguna modificación.

iv) *La formulación del artículo 34*

303. Por último, Francia y, en una observación anterior, Mongolia cuestionaron la simple referencia en el artículo 34 a la legítima defensa de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas[600]. Sin embargo, estas sugerencias se contraponen entre sí. Francia quería una referencia a lo que considera el derecho más amplio de legítima defensa en virtud del derecho internacional general, y por su parte, Mongolia quería una referencia expresa al Artículo 51. En opinión del Relator Especial no es necesario ni conveniente resolver cuestiones fundamentales acerca del alcance de la legítima defensa y del derecho internacional moderno, incluso aunque esto fuera posible hacerlo en el proyecto de artículos, lo que habida cuenta del Artículo 103 de la Carta no lo es. No corresponde al proyecto de artículos especificar el contenido de las normas primarias, incluida la norma a que se hace referencia en el Artículo 51. El artículo 34 emplea las palabras «una medida lícita de legítima defensa tomada en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas», lo que constituye una referencia suficiente al derecho internacional moderno de legítima defensa, tanto consuetudinario como convencional. No se propone ninguna modificación del artículo 34 a este respecto.

v) *Conclusiones sobre el artículo 34*

304. Por todas estas razones se recomienda mantener el artículo 34, pero añadiendo un nuevo párrafo con el fin de distinguir en términos generales entre las obligaciones que prevalecen incluso frente a un Estado que ejerza el derecho de legítima defensa y las que no prevalecen[601].

g) *Artículo 35. Reserva relativa a la indemnización de los daños*

305. El artículo 35 dispone lo siguiente:

> La exclusión de la ilicitud de un hecho de un Estado en virtud de las disposiciones de los artículos 29, 31, 32 o 33 no prejuzgará ninguna cuestión que pueda surgir con relación a la indemnización de los daños causados por ese hecho.

El artículo 35 es la única disposición del capítulo V que se ocupa de las consecuencias (sustantivas o de procedimiento) derivadas de invocar circunstancias que excluyen la ilicitud. Se propone tratarlas en ese contexto y después examinar si es preciso prever circunstancias adicionales[602].

4. JUSTIFICACIONES O EXCUSAS POSIBLES NO INCLUIDAS EN EL CAPÍTULO V

306. Aunque la Comisión consideró que las seis circunstancias enumeradas originalmente en el capítulo V eran las más generalmente aplicables, evidentemente no consideró que esta lista tuviera un carácter absolutamente exhaustivo y señaló la posibilidad de que se desarrollasen otras excusas generales o específicas de la conducta ilícita. A su juicio, el capítulo V no debía interpretarse en el sentido de que cerraba la puerta a esa eventualidad[603]. Esto plantea diversas cuestiones a la Comisión en segunda lectura. Ante todo, ¿existen otras circunstancias que excluyan la ilicitud de carácter general que deban reconocerse en el capítulo V? En segundo lugar, ¿existe alguna disposición necesaria para tratar la eventualidad de que en el futuro puedan surgir nuevas excusas para el incumplimiento? La segunda pregunta se trata en el contexto del capítulo I de la segunda parte, ya que se refiere al efecto del proyecto de artículos considerado en conjunto. La primera pregunta se trata a continuación.

307. Diferentes sistemas jurídicos reconocen de hecho distintos niveles de justificación o excusa del incumplimiento de obligaciones, y el examen efectuado anteriormente de la evolución del capítulo V indica que en varias ocasiones se ha examinado la posibilidad de incluir diversas otras posibilidades[604]. Es necesario mencionar tres de ellas.

a) *Cumplimiento en oposición con una norma imperativa* (jus cogens)

308. Los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 se refieren a los casos en que las propias disposiciones de un tratado están en oposición con una norma imperativa, vigente o nueva, en cuyo caso se produce la nulidad o terminación del tratado. Además, estos casos se consideran tan seriamente que la disposición de que se trata es indivisible, es decir, todo el tratado queda nulo, incluso aunque sólo se impugne una de sus disposiciones[605]. Un tratado de apariencia legal y de finalidad inocente podría dejar de cumplirse en circunstancias en que su cumplimiento originaría la violación de una norma imperativa, o contribuiría de manera sustancial a dicha violación. Cabe citar como ejemplo cuando el derecho de paso por un estrecho o de sobrevuelo del espacio aéreo de un Estado, reconocido en un tratado, se ejerza para cometer un acto de agresión contra otro Estado, o cuando armas que se haya prometido suministrar en virtud de un acuerdo vayan a utilizarse para cometer genocidio o crímenes contra la humanidad. En tales casos no hay motivo para que el propio tratado deba quedar nulo o extinguirse. No es inherentemente ilícito y no interviene ninguna nueva norma imperativa. Se trata, simplemente, de que debido a circunstancias extrínsecas el cumplimiento del tratado violaría, o conduciría directamente a violar, una norma imperativa. En tales casos, la cuestión reside en si el incumplimiento de la estipulación de un tratado que entre en oposición con una norma de *jus cogens* —a condición de que se determine adecuadamente la existencia de esa oposición— debería considerarse motivo [es decir,

[600] Véase el párrafo 297 *supra* y, en lo que respecta a la observación de Mongolia, *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 85, documento A/CN.4/432 y Add.1 a 4, párr. 8.

[601] Véase la formulación propuesta del artículo en el párrafo 358 *infra*. Para su localización, véase el párrafo 357 *infra*.

[602] Véanse los párrafos 338 a 349 *infra*.

[603] *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 59, párr. 29 del comentario al artículo 34.

[604] Véase el párrafo 217 *supra*.

[605] Convención de Viena de 1969, art. 44, párr. 5. En el artículo 64 se afirma que si surge una nueva norma imperativa «todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará». Por consiguiente, todo el tratado se extingue si alguna de sus disposiciones se opone a una norma imperativa.

justificación] para infringir dicho tratado[606]. A nivel de principios, la repuesta tiene que ser ciertamente afirmativa. Si una norma imperativa invalida un tratado incompatible, ¿cómo puede la obligación de cumplir el tratado prevalecer sobre la violación de esa norma? Es indudable que la relación entre cumplimiento de la obligación que impone el tratado y violación de la norma imperativa tendrá que ser clara y directa, pero en tales casos la suspensión temporal de la obligación de cumplimiento se deriva con toda seguridad del carácter imperativo de la norma que de no ser así se violaría.

309. Por otra parte, se plantea la cuestión de cómo lograr este resultado. En muchos casos será suficiente la interpretación de que la norma pertinente del tratado no requiere la conducta de que se trata, del mismo modo que el conflicto directo entre tratados y normas imperativas suele evitarse mediante la interpretación[607]. No obstante, la norma pertinente puede ser clara y también serlo su oposición con la norma imperativa en las circunstancias del caso.

310. Sir Gerald Fitzmaurice trató esta cuestión en la rúbrica titulada «Incumplimiento justificado *ab intra* en virtud de una condición que el derecho internacional considera implícita en el tratado», específicamente sobre la base de una condición implícita de «compatibilidad continua con el derecho internacional»[608], señalando lo siguiente:

> Toda obligación convencional cuya observancia sea incompatible con una nueva regla o prohibición que tenga en derecho internacional carácter de *jus cogens*, justificará (y requerirá) el incumplimiento de cualquier obligación convencional que suponga tal incompatibilidad [...].
>
> Es de aplicación el mismo principio cuando, con posterioridad a la conclusión del tratado, surgen circunstancias que hacen intervenir una regla vigente de derecho internacional que no era pertinente en la situación que existía al tiempo de la conclusión del tratado[609].

No se aplica una norma similar a «una regla de *jus dispositivum*»[610] ya que las partes pueden decidir libremente no aceptarla, incluso anticipadamente.

311. Cabe destacar la evidencia de que en el pasaje citado Sir Gerald Fitzmaurice no contemplaba la invalidez del tratado ni su terminación, ya que se centra en la cuestión de la falta de observancia, en una situación que podría calificarse de oposición ocasional o incompatibilidad. No hay duda de que un tratado teóricamente incompatible con una norma imperativa no puede mantenerse, pero pocos tratados tienen este carácter. Son muchos más probables los casos de «oposición ocasional», y no resulta claro por qué deberían suponer una nulidad total[611]. Además, debe señalarse nuevamente que, en virtud de la Convención de Viena de 1969, es necesario que un Estado adopte medidas para invocar algún motivo de nulidad o terminación, lo que incluye las medidas que se adopten en cumplimiento de los artículos 53 y 64. Un Estado puede ser reacio a que un tratado quede nulo o se extinga en su totalidad, pero puede verse legítimamente preocupado por un caso específico de cumplimiento del tratado que esté en oposición con las exigencias de una norma imperativa[612]. De todos modos, en caso de conflicto de esta clase no ha lugar para elegir u optar entre las dos normas en oposición.

312. Como indican varias observaciones sobre el proyecto de artículos, muchos gobiernos continúan mostrando preocupación por la noción de *jus cogens*[613]. Al parecer, su preocupación no se debe tanto a una falta de apoyo a los valores sustantivos incorporados en las relativamente escasas normas indiscutibles de *jus cogens* (prohibición del genocidio, la esclavitud, los crímenes contra la humanidad y la tortura, prohibición de la agresión, y pocos más) como a la preocupación de que se trata de una noción radicalmente indeterminada que desestabilizará las relaciones amparadas por tratados. Sin embargo, transcurridos casi 20 años desde que entró en vigor la Convención de Viena de 1969, no ha habido ningún caso en que se invocara el *jus cogens* para declarar la nulidad de un tratado. Durante el mismo período los tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de normas imperativas en diversos contextos, sin limitarse a la validez de los tratados[614]. La CIJ, aunque hasta ahora ha evitado utilizar la expresión propiamente dicha, también ha hecho suya la noción de «normas inquebrantables»[615].

313. A juicio del Relator Especial, no puede haber marcha atrás en el claro refrendo de la noción de normas imperativas que figura en la Convención de Viena de 1969 y en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales. Con arreglo al artículo 53 común a ambos instrumentos, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. De esta definición se deduce que las obligaciones generadas por una norma imperativa tienen que prevalecer sobre otras obligaciones en caso de conflicto. En consecuencia el Relator Especial conviene con Fitzmaurice y Rosenne en que, una vez reconocido claramente el carácter imperativo de una norma de *jus cogens* esa norma tiene que prevalecer sobre cualquier

---

606 Rosenne, *op. cit.*, pág. 65. El autor añade que «es difícil prever esta hipótesis en términos concretos».

607 Este examen se centra en la posible oposición de una norma imperativa con el cumplimiento de un tratado. Cuando se trata de una norma de derecho internacional consuetudinario la posibilidad de conflicto es mucho menor, pero no queda excluida.

608 *Anuario... 1959*, vol. II, documento A/CN.4/120, pág. 50.

609 Ibíd., pág. 51.

610 Ibíd.

611 Algo más que una «incompatibilidad ocasional» entre una resolución del Consejo de Seguridad y el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil invalidó este último (véanse los párrafos 9 y 24 *supra*).

612 Véanse las observaciones del magistrado *ad hoc* Lauterpacht en *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, medidas provisionales, providencia de 13 de septiembre de 1993, *C.I.J. Recueil 1993*, págs. 439 a 441; véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996*, pág. 65. En su providencia la Corte no se ocupó de estos asuntos.

613 Véase el párrafo 236 *supra*.

614 Véanse, por ejemplo, las decisiones del Tribunal para la ex Yugoslavia en *Le Procureur* c. *Anto Furundzija*, fallo de 10 de diciembre de 1998, párr. 150, no comunicadas, y de la Cámara de los Lores británica, en *Regina* v. *Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte* (n.° 3), 24 de marzo de 1999, *The Weekly Law Reports 1999*, vol. 2, en especial en las páginas 832 a 949 (Lord Browne-Wilkinson).

615 *C.I.J. Recueil 1996* (véase la nota 211 *supra*), pág. 257, párr. 79.

otra obligación internacional que no tenga el mismo carácter. De hecho, en tales casos el Estado de que se trate no tendrá elección entre cumplimiento o incumplimiento: si existe incompatibilidad en las circunstancias, la norma imperativa tiene que prevalecer. Por otra parte, la nulidad de un tratado cuyos términos no se opongan a ninguna norma imperativa pero cuya observancia en un caso determinado puede que sí se oponga, parece a la vez innecesaria y desproporcionada. En tales casos la obligación impuesta por el tratado es, hablando con propiedad, ineficaz[616] y prevalece la norma imperativa. Sin embargo, si en el futuro el tratado puede tener aplicaciones que no sean incompatibles con la norma imperativa, ¿por qué declararlo nulo debido a un conflicto ocasional? Ciertamente, un conflicto ocasional con una norma no imperativa de derecho internacional o consuetudinario (que puede tener el mismo contenido que un tratado) no quitará validez a la norma consuetudinaria en el futuro.

314. Un conflicto de esta clase, ¿tiene que resolverse a nivel de las normas secundarias o acaso —como el consentimiento[617]— es mejor considerarlo parte de la formulación de la obligación primaria? La situación no es la misma que con respecto al consentimiento ya que, como se afirmó anteriormente, el requisito del consentimiento es intrínseco a la norma u obligación *particular*, y en cambio el efecto de las normas imperativas es extrínseco a la norma u obligación y surge como aspecto del sistema de derecho internacional. No obstante, por lo menos en algunos aspectos, el impacto o efecto de las normas imperativas se registra antes e independientemente de las normas secundarias de responsabilidad, por ejemplo, en el caso del artículo 53 de la propia Convención de Viena de 1969. Si el tratado queda nulo, no surge ninguna obligación a la que pueda aplicarse el capítulo V. Ahora bien, ¿ocurre siempre así? La pregunta puede plantearse como sigue: cuando el proyecto de artículo habla de las obligaciones de los Estados de conformidad con las normas primarias aplicables, ¿concibe no obstante esas obligaciones de forma general, o se trata de obligaciones aplicables a los Estados concretos de que se trata en las circunstancias específicas de cada caso particular? Dicho en pocas palabras, las obligaciones a que se hace referencia en el apartado *a* del artículo 3 y en el artículo 16, ¿tienen carácter general o son muy específicas? Si se aplica rigurosamente esta última concepción, la primera parte del proyecto de artículos podría desmoronarse totalmente remitiéndolo todo a los auspicios de las normas primarias. Sin embargo, esto no parece un resultado útil ni compatible con el desarrollo de un enfoque sistemático de la responsabilidad del Estado. Por consiguiente, parece sensato seguir pensando que las obligaciones de que se trata en el proyecto de artículos son, o por lo menos incluyen, obligaciones de carácter general. Por la misma razón, parece adecuado reflejar el impacto absoluto de las normas imperativas *in casu* —en situaciones de conflicto ocasional— como circunstancia que impide la ilicitud en virtud del capítulo V de la primera parte[618].

315. En consecuencia, el capítulo V debería contener una disposición en virtud de la cual la ilicitud de un hecho de un Estado que no sea conforme con una obligación internacional quedaría excluida cuando ese hecho sea necesario habida cuenta de una norma imperativa de derecho internacional de carácter general. Cabe destacar que para este propósito puede ser suficiente como mínimo la oposición directa entre ambas obligaciones, es decir, la imposibilidad de cumplir al mismo tiempo con ambas, dadas las circunstancias existentes[619].

b) *La* «exceptio inadimplenti non est adimplendum»

316. La máxima *exceptio inadimplenti non est adimplendum* (conocida a menudo como la *exceptio inadimpleti contractus*) expresa la idea de que una condición para el cumplimiento por una parte de una obligación sinalagmática es el cumplimiento continuo de dicha obligación por la otra parte. Está relacionada con el principio más amplio de que ninguna parte tiene que poder beneficiarse de su propia ilicitud. La CPJI, en el caso *Usine de Chorzów*, afirmó que:

> Un principio generalmente aceptado por la jurisprudencia arbitral internacional, así como por las jurisdicciones nacionales, es que una parte no puede reprochar a la otra el hecho de que no haya cumplido una obligación o no se haya servido de un recurso si la primera, por un acto contrario a derecho, impidió a la segunda cumplir la obligación de que se trate o recurrir ante el tribunal al que tenía derecho a dirigirse[620].

Por consiguiente, la *exceptio* funciona igual que las demás circunstancias que excluyen la ilicitud, por lo que debe ser objeto de examen a continuación.

i) *Aplicación de la* exceptio *en la jurisprudencia internacional*

317. La aplicación de la *exceptio* fue una de las cuestiones examinadas en el asunto *Prises d'eau à la Meuse*[621]. En ese asunto, los Países Bajos denunciaron, entre otras cosas, que Bélgica tomaba agua para riego y otros fines de una esclusa determinada del sector belga, lo que afirmaba era ilícito en virtud del tratado bilateral de 1863. Bélgica afirmó que su uso de la esclusa no era ilícito, habida cuenta del uso similar que hacían los Países Bajos de una esclusa de su sector. Subsidiariamente, afirmó que «al efectuar determinadas obras contrarias a lo establecido en el tratado, la parte demandante había perdido el derecho de invocarlo contra la parte demandada». La CPJI sostuvo la principal pretensión de Bélgica, entre otras cosas, comparando el uso de las dos esclusas y afirmando que:

> Ninguna de esas esclusas constituye un canal de desagüe, ya que ambas desaguan en el canal y de este modo contribuyen a su alimentación de modo distinto que mediante el canal de desagüe previsto en el tratado. [...] En tales circunstancias, la Corte considera difícil admitir que los Países Bajos puedan criticar justificadamente en la actualidad la construcción y el funcionamiento de una esclusa de la que ellos mismos habían dado el ejemplo en el pasado[622].

En su opinión particular, el magistrado Altamira negó que las obligaciones de ambas partes fueran sinalagmáticas.

---

616 Véanse los párrafos 227 y 228 *supra*.

617 Véase el párrafo 243 *supra*.

618 El enfoque «nominalista» de las obligaciones, que aquí se rechaza, podría tener ulteriores consecuencias para el capítulo V. Reforzaría un concepto muy limitado del capítulo (que abarcaría únicamente las circunstancias que impiden la responsabilidad, pero no la ilicitud). Tendería a excluir el artículo 34 relativo a la legítima defensa.

619 Véase en el párrafo 358 *infra* el texto del artículo propuesto.

620 *Usine de Chorzów* (competencia), *1927 C.P.J.I. série A n.º 9*, fallo n.º 8, pág. 31.

621 *Prises d'eau à la Meuse, 1937, C.P.J.I. série C n.º 81*, pág. 209.

622 Ibíd., fallo, *1937, C.P.J.I. série A/B n.º 70*, pág. 25.

En consecuencia, Bélgica no podía invocar la conducta de los Países Bajos como circunstancia excluyente de la ilicitud[623]. Los magistrados Anzilotti (que disintió) y Hudson estuvieron en desacuerdo. El magistrado Anzilotti, refiriéndose a la conclusión subsidiaria de Bélgica, dijo estar

> [c]onvencido de que el principio en que se basa esta conclusión *(inadimplenti non est adimplendum)* es tan justo, equitativo y universalmente reconocido que también tiene que aplicarse en las relaciones internacionales. En todo caso, es uno de esos «principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas» que la Corte aplica en virtud del artículo 38 de su Estatuto[624].

El magistrado Hudson se refirió tanto a los principios análogos del derecho de equidad inglés como a las fuentes del derecho civil diciendo que:

> Parece ser un principio de equidad importante que cuando dos partes han asumido una obligación idéntica o recíproca no debería permitirse que una parte que incumpla de manera constante esta obligación pueda aprovechar un incumplimiento similar de dicha obligación por la otra parte. Este principio encuentra su expresión en lo que se denomina máximas de equidad, que ejercieron gran influencia en el período creativo del desarrollo del derecho angloamericano. Un principio muy similar figura en el derecho romano. [...] La *exceptio non adimpleti contractus* requería que el demandante demostrase que había cumplido su obligación o se había ofrecido a cumplirla. [...] Incluso cuando un código no dice nada a este respecto, Planiol enuncia el principio general de que «en toda relación sinalagmática cada una de las dos partes no puede exigir la prestación que se le debe si ella misma no se ofrece a cumplir su obligación».
>
> El principio general es uno de los que un tribunal internacional debe aplicar con gran prudencia. Por supuesto, no cabe estimar que para que un Estado pueda comparecer ante un tribunal internacional con el fin de obtener la interpretación de un tratado sea necesario que ese Estado haya demostrado previamente haber cumplido todas las obligaciones que ha aceptado en virtud de dicho tratado. Sin embargo, en un caso pertinente y teniendo en cuenta escrupulosamente las limitaciones necesarias, un tribunal obligado por el derecho internacional no debería retroceder ante la aplicación de un principio tan evidentemente justo[625].

318. En el caso *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, la CIJ destacó que la simple afirmación de una parte en un tratado de que otra parte ha cometido una violación material de dicho tratado no autoriza a la primera a considerar unilateralmente extinguido o suspendido el tratado[626]. En su opinión particular, el magistrado de Castro se refirió expresamente a la *exceptio inadimpleti contractus* en el contexto de la pretensión de la India de que no puede surgir ninguna cuestión de interpretación o de aplicación con respecto a un tratado que ha dejado de existir o que se ha suspendido[627]. Basándose en el principio establecido en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, que se deriva del carácter contractual de los tratados[628], el magistrado de Castro dijo:

> No debería pasarse por alto que la norma permite la posibilidad de plantear la *exceptio inadimplenti non est adimplendum*. El incumplimiento de una obligación no es causa de nulidad o extinción del tratado sino fuente de responsabilidad y de nuevas obligaciones o sanciones. Además, la violación material de un tratado es lo que autoriza a la parte perjudicada a invocarlo para finalizar o suspender la operación del tratado[629].

319. En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, se planteó la cuestión de forma bastante concreta e inhabitual. Como se ha señalado anteriormente, la CIJ afirmó que Hungría no tenía motivos para suspender y finalizar las obras del proyecto durante el período de 1989 a 1991, pero que del mismo modo Checoslovaquia no tenía derecho a desviar unilateralmente las aguas del Danubio a efectos de su «Variante C». En consecuencia, ambas partes infringían el tratado de 1977, pero la Corte se opuso a autorizar a Hungría a basarse en la violación de Checoslovaquia (sin duda de carácter material) para dar por extinguido el tratado. Basándose en el pasaje del asunto *Usine de Chorzów* citado anteriormente, la Corte dijo que no podía

> pasar por alto que Checoslovaquia había cometido el acto internacionalmente ilícito de poner en funcionamiento la Variante C como resultado de la conducta ilícita anterior de Hungría. [...] Con su propia conducta, Hungría había perjudicado su derecho a dar por terminado el tratado. Así hubiese sido, aunque Checoslovaquia, en el momento en que se pretendió la extinción había violado una disposición esencial para el logro, la finalidad o el propósito del tratado[630].

Posteriormente, la CIJ señaló que el principio *ex injuria jus non oritur* se ve apoyado por su propia conclusión de que se mantiene la relación jurídica creada por el tratado de 1977, que en este caso no puede considerarse nulo por causa de conducta ilícita[631]. No obstante, cabe señalar que si bien la ulterior violación del tratado por parte de Eslovaquia fue «causada» por la anterior violación por parte de Hungría (en el sentido de ser una causa *sine qua non*), no fue causada por la violación anterior en el sentido expresado en el dictamen del caso *Usine de Chorzów*. Como afirmó la Corte, la ilicitud se dio de manera independiente.

ii) *Ejemplos de «exceptio» en derecho comparado*

320. Como indicaron los magistrados Anzilotti y Hudson en el asunto *Prises d'eau à la Meuse*[632], el principio en que se basa la *exceptio* está ampliamente reconocido en los sistemas jurídicos nacionales en lo que respecta a las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, es decir, cuando está claro que el cumplimiento de una obligación por una parte es una condición previa o una condición concurrente para el cumplimiento por la otra parte de la misma obligación o de otra conexa. Surge una situación

---

623 Ibíd., pág. 43.

624 Ibíd., pág. 50.

625 Ibíd., pág. 77, donde se cita, entre otros, a Planiol, *Droit Civil*, 6.ª ed., 1912, vol. 2, pág. 320.

626 *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, fallo, *C.I.J. Recueil 1972*, pág. 67, párr. 38. Véase *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 113.

627 Ibíd., pág. 124.

628 Ibíd., pág. 129.

629 Ibíd., pág. 128, nota 1. El magistrado de Castro añade además que «la violación de derechos u obligaciones que tengan su origen en el acuerdo constituye la base de la *exceptio non adimpleti*» (pág. 129), poniendo así de relieve los límites de la pretensión de la India.

630 *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 67, párr. 110.

631 Ibíd., pág. 76, párr. 133. Entre los que se mostraron disconformes sobre este punto, véase la declaración del Presidente Schwebel (ibíd., pág. 85) o las opiniones en contrario de los magistrados Herczegh y Fleischhauer que consideraron que la gravedad o falta de proporcionalidad del incumplimiento de sus obligaciones por parte de Checoslovaquia constituía un elemento decisivo en comparación con el de Hungría: ibíd., pág. 198 (Herczegh) y pág. 212 (Fleischhauer, quien destacó que «[e]l principio de que ningún Estado puede beneficiarse de su propia violación de una obligación jurídica no condona una represalia excesiva»). Véase también la declaración del magistrado Rezek (pág. 86). En cambio, el magistrado Bedjaoui se opone firmemente a esta opinión, señalando que los tratados no pueden destruirse violándolos. Excepto por mutuo consentimiento, los Estados no pueden desembarazarse tan fácilmente de las obligaciones que les impone un tratado (pág. 138).

632 Véase la nota 621 *supra*.

similar cuando la violación de una parte es consecuencia de una violación anterior de la otra parte y se produce directamente a causa de ella (por ejemplo, cuando el retraso en la terminación de una determinada obra por una parte se debe al retraso de la otra en la entrega de alguna pieza de equipo necesaria). Además, en el ordenamiento nacional (al igual que en los asuntos relativos a tratados antes citados) lo que está en juego es una circunstancia que excluya la ilicitud con respecto al cumplimiento continuo de una obligación, y no su extinción. Como señala Treitel, tras un completo examen de las experiencias en derecho comparado:

> El efecto de la *exceptio* en derecho civil tiene que distinguirse del efecto de la extinción. [...] La extinción pone fin a la obligación de cumplimiento que tiene cada parte, si bien las circunstancias que permiten disponer de ese recurso pueden dar a la parte perjudicada derecho a pedir indemnización. También da derecho a la parte perjudicada a recuperar su propia aportación devolviendo lo que ha recibido en virtud del contrato. La *exceptio* no produce estos efectos. Únicamente origina lo que se ha denominado una «posición de espera». Es una «excepción temporal» que no extingue el contrato sino que, simplemente, autoriza *de momento* a la parte perjudicada a negarse a cumplir lo que le corresponde. [...] La parte perjudicada puede confiar en la *exceptio* tanto en procesos judiciales como extrajudicialmente. Cuando las circunstancias lo justifiquen, si la parte perjudicada se niega a cumplir, el tribunal está obligado a dar efecto a la *exceptio*. No existe discrecionalidad a este respecto, ni siquiera en los sistemas (como el francés) en que el recurso de extinción está sometido al arbitrio del tribunal[633].

321. El principio de la *exceptio* también se refleja en los instrumentos de derecho comercial internacional. Por ejemplo, el artículo 80 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, establece simplemente lo siguiente:

> Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla.

A efectos del artículo 80 no parece que importe que la acción u omisión que causó el incumplimiento fuera o no ilícita. En el artículo 7.1.3 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, en la rúbrica relativa a la suspensión del cumplimiento, el mismo principio se formula de manera diferente. Se establece que cuando las partes tienen que cumplir simultáneamente, cada una de ellas puede negarse a cumplir[634] si la otra no está dispuesta y puede hacerlo.

iii) *¿Debe reconocerse el principio en el proyecto de artículos?*

322. En su cuarto informe sobre el derecho de los tratados, Sir Gerald Fitzmaurice se refirió al principio en el marco de las circunstancias que justifican el incumplimiento y manifestó dudas sobre si era adecuado clasificarlo como justificación «*ab extra*, por aplicación de una norma general de derecho internacional», o «*ab intra*, en virtud de una condición que el derecho internacional considera implícita en el tratado»[635]. Pero estaba seguro de que el principio existía y lo formuló en términos muy amplios:

> En virtud del principio de reciprocidad, y salvo en la clase de tratados [multilaterales del tipo «integral» [...] en cuyo caso la fuerza de la obligación existe de por sí y es absoluta e intrínseca para cada una de las partes, independientemente del cumplimiento por las demás partes] el incumplimiento de una obligación convencional por una de las partes en el tratado justificará, mientras persista, un incumplimiento equivalente y correlativo por la otra parte o las otras partes[636].

En su comentario quedaba también claro que lo consideraba un principio general, no exclusivamente aplicable a las obligaciones convencionales:

> [H]ay una norma general de *reciprocidad en derecho internacional*[*] en virtud de la cual el hecho de que un Estado no cumpla sus obligaciones internacionales en un caso determinado, autoriza a los otros Estados a dejar de cumplir su parte en la obligación correlativa en lo que respecta a dicho Estado y, *en todo caso, priva a éste del derecho a impugnar dicho incumplimiento correlativo*[*],[637].

El comentario pasa a hacer referencia al caso *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, en que la CIJ se negó a aplicar el principio a un tratado en que se preveía la constitución de una comisión arbitral; se consideró que la negativa ilícita de una parte en la controversia a nombrar al miembro que le correspondía impedía la constitución de la comisión en su conjunto, basándose en que:

> La violación de una obligación convencional no puede subsanarse constituyendo una comisión que no es la prevista en los tratados[638].

Esto recuerda la pretensión de Checoslovaquia en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* de obtener, por medio de una «aplicación aproximada», una versión del proyecto que le fuera favorable cuando se halló ante la negativa ilícita de Hungría a llevarlo a la práctica. La CIJ rechazó el argumento sosteniendo que la violación del tratado de 1977 por Hungría no podía subsanarse creando un proyecto que no fuera el previsto en el tratado[639].

323. La Comisión no debatió el cuarto informe de Sir Gerald Fitzmaurice ni tampoco su sucesor, Sir Humphrey Waldock, se ocupó de la cuestión. Siguiendo sus orientaciones, se redujo el alcance de la Convención de Viena

---

633 Treitel, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, págs. 310 y 311, párr. 235; véase su examen en las páginas 245 a 317 («defensa del rechazo del cumplimiento»).

634 Véase la nota 492 *supra*.

635 *Anuario... 1959*, vol. II, págs. 48 y 50, respectivamente, documento A/CN.4/120.

636 Ibíd., pág. 50.

637 Ibíd., pág. 76, párr. 102.

638 *C.I.J. Recueil 1950* (nota 34 *supra*), pág. 229, citado por Sir Gerald Fitzmaurice (*Anuario… 1959*, vol. II, págs. 76 y 77, documento A/CN.4/120, párr. 105).

639 La Corte señaló que:

> «[a]unque existiera ese principio, por definición únicamente podría emplearse dentro de los límites del tratado en cuestión. En opinión de la Corte, la variante C no reúne la condición esencial en relación con el tratado de 1977.
>
> […]
>
> Si bien era cierto que Hungría, al concertar el tratado de 1977, había convenido en represar el Danubio y desviar sus aguas hacia el canal de derivación, únicamente había dado su consentimiento en el contexto de una operación conjunta y un reparto de los beneficios derivados. La suspensión y retirada de ese consentimiento constituyó una violación de las obligaciones jurídicas de Hungría, pero ello no quería decir que Hungría perdiera el derecho básico a compartir en forma equitativa y razonable los recursos de una vía fluvial internacional.»

(*C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), págs. 53 y 54, párrs. 76 y 78.)

En relación con el denominado «principio de la aplicación aproximada», véase *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1956* (véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 51), opinión separada de Sir Hersch Lauterpacht, pág. 46, y el comentario de Rosenne, *op. cit.*, págs. 95 a 101.

de 1969 y el tratado pasó a considerarse un instrumento, soslayándose de esta forma la mayoría de los interrogantes sobre el cumplimiento de las obligaciones convencionales, que se reservaron para el tema de la responsabilidad de los Estados con arreglo al artículo 73 de la Convención de Viena de 1969.

324. El Sr. Riphagen abordó la cuestión de la *exceptio* en el contexto de las contramedidas. En su quinto informe, propuso el texto siguiente como artículo 8 de la segunda parte:

> Con sujeción a lo dispuesto en los artículos 11 a 13, el Estado lesionado tendrá derecho, por vía de reciprocidad, a suspender el cumplimiento de sus obligaciones respecto del Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito si esa obligación corresponde a la obligación violada o está directamente relacionada con ella[640].

Durante el debate, algunos miembros señalaron que «la distinción entre [el proyecto de artículo 8] y la suspensión de la *ejecución* de las obligaciones nacidas de un tratado era sutil y un tanto formalista»[641]. Asimismo, el Sr. Arangio-Ruiz se refirió a la cuestión como un aspecto de las contramedidas y señaló que:

> El problema que aquí se plantea es determinar si la práctica justifica la distinción entre esas medidas «convencionales», como la terminación del tratado y la suspensión de su aplicación, y las contramedidas en general, no sólo por razones meramente expositivas, sino también en razón del régimen jurídico que ha de codificarse o adoptarse de otro modo por vía de desarrollo progresivo. Al igual que el tema de las llamadas medidas de reciprocidad en general, las cuestiones relativas a esas dos medidas «convencionales», que afectan a la relación entre el derecho de los tratados y el derecho de la responsabilidad de los Estados, tendrán que ser estudiadas más a fondo antes de poder elaborar el texto de unos proyectos de artículos[642].

La Comisión acordó que las medidas de reciprocidad no debían considerarse «como una categoría aparte de contramedidas ni merecían un tratamiento especial»[643].

iv) *Relación entre la* exceptio *y otros procedimientos*

325. Como indican los antecedentes señalados, al examinar si es conveniente incluir la *exceptio* en el capítulo V, es necesario preguntarse en primer lugar si su función no queda suficientemente comprendida en los otros dos procedimientos. El primero de ellos son las contramedidas. Casi por definición, cuando un Estado ha violado una obligación sinalagmática, la negativa del otro Estado a cumplir esa obligación será una contramedida legítima, puesto que es muy improbable que resulte desproporcionada y puede constituir la mejor respuesta. Sin embargo, la *exceptio* tiene una aplicación mucho más limitada que las contramedidas, no está sujeta a las mismas restricciones y constituye una respuesta mucho más específica a una violación concreta, ya que está exenta del oprobio que suelen entrañar las contramedidas. Un sistema jurídico podría rechazar las contramedidas, las medidas en beneficio propio, exceptuando la legítima defensa, y las represalias pero considerar útil la *exceptio*. Aunque la Comisión haya rechazado la categoría de contramedidas recíprocas, por razones suficientemente válidas en ese contexto, tal rechazo no excluye la posibilidad de adoptar alguna versión de la *exceptio* en el capítulo V de la primera parte, posibilidad que la Comisión todavía no ha estudiado[644].

326. El segundo procedimiento alternativo es la suspensión de un tratado por violación. En virtud del párrafo 1 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra parte para alegar la violación como causa para dar por dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente. En el caso de los tratados multilaterales, la *única* posibilidad que tiene la parte perjudicada por una violación grave es suspender el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la violación, puesto que la terminación es una cuestión que incumbe a todas las partes en el tratado[645]. En general, la Convención hace un considerable hincapié en la suspensión de los tratados, sin duda con el deseo de dejar abierta la posibilidad de reanudar las relaciones convencionales incluso después de una violación grave[646].

327. No obstante, sigue habiendo diferencias entre el recurso a la *exceptio* como circunstancia que excluye la ilicitud y la suspensión de un tratado en virtud del artículo 60 o de su equivalente en el derecho consuetudinario. En primer lugar, el artículo 60 sólo es aplicable a las violaciones graves, definidas de manera bastante estricta, mientras que la *exceptio* se aplica a cualquier violación contractual. En segundo lugar, el artículo 60 permite la suspensión del tratado en su totalidad, o (aparentemente) de cualquier combinación de sus disposiciones, mientras que la *exceptio* solamente permite el incumplimiento de la misma obligación o de una obligación estrechamente relacionada con ella. En tercer lugar, la *exceptio* puede aplicarse más fácilmente a casos de obligaciones de cumplimiento simultáneo, dado el procedimiento de suspensión

---

640 *Anuario...* 1984, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/380; en cuanto al proyecto de comentario, véase *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 11, documento A/CN.4/389. En el proyecto de artículo 11 propuesto por el Sr. Riphagen se excluía la aplicación del artículo 8 en los casos de obligaciones derivadas de tratados multilaterales que afectaran a los intereses colectivos de los Estados partes. El proyecto de artículo 12 era una cláusula de salvaguardia referente al *jus cogens.*

641 *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), pág. 108, párr. 373.

642 *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 14, documento A/CN.4/440 y Add.1, párr. 35.

643 *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), pág. 25, párr. 151.

644 Ibíd. Véase también *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 73 y 74, párr. 1 del comentario al artículo 47, nota 200.

645 Véanse los apartados *b* y *c* del párrafo 2 del artículo 60. Las estrictas disposiciones del artículo 44 relativo a la divisibilidad, no son aplicables a la suspensión por violación (véase el párrafo 2 del artículo 44), cabe suponer que partiendo de la base de que un Estado facultado para terminar el tratado completo por violación puede suspender una parte de él. No obstante, ello podría tener consecuencias injustas en la práctica, si un Estado suspendiera las disposiciones que representaran obligaciones para él y pretendiera mantener en vigor las que le otorgaran derechos.

646 En el caso *Projet Gabcikovo-Nagymaros*, parece que la CIJ consideró que Hungría había suspendido la aplicación del tratado de 1977 al margen de toda disposición expresa de la Convención de Viena de 1969 que le permitiera hacerlo, pues manifestó que:

> «no podía aceptar el argumento de Hungría en el sentido de que, en 1989, al suspender y posteriormente abandonar los trabajos que todavía le competían en Nagymaros y Dunakiliti, no suspendió la aplicación del propio tratado de 1977.»

(C.I.J. Recueil 1997 (véase la nota 51 *supra*), pág. 39, párr. 48.)

El contexto indica que pretendía decir que en esencia Hungría trató de suspender el tratado, pese a sus declaraciones de que actuaba por necesidad (es decir, sobre la base de circunstancias que excluían la ilicitud). Con arreglo al artículo 65 de la Convención de Viena de 1969, la suspensión (como la terminación) es un acto oficial. Resulta extraño afirmar que un Estado suspende un tratado cuando: *a*) nunca ha pretendido hacerlo, y *b*) no está facultado legalmente para hacerlo.

establecido en el artículo 65[647]. Y, por último, el artículo 60 únicamente trata de la suspensión de las obligaciones convencionales, pero no hay motivo para pensar que la *exceptio*, como se formula en el fallo *Usine de Chorzów*[648], no sea aplicable a todas las obligaciones internacionales, independientemente de su origen.

v) *Formas que puede adoptar la* exceptio

328. Así pues, existe cierto grado de superposición, que no es en absoluto completa, entre la *exceptio* y las otras doctrinas tratadas, lo cual refuerza la opinión de que —teniendo en cuenta las razones que la justifican y su lógica general— en el capítulo V debería reconocerse alguna versión de la *exceptio*. No obstante, es necesario distinguir al menos dos formas de *exceptio*. Una, expresada en el fallo *Usine de Chorzów*[649] y el artículo 80 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías[650], requiere que exista un vínculo causal entre el incumplimiento de la obligación por el Estado A y su incumplimiento por el Estado B. La segunda, más amplia, tiene que ver con las obligaciones sinalagmáticas o interdependientes, cada una de las cuales se considera en realidad contraparte de la otra: es la indicada por el magistrado Hudson en *Prises d'eau à la Meuse*[651], en el artículo 7.1.3 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales[652] y por Sir Gerald Fitzmaurice en sus informes[653]. Nuevamente parece que la postura adoptada por la mayoría en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* es diferente[654], aunque sigue siendo una manifestación del principio general del derecho de que nadie puede beneficiarse de su comportamiento ilícito.

329. En relación con la variante amplia y sinalagmática de la *exceptio* es evidente que únicamente podría admitirse en el capítulo V si se introdujeran numerosas salvedades y restricciones. Esas excepciones incluirían, en opinión de Sir Gerald Fitzmaurice, tratados multilaterales de tipo «integral» (es decir, aquellos en los que el cumplimiento no se basa en la reciprocidad)[655]. No podría justificar una violación de las normas relativas al uso de la fuerza ni, desde un punto de vista más general, una violación del *jus cogens*, y no se sostendría ante ningún efecto excluyente expreso o claramente implícito de la norma principal. No podría aplicarse a las obligaciones *erga omnes*, es decir, las obligaciones en el ámbito de los derechos humanos, el derecho humanitario o el derecho penal internacional, como reconoció la CIJ en el caso *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, reconvenciones, cuando sostuvo que:

> Bosnia y Herzegovina habían señalado acertadamente el carácter *erga omnes* de las obligaciones derivadas de la Convención sobre el genocidio [...] y las partes habían reconocido acertadamente que en ningún caso una violación de la Convención podía servir como excusa para otra[656].

Parece que los efectos de la *exceptio*, incluso en su forma más amplia, son estrictamente relativos y bilaterales; según el Sr. Riphagen, se limitarían a incumplimientos que corresponden o estén directamente relacionados con el incumplimiento previo por la otra parte[657].

330. La incorporación de la forma sinalagmática de la *exceptio*, aun con esas restricciones, entraña dificultades de aplicación, como indica la experiencia adquirida por las Naciones Unidas en la vigilancia de acuerdos de cesación de hostilidades. Esas dificultades han sido analizadas, por ejemplo, en un informe elaborado por el Secretario General Hammarskjöld en 1956, en que se hace referencia a la medida en que la violación de los Acuerdos de Armisticio en el Oriente Medio de 1949 podía justificar el incumplimiento de la otra parte como medida de represalia (no como acto de legítima defensa inmediata)[658]. El informe hacía referencia a una «cadena de acciones y reacciones que, de no ser quebrantada, habrá de constituir en definitiva una amenaza a la paz y a la seguridad», y expresaba:

> cierta incertidumbre acerca del alcance de las obligaciones impuestas por los acuerdos de armisticio ha contribuido a agravar la lamentable situación [...].
>
> Huelga decir que cada una de las partes en un acuerdo de armisticio sólo se considera obligada a respetar las disposiciones del acuerdo en la medida en que las respeta la otra parte en el mismo […].
>
> Por consiguiente, es obvio que la cuestión de la reciprocidad ha de ser estudiada con extremo cuidado y que se ha de procurar aclararla completamente. El punto de mayor importancia a este respecto es el de saber en qué medida una infracción de una o más cláusulas de un acuerdo de armisticio cometida por una de las partes puede considerarse como que autoriza a la otra a actuar en contra de lo dispuesto en la cláusula de cesación de hostilidades, que figura en todos los acuerdos de armisticio […].
>
> La lógica misma de los acuerdos de armisticio indica que las infracciones de los demás artículos no pueden justificar una infracción de la cláusula de cesación de hostilidades. No reconocerlo así significaría que cualquier infracción podría no sólo anular el régimen de armisticio sino, en realidad, poner en peligro la cesación misma de hostilidades. Por esta razón, es claro que el respeto de dicho artículo sólo puede tener como condición el respeto del mismo artículo por la otra parte[659].

Así pues, en un contexto en que no existía nexo causal estricto entre un incumplimiento y el otro, el Secretario General consideró que únicamente el incumplimiento de una obligación de cesación de hostilidades especificada en un artículo concreto podría justificar lo que de lo contrario sería una infracción de ese artículo. Ciertamente, es posible que, con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, todo derecho subyacente a utilizar la fuerza termine al concertarse una cesación de hostilidades permanente, y a partir de entonces la única excepción a la obligación

---

647 En relación con el procedimiento aplicable para alegar circunstancias que excluyan la ilicitud, véase el párrafo 354 *infra*.

648 Véase la nota 620 *supra*.

649 Véase el párrafo 316 *supra*.

650 Véase el párrafo 321 *supra*.

651 Véase el párrafo 317 *supra*.

652 Véase el párrafo 321 *supra*.

653 Véase el párrafo 322 *supra*.

654 Véase el párrafo 319 *supra*.

655 Véase el párrafo 322 *supra*.

656 *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 241 *supra*), pág. 258, párr. 35. Véase también la opinión contraria expresada con más énfasis por el magistrado Weeramantry (págs. 292 a 294). La Corte sostuvo además que, pese a ello, era posible sustentar una reconvención sobre genocidio en el artículo 80 de su Reglamento «en la medida en que las dos partes persiguieran, con sus respectivas denuncias, el mismo objetivo jurídico, es decir la determinación de la responsabilidad jurídica de las violaciones de la Convención sobre el genocidio» (pág. 258, párr. 35).

657 Véase el párrafo 324 *supra*.

658 *Actas Oficiales del Consejo de Seguridad, undécimo año, Suplemento de abril, mayo y junio de 1956*, documento S/3596, pág. 13, citado por Rosenne, *op. cit.*, págs. 111 a 115.

659 Ibíd., págs. 15 y 16, párrs. 12 y 15 a 18.

de cesación de hostilidades sea el derecho de la legítima defensa[660].

331. El problema subyacente es que una interpretación amplia de la *exceptio* puede generar un aumento de los incumplimientos que, a efectos prácticos, anule la vigencia de la obligación. Por esos motivos, el Relator Especial está firmemente convencido de que la justificación del incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas debe resolverse: *a*) por el derecho de la suspensión o terminación de esas obligaciones (que basta para resolver la mayor parte de los problemas derivados de las obligaciones convencionales), y *b*) por el derecho de las contramedidas. Así pues, la cuestión pasa a ser si la variante restringida de la *exceptio*, tal como la reconoció la CIJ en el fallo *Usine de Chorzów*[661], debe incluirse en el capítulo V. Es indudable que ello tiene cierta justificación, tanto por motivos de autoridad o tradición, como por sentido común. Para facilitar el debate, el Relator Especial propone la inclusión en el capítulo V de una disposición donde se estipule que la ilicitud de la acción de un Estado quedará excluida si éste no ha podido actuar de conformidad con la obligación de que se trate como consecuencia directa de un incumplimiento anterior de esa o de una obligación internacional conexa por otro Estado[662].

c) *La denominada doctrina de «manos limpias»*

332. Por último, cabe hacer una breve referencia a la denominada doctrina de «manos limpias», a la cual se ha recurrido en ocasiones como «defensa», o al menos como fundamento de la inadmisibilidad de una reclamación, en casos relativos a la responsabilidad de los Estados, principalmente, aunque no siempre, en el marco de la protección diplomática. Por ejemplo, en la opinión contraria expresada por el magistrado Schwebel en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, éste recurrió a esa doctrina como base subsidiaria para desestimar la reclamación de Nicaragua[663]. La mayoría no hizo referencia directa a la cuestión.

333. Apenas existen referencias a esa doctrina en la labor previa de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados. El Relator Especial, Sr. García Amador, se ocupó de ella únicamente en relación con la «culpa de parte del extranjero», que actualmente está incluida en el párrafo 2 del artículo 42 de la segunda parte, como base para limitar el monto de la reparación debida[664]. En la medida en que las «manos limpias» pueden servir de fundamento para denegar una reclamación de protección diplomática[665], la doctrina parece operar más como causa de inadmisibilidad que como circunstancia que excluye la ilicitud o responsabilidad, y puede tratarse en relación con el tema de la protección diplomática.

334. Incluso en el contexto de la protección diplomática, la base en que se apoya la existencia de una doctrina de «manos limpias», ya sea como justificación de la admisibilidad o por otros motivos es, en palabras de Salmon, bastante antigua y extendida[666]. Se refiere en gran medida a individuos que intervenían en la trata de esclavos y a la ruptura de la neutralidad, y en particular a una serie de decisiones de la Comisión Mixta de los Estados Unidos y Gran Bretaña establecida en virtud de una convención de 8 de febrero de 1853 para resolver reclamaciones de indemnización presentadas por armadores de buques. Según Salmon, los casos en que la reclamación se consideró inadmisible

> parece que, de cualquier forma, se caracterizan por el hecho de que la violación del derecho internacional por la víctima ha sido la única causa justa de los daños de que se queja [y] que la relación de causa a efecto entre los daños y la conducta de la víctima es pura, es decir que no ha habido intervención de acto ilícito del Estado demandado.
>
> En cambio, cuando éste, por su parte, ha violado el derecho internacional al aplicar medidas de represión contra el demandante, los árbitros no han declarado nunca inadmisible la demanda[667].

335. Es cierto que los principios jurídicos que se basan en el concepto fundamental de buena fe tienen cabida en el derecho internacional. Entre ellos se incluye el principio (subyacente a la *exceptio* de que los Estados no pueden beneficiarse de sus propios actos ilícitos y el principio *ex turpi causa non oritur actio*). Esos principios pueden generar nuevas repercusiones jurídicas en el ámbito de la responsabilidad, como parece haber ocurrido ya en el caso del primero en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[668]. Pero ello no quiere decir que en el capítulo V haya que reconocer máximas nuevas y vagas como la doctrina de «manos limpias». Según Sir Gerald Fitzmaurice:

> Todo Estado que haya cometido actos ilícitos puede ser privado del necesario *locus standi in judicio* para denunciar actos ilícitos correlativos cometidos por otros Estados, especialmente si éstos son consecuencia de los primeros o se realizaron con el fin de responder a sus propios actos ilícitos; en pocas palabras, fueron provocados por éstos. En algunos casos, el principio de la represalia legítima eliminará todo vestigio de ilegitimidad de esas contramedidas[669].

Pero el capítulo V no trata de cuestiones de procedimiento como el *locus standi* ni de la admisibilidad de las reclamaciones. Y es significativo que ni siquiera en el pasaje anterior se sugiera que el acto ilícito de un Estado lesionado (y mucho menos su falta de «manos limpias») sea

---

660 Véase Lobel y Ratner, «Bypassing the Security Council: ambiguous authorizations to use force, cease-fires and the Iraqi inspection regime», págs. 144 a 152, con referencias a textos anteriores. Para el Secretario General el problema era en parte jurisdiccional, ya que su mandato en el Oriente Medio consistía específicamente en supervisar los acuerdos de armisticio como tales.

661 Véase el párrafo 316 *supra*.

662 Para la disposición propuesta, véase el párrafo 358 *infra*.

663 *C.I.J. Recueil 1986* (véase la nota 68 *supra*), págs. 392 a 394.

664 *Anuario... 1958*, vol. II, págs. 58 y 59, documento A/CN.4/111, párrs. 16 a 21.

665 Como ocurrió en los dos laudos citados por el magistrado Schwebel, *C.I.J. Recueil 1986* (véase la nota 68 *supra*), págs. 393 y 394, párr. 270: los asuntos *Clark* (1865), en Moore, *op. cit.*, vol. III, págs. 2738 y 2739, y *Pelletier, Papers relating to the Foreign Relations of the United States for the Year 1887* (Washington, Government Printing Office, 1888), pág. 607. En el caso *Barcelona Traction* se planteó un argumento similar (véase *C.I.J. Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête: 1962)*, vol. X, pág. 11) pero la propia Corte no lo trató en ninguna fase del proceso.

666 Salmon, «Des 'mains propres' comme condition de recevabilité des réclamations internationales», pág. 249.

667 Ibíd., pág. 259. Véase también Garcia-Arias, «La doctrine des 'clean hands' en droit international public», pág. 18; y Miaja de la Muela, «Le rôle de la condition des main propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux».

668 Véase el párrafo 319 *supra*.

669 Fitzmaurice, «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», pág. 119, citado por el magistrado Schwebel, *C.I.J. Recueil 1986* (véase la nota 68 *supra*), pág. 394, párr. 271.

una circunstancia clara que excluya la ilicitud del acto que causó lesión a ese Estado.

336. Por esos motivos, en opinión del Relator Especial, no se justifica incluir la doctrina de «manos limpias» como «nueva circunstancia que excluye la ilicitud», diferenciada de la *exceptio* y de las contramedidas. En cambio, parece que sigue siendo válida la conclusión a que llegó Rousseau en el sentido de que no es posible considerar la teoría de las «manos limpias» como una institución de derecho consuetudinario general[670].

5. Incidentes de procedimiento o de otra índole relacionados con la innovación de circunstancias que excluyen la ilicitud

337. La única disposición del capítulo V que se refiere a los incidentes o consecuencias de la innovación de una circunstancia que excluye la ilicitud es el artículo 35. En ello difiere de las complejas disposiciones de la Convención de Viena de 1969 referentes a las consecuencias de alegar una causa de invalidez, terminación o suspensión de un tratado. Es necesario examinar diversas cuestiones, empezando por el propio artículo 35.

a) *Indemnización por daños cuando se hace valer el capítulo V*

338. Ya se han expuesto los términos del artículo 35[671]. Como se indica en el título, el artículo constituye una reserva relativa a las cuestiones que puede plantear una posible indemnización por daños en ciertos casos abarcados por el capítulo V. No otorga derechos de indemnización, aunque en relación con los dos casos no mencionados —las contramedidas y la legítima defensa—, lógicamente excluye todo derecho de ese tipo.

339. En el breve comentario al artículo 35 se señala que la cuestión de la reserva relativa a los daños se planteó por primera vez en 1979, con ocasión del examen del artículo 31 (Fuerza mayor). Dado que una reserva de esta índole era aplicable a otras disposiciones del capítulo V, se pospuso su examen hasta 1980. Aunque se defendió «con mayor fuerza» la posibilidad de indemnización a propósito del estado de necesidad[672], se incluyó finalmente el artículo 35 como «una reserva formulada en términos muy generales», aplicable a todas las circunstancias contempladas en el capítulo V, excepto la legítima defensa y las contramedidas[673]. Pero se insistió en que la inclusión del artículo 35 no prejuzgaba ninguna de las cuestiones de principio que pudieran plantearse con relación a esta materia, ya fuera a propósito de la obligación de indemnizar que se estudiaría en el marco de la segunda parte del presente proyecto, o del lugar que ocuparía el artículo[674]. Tampoco se examinaron las prácticas de los Estados o doctrinas sobre este punto ni en el comentario ni en el debate que siguió a la propuesta del artículo 35 por parte del Comité de Redacción[675].

i) *Observaciones de los gobiernos en relación con el artículo 35*

340. Austria sugirió que se reformulase el artículo 35 para no socavar el efecto del capítulo V en su conjunto. Esta posibilidad sólo debería plantearse cuando el derecho internacional dispusiera independientemente una indemnización[676]. Francia fue más allá, y propuso que se suprimiera el artículo 35 porque «contempla[ba] una responsabilidad sin culpa»[677]. Alemania parecía estimar que la indemnización debería limitarse al estado de necesidad contemplado en el artículo 33[678]. El Reino Unido consideró satisfactoria la aplicación del artículo 35 en aquellos casos (como, por ejemplo, el estado de necesidad) en que las circunstancias que excluyen la ilicitud constituyeran una excusa y no una justificación[679]. El Japón también apoyó este principio, pero sugirió que se utilizara un término diferente de «indemnización», que es un aspecto de la reparación de hechos ilícitos de acuerdo con la segunda parte[680].

ii) *¿Es posible establecer un principio de indemnización por daños y perjuicios cuando las circunstancias excluyen la ilicitud?*

341. En el comentario se adopta una posición muy reservada con respecto al artículo 35, que se considera una mera cláusula supletoria. Esto puede deberse en cierto modo a que estaba previsto que la cuestión se tratara en la segunda parte, cosa que no ocurrió[681]. Sin embargo, como señaló el Japón, el artículo 35 no se refería a las indemnizaciones dentro del marco de la reparación de una conducta ilícita, que era el tema de la segunda parte, sino a la cuestión de si un Estado que se amparara en una circunstancia que excluye la ilicitud debería no obstante compensar todo perjuicio efectivo sufrido directamente por otro Estado. En principio, esta es una condición perfecta para que el primer Estado pueda ampararse en una circunstancia que excluye la ilicitud. No tiene nada que ver con el problema general de si un Estado puede ser «responsable» de los daños causados a otros Estados por actividades lícitas, que es un tema diferente. Según las normas secundarias de responsabilidad, que son el objeto del presente proyecto de artículos, normalmente un Estado tendría que ofrecer plena reparación a otro Estado lesionado por una conducta que (según el artículo 16) no esté en conformidad con sus obligaciones internacionales[682]. Si en el proyecto se definen las circunstancias en que el Estado supuestamente lesionado no tiene derecho a la indemnización, es absolutamente procedente que lo

---

670 Rousseau, *Droit international public*, pág. 177, párr. 170.

671 Véase el párrafo 305 *supra*.

672 *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 60, párr. 3 del comentario al artículo 35.

673 Ibíd., párr. 4.

674 Ibíd.

675 Pero un caso en que se concedió una indemnización aunque la ilicitud de la conducta quedaba excluida, fue el asunto *Company General of the Orinoco* (nota 528 *supra*), citado en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 39, párr. 17 del comentario al artículo 33.

676 *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3.

677 Ibíd.

678 Ibíd.

679 Ibíd.

680 Documento A/CN.4/492 (reproducido en el presente volumen).

681 Ibíd.

682 Véase el párrafo 14 *supra*.

haga con la condición de que sea el Estado que lo hace valer quien asuma los perjuicios efectivos sufridos por el Estado supuestamente lesionado y de los cuales no sea responsable. Formalmente este caso está dentro del ámbito de las normas secundarias de responsabilidad, puesto que se refiere a una situación en que la responsabilidad del Estado *prima facie* se plantea en los términos del proyecto de artículos, pero a continuación el proyecto excluye expresamente dicha responsabilidad[683]. Como cuestión de fondo, se puede justificar el establecimiento de esta condición porque, sin ella, el Estado cuya conducta sería por lo demás ilícita podría traspasar la carga de la defensa de sus propios intereses a un tercer Estado inocente.

342. Así lo aceptó Hungría al hacer valer el estado de necesidad en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Habría sido excesivo que Hungría hubiera tratado de imponer a Checoslovaquia el costo total de la cancelación de un proyecto conjunto, cuando esta cancelación se produjo por razones que no eran atribuibles (o al menos no únicamente) a Checoslovaquia. Como señaló la CIJ:

> Hungría reconoció expresamente que, en cualquier caso, el estado de necesidad no le eximiría de la obligación de indemnizar a su socio[684].

Dado que la alegación de estado de necesidad fue rechazada por otros motivos, no se decidió el alcance exacto de la indemnización en las circunstancias del caso[685].

iii) *Circunstancias del capítulo V a las que es aplicable el artículo 35*

343. Por estos motivos no hay ninguna razón para excluir *a priori* el artículo 35 del proyecto. Si su inclusión implica que al menos algunas de las circunstancias contempladas en el capítulo V excluyen la responsabilidad y no la ilicitud, esto también está dentro del ámbito de aplicación de las normas secundarias de responsabilidad, y lo mismo ocurriría si se conceptuaran como circunstancias atenuantes de la responsabilidad[686]. Así pues, la cuestión es ahora determinar cuáles de las circunstancias previstas en el capítulo V dan o podrían dar origen a la posibilidad de indemnización por pérdidas reales, y cómo debería formularse el artículo 35.

344. Está claro que el artículo 35 no debe ser aplicable a la legítima defensa ni a las contramedidas, pues estas circunstancias obedecen a una conducta ilícita anterior del Estado y no está justificado que reciba una indemnización por las consecuencias de su propia conducta ilícita. Si se mantuviera el consentimiento como circunstancia eximente de la ilicitud, también debería excluirse del ámbito de aplicación del artículo 35. Un Estado cuyo consentimiento es la base de la conducta de otro Estado (por ejemplo, sobrevolar u ocupar un territorio) tiene por supuesto derecho a condicionar su consentimiento al pago de una tarifa, un alquiler o una indemnización por daños: esta cuestión ha de negociarse cuando se otorga el consentimiento. No obstante, por las razones mencionadas anteriormente, no hay lugar para el artículo 29 dentro del capítulo V[687].

345. Así pues, quedan las tres circunstancias (fuerza mayor, peligro extremo y estado de necesidad) que en principio no dependen de la conducta o la voluntad del Estado supuestamente lesionado. En cuanto a la fuerza mayor, se define como una fuerza irresistible o un acontecimiento exterior imprevisible ajenos al control del Estado, que hicieron materialmente imposible que el Estado cumpliera su obligación en las circunstancias del caso; además, el Estado en cuestión no debe haber contribuido con su propia conducta ilícita a que se produzca la fuerza mayor[688]. En estas circunstancias no parece existir razón alguna para que el Estado asuma ninguna obligación especial de indemnizar. Ciertas circunstancias que escapan a su control han hecho que le sea materialmente imposible cumplir con su obligación y el Estado no ha asumido el riesgo de que sucediera así[689]. A la inversa, y como se ha mencionado anteriormente, está justificada la indemnización por perjuicio efectivo cuando un Estado se ampara en el estado de necesidad, siempre que el otro Estado no haya originado él mismo por fallo u omisión la situación de necesidad.

346. Por lo que se refiere al peligro extremo, en opinión del Relator Especial, está más cerca del estado de necesidad que de la fuerza mayor. Supongamos que un buque se encuentra en peligro de naufragar en una tormenta, ya ha sufrido daños, y atraca en un puerto extranjero para salvar la vida de sus tripulantes. ¿Por qué el buque no habría de pagar los daños ocasionados a las instalaciones portuarias (por ejemplo, a causa del vertido de combustible procedente de un tanque roto)? Si así se le exigiera se podría facilitar que se hiciera valer el peligro extremo para salvar vidas humanas, lo que debe redundar en interés de todos.

347. Respecto de las otras dos circunstancias que, según se propone, deberían incluirse en el capítulo V, no es necesario mencionarlas en el artículo 35. El cumplimiento de las normas imperativas interesa a todos los Estados de la comunidad internacional, y no existe razón alguna para que un Estado deba indemnizar a otro por las exigencias del cumplimiento de esta responsabilidad común. En cuanto a la *exceptio*, como las contramedidas, depende de la conducta ilícita del Estado contra el que se interpone, y que no haya lugar a la aplicación de contramedidas. Por estos motivos el Relator Especial desearía limitar el ámbito de aplicación del artículo 35 al peligro extremo y el estado de necesidad.

iv) *Cuestiones de formulación: ¿derecho o simple reserva?*

348. La cuestión que queda por tratar es si, en cuanto al peligro extremo y el estado de necesidad, el artículo 35 debería formularse como un derecho o como una reserva. Lo primero plantea dificultades puesto que la variedad

[683] Véase el dictamen de la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, citado en el párrafo 228 *supra*.

[684] *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 39, párr. 48.

[685] Otra cuestión diferente es la contabilización de los daños y perjuicios acumulados (ibíd., pág. 81, párrs. 152 y 153).

[686] Véase el párrafo 230 *supra*.

[687] Véase el párrafo 243 *supra*.

[688] Véanse los párrafos 263 a 265 *supra*, y para los términos del artículo 31, el párrafo 358 *supra*.

[689] Cuando la fuerza mayor es resultado de la coacción ejercida por un tercer Estado, este Estado puede ser responsable de las consecuencias sufridas por el Estado supuestamente lesionado (véase el párrafo 204 *supra*). Entre el Estado que hace valer la fuerza mayor y el tercer Estado, está claro que es este último quien debe asumir la responsabilidad.

de casos es muy grande y la práctica escasa. En última instancia se propone mantener la forma de una cláusula de salvaguardia pero reforzando hasta cierto punto la formulación para dejar claro que no se espera que un tercer Estado inocente asuma por sí solo las pérdidas reales ocasionadas por la alegación de peligro extremo o estado de necesidad.

v) *Conclusiones sobre el artículo 35*

349. Por estas razones, el artículo 35 debería mantenerse en relación con el peligro extremo y el estado de necesidad. Hacer valer estas circunstancias ha de ser «sin prejuicio de la cuestión de la indemnización pecuniaria por los daños y perjuicios efectivos causados por» la acción del Estado[690].

b) *Efecto temporal de la alegación de circunstancias que excluyen la ilicitud*

350. El comentario de los diversos artículos del capítulo V aclara que estos artículos sólo excluyen la ilicitud (y por tanto la responsabilidad) mientras las circunstancias en cuestión existan y cumplan las condiciones establecidas para su alegación. Este mismo principio fue confirmado por el Tribunal en el asunto *Rainbow Warrior* y por la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[691], y, aunque probablemente esté implícito en el capítulo V aprobado en primera lectura, es tan importante que debe formularse expresamente. Es evidente que puede darse el caso de que las circunstancias concretas que excluyen la ilicitud constituyan, a la vez, una base suficiente para poner fin a la obligación principal (por ejemplo, la violación de un tratado que justifique la adopción de contramedidas puede ser «grave» según el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y permitir la terminación del tratado). A la inversa, la obligación puede en principio recuperar plena vigencia o ser aplicable plenamente, pero tal vez sea preciso establecer las modalidades para reanudar su cumplimiento. Estas cuestiones no pueden ni deben ser resueltas en el proyecto de artículos, pero al menos debería disponerse que la alegación de circunstancias que excluyen la ilicitud no prejuzga «la cesación de todo hecho que no esté en conformidad con la obligación en cuestión, y el posterior cumplimiento de dicha obligación, siempre que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir»[692].

c) *Carga de la prueba*

351. En principio, no debe presumirse la responsabilidad de un Estado, e incumbe al Estado que la hace valer[693] demostrar dicha responsabilidad. No obstante, cuando una conducta contraria a una obligación internacional de un Estado sea atribuible a dicho Estado y éste intente exonerarse de su responsabilidad amparándose en alguna de las circunstancias previstas en el capítulo V, la posición cambia e incumbe a ese Estado justificar o excusar su conducta. Además, a menudo sólo el Estado conoce plenamente las circunstancias del caso. Parece que la formulación actual del capítulo V transmite este significado, y que no es necesario establecer ninguna disposición adicional.

d) *Pérdida del derecho a hacer valer una responsabilidad*

352. Se ha dicho que en el proyecto de artículos debería abordarse la cuestión de la pérdida del derecho a hacer valer una responsabilidad, por analogía con el artículo 45 de la Convención de Viena de 1969, sobre «Pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad, terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado». Diversos intentos previos de codificación incluían elementos que se tratan adecuadamente bajo esta rúbrica, en particular la «aceptación del incumplimiento por la otra parte o las otras partes»[694]. Por otro lado, esta cuestión sólo se plantea si ya se ha incurrido en la responsabilidad, por ejemplo, si se cumplen todas las condiciones que establecen la responsabilidad internacional de un Estado. Por tanto, la cuestión corresponde propiamente a la segunda parte del proyecto y se estudiará en ese contexto.

e) *Arreglo de controversias en relación con las circunstancias que excluyen la ilicitud*

353. Dado que el efecto de las circunstancias tratadas en el capítulo V es excluir una responsabilidad que de lo contrario existiría en relación con otro Estado u otros Estados, surge naturalmente la cuestión del arreglo de controversias. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en el vínculo que ya en la segunda parte se establece entre las contramedidas y el arreglo de controversias, y también en la relación que los Estados participantes en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados insistieron en establecer entre el *jus cogens* según los artículos 53 y 64 y el arreglo de controversias[695].

354. Es cierto que la cuestión del arreglo de controversias se plantea generalmente a propósito del proyecto de artículos en su conjunto, y especialmente su tercera parte. Pero sea cual sea la conclusión a la que se llegue respecto de la tercera parte, hay una cuestión de procedimiento para el capítulo V que surge por analogía con el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969. Si un Estado pretende ampararse en una circunstancia que excluye la ilicitud, por ejemplo, a fin de excusar lo que sería una violación del derecho internacional, debería, como mínimo, informar prontamente al otro Estado o a los otros Estados de este hecho y de las consecuencias que tendría para el cumplimiento de la obligación. Entonces ya sería cuestión de que los Estados interesados trataran de resolver cualquier problema que se planteara mediante los procedimientos contenidos en la Carta de las Naciones Unidas y en particular en su Artículo 33. Este asunto deberá ser examinado de nuevo en el contexto de la tercera parte del proyecto pero, por el momento al menos, debería incluirse en el capítulo V una disposición en este sentido[696].

---

690 Véase el párrafo 358 *supra*.

691 Véase el párrafo 228 *supra*.

692 Proyecto de artículo 35 (párr. 358 *infra*).

693 Como dijo el árbitro Max Huber en *Biens britanniques au Maroc espagnol*, «la responsabilidad internacional del Estado no se presume» (*Recueil des sentences arbitrales* (nota 292 *supra*), pág. 699).

694 *Anuario... 1959*, vol. II, págs. 48 y 69, documento A/CN.4/120. Véanse también los párrafos 217 y 239 *supra*.

695 Véase asimismo el dictamen del Tribunal de Arbitraje en el asunto *Rainbow Warrior* (párr. 271 *supra*).

696 Para la disposición propuesta, véase el párrafo 358 *infra*.

6. Conclusiones en relación con el capítulo V

355. Al inicio de este debate sobre el capítulo V, se señaló que las circunstancias consideradas podían pertenecer a diversas categorías y que, al menos con respecto a algunas de ellas, sería más apropiado hablar de circunstancias eximentes de responsabilidad que de ilicitud[697]. Al menos por lo que se refiere a la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad, podría proponerse el siguiente texto alternativo a los efectos del capítulo V: «un Estado no es responsable del incumplimiento de una obligación internacional si este incumplimiento se debe a» una de esas circunstancias. Esta formulación podría contrastar con la correspondiente a la legítima defensa, y posiblemente a las contramedidas, donde podría decirse que la circunstancia excluye la ilicitud (y, por tanto, la propia idea de «incumplimiento»). El conflicto entre una norma imperativa y la excepción, en la estricta formulación propuesta, sin duda pertenecería también a la última categoría. Pero, en última instancia, el Relator Especial no está convencido de que sea preciso distinguir categorías en las circunstancias incluidas en el capítulo V. Es cierto que hay casos diversos, y que un claro ejemplo de peligro extremo o estado de necesidad podría ser más convincente como circunstancia excluyente de la ilicitud que un caso marginal de legítima defensa. Parece suficiente agrupar todas las circunstancias bajo la actual rúbrica general del capítulo V, haciendo distinciones y calificaciones concretas entre ellas, tal como se ha propuesto.

356. Una segunda cuestión, que quedó abierta durante el examen del artículo 16, es la relación entre dicho artículo y el capítulo V[698]. No sería elegante supeditar expresamente el artículo 16 (y *a fortiori* los artículos 1 o 3) al capítulo V, y podría dar demasiada importancia a la cuestión de las excusas por el incumplimiento. Los artículos 1 y 3 tienen carácter de declaración de principio, como el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 *(pacta sunt servanda)*, y en el contexto del proyecto en su conjunto no es necesario añadir más calificaciones. La frase «conforme al derecho internacional», cuya inclusión en el artículo 16 propuso Francia, es calificación suficiente a los efectos de dicho artículo[699]. Francia también había sugerido que el capítulo V se incluyera, en forma de artículo único, dentro del capítulo III[700]. No es deseable comprimir el capítulo V en un solo artículo, pero puede ser conveniente convertir los actuales capítulos III a V en subsecciones de un único capítulo relativo al incumplimiento de una obligación internacional. El Comité de Redacción tal vez desee considerar esta posibilidad.

357. Finalmente está la cuestión del orden de las diversas circunstancias incluidas en el capítulo V. El orden original era el siguiente: consentimiento, contramedidas, fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad y legítima defensa (orden que quizás refleje el vínculo histórico que existía entre la legítima defensa y el estado de necesidad[701]). No obstante, en el derecho internacional moderno la legítima defensa tiene más en común con las contramedidas que con el estado de necesidad, y debería figurar en el mismo grupo que aquellas. Lo mismo ocurre con la *exceptio inadimpleti contractus*, que constituye igualmente una respuesta a la conducta ilícita del Estado contra el que se hace valer la circunstancia. En última instancia parece adecuado clasificar las circunstancias que ahora contendrá el capítulo V en dos subgrupos: en primer lugar el cumplimiento de una norma imperativa, la legítima defensa, las contramedidas y la *exceptio inadimpleti contractus*; en segundo lugar la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad, seguidos de las cláusulas secundarias examinadas anteriormente.

358. Por los motivos expuestos, el Relator Especial propone que se incluyan los siguientes artículos en el capítulo V. Las notas que acompañan a cada artículo explican muy brevemente las modificaciones sugeridas.

Capítulo V

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

~~Artículo 29.—Consentimiento~~

Nota

El anterior artículo 29 trataba del consentimiento válidamente prestado como circunstancia eximente de la ilicitud. En muchos casos, el consentimiento de un Estado, prestado antes de un hecho, es suficiente para legitimar dicho hecho en el derecho internacional, por ejemplo, el derecho a sobrevolar un territorio, etc. En otros casos el consentimiento otorgado después del acontecimiento puede equivaler a una exención de responsabilidad, pero no impedirá que la responsabilidad exista en el momento del hecho. Así pues, o bien el consentimiento es uno de los elementos que definen un hecho ilícito, o es pertinente para la pérdida del derecho a hacer valer la responsabilidad. En ninguno de los dos casos es una circunstancia que excluya la ilicitud, y por tanto el artículo 29 ha sido eliminado. Véanse los párrafos 237 a 243 *supra*.

***Artículo 29 bis.—Cumplimiento de una norma imperativa* (jus cogens)**

La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si en las circunstancias del caso el hecho es necesario según una norma imperativa de derecho internacional general.

Notas

1. Igual que una norma imperativa de derecho internacional invalida un tratado cuyas disposiciones se oponen a ella, también debe tener el efecto de excusar el incumplimiento de una obligación en las circunstancias, raras pero posibles, en que una obligación imperativa prevalezca sobre una obligación internacional, que por sí misma no tenga carácter imperativo. Por ejemplo, no puede invocarse el derecho de tránsito o paso por un territorio si el propósito inmediato del ejercicio de este derecho fuera atacar ilícitamente el territorio de un tercer Estado. Véanse los párrafos 308 a 315 *supra*.

2. La Convención de Viena de 1969, en su artículo 53, define la norma imperativa de derecho internacional general como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter. No se considera necesario repetir esta definición en el artículo 29 *bis*.

3. El artículo 29 *bis* sólo es aplicable cuando el conflicto entre una norma imperativa y otra obligación sea claro y directo en las circunstancias del caso. La norma imperativa debe exigir específicamente el hecho que por lo demás es ilícito en las circunstancias del caso, de forma que el Estado en cuestión no tenga elección ni forma de cumplir con ambas obligaciones.

---

697 Véanse los párrafos 223 a 231 *supra*.

698 Véase el párrafo 14 *supra*.

699 Véanse los párrafos 8 y 14 *supra*.

700 Véase el párrafo 218 *supra*.

701 Véase la discusión en el caso *Caroline* (párr. 280 *supra*).

4. La cuestión del arreglo de controversias en relación con el artículo 29 *bis* será examinada en el contexto de la tercera parte del proyecto.

Artículo 29 ter.*—Legítima defensa*

1. La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

2. El párrafo 1 no es aplicable a las obligaciones internacionales expresadas como obligaciones de contención total, o supuestas como tales, incluso para los Estados participantes en un conflicto armado o que actúen en legítima defensa, y en particular a las obligaciones de carácter humanitario relativas a la protección de la persona humana en tiempo de conflicto armado o emergencia nacional.

Notas

1. El párrafo 1 no sufre modificaciones respecto de la versión aprobada provisionalmente en primera lectura.

2. Se ha añadido el párrafo 2 para establecer una distinción entre las obligaciones que afectan incluso a los Estados que actúan en legítima defensa (especialmente en el ámbito del derecho internacional humanitario) y las que, aunque pueden ser pertinentes en la aplicación de los criterios de necesidad y proporcionalidad que forman parte del derecho relativo a la legítima defensa, no son obligaciones de «contención total». El texto del párrafo 2 es el de la opinión consultiva de la CIJ en el caso *Liceité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*[702]. La frase adicional en la que se mencionan las obligaciones de carácter humanitario se basa en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y tiene por objeto presentar, a modo de ejemplo, la categoría más importante de estas obligaciones de contención total. Véanse los párrafos 298 a 304 *supra*.

3. Este artículo ha sido cambiado de lugar para ponerlo en relación con los artículos 29 *bis* y 30, y para recalcar la importancia del «derecho intrínseco» de legítima defensa en el sistema de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 30.—Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito

[La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro Estado quedará excluida si el hecho constituye una medida legítima según el derecho internacional contra ese otro Estado, a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese otro Estado.]

Nota

Las contramedidas legítimas excluyen la ilicitud de la conducta en cuestión, respecto del Estado cuya conducta ilícita ha provocado las contramedidas. No obstante, la redacción del artículo 30 depende de decisiones que aún han de ser adoptadas en segunda lectura respecto de la inclusión y formulación en la segunda parte de los artículos que tratan en detalle de las contramedidas. El artículo 30 se mantiene entre corchetes a la espera de que se examine la cuestión de las contramedidas en su conjunto.

Artículo 30 bis.*—Incumplimiento debido al anterior incumplimiento de otro Estado*

La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si el Estado no ha podido actuar de conformidad con la obligación como consecuencia directa de la violación de esa misma obligación internacional o de otra obligación internacional conexa por parte de otro Estado.

Notas

1. El artículo 30 *bis* refleja el principio expresado en la máxima *exceptio inadimplenti non est adimplendum* (o, en el caso de las obligaciones establecidas por tratado, *exceptio inadimpleti contractus*). También mantiene una cierta relación con las contramedidas, en el sentido de que el hecho del Estado A (que de lo contrario sería ilícito) está condicionado por el hecho ilícito previo del Estado B y responde a él. Pero en el caso de la *exceptio*, el vínculo entre ambos hechos es inmediato y directo. Tal como indicó la CPJI en el caso *Usine de Chorzów*, este principio sólo es aplicable cuando el hecho ilícito del Estado A ha impedido realmente que el otro Estado realizara su parte del trato, por ejemplo, cumplir esa misma obligación u otra obligación conexa. En otras palabras, existe un vínculo causal directo, y ciertamente no se trata de una violación que da lugar a otra como venganza o represalia. Por ejemplo, cuando el Estado A, al no finalizar su parte de los trabajos conjuntos, impide al Estado B cumplir los plazos previstos, el Estado A no puede quejarse del retraso, pues entonces estaría intentando hacer valer su propio hecho ilícito. Véanse los párrafos 316 a 331 *supra*.

2. Debido al vínculo causal directo que existe entre ambos hechos, no es necesario incluir las diversas restricciones que afectan a las contramedidas legítimas aplicables de conformidad con la segunda parte del proyecto aprobado en primera lectura. El principio es muy estricto y tiene sus propias limitaciones internas. En concreto, sólo es aplicable si la primera violación está demostrada, si mantiene una relación causal con el hecho posterior, y si las violaciones afectan a las mismas obligaciones o a otras obligaciones conexas. A estos efectos, una obligación puede estar relacionada bien textualmente (como parte del mismo instrumento) o porque trata del mismo asunto y la misma situación particular. Véase el párrafo 328 *supra*.

3. Se consideró la posibilidad de incluir en el artículo 30 *bis* la situación ligeramente más amplia de las obligaciones sinalagmáticas, es decir, las obligaciones (normalmente contenidas en un tratado) de un carácter tal que el cumplimiento continuo de la obligación por parte de un Estado está condicionado al cumplimiento similar por parte del otro Estado. En estos casos no existe un vínculo causal directo entre el incumplimiento por parte del Estado A y el incumplimiento por parte del Estado B. Sigue siendo posible para el Estado B cumplir la obligación, pero hacerlo iría en contra de las expectativas que subyacen al acuerdo. Ejemplos de este tipo serían un acuerdo de cesación del fuego, o un acuerdo de intercambio de prisioneros o de destrucción de armas. Sin embargo, esta situación parece resolverse adecuadamente mediante una combinación de otras reglas: interpretación de los tratados, aplicación de contramedidas y posibilidad de suspender la aplicación del tratado o incluso darlo por terminado. Véanse los párrafos 329 a 331 *supra*.

Artículo 31.—Fuerza mayor

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 mayor. A los efectos de este artículo, fuerza mayor es una fuerza irresistible o un acontecimiento exterior imprevisible ajenos al control del Estado que hacen materialmente imposible cumplir con la obligación en las circunstancias del caso.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

***a*) La fuerza mayor es resultado, únicamente o en combinación con otros factores, de la conducta ilícita del Estado que la invoca; o**

***b*) El Estado al asumir la obligación ha asumido el riesgo de que así ocurra.**

Notas

1. El artículo 31 se titulaba originalmente «Fuerza mayor y caso fortuito» pero no es cierto en absoluto que todos los casos fortuitos puedan ser considerados como excusa, mientras que la fuerza mayor, tal como se define, abarca suficiente número de casos. El título del artículo 31 se ha simplificado sin que el propio artículo haya sufrido pérdidas de contenido.

2. En su redacción original, el párrafo 1 también abarcaba los casos de fuerza mayor en los que era imposible que el Estado «se percatara de que su comportamiento no era conforme a» la obligación. Esto introducía un confuso elemento subjetivo y parecía contradecir el

[702] *C.I.J. Recueil 1996* (véase la nota 211 *supra*), pág. 242, párr. 30.

principio de que la ignorancia de la ilicitud (es decir, la ignorancia de la ley) no es una excusa. Con esta frase se pretendía abarcar casos tales como el fallo imprevisto de un equipo de navegación que provocara la entrada de una aeronave en el espacio aéreo de otro Estado. Las palabras «en las circunstancias del caso» tienen por objeto incluir estas situaciones sin necesidad de hacer referencia al conocimiento de la ilicitud. Véase el párrafo 262 *supra*.

3. Tal como se aprobó en primera lectura, el párrafo 2 disponía que la alegación de una fuerza mayor «no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de imposibilidad material». Pero la fuerza mayor se define estrictamente en el párrafo 1, y esta limitación adicional parece restringir demasiado la alegación de una fuerza mayor. Según los motivos paralelos para dar por terminado un tratado expuestos en el artículo 61 de la Convención de Viena de 1969, la imposibilidad material no podrá hacerse valer «si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado». Por analogía con esta disposición, el párrafo 2, apdo. *a*, excluye la posibilidad de ampararse en la fuerza mayor en aquellos casos en que el Estado haya producido o contribuido a producir la situación mediante su propia conducta ilícita. Véase el párrafo 263 *supra*.

4. Además, es concebible que al asumir la obligación en cuestión el Estado haya asumido el riesgo de que se produzca una fuerza mayor. El párrafo 2, apdo. *b*, excluye la posibilidad de hacer valer la fuerza mayor en estos casos. Véase el párrafo 264 *supra*.

Artículo 32.—Peligro extremo

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 autor del hecho en cuestión creía razonablemente que no tenía otro medio, en una situación de peligro, de salvar su vida o las personas confiadas a su cuidado.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

***a*) La situación de peligro es resultado, únicamente o en combinación con otros factores, de la conducta ilícita del Estado que la hace valer; o**

***b*) Era probable que la conducta en cuestión creara un peligro comparable o mayor.**

Notas

1. Este artículo es sustancialmente el mismo que se propuso en primera lectura. Sin embargo, se han introducido ciertos cambios. En primer lugar, el Estado cuya acción se cuestiona tiene que haber creído razonablemente, a partir de la información que estaba o podría haber estado disponible, que había vidas en peligro. La norma anterior era totalmente objetiva, pero en casos de auténtico peligro extremo es normal que no haya tiempo para realizar investigaciones médicas o de otro tipo que justificarían la aplicación de una norma objetiva.

2. En segundo lugar, en paralelo con el artículo 31, párr. 2, apdo. *a*, propuesto, se ofrece una nueva versión del artículo 32, párr. 2, apdo. *a*, y básicamente por los mismos motivos. Será frecuente que el Estado que se ampara en un peligro extremo haya «contribuido» aunque sea indirectamente a la situación, pero parece que sólo debería estar excluida la alegación de un peligro extremo si este Estado hubiera contribuido a la situación de peligro extremo mediante una conducta que fuera realmente ilícita.

3. En tercer lugar, se ha eliminado el requisito de que el peligro sea «extremo». No está claro que añada nada a los otros requisitos que figuran en el artículo 32. Véanse los párrafos 273 a 276 *supra*.

Artículo 33.—Estado de necesidad

1. Ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que:

***a*) El hecho sea el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; y**

***b*) El hecho no afecte gravemente:**

i) Un interés esencial del Estado para con el que existía la obligación; o

ii) Un interés común o general, si la obligación fue establecida para proteger dicho interés.

2. En todo caso, ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad, como causa de exclusión de la ilicitud si:

***a*) La obligación internacional en cuestión dimana de una norma imperativa de derecho internacional general; o**

***b*) La obligación internacional en cuestión excluye explícita o implícitamente la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o**

***c*) El Estado que invoca el estado de necesidad ha contribuido materialmente a que se produzca el estado de necesidad.**

Notas

1. El artículo 33 corresponde al texto aprobado en primera lectura, con ciertas enmiendas de redacción. En su mayor parte éstas son de carácter menor. Por ejemplo, al igual que otros artículos del capítulo V, el artículo 33 debe estar redactado en tiempo presente, y no es preciso referirse a «estado de necesidad» en el texto, puesto que el término «necesidad» es suficiente.

2. Es preciso señalar tres cambios. En primer lugar, el párrafo 1, apdo. *b*, se ha reformulado para aclarar que, en aquellos casos en que la obligación redunde en interés de todos (por ejemplo, una obligación *erga omnes*) prevalecerá ese interés. En segundo lugar, el párrafo 2, apdo. *b*, ya no queda limitado a las obligaciones establecidos por tratado. En tercer lugar, en el párrafo 2, apdo. *c*, se utiliza la expresión «contribuido materialmente», puesto que es natural que el Estado que alega el estado de necesidad pueda haber contribuido en cierto sentido a la situación, y la cuestión es si esta contribución es suficiente para privarle del derecho a hacer valer el estado de necesidad. Véanse los párrafos 292 y 293 *supra*.

Artículo 34.—Legítima defensa

Nota

Véase el presente artículo 29 *ter*.

Artículo 34 bis.*—Procedimiento para hacer valer una circunstancia que excluya la ilicitud*

1. Un Estado que hace valer una circunstancia que excluye la ilicitud según este capítulo deberá, lo antes posible tras tener noticia de la circunstancia, informar por escrito al otro Estado o a los otros Estados interesados de dicha circunstancia y de sus consecuencias para el cumplimiento de la obligación.

[2. Si surge una controversia sobre la existencia de la circunstancia o sus consecuencias para el cumplimiento de la obligación, las partes deberán intentar resolver la controversia:

***a*) En un caso relacionado con el artículo 29 *bis*, por los procedimientos dispuestos en la Carta de las Naciones Unidas;**

***b*) En cualquier otro caso, de conformidad con la tercera parte.]**

Nota

El capítulo V aprobado en primera lectura no incluye disposiciones relativas al procedimiento para hacer valer circunstancias eximentes de la ilicitud, o para el arreglo de controversias. Esta última cuestión se examinará a propósito de la tercera parte del proyecto, y el párrafo 3 del artículo 34 *bis* se incluye *pro memoria*, en espera del examen ulterior de cuestiones relacionadas con el arreglo de controversias. No obstante, si un Estado desea hacer valer una circunstancia eximente de la ilicitud, es razonable que informe al otro Estado o a los otros Estados interesados

de dicho hecho y de sus motivos, y el párrafo 1 así lo dispone. Véanse los párrafos 353 y 355 *supra*.

Artículo 35.—Consecuencias de hacer valer una circunstancia que excluye la ilicitud

En virtud de este capítulo se puede hacer valer una circunstancia que excluye la ilicitud sin perjuicio de:

***a*) La cesación de todo hecho que no esté en conformidad con la obligación en cuestión, y el posterior cumplimiento de dicha obligación, siempre que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;**

***b*) En el caso de los artículos 32 y 33, la cuestión de la indemnización pecuniaria por los daños o perjuicios efectivos causados por ese hecho.**

Notas

1. El artículo 35, tal como se aprobó en su primera lectura, contiene una reserva relativa a la indemnización por daños ocasionados en cuatro de las circunstancias que excluían la ilicitud, a saber, según los artículos 29 (consentimiento), 31 (fuerza mayor), 32 (peligro extremo) y 33 (estado de necesidad). Se recomienda la supresión del artículo 29 (su inclusión en el artículo 35 era cuestionable en todo caso). Por lo que se refiere a la fuerza mayor, el Estado actúa sujeto a fuerzas externas que hacen materialmente imposible cumplir la obligación, y no ha asumido el riesgo de incumplimiento. Pero en el caso de los artículos 32 y 33, existe al menos cierta capacidad de opción por parte del Estado, mientras que el Estado o los Estados que de lo contrario podrían tener derecho a aducir que el hecho en cuestión viola una obligación para con ellos, no han contribuido y por supuesto no han causado la situación de peligro extremo o de necesidad, y no está claro por qué deberían sufrir daños o perjuicios efectivos en interés del Estado que hace valer esas circunstancias. Por tanto, se ha mantenido el artículo 35 en relación con el peligro extremo y el estado de necesidad. Sin entrar en detalles sobre la indemnización, se ha modificado ligeramente el texto para hacerlo más neutral y anodino, y también para evitar dificultades técnicas derivadas de los términos «daños» e «indemnización». Véanse los párrafos 341 a 349 *supra*.

2. Asimismo, se ha añadido el artículo 35, apdo. *a*, para aclarar que el capítulo V tiene un efecto meramente excluyente. Cuando una circunstancia exime de la ilicitud cese, o deje de tener efecto eximente por cualquier motivo, la obligación en cuestión (suponiendo que siga en vigor) tendrá que ser cumplida de nuevo, y el Estado cuyo anterior incumplimiento fue excusado deberá actuar en consecuencia. Véase el párrafo 350 *supra*.

3. Teniendo en cuenta el mayor alcance del artículo 35, se ha modificado su título.

D.—Contramedidas previstas en el capítulo V de la primera parte y en el capítulo III de la segunda parte

359. El artículo 30, que figura en el capítulo V de la primera parte, se refiere a hechos que constituyen una contramedida «legítima» con arreglo al derecho internacional en respuesta a un comportamiento ilícito de parte de otros Estados. Se prescribe que queda excluida la ilicitud de esos hechos aplicados a modo de contramedidas y que, en consecuencia, no surge ninguna responsabilidad con respecto a ellos[703]. En el proyecto de artículos aprobados en primera lectura esto se puso de relieve en el artículo 35, que mantiene la posibilidad de indemnización por los daños causados por el comportamiento tratado en algunos otros artículos de la quinta parte, pero no por los daños causados por las contramedidas o por la legítima defensa[704].

360. En los trabajos que llevó a cabo ulteriormente sobre la segunda parte del proyecto de artículos, la Comisión se ocupó con cierto detenimiento de las contramedidas teniendo ante sí los informes detallados sobre el tema presentados por el Sr. Arangio-Ruiz[705]. Las disposiciones pertinentes, que sólo se adoptaron después de celebrarse un importante debate y en algunos casos mediante votaciones en sesión plenaria[706], figuran en el capítulo III de la segunda parte. Se trata de los artículos 47 a 50. Estos artículos también deben leerse en el contexto de la tercera parte relativa a la solución de controversias.

La definición de contramedidas

361. Conforme al párrafo 1 del artículo 47, las contramedidas se adoptan cuando «el Estado lesionado no cumple con una o varias de sus obligaciones para con el Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito». Las contramedidas tienen por propósito inducir a este último Estado (en adelante denominado el Estado que es objeto de las contramedidas) a que cumpla con sus obligaciones de cesación y reparación, y podrán adoptarse mientras no se hayan cumplido esas obligaciones y siempre que «ello sea necesario a la luz de su respuesta a las peticiones del Estado lesionado». En consecuencia se considera que las contramedidas tienen un carácter fundamentalmente correctivo más que punitivo pero, por otra parte, no existe un límite específico a las obligaciones que pueden incumplirse al aplicar las contramedidas. En particular, no se adoptó el concepto de «contramedidas recíprocas» que había expuesto anteriormente el Relator Especial, Sr. Riphagen[707].

362. En el artículo 30 se ha dejado en claro que las contramedidas excluyen solamente la ilicitud en las relaciones entre el Estado lesionado y el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito. Las consecuencias en lo que respecta a terceros Estados se exponen en el párrafo 3 del artículo 47, que prescribe que las contramedidas respecto del Estado A no podrán justificar «el incumplimiento de una obligación para con un tercer Estado». Por otra parte, esta disposición no abarca los efectos directos o indirectos sobre un tercer Estado, o sobre terceros en general, que no entrañen una violación independiente de cualquier obligación no prevista en esta disposición.

363. En los artículos 48 a 50 se impone una serie de condiciones y restricciones, tanto sustantivas como de procedimiento, a la adopción de contramedidas a fin de evitar su uso indebido y de limitarlas a los propósitos especificados en el artículo 47. En el debate realizado durante la primera lectura de las contramedidas, las cuestiones de procedimiento fueron las más controvertidas.

---

[703] Véase el párrafo 244 *supra*.

[704] Véase el párrafo 305 *supra*.

[705] *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/440 y Add.1, y *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/444 y Add.1 a 4.

[706] Véase *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 11, párr. 16; *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 145, párr. 228, y *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 62, párr. 339.

[707] Véase el párrafo 324 *supra*.

Limitaciones sustantivas de las contramedidas

364. La primera limitación sustantiva, que está bien establecida como cuestión de derecho internacional general, es la proporcionalidad. La proporcionalidad se formula de manera negativa en el artículo 49: las contramedidas «no deberán ser desproporcionadas en relación con el grado de gravedad del hecho internacionalmente ilícito o los efectos de éste sobre el Estado lesionado». El uso del término «o» indica que son pertinentes tanto la gravedad de la violación como la medida en que ésta haya afectado al Estado lesionado.

365. En el artículo 50, que se titula «Contramedidas prohibidas», se exponen varias otras limitaciones sustantivas. Algunas de éstas resultan evidentes. En las contramedidas no se puede recurrir «a la amenaza o al uso de la fuerza, prohibidos por la Carta de las Naciones Unidas» (apdo. *a*), ni «a cualquier otro comportamiento que contravenga a una norma imperativa de derecho internacional general» (apdo. *e*). En las contramedidas tampoco se puede recurrir «a cualquier comportamiento que vulnere derechos humanos fundamentales» (apdo. *d*). En consecuencia, quedan excluidas las represalias armadas que entrañan el uso de la fuerza. Otra prohibición específica se refiere «a cualquier comportamiento que infrinja la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares» (apdo. *c*). Sin embargo no se excluye de manera específica un comportamiento que suponga una violación de las normas del derecho internacional humanitario.

366. Además, en el apartado *b* del artículo 50 se prohíben las «medidas extremas de coacción política o económica enderezadas a poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito». El uso del término «extremas» implica, en este caso, que aun las contramedidas ordinarias pueden ser coercitivas y, en efecto, puesto que se hallan destinadas a inducir al Estado que es objeto de ellas a cumplir con sus obligaciones internacionales, es posible que sean coercitivas por definición.

367. En el proyecto de artículos no se trata la posibilidad de que las contramedidas queden expresa o implícitamente excluidas por una determinada obligación. No había necesidad de hacerlo en relación con los derechos humanos que no son derogables, puesto que éstos ya están comprendidos en los términos más amplios que se utilizan en el apartado *d* del artículo 50. Sin embargo también puede pensarse que las obligaciones que corresponden a lo que la CIJ denomina «obligaciones de contención total» pueden excluir expresa o implícitamente las contramedidas[708]. Es cierto que la categoría de «obligaciones de contención total» se estableció para tratar las limitaciones a los actos de legítima defensa, pero la misma idea parece aplicarse *a fortiori* a los actos realizados a modo de contramedidas.

[708] Véase el párrafo 301 *supra*.

Condiciones de procedimiento del recurso a las contramedidas

368. Las consecuencias de procedimiento del recurso a las contramedidas se exponen en el artículo 48. En la forma finalmente adoptada, en el artículo 48 se distingue entre las «medidas transitorias de protección», que pueden ser adoptadas por el Estado lesionado inmediatamente después de que el Estado que es objeto de las contramedidas haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, y las contramedidas propiamente dichas, que sólo pueden adoptarse después de que se hayan llevado a cabo, sin éxito, las negociaciones encaminadas a solucionar la controversia, conforme a lo dispuesto en el artículo 54. Esta distinción se hizo en una fase avanzada del debate sobre las contramedidas, después de que, en una votación, la Comisión decidió, por una estrecha mayoría, exigir la negociación como condición necesaria para la adopción de contramedidas[709]. Las «medidas transitorias de protección» se definen como las medidas «que sean necesarias para preservar sus derechos y que por lo demás cumplan los requisitos de este capítulo». Esta redacción no es muy clara puesto que, conforme al artículo 47, todas las contramedidas, para ser lícitas, deben ser necesarias a fin de asegurar el respeto de los derechos del Estado lesionado a la cesación y reparación con arreglo a los artículos 41 a 46 y, por lo tanto, todas las contramedidas son, por definición, medidas «necesarias para preservar [los] derechos» del Estado lesionado. Aunque no se dice textualmente, las «medidas transitorias» parecen ser las medidas necesarias para proteger el derecho del Estado lesionado a *adoptar contramedidas* si las negociaciones fracasan. La intención era evidentemente permitir la adopción inmediata de medidas en relación con objetos que, de otra manera, podrían ser retirados del territorio del Estado lesionado con lo cual ya no podrían ser objeto de contramedidas. Entre los ejemplos figuran la congelación de activos o cuentas bancarias o la detención de naves o aeronaves. El uso de la expresión «medidas transitorias de protección» tiene un trasfondo evidente de medidas judiciales, como aquellas a las que se hace referencia en el párrafo 1 del Artículo 41 del Estatuto de la CIJ y en el artículo 290 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Pero si bien puede haber cierta analogía entre ambas situaciones, no se trata de una analogía rigurosa. El artículo 48 se refiere a las medidas unilaterales adoptadas por un Estado, bajo su propia responsabilidad, en respuesta a un comportamiento ilícito, medidas que, en otro caso, hubieran podido ser ellas mismas internacionalmente ilícitas. Las medidas provisionales ordenadas o indicadas por un tribunal o corte internacional son, por definición, no unilaterales y es improbable que autoricen un comportamiento que no sea conforme a las obligaciones internacionales del Estado Parte que las aplica. Las «medidas transitorias de protección» previstas en el párrafo 1 del artículo 48 se acercan más a la forma de un embargo preventivo de que puede disponer el titular de un derecho de acuerdo a la legislación nacional.

369. En caso de que las negociaciones se hayan llevado a cabo y no se haya conseguido en ellas solucionar la controversia, en el artículo 48 se prescribe que podrán adoptarse contramedidas, en la forma prevista en los demás

[709] Véase *Anuario… 1996*, vol. I, 2456.ª sesión, pág. 181, párr. 57.

artículos del capítulo III. A partir de entonces las medidas de solución de controversias pueden aplicarse al mismo tiempo que dichas contramedidas en vez de ser un requisito necesario de las mismas. Sin embargo, se dice también que la adopción de contramedidas entraña el cumplimiento de las obligaciones en materia de solución de controversias que dimanan de la tercera parte, si no se dispone de cualquier otro «procedimiento vinculante de solución de controversias» que se encuentre vigente entre el Estado lesionado y el Estado que haya cometido el hecho ilícito que es objeto de la controversia (véase el párrafo 2 del artículo 48). A fin de apreciar cómo funciona este sistema, es necesario describir brevemente las disposiciones de la tercera parte, titulada «Solución de controversias».

370. En la tercera parte se establece un procedimiento de tres fases. La primera entraña la conciliación por medio de una Comisión de Conciliación (véanse los artículos 56 y 57 y el anexo I). Si ninguna de las partes somete la controversia a conciliación, o si no se llega a una solución convenida dentro de los seis meses siguientes del informe de la Comisión, las partes pueden, de común acuerdo, someter la controversia a un arbitraje (véanse los artículos 58 y 59 y el anexo II). Cualquiera de las partes puede impugnar la validez del laudo arbitral: estas impugnaciones se remiten a la CIJ si en un plazo de tres meses las partes no se han puesto de acuerdo sobre otro tribunal (art. 60). En consecuencia, conforme a la tercera parte, el arbitraje depende normalmente del consentimiento de las partes, pero si éstas se ponen de acuerdo, su consentimiento implica la jurisdicción vinculante de la CIJ con respecto a cualquier controversia sobre la validez del laudo resultante.

371. Sin embargo, el párrafo 2 del artículo 58 contiene una disposición especial sobre las contramedidas:

> No obstante, cuando la controversia haya surgido entre Estados Partes en los presentes artículos y uno de ellos haya adoptado contramedidas respecto del otro, el Estado respecto del cual se hayan adoptado las contramedidas tendrá derecho a someter unilateralmente en cualquier momento la controversia a un tribunal arbitral que se constituirá de conformidad con el anexo II de los presentes artículos.

Esta es la única disposición relativa a la solución obligatoria de controversias en el proyecto de artículos y sólo se aplica cuando un Estado Parte ha adoptado contramedidas respecto de otro. Evidentemente, se descarta el procedimiento de la Comisión de Conciliación. En el párrafo 2 no se define precisamente «la controversia» que debe someterse a arbitraje. Parece claro que el término abarca la controversia subyacente sobre el (presunto) hecho internacionalmente ilícito, es decir, la controversia que ha tenido por consecuencia la adopción de contramedidas. Pero comprende asimismo cualquier controversia indirecta (controversia que muy probablemente puede surgir en la práctica), por ejemplo, sobre la cuestión de si las contramedidas adoptadas son lícitas conforme a los requisitos del capítulo III. En otras palabras, comprende el término «la controversia» cuestiones tales como si las contramedidas son proporcionadas, si están prohibidas por el artículo 50, si se ha hecho antes un esfuerzo auténtico de negociación, y, de no ser así, si las contramedidas constituyen «medidas transitorias» conforme al párrafo 1 del artículo 48. Ambos puntos de vista pueden defenderse. En favor de la opinión más estricta (es decir, que la «controversia» se limita a la controversia subyacente dimanada del hecho internacionalmente ilícito) puede alegarse que la obligación de dar una solución a la controversia surge tan pronto como se han adoptado las contramedidas, aunque la cuestión de la licitud de las contramedidas puede depender de hechos ocurridos más adelante, por ejemplo, hechos relacionados con los efectos desproporcionados de la contramedida sobre el Estado lesionado. En favor del punto de vista más amplio, es posible decir que la controversia sólo se somete a arbitraje cuando ya se han adoptado en la práctica las contramedidas: más aún, sería inequitativo y excesivo pedir que el Estado Parte que es objeto de las contramedidas someta a arbitraje la cuestión de la ilicitud de su propio comportamiento, sin poder poner a prueba la ilicitud del comportamiento adoptado en respuesta por el Estado lesionado. Probablemente el punto de vista más amplio es el mejor. En todo caso, existen límites al alcance de la obligación de recurrir al arbitraje. Por ejemplo, esta obligación no parece abarcar las reconvenciones que el Estado que es objeto de las medidas puede formular contra el Estado lesionado con respecto a la controversia inicial.

372. En el artículo 48 se regula a continuación la medida en que las contramedidas pueden mantenerse en vigor durante el arbitraje. Conforme al párrafo 3 del artículo 48, las contramedidas deben suspenderse «cuando [...] y en la medida en que» el Estado que es objeto de las medidas coopere en el procedimiento de arbitraje. Pero la obligación de suspender las contramedidas termina en caso de que el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito atienda un requerimiento o mandamiento dimanante del tribunal, por ejemplo, un mandamiento o requerimiento de medidas provisionales y, al parecer, dicha obligación no vuelve a estar vigente (véase el párrafo 4 del artículo 48). Estas disposiciones sólo se aplican si ha cesado el hecho internacionalmente ilícito del Estado que es objeto de las contramedidas, es decir, que no se aplican a hechos ilícitos continuos que el Estado objeto de las contramedidas no ha suspendido. La distinción entre hechos ilícitos continuos y hechos ilícitos consumados se ha tratado anteriormente y ha sido aceptada en principio[710]. En la práctica, la definición de hecho ilícito continuo depende, en cierta medida, de la manera como el Estado lesionado formule sus exigencias, ya que el requisito de la suspensión de las contramedidas con arreglo al párrafo 3 del artículo 48 puede no aplicarse en muchos casos.

Contramedidas en relación con los «crímenes internacionales» definidos en el artículo 19

373. En el capítulo IV de la segunda parte, titulado «Crímenes internacionales», se exponen las consecuencias específicas de los crímenes internacionales de los Estados, que se definieron en el artículo 19 aprobado en primera lectura. El escaso número de esas consecuencias, que contrasta con la gravedad del concepto de crimen tal como se ha definido, ya ha sido objeto de análisis[711]. En el capítulo IV se modifican dos de las limitaciones a la

[710] Véanse los párrafos 93 a 113 *supra*.

[711] Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párrs. 51 y 84 a 86.

reparación que figuran en el capítulo II[712]. Con ello se crea, en cierta medida, un régimen especial de reparación en relación con los «crímenes de Estado». En cambio no se hace ninguna modificación en el capítulo III, de modo que, según el proyecto de artículos, no existen consecuencias agravantes especiales del crimen de Estado en lo que respecta a las contramedidas. Es cierto que, según la definición de «Estado lesionado» que figura en el artículo 40, se define a «todos los Estados» como lesionados por un crimen y, por consiguiente, todos los Estados tienen el derecho individual de tratar de obtener reparación y de adoptar contramedidas en respuesta a un crimen. Sin embargo, el proyecto de artículo no contiene ninguna disposición relativa a las posibles consecuencias de la adopción de contramedidas por muchos Estados en respuesta a un hecho ilícito descrito como un «crimen», con la posible excepción del apartado *d* del artículo 53 en que se prescribe que los Estados deben «cooperar con otros Estados en la aplicación de medidas destinadas a eliminar las consecuencias del crimen». Parece que la proporcionalidad con arreglo al artículo 48 se juzga sobre una base bilateral, entre el Estado lesionado y el Estado que es objeto de las contramedidas, de manera que no existe un mecanismo para evaluar la proporcionalidad del comportamiento adoptado por vía de «contramedidas colectivas». Esta es, sin embargo, una consecuencia más amplia del ámbito que abarca la definición de «Estado lesionado», y del hecho de que en el artículo 40 se trata en la misma forma a todos los Estados lesionados, ya sea que el hecho internacionalmente ilícito les interese específicamente o que reaccionen, por así decirlo, en defensa del interés público, a una violación grave del derecho internacional o de los derechos humanos.

374. En 1998, la Comisión decidió dejar de lado por el momento el concepto de crimen de Estado y considerar «si el desarrollo sistemático en el proyecto de artículos de conceptos fundamentales, como obligaciones (*erga omnes*), normas imperativas (*jus cogens*) y una posible categoría de las infracciones más graves de la obligación internacional podría ser suficiente para resolver todas las cuestiones planteadas por el artículo 19»[713].

1. Reflexiones sobre el tratamiento a las contramedidas en la segunda parte

375. La presente sección tiene por objeto examinar una serie de cuestiones generales planteadas por el tratamiento a las contramedidas en la segunda parte. Existen dos cuestiones principales que deben resolverse en este momento: 1) si se debe conservar el tratamiento a las contramedidas, y 2) la manera de abordar el vínculo explícito que existe entre las contramedidas y la solución de controversias, en vista de que no se ha resuelto el estatuto de la tercera parte y la forma que tendrá el propio proyecto de artículos. Otra cuestión importante ha quedado abierta durante el debate del capítulo V de la primera parte, a saber, la formulación exacta del artículo 30.

a) *Observaciones de los gobiernos*

376. Las observaciones de los gobiernos sobre las contramedidas han sido de carácter tanto general como específico. Cualquiera sea su propósito y contenido, indican claramente que los Estados consideran que las contramedidas son una cuestión de importancia fundamental en el contexto del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados.

377. En general, un cierto número de gobiernos pone de relieve que el tratamiento de las contramedidas en la segunda parte, con su insistencia en la solución de controversias, implica que el proyecto de artículos deberá tener necesariamente la forma de una convención. Por ejemplo, Alemania observa que: «La Comisión debe tener presente que la forma del proyecto afectará la eficacia de la tercera parte, relativa a la solución de controversias, y por extensión, de la segunda parte, relativa a las contramedidas»[714].

378. Los gobiernos también han expresado sus preocupaciones en cuanto a la relación que existe entre la solución de controversias y el régimen de contramedidas. En particular, se critica en tal sentido el párrafo 2 del artículo 58: mientras que unos pocos gobiernos están a favor de retenerlo[715], muchos otros han señalado que «podría incitar a un Estado a adoptar contramedidas para obligar a otro a aceptar el arbitraje»[716]. Esta disposición sería, por consiguiente, contraria a la necesidad de limitar el recurso a las contramedidas. Más aún, podría producir «un cierto desequilibrio entre el Estado infractor, que puede recurrir al arbitraje, y el Estado lesionado, que carece de este derecho cuando surge la controversia original sobre la responsabilidad del Estado infractor»[717]. Varios gobiernos piden que se elimine el párrafo[718], o por lo menos que se vuelva a examinar cuidadosamente.

379. El presente informe no tiene por objeto formular propuestas sobre cada uno de los artículos relativos a las contramedidas de la segunda parte, pero resulta útil resumir el contenido de las observaciones concretas formuladas hasta ahora[719], sobre todo porque éstas se refieren no sólo a la formulación de los artículos sino a su lugar en el proyecto en su conjunto.

380. Debe hacerse una primera distinción entre los gobiernos que están en favor del planteamiento general adoptado por la Comisión y los que han expresado sus dudas al respecto. Entre los primeros, Alemania considera que las disposiciones pertinentes del proyecto han «logrado un delicado equilibrio entre los derechos e intereses de

---

712 Véase *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 70, artículo 52, que se refiere a los límites contenidos en los artículos 43, apdos. *c* y *d*, y 45, párr. 3.

713 *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 83, párr. 331.

714 *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3. Véanse también las observaciones de Italia y Singapur (con referencia a los procedimientos de la OMC) (ibíd.).

715 Ibíd., observaciones de Alemania y Suiza. Para la Argentina «las contramedidas y el arbitraje obligatorio deben considerarse como dos aspectos de la misma cuestión» (ibíd.).

716 Ibíd., según los términos usados por Francia. Véase también ibíd., observaciones de México y el Reino Unido.

717 Ibíd., Dinamarca, en nombre de los países nórdicos. Véase también los Estados Unidos (ibíd.) y el Japón (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

718 Como sugiere México (véase la nota 7 *supra*).

719 En tanto que observaciones sobre artículos específicos, las relativas al artículo 30 ya se han mencionado (párrs. 248 y 249 *supra*).

los Estados lesionados y los de los Estados a los cuales se aplican las contramedidas»[720]. Entre los últimos, las críticas y preocupaciones expresadas dimanan de perspectivas distintas y a veces, hasta de perspectivas opuestas. Por ejemplo, los Estados Unidos consideran que «el proyecto de artículos contiene restricciones a su uso que carecen de fundamento»[721] y, por consiguiente, recomiendan que la Comisión «suprima o modifique de manera sustancial las prohibiciones a las contramedidas»[722]. Por el contrario, la Argentina pide que la Comisión reexamine cuidadosamente el tema y estima que «[c]abría la posibilidad de establecer una inversión en la presunción de licitud de las contramedidas y estipular que los Estados no gozan de un derecho a aplicarlas sino que, en ciertos casos, su aplicación no es ilícita cuando concurran circunstancias de extrema gravedad»[723]. Otros Estados opinan que «sería más apropiado examinar en un foro especializado»[724] las cuestiones planteadas por las contramedidas o bien que la Comisión debía adoptarlas en un estudio por separado y, por consiguiente, apoyan la entera supresión de los artículos 47 a 50[725]. Sin embargo, Italia, entre otros países, se opone decididamente a este parecer y considera «esencial que se codifique el régimen de las contramedidas (condiciones de adopción, contramedidas prohibidas, etc.)»[726].

381. Cualquiera sea su opinión sobre el tratamiento que debe darse a las contramedidas en el proyecto de artículos, los gobiernos también han expresado sus puntos de vista sobre cuestiones concretas relativas a ellos. Esas cuestiones fueron las siguientes:

a) la dificultad de distinguir en la práctica entre las contramedidas y las medidas transitorias de protección a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 48[727];

b) «la cuestión esencial relativa a saber si las medidas que se adopten deben guardar relación o tener algún nexo con el derecho lesionado»[728];

c) la eventualidad de «medidas colectivas»[729] y de contramedidas en caso de incumplimiento de las obligaciones multilaterales o *erga omnes*[730];

d) los posibles efectos de la distinción entre crímenes y delitos sobre el régimen de contramedidas[731], y, de manera más general, la cuestión de si debe considerarse que las contramedidas cumplen una función punitiva[732];

e) la posición de terceros Estados[733];

f) los efectos de las contramedidas sobre la situación económica del Estado al cual se aplican[734] y sus consecuencias sobre los derechos humanos[735];

g) la influencia de las contramedidas en cuanto agravan las desigualdades entre los Estados, puesto que el recurso a las contramedidas «favorece a los países poderosos»[736].

b) *Evolución de la legislación y la práctica relativas a las contramedidas*

382. La legislación y la doctrina relativas a las contramedidas han sido examinadas a fondo en el tercer y el cuarto informes del Sr. Arangio-Ruiz[737] y no es necesario volver a tratarlas en esta fase de los trabajos. Sin embargo, puesto que la Comisión ha terminado la primera lectura del proyecto de artículos, la CIJ ha abordado la cuestión por primera vez y su examen tiene especial interés.

383. En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte debía decidir sobre la licitud de la «Variante C», es decir la desviación unilateral de las aguas del Danubio por medio de la central eléctrica de *Gabčíkovo*[738]. Checoslovaquia había iniciado la acción a raíz de la negativa de Hungría a llevar a cabo los trabajos que se le habían asignado con arreglo al tratado de 1977, aduciendo varios motivos pero sin mencionar expresamente el argumento de que la construcción de la Variante C era una contramedida. En su argumento ante la Corte, Eslovaquia, de manera semejante, «no invocó las contramedidas como argumento primordial, puesto que no consideraba que la Variante C fuera ilícita», pero en cambio expresó la opinión de que «la Variante C podría presentarse como una contramedida justificada en respuesta a los hechos ilícitos de Hungría»[739]. La Corte, tras sostener que la negativa de Hungría a continuar las obras no podía justificarse, pero que la Variante C constituía en sí misma un hecho internacionalmente ilícito, procedió a examinar si la Variante C

---

720 *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3. Véase también la República Checa y Mongolia (ibíd.), y el Japón (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

721 *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488 y Add.1 a 3.

722 Ibíd.

723 Ibíd. Véase a este respecto la observación formulada por la República Checa.

724 Ibíd., como ha dicho Singapur.

725 Ibíd. Esta opción ha sido propuesta por Francia y el Reino Unido, aunque este último país está conforme con la actual redacción del artículo 30.

726 Ibíd. Véase también Irlanda (ibíd.).

727 Se trata de un tema de especial preocupación para Alemania, los Estados Unidos, Irlanda y el Reino Unido (ibíd.), y el Japón (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen). En sentido contrario, véase la observación de la Argentina (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3).

728 Ibíd., como dice Singapur.

729 Japón (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

730 Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3, observaciones del Reino Unido.

731 Ibíd., por ejemplo, Mongolia. Véase también Grecia (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

732 *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3. Véanse también las opiniones discrepantes expresadas por Dinamarca en nombre de los países nórdicos, e Irlanda, por una parte, y Francia, por la otra (ibíd.).

733 Ibíd., Dinamarca, en nombre de los países nórdicos, y Singapur.

734 Ibíd., los Estados Unidos, Irlanda, el Reino Unido, Singapur y Suiza, y el Japón (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

735 *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3, los Estados Unidos, Irlanda y el Reino Unido, y el Japón (documento A/CN.4/492, reproducido en el presente volumen).

736 *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/488/Add.1 a 3, la Argentina, Dinamarca, en nombre de los países nórdicos, y Singapur.

737 Véase la nota 705 *supra*.

738 Para más detalles véanse los párrafos 103 y 104 *supra*.

739 *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), pág. 55, párr. 82.

podía justificarse en tanto que contramedida. En primer lugar, hizo referencia a dos condiciones para justificar las contramedidas que se habían cumplido en este caso:

> Para justificarse, una contramedida debe cumplir ciertas condiciones [...].
>
> En primer lugar debe adoptarse la respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido anteriormente por otro Estado y estar dirigida contra ese Estado. Aunque no se ha presentado primordialmente como una contramedida, resulta claro que la Variante C era una respuesta a la suspensión y el abandono de las obras por parte de Hungría y que estaba dirigida contra ese Estado; también es claro, a juicio de la Corte, que los hechos de Hungría eran internacionalmente ilícitos.
>
> En segundo lugar, el Estado lesionado debe haber solicitado al Estado autor del hecho ilícito que cese su comportamiento ilícito o preste una reparación. De los hechos del caso se deduce claramente [...] que Checoslovaquia solicitó en muchas ocasiones a Hungría que reanudase el cumplimiento de sus obligaciones dimanantes del tratado[740].

Sin embargo, la Corte consideró que los actos de Checoslovaquia no cumplían con la tercera condición, la proporcionalidad, y que, por consiguiente, eran ilícitos.

> A juicio de la Corte, una importante consideración es que los efectos de una contramedida deben ser proporcionados al daño sufrido, habida cuenta de los derechos en cuestión.
>
> [...]
>
> La Corte considera que Checoslovaquia, al asumir unilateralmente el control de un recurso compartido, privando así a Hungría de su derecho a una parte equitativa y razonable de los recursos naturales del Danubio —con los efectos continuos que tenía la desviación de las aguas sobre la ecología de la zona ribereña del Szigetköz— no respetó la proporcionalidad requerida por el derecho internacional.
>
> [...]
>
> La Corte considera que la desviación del Danubio efectuada por Checoslovaquia no constituía una contramedida lícita porque no era proporcionada. En consecuencia no tiene que examinar otra condición de la licitud de la contramedida, a saber, que debe tener por propósito inducir al Estado autor del hecho ilícito a que cumpla con sus obligaciones con arreglo al derecho internacional y que, por lo tanto, la medida debe ser reversible[741].

384. En consecuencia la CIJ, en un contexto bilateral en el cual no se trataba de una cuestión relativa a las contramedidas prohibidas en el artículo 50, enunció los cuatro elementos distintos del derecho de contramedidas: *a*) las contramedidas deben adoptarse en respuesta a un hecho ilícito; *b*) deben estar procedidas de una petición de cumplimiento de la obligación formulada por el Estado lesionado[742]; *c*) la contramedida debe ser proporcionada, en el sentido de «proporcionada al daño sufrido, habida cuenta de los derechos en cuestión»; y *d*) la contramedida debe tener por propósito «inducir al Estado autor del hecho ilícito a que cumpla con sus obligaciones con arreglo al derecho internacional, y […] por lo tanto la medida debe ser reversible». En particular, la Corte aceptó el concepto de contramedidas en que se basa el artículo 47, así como el requisito de proporcionalidad (al tiempo que añadía útiles aclaraciones en relación con este último, y adoptaba un planteamiento más estricto de lo que podría sugerir la redacción del artículo 49). Adoptó un planteamiento ligeramente distinto de la cuestión de la notificación previa, que se trata en el artículo 48, que merece detenida atención en tanto que alternativa a la formulación existente. En general, la Corte adoptó una posición equilibrada. De una parte, no puso en tela de juicio que las contramedidas pueden justificar un comportamiento que de otra manera sería ilícito, en la medida en que hagan que dicho comportamiento resulte «lícito» (en oposición a una «medida legítima», que es la expresión empleada en el artículo 30 pero que no se utilizó en el fallo), y estimó que las contramedidas se hallaban normalmente en el ámbito de la responsabilidad de los Estados. Por otra parte, formuló requisitos relativamente estrictos y acumulativos para las contramedidas lícitas y los aplicó rigurosamente a los hechos del caso, refiriéndose, entre otras cosas, a los trabajos anteriores de la Comisión.

c) *Cuestiones especiales planteadas por los artículos 47 a 50*

385. El examen de los artículos 47 a 50 llevado a cabo hasta ahora parece indicar que un cierto número de cuestiones ha quedado sin resolver en el proyecto de artículos, sobre todo tratándose de cuestiones de procedimiento. Pero esto no debe disminuir el valor del proyecto de artículos en tanto que primer intento de formular las normas de derecho internacional que rigen la práctica de las contramedidas. Esa práctica es más bien amplia, se halla en relación directa con cuestiones de responsabilidad de los Estados, y ha suscitado inquietud en cuanto a su posible abuso. Al formular los artículos 30 y 47 a 50, la Comisión ha conseguido llegar a un comienzo de acuerdo en torno a cuestiones importantes sobre las cuales las prácticas y decisiones anteriores eran inciertas o equívocas. En particular, parecen ser objeto de aceptación general los elementos siguientes:

a) Las contramedidas sólo pueden justificarse en respuesta a un comportamiento que sea internacionalmente ilícito de hecho y de derecho. El convencimiento del Estado «lesionado» de que se trata de un hecho ilícito no es una base suficiente. En consecuencia, «el Estado lesionado que recurre a contramedidas sobre la base de su evaluación unilateral de la situación lo hace por su cuenta y riesgo y puede incurrir en responsabilidad por un acto ilícito si su evaluación ha sido incorrecta»[743];

b) Las contramedidas no se limitan a las medidas «de reciprocidad» en relación con la misma obligación o con

---

[740] Ibíd., págs. 55 y 56, párrs. 83 y 84. En apoyo de su declaración sobre las contramedidas, la Corte se refirió en general a su fallo *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*C.I.J. Recueil 1986* (véase la nota 68 *supra*), pág. 127, párr. 249); la decisión de 9 de diciembre de 1978 en el asunto *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (n.º de venta E/F.80.V.7), pág. 443), y a los proyectos de artículos 47 a 50 de la Comisión.

[741] *C.I.J. Recueil 1997* (véase la nota 51 *supra*), págs. 56 y 57, párrs. 85 y 87. La Corte se refirió a la importancia de la igualdad entre las partes en el control de las aguas de un río internacional, y observó también que el consentimiento de Hungría a la desviación de las aguas del Danubio se había efectuado en el marco de un proyecto conjunto y no en relación con una desviación unilateral.

[742] La Corte no mencionó el requisito de proceder a negociaciones previas, aunque en este caso se habían llevado a cabo amplias negociaciones.

[743] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 73 y 74, párr. 1 del comentario al artículo 47. En consecuencia, el anterior dictamen en sentido contrario en el asunto *Accord relatif aux services aériens* (véase la nota 740 *supra*), no refleja el derecho internacional.

una obligación conexa. Esto permite establecer una distinción más clara entre las contramedidas y la aplicación de la *exceptio inadimpleti contractus*[744];

c) El principio de proporcionalidad es una condición limitativa esencial a la adopción de contramedidas. La CIJ ha dado nuevas indicaciones sobre su aplicación refiriéndose a la noción de «proporcionalidad» y al requisito de que, en lo posible, los efectos de una contramedida deben ser reversibles[745];

d) El propósito de las contramedidas es inducir al Estado al cual se aplican a que cese en su comportamiento ilícito y preste una reparación adecuada.

Las observaciones de los gobiernos que se han resumido antes, plantean una serie de elementos particulares sobre la formulación de los artículos 47 a 50. En su mayoría éstos pueden tenerse en cuenta mediante los cambios hechos en el texto o en el comentario: la Comisión se encargará de ello en su 52.º período de sesiones, en 2000, en el supuesto de que decida retener las disposiciones detalladas sobre contramedidas que figuran en los artículos 47 a 50. Sin embargo dos cuestiones de carácter general han suscitado muchas preocupaciones y deben tratarse en esta fase preliminar.

i) *La solución de controversias y la forma del proyecto de artículos*

386. Una cuestión fundamental en la formulación de las disposiciones sobre las contramedidas es el vínculo explícito establecido entre la adopción de contramedidas y el arbitraje obligatorio. Las disposiciones existentes se han redactado en el supuesto de que el proyecto de artículos se adoptará en forma de convención y no, por ejemplo, como una declaración anexa a una resolución de la Asamblea General. Como han observado muchos gobiernos, se trata de un supuesto controvertido y, en todo caso, la Comisión aún no ha decidido la forma en que se recomendará el proyecto de artículos a la Asamblea General. No parece deseable proponer textos relativos a una determinada cuestión, tal como las contramedidas, si en esos textos se da por supuesto que sólo existe una solución posible en cuanto a la forma del proyecto de artículos.

387. Además, el vínculo ahora existente entre las contramedidas y la solución de controversias presenta especiales dificultades que lo hacen problemático, cualquiera sea la posición que se adopte sobre la cuestión general de la forma del proyecto de artículos. Las dificultades se refieren tanto a las «medidas transitorias» como al régimen general de contramedidas.

388. Ya se han mencionado la inserción a última hora de la noción de «medidas transitorias» en el artículo 48 y las dificultades que presenta la terminología. La expresión «medidas transitorias» puede inducir a error y también resulta poco útil, puesto que no establece un criterio para distinguir entre las medidas «transitorias» y las medidas de otra índole. Todas las contramedidas tienen por objeto inducir al Estado al cual se aplican a que cese su comportamiento ilícito y preste una reparación y, por consiguiente, proteger de esta manera los derechos del Estado lesionado. Todas las contramedidas son instrumentales y por ello sus efectos deben ser, en la medida de lo posible, reversibles, como lo sostuvo la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[746]. En este importante sentido todas las contramedidas son medidas «transitorias» tendientes a normalizar las relaciones mediante la solución de la controversia existente[747]. Por ejemplo, en la segunda oración del artículo 48 se usa un término engañoso para indicar un concepto que no se ha definido y que evidentemente debe ser objeto de un nuevo examen. Una solución sencilla sería seguir el requisito prescrito por la Corte de que, antes de adoptar contramedidas, el Estado lesionado debe por lo menos haber solicitado al Estado autor del hecho ilícito que cumpla con la norma primaria pertinente o preste una reparación.

389. Tratándose del régimen general de contramedidas, la situación es, por lo menos, igualmente problemática. En cierto sentido la creación de una relación entre la adopción de contramedidas y el recurso al arbitraje puede parecer un elemento progresista, que tiende a moderar el antiguo sistema de «represalias» y contribuye al arreglo pacífico de las controversias internacionales. Recuerda el vínculo establecido, de manera excepcional, en la Convención de Viena de 1969, entre la solución obligatoria de controversias mediante el recurso a un tercero y la invocación de una norma imperativa (*jus cogens*) como causa de invalidez de un tratado[748]. Ese procedimiento, que no se ha invocado nunca, puede defenderse aduciendo que mantiene la estabilidad de las relaciones convencionales[749]. Por el contrario, el vínculo entre las contramedidas y el arbitraje obligatorio tiene serias desventajas y puede ser causa de inestabilidad. La dificultad fundamental es que sólo el Estado objeto de las contramedidas está facultado para dar comienzo al arbitraje obligatorio después de adoptarse las contramedidas, y esto pone a los dos participantes en la controversia en una situación de desigualdad que es difícil justificar en virtud de un principio. ¿Por qué debe el Estado que presuntamente ha cometido un hecho internacionalmente ilícito estar facultado para exigir que el Estado lesionado someta a arbitraje la controversia, mientras que el Estado lesionado no dispone del mismo derecho? Un Estado lesionado que trate de lograr la solución de una controversia mediante el recurso a un tercero tiene, por consiguiente, un incentivo para adoptar contramedidas (inclusive, tal vez, contramedidas excesivas o desproporcionadas) a fin de inducir al Estado al cual éstas se aplican a que inicie el arbitraje. El derecho internacional debe tener por política desalentar el recurso a las

744 Véanse los párrafos 324 y 325 *supra*. La Comisión ha decidido postergar el examen de la formulación de la *exceptio* mientras no haya llegado a conclusiones sobre el contenido y la formulación de los artículos relativos a las contramedidas.

745 Véase el párrafo 383 *supra*.

746 Ibíd.

747 Véase además Crawford, «Counter-measures as interim measures».

748 Véase la Convención de Viena de 1969, arts. 53, 64 y 66. En este caso el vínculo con la solución de controversias no fue establecido por la Comisión sino por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados.

749 Es en cierta medida paradójico prever, de un lado, que las partes en un tratado no pueden, so pena de invalidez, descartar ciertas normas imperativas que interesan a la comunidad internacional en su conjunto y, de otro lado, limitar la posibilidad de impugnar la validez de los tratados a las partes en los mismos.

contramedidas pero, en tal sentido, el proyecto de artículos parece más bien alentarlas. Se ha decidido no requerir en el proyecto de artículos la solución judicial de las controversias mediante el recurso a un tercero en lo que respecta a la responsabilidad de los Estados, pero puesto que, en principio, es posible adoptar contramedidas en relación con cualquier violación de una obligación internacional, puede sostenerse que el párrafo 2 del artículo 58 tiene por consecuencia introducir este sistema de manera indirecta e inequitativa. También se presentan dificultades técnicas cuando se trata de poner en marcha una obligación de recurrir al arbitraje en relación con la adopción de contramedidas: por ejemplo, un Estado que se niega a caracterizar su comportamiento como una contramedida puede eludir de esta manera dicha obligación[750] y existen dificultades con respecto a cuestiones tales como las reconvenciones, a que no se hace referencia en el texto existente[751]. Por todas estas razones, el Relator Especial está firmemente convencido de que no debe conservarse el vínculo entre la adopción de contramedidas y el arbitraje obligatorio.

ii) *El equilibrio entre el Estado «lesionado» y el Estado «objeto de las contramedidas»*

390. Un segundo elemento que ha suscitado muchas preocupaciones es la desigualdad de hecho que entrañan las contramedidas, puesto que, por definición, los Estados más poderosos tienen más capacidad y mayores posibilidades de adoptarlas. Justamente, esta consideración ha hecho que la Comisión introduzca en primera lectura un régimen especial de arbitraje obligatorio en los casos en que se ha recurrido a contramedidas. Sin embargo, por lo general, los Estados que han expresado esta preocupación no apoyan el punto de vista de que deben suprimirse las contramedidas del proyecto de artículos. En particular, a juicio del Relator Especial, no es posible suprimir el artículo 30 sin «descodificar» el derecho internacional. Pero una vez que se acepta el principio del artículo 30, resulta deseable fijar límites apropiados para el recurso a las contramedidas y, en particular, dejar establecida su relación con la cesación y la restitución. Esta es una tarea que corresponde al proyecto de artículos: si la Comisión decide ahora no llevarla a cabo estaría contribuyendo a acentuar la desigualdad inherente a la capacidad de adoptar contramedidas.

2. Conclusión general

a) *Opciones de la Comisión*

391. En resumen, la Comisión parece tener las siguientes opciones para tratar las contramedidas:

a) Conservar el artículo 30 esencialmente en su forma actual, pero suprimir el tratamiento de las contramedidas en la segunda parte;

b) No tratar las contramedidas en la segunda parte, pero incorporar elementos sustanciales del régimen jurídico de contramedidas en el artículo 30;

c) Emprender un tratamiento sustancial de las contramedidas en la segunda parte, inspirado en el texto actual, e incluir el vínculo con la solución de controversias (sin perjuicio de otras cuestiones que se han planteado en relación con determinados artículos);

d) Tratar las contramedidas en la segunda parte, ocupándose de las diversas críticas que se han formulado a los artículos 47 a 50, pero evitando todo vínculo específico con la solución de controversias.

392. El Relator Especial prefiere la cuarta de estas opciones. Se considera, con entera razón, que el tema de las contramedidas en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito se encuentra en el ámbito de la responsabilidad de los Estados, y siempre se ha pensado que figuraría en la segunda parte del proyecto de artículos. El vínculo establecido en el artículo 47 entre las contramedidas, la cesación del comportamiento ilícito y la reparación es útil, y en general las disposiciones sobre las contramedidas parecen tener efectos beneficiosos en la consolidación del derecho, como lo indicó la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[752]. Los Estados y los comentaristas comparten una preocupación general en cuanto a la posibilidad de abusar de las contramedidas. Sin embargo, también suele reconocerse que la institución de las contramedidas existe en el derecho internacional, reconocimiento que se refleja en la decisión adoptada en principio por la Comisión de conservar el artículo 30 en el capítulo V. A juicio del Relator Especial, no sería apropiado reconocer que las contramedidas son una circunstancia que excluye la ilicitud en el marco de la responsabilidad de los Estados —es decir que pueden constituir una excusa o una justificación del comportamiento ilícito— y no exponer al mismo tiempo las principales limitaciones jurídicas al recurso a las contramedidas[753]. Es cierto que existen dificultades con los artículos 47 a 50, en particular tratándose del vínculo con la solución de controversias y con el hecho de no haberse abordado los problemas que surgen de las contramedidas «colectivas» en situaciones en que existen muchos «Estados lesionados». Pero estas dificultades pueden resolverse en el marco del examen de la segunda parte y, en lo que respecta a las respuestas «colectivas» a las violaciones de las obligaciones *erga omnes*, tendrán que tratarse, en todo caso, en el contexto del artículo 40 y de la incidencia de las obligaciones *erga omnes*.

393. Puede parecer más bien extraño referirse para comenzar a las contramedidas en el contexto un poco «in-

---

[750] Un problema semejante se planteó en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el asunto *Navire «Saiga» (n.º 2)* (San Vicente y las Granadinas *c.* Guinea) (*TIDM Recueil 1999*, pág. 10), véase el párrafo 72 del fallo del Tribunal de 4 de diciembre de 1997, en el cual el Tribunal sostuvo que «puesto a elegir entre una clasificación jurídica que entrañe una violación del derecho internacional y una que evita esta consecuencia es preciso optar por la segunda». Sobre este elemento hubo división de opiniones en el Tribunal, 12 contra 9.

[751] Véase el párrafo 393 *infra*. En muchos casos de responsabilidad de los Estados en los que se han adoptado contramedidas, debe plantearse la cuestión de las posibles reconvenciones.

[752] Véase la nota 51 *supra*.

[753] Como se ha observado antes (párr. 295) la analogía entre la legítima defensa y las contramedidas no requiere que se adopte el mismo planteamiento en relación con ambos elementos en el capítulo V de la primera parte. El derecho de legítima defensa se halla relativamente bien desarrollado y se incorpora en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Por otra parte, el derecho de legítima defensa no se ha tratado nunca como un aspecto de la responsabilidad de los Estados, sino como un punto de referencia. La situación de las contramedidas es diferente en todos esos aspectos.

cidental» del artículo 30 antes de proceder a tratarlas con mayor detalle en la segunda parte, y ésta puede ser una razón para preferir la segunda opción antes mencionada[754]. Sin embargo, la dificultad parece ser de presentación y las contramedidas deben estar centradas sobre todo en su propósito instrumental en relación con la cesación y la reparación, no en sus efectos incidentales en tanto que circunstancias que excluyen la ilicitud. Se trata tal vez del principal adelanto hecho en los artículos 47 a 50: las contramedidas se aprecian en la relación con las obligaciones de cesación y reparación prescritas en la segunda parte y no simplemente como una forma difusa y relativamente indiscriminada de sanción, represalia o pena. En estas circunstancias resulta difícil no referirse a las obligaciones secundarias dimanadas del hecho internacionalmente ilícito, según lo expuesto en la segunda parte. En suma, esta consideración es insuficiente para inclinar la balanza en favor de la segunda opción presentada en el párrafo 389 *supra*.

[754] Las referencias a los artículos ulteriores en el marco de un texto de codificación, aun si pueden parecer extrañas, no dejan de tener precedentes: véase, por ejemplo, la Convención de Viena de 1969 (arts. 17, párr. 1; 27; 44, párrs. 1, 4 y 5; 45 y 48, párr. 3).

b) *La formulación del artículo 30*

394. Si se acepta esta recomendación, resulta posible recomendar los términos precisos del artículo 30, cuestión que se dejó para más adelante en el segundo informe por las razones que ya se han explicado[755]. El Relator Especial está de acuerdo con las sugerencias formuladas por algunos gobiernos en el sentido de que el artículo 30 debe hacer referencia al tratamiento de las contramedidas en la segunda parte, y que en él se debe distinguir entre las contramedidas y las «medidas» adoptadas o auspiciadas por las organizaciones internacionales con arreglo a sus propios instrumentos constitutivos[756]. Sobre esta base el Relator Especial propone el siguiente texto para el artículo 30:

> «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 constituye una contramedida lícita prevista en los artículos [xx] a [xx], y en la medida en que lo sea.»

[755] Véase el párrafo 250 *supra*.

[756] Para estas observaciones, véanse los párrafos 248, 249 y 376 a 381 *supra*.

ANEXO

Injerencia en los derechos contractuales: reseña de la experiencia en derecho comparado

1. A los efectos de determinar si el artículo 27 del proyecto de artículos debería ser aplicable a los casos en que un Estado hace que otro no cumpla un tratado con un tercer Estado, a veces se hace referencia a los principios generales del derecho en el sentido de que es ilícito injerirse en los derechos de otros, inclusive los contractuales[1]. Es útil proceder a una reseña del derecho comparado para ver si se encuentran en la fuente fundamentos para esta afirmación[2]. Como se verá, en el derecho inglés, estadounidense, francés y alemán se reconoce como ilícito civil inducir a sabiendas e intencionalmente a no cumplir un contrato, si bien se encuentran diferencias importantes entre ellos. En cambio, el derecho islámico no parece reconocer esa responsabilidad.

El derecho inglés[3]

2. Las normas que rigen en el derecho inglés respecto de la instigación a no cumplir un contrato se basan en un principio general formulado por Lord Macnaghten en *Quinn* v. *Leathem* en los términos siguientes:

Se vulnera un derecho cuando alguien se injiere en relaciones contractuales reconocidas por la ley sin tener justificación suficiente para ello[4].

La fuente de la responsabilidad se califica de distintas maneras, como la de instigar al incumplimiento de un contrato, injerirse en derechos contractuales o «el principio de la causa *Lumley* v. *Gye*» y se ha aplicado a contratos de toda índole. Desde el principio, ha sido considerado un aspecto del ilícito más general de la «intromisión directa en derechos». En otras palabras, se ha calificado de ilícito el hecho de causar, intencionalmente y sin justificación, la vulneración de un derecho, en este caso el derecho de una de las partes en un contrato de que la otra lo cumpla[5].

3. Deben darse tres elementos para que un acto de instigación pueda ser sometido a la acción de la justicia. En primer lugar, el autor debe conocer la existencia del contrato y tener la intención de obstaculizar su cumplimiento[6], si bien no es necesario que conozca exactamente las cláusulas del contrato[7]. En segundo lugar, el autor no debe haber tenido justificación suficiente para actuar de esa manera[8]. A este respecto, los tribunales pueden tener en cuenta «la índole del contrato incumplido, la situación de las partes en el contrato, las razones para el incumplimiento, los medios utilizados para causarlo, la relación de la persona que causa el incumplimiento con la que incumple el contrato y [...] el objetivo que persigue quien causa el incumplimiento»[9]. Para justificar la instigación, no basta con demostrar que el demandado actuaba de buena fe para la consecución de un interés legítimo; debe haber algo parecido a un deber moral[10] o un claro derecho para actuar[11]. En tercer lugar, el contrato debe haberse incumplido en la práctica y haber causado perjuicios reales al demandante[12].

---

[1] Véase, por ejemplo, Lauterpacht, «Contracts to break a contract», pág. 374.

[2] El Relator Especial querría dar las gracias al Sr. Roger O'Keefe, del Magdalene College (Cambridge), por la asistencia que le prestó en la preparación de este anexo, y a los Sres. Heinz Kötz, Basil Markesinis y Tony Weir por las útiles observaciones que formularon.

[3] En Inglaterra, la cuestión está regida por el *common law* y no por leyes parlamentarias; el derecho parece sustancialmente similar en otras jurisdicciones de *common law*. Respecto de la situación en los Estados Unidos, véanse los párrafos 4 y 5 *infra*.

[4] *The Law Reports*, Cámara de los Lores (1901), pág. 510. La responsabilidad extracontractual fue reconocida por primera vez en *Lumley* v. *Gye*, *The All England Law Reports Reprint 1843-1860*, pág. 216. Los fallos contemporáneos más importantes en la cuestión son *J. T. Stratford & Sons Ltd* v. *Lindley and Another*, Cámara de los Lores, *Law Reports 1965*, pág. 269; *Merkur Island Corpn.* v. *Laughton*, ibíd., *Law Reports 1983*, pág. 570; *Associated British Ports* v. *TGWU*, ibíd., *The Weekly Law Reports 1989*, vol. 1, pág. 939; *Ticehurst and Thompson* v. *British Telecommunications plc*, Tribunal de Apelaciones (1992) ICR 383; *Middlebrook Mushrooms Ltd* v. *TGWU*, ibíd. [1993] ICR 612; y *Law Debenture Trust Corporation* v. *Ural Caspian Oil Corporation Ltd*, ibíd., *The Weekly Law Reports 1994*, vol. 3, pág. 1221.

[5] Véase *Lumley* v. *Gye* (nota 4 *supra*), págs. 216 y 232 (Erle); *Allen* v. *Flood*, Cámara de los Lores, *The Law Reports* (1898), pág. 96 (Lord Watson); *Quinn* v. *Leathem* (párr. 2 *supra*); *Associated British Ports* v. *TGWU* (nota 4 *supra*), págs. 939, 959 (Butler-Sloss) y 964 (Stuart-Smith); *F.* v. *Wirral Metropolitan Council*, *The Weekly Law Reports 1991*, vol. 2, pág. 1132 (Ralph Gibson y Stuart-Smith).

[6] Véase *Merkur Island Corpn.* v. *Laughton* (nota 4 *supra*), pág. 608 (Lord Diplock); y *Middlebrook Mushrooms Ltd* v. *TGWU* (nota 4 *supra*) (Neill).

[7] *J. T. Stratford & Sons Ltd* v. *Lindley and Another* (véase la nota 4 *supra*); *Merkur Island Corpn.* v. *Laughton* (véase la nota 4 *supra*), pág. 609 (Lord Diplock).

[8] Según *Clerk & Lindsell on Torts*, 17.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, pág. 1218 «es imposible enunciar una norma general sobre la índole de esta excepción». Véase, por ejemplo, *Glamorgan Coal Co. Ltd.* v. *South Wales Miners' Federation* [1903] 2 K.B. 545, 573-574 (Romer), 577 (Stirling); *Smithies* v. *National Association of Operative Plasterers*, Cámara de los Lores, *The Law Reports* (1909), pág. 310; y *Edwin Hill* v. *First National Finance Corporation plc*, *The Weekly Law Reports 1989*, vol. 1, pág. 225 (Tribunal de Apelaciones).

[9] *Glamorgan Coal Co. Ltd.* (véase la nota 8 *supra*), pág. 574 (Romer), adoptado en *Greig* v. *Insole*, *The Weekly Law Reports 1978*, vol. 1, pág. 340 (Slade), y citado en *British Industrial Plastics* v. *Ferguson*, *All England Law Reports 1938*, vol. 4, pág. 510 (Slesser).

[10] Ibíd.

[11] Por ejemplo, *Edwin Hill* v. *First National Finance Corporation plc* (nota 8 *supra*). En otras jurisdicciones de derecho común se aplica un planteamiento más liberal para la justificación.

[12] *Jones Brothers (Hunstanton) Ltd.* v. *Stevens*, *The Law Reports 1955*, vol. I (Queen's Bench), pág. 275.

El derecho estadounidense[13]

4. El *Restatement of the Law, Second, Torts* (1979) se refiere a la «Injerencia intencional en el cumplimiento del contrato por un tercero» y dispone, en su artículo 766 que:

> Quien intencional e indebidamente se injiera en el incumplimiento de un contrato (salvo un contrato de matrimonio) entre otra persona y un tercero instigando al tercero a que no cumpla el contrato, o lográndolo de otra manera, será responsable respecto de la otra parte por los perjuicios pecuniarios dimanados del incumplimiento del contrato por el tercero.

En la redacción del artículo 766, la expresión «indebidamente» quiere decir «en forma injustificada». Se consideró que esta última expresión, utilizada con mayor frecuencia por los tribunales daba a entender que «todos los factores constituían excepciones». En el artículo 767 se enuncian en los siguientes términos los factores para «determinar si la injerencia es indebida»:

a) La índole del comportamiento del autor;

b) El motivo del autor;

c) Los intereses de la persona en que se injiere el comportamiento del autor;

d) Los intereses que procura el autor;

e) El interés social en proteger la libertad de acción del autor y los intereses contractuales de la otra parte;

f) La relación cercana o remota entre el hecho del autor y la injerencia, y

g) Las relaciones entre las partes.

5. El apartado *c* del comentario del artículo 766 consigna la evolución del derecho de los Estados Unidos hasta la misma fuente británica, *Lumley* v. *Gye*[14]. El concepto de ilícito civil se ha aplicado en los Estados Unidos a todos los tipos de contrato, salvo el de matrimonio[15]. Al igual que en el derecho inglés, el demandado debe tener conocimiento del contrato (apartado *i* del comentario) y la intención de injerirse en el cumplimiento del contrato (apartado *j* del comentario).

El derecho alemán[16]

6. El hecho de instigar el incumplimiento de un contrato constituye un acto ilícito civil según el artículo 826 del Código Civil alemán, que establece una forma general de responsabilidad extracontractual por el hecho de infligir daño intencionalmente *contra bonos mores*[17]. Sin embargo, el derecho alemán «adopta una postura restrictiva y no considera que la injerencia en los derechos contractuales de otro constituya por sí misma fuente de responsabilidad extracontractual»[18]. No basta con el mero conocimiento del incumplimiento del contrato con un tercero o con la «cooperación» para ese incumplimiento[19]. La Corte Federal de Justicia de Alemania ha declarado que:

> Los derechos al cumplimiento del contrato no se cuentan entre aquellos cuya violación da lugar en sí a responsabilidad extracontractual. El orden moral tampoco obliga a un tercero independiente en caso de conflicto a subordinar sus propios intereses a los de la parte contratante. Así, no existe una acción con arreglo al artículo 826 del Código Civil por daños y perjuicios contra terceros simplemente porque hayan cooperado en la violación de [un contrato] [...]. La denuncia de un comportamiento *contra bonos mores* únicamente se justifica en casos de atentados graves contra los sentimientos de decencia, en los cuales el comportamiento de un tercero es incompatible con los requisitos básicos de un buen planteamiento del derecho[20].

La jurisprudencia alemana deja bien establecido que la injerencia de un tercero en una relación contractual únicamente es fuente de responsabilidad extracontractual «cuando el tercero tiene un grado especial de comportamiento temerario respecto de la parte contratante perjudicada por el incumplimiento subsiguiente»[21]. Así ocurriría, por ejemplo, cuando un tercero «colude con el deudor para invalidar concretamente los derechos del acreedor en un determinado contrato»[22], o cuando un tercero promete exonerar al deudor de la responsabilidad que haga valer en su contra el acreedor[23]. Además, la transgresión instigada debe ser fundamental para el cumplimiento del contrato en su integridad y no tratarse de la transgresión de una cláusula secundaria o incidental.

El derecho francés[24]

7. Quien ayude a otro a sabiendas a incumplir una obligación contractual que le incumba comete un acto ilícito civil con arreglo a los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés respecto de la víctima del incumplimiento[25].

---

[13] La jurisprudencia se encuentra resumida en Keeton (ed.), *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, pág. 978, párr. 129, en que se confirma el *Restatement of the Law, Second, Torts* (párr. 4 de este anexo). Hay que señalar que, a diferencia de otros estados de los Estados Unidos, así como de Francia, Louisiana no ha reconocido la responsabilidad extracontractual.

[14] Véase la nota 4 *supra*.

[15] Véase el apartado *d* de ese comentario. Según el derecho inglés, el ilícito se aplica a los contratos de *toda* índole: *Clerk & Lindsell on Torts* (nota 8 *supra*), pág. 1178. Hay que señalar, en todo caso, que tradicionalmente se justificaba que el padre interviniera para impedir que un hijo se casara con una persona inmoral: *Glamorgan Coal*, pág. 577 (Stirling) y *South Wales Miners'Federation* v. *Glamorgan Coal Company*, Cámara de los Lores, *The Law Reports 1905*, pág. 249 (Lord James); *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co.* v. *Veitch*, ibíd. *1942*, págs. 442 y 443 (Simon).

[16] Véase Markesinis, *The German Law of Obligations*, pág. 898; y Zweigert y Kötz, *op. cit.*, págs. 622 y 623.

[17] Véase RG JW 1913, 866; RGZ 78, 14, 17; RG JW 1913, 326; BGH NJW 1981, 2184, citado por Markesinis, *op. cit.*, pág. 898. Véanse también los casos citados en Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, párr. 826, y Ulmer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, párr. 826.

[18] Van Gerven y otros (eds.), *Tort: Scope of Protection*, pág. 279.

[19] Véase BGH NJW 1969, 1293 y ss., citado por Markesinis, *op. cit.*, pág. 898, y BGH NJW 1994, 128; se encuentra un extracto en van Gerven y otros (eds.), *op. cit.*, págs. 277 a 279.

[20] BGH NJW 1994 (véase la nota 19 *supra*), pág. 278.

[21] Ibíd., pág. 279.

[22] Ibíd., pág. 278.

[23] Véase BGH NJW 1981, 2184, citado por Youngs, *English, French and German Comparative Law*, pág. 282, nota 422.

[24] Véase una útil reseña en Palmer, «A comparative study (from a common law perspective) of the French action for wrongful interference with contract».

[25] Véase Dalloz, *Recueil périodique et critique de jurisprudence, 1908*, Civ., 27 mayo de 1908, pág. 459; Com., 29 de mayo de 1967, *Bull. civ.* III, n.° 209; Com., 11 de octubre de 1971, *Recueil Dalloz Sirey, 1972* (París), pág. 120; Civ. 2.ª de 13 de abril de 1972, ibíd., pág. 440; Civ. 3.ª de 10 de mayo de 1972, *Bull. civ.* III, n.° 300; Civ. 3.ª de 8 de julio de 1975, ibid., n.° 249; Com., 13 marzo de 1979, *Recueil Dalloz Sirey, 1980*, págs. 1 a 3, nota de Serra; Com., 23 de abril de

Al parecer, la responsabilidad por la injerencia en las obligaciones contractuales de otro (la responsabilidad del tercero cómplice o en cierto sentido concreto, la competencia desleal) no depende de que el demandado haya instigado en la práctica al incumplimiento. El conocimiento de la existencia de la obligación contractual es causa suficiente de responsabilidad, como manifestó la Corte de Casación en *Dlle Pedelmas et autres* c. *Époux Morin et autre*[26]. El texto de la ley es el siguiente:

> Quien ayude con conocimiento de causa a otro a infringir obligaciones contractuales que le incumban comete un acto ilícito respecto de la víctima de la violación[27].

Savatier señala en su texto clásico que «la jurisprudencia, por una parte, afirma el carácter delictual de la responsabilidad de un tercero cómplice, y, por la otra, se limita en principio a exigir para declararlo culpable que tenga conocimiento del contrato sin más culpa»[28].

8. Más explícitamente, Serra indica en su nota sobre la causa *Dlle Pedelmas et autres* c. *Époux Morin et autre*:

> Basta con que el tercero haya actuado con conocimiento de causa y no haya ignorado la existencia del acuerdo [...] para la violación en la que se hace parte. No hace falta que el tercero instigue al deudor a incumplir su obligación, no hace falta que le quepa un papel determinante en el incumplimiento del acuerdo[29].

Viney coincide en los siguientes términos:

> El conocimiento del contrato y la realización consciente de actos que obstaculicen su ejecución bastan para establecer la culpa del tercero[30].

9. Estos principios fueron aplicados con notables resultados en una serie de causas, en las que se sostuvo que una red selectiva de distribución establecida en virtud de un contrato entre varios productores podía dar lugar a la responsabilidad extracontractual, en virtud del artículo 1382, de un distribuidor que obtenía y vendía esos productos[31]. En *S.A.R.L. Geparo Im En Export BV* c. *S.N.C. Les Parfums Cacharel et Cie*[32], la Corte de Casación declaró que:

> Habida cuenta del artículo 1382 del Código Civil, el intermediario que no forme parte autorizada de una red de distribución selectiva lícita incurre en culpa al tratar de obtener de un distribuidor autorizado, en incumplimiento del contrato que le vincula a la red, la venta de productos comercializados por este medio de distribución [...].[33]

Igualmente, en *Soc. Allones Distribution Centre Leclerc et autre* c. *Soc. anon. Estée Lauder*, la Corte de Casación declaró:

> Habida cuenta del artículo 1382 del Código Civil, la red de distribución selectiva es oponible a la Soc. Allones et Direct Distribution y [...] ésta ha incurrido en culpa al proceder a la importación y venta de los productos sin ser distribuidora autorizada [...].[34]

Estos casos, cuya novedad se ha señalado, parecen suscitar aprobación[35].

10. Evidentemente, para que haya responsabilidad, debe tratarse de la violación de un contrato legítimo. Fuera de ello, no parece haber una disposición que se refiera expresamente a la cuestión de la justificación para injerirse en relaciones contractuales. A este respecto, es importante recordar que la responsabilidad por la injerencia en relaciones contractuales se considera una manifestación del «deber general de no perjudicar a otros»[36]:

> el daño que se cause en nombre de la sociedad a otro, en forma que el primero pueda prevenir y evitar, da lugar, pues, a una presunción de culpa y de responsabilidad[37].

Sin embargo, como indica el empleo de la palabra «presunción», «el daño causado puede justificarse por el ejercicio de un derecho» que «con una expresión sencilla y un poco burda» Savatier incluye entre los «derechos de molestar a otro»[38]. Según Savatier:

> la mayor parte del tiempo, el derecho de molestar a otro tiene fundamento suficiente en la equidad y el resultado [...] de las exigencias de la vida social. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho a expresar la opinión o con los derechos de competencia [...] se trata de derechos de equidad y presentan una estrecha relación con los principios que protegen la libertad individual, la libertad de pensamiento y de expresión, la libertad de comercio y de trabajo [...].[39]

Savatier divide estas justificaciones generales en cinco categorías, de las cuales sólo interesa mencionar dos. La primera es la del que se podría llamar derecho de competencia:

> El derecho de causar algunos perjuicios dimana del paralelismo inevitable en las actividades humanas legítimas; se trata del derecho de competencia. Cualquiera que sea la fuente (un concurso, una adjudicación, la similitud de profesión, etc.), lo que obtiene uno (una recompensa, un lugar, un mercado, una clientela) lo hace a expensas de los otros. Su actividad, por más que cause perjuicios a éstos, es legítima[40].

Cualquiera que sea la validez general de este principio, la Corte de Casación, en la importante causa *Dœuillet et Cie* c. *Raudnitz*[41], fijó estrictos límites al derecho de competencia en su relación con la injerencia en obligaciones contractuales válidas, al menos en el caso concreto de los contratos de empleo. Posteriormente, se han aplicado límites similares, en principio, aunque no siempre respecto de los hechos de una causa, a otros tipos distintos de contrato comercial.

1985, *Bull. civ.* IV, n.º 124; Com., 5 de febrero de 1991, ibíd., n.º 51; Com., 4 de mayo de 1993, ibíd., n.º 164.

[26] Com., 13 de marzo de 1979 (véase la nota 25 *supra*), pág. 1.

[27] Ibíd.

[28] Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, pág. 187, párr. 144.

[29] Com., 13 de marzo de 1979 (véase la nota 25 *supra*), pág. 2. Véase también *Lehmann* v. *Société des comédiens français*, 2 de junio de 1930, *La Gazette du Palais*, n.º 2 (1930), pág. 119; y *Maréchal* v. *Époux Loustau*, Com. de 4 de mayo de 1993 (véase la nota 25 *supra*).

[30] Viney, *Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité*, 2.ª ed., París, 1995, pág. 382, párr. 207-2.

[31] Véase Com., 16 de febrero de 1988, *Bull. civ.* IV, n.º 76; Com., 13 diciembre de 1988, ibíd., n.os 343 y 344; Com., 31 de enero de 1989, ibíd., n.º 45; Com., 21 de marzo de 1989, ibíd., n.º 98; Com., 10 de mayo de 1989, *Recueil Dalloz Sirey, 1989*, pág. 427, especialmente casos específicos 3.º, 4.º y 5.º.

[32] Com., 21 de mayo de 1989, *Recueil Dalloz Sirey, 1989* (véase la nota 31 *supra*), 4.º caso específico.

[33] Ibíd., pág. 428.

[34] Com., 10 de mayo de 1989 (véase la nota 31 *supra*), caso específico 5.º, págs. 428 y 429.

[35] Ibíd., nota de Bénabent, págs. 430 y 431.

[36] Savatier, *op. cit.*, cap. III, pág. 47.

[37] Ibíd., párr. 35.

[38] Ibíd., pág. 48, párr. 36.

[39] Ibíd., págs. 48 y 49.

[40] Ibíd., págs. 49 y 50, párr. 37, *a*).

[41] Civ., 27 de mayo de 1908 (véase la nota 25 *supra*).

11. La segunda justificación de Savatier se refiere a la legítima defensa o el estado de necesidad:

> Las actividades contrapuestas legítimas, en su calidad de actividades paralelas, inevitablemente causan perjuicio. Se trata de los derechos de defensa. Puede tratarse de la defensa de un grupo legítimo (nacional, profesional, social o religioso) o de un individuo. Cabe mencionar como ejemplo la legítima defensa, la acción judicial y el estado de necesidad[42].

En el caso del importador y distribuidor de perfume que no formaba parte de la red de distribución selectiva, la Corte de Casación sostuvo que, de no haber pruebas de que los artículos se hubiesen adquirido irregularmente, el demandado no infringía el artículo 1382. Por haber «adquirido irregularmente los artículos»[43], la Corte de Casación parecía referirse a su adquisición de una de las partes de la redistribución selectiva en transgresión de la obligación contractual que ella tenía. Se llegó a conclusiones similares en varios de los otros casos. En resumen, el mero hecho de circunvenir la red de distribución selectiva (sin intervención de una de las partes en el acuerdo) no constituye una violación del artículo 1382. Se trata de una simple situación de *pacta tertiis*. Sin embargo, hacerlo con participación de una de las partes en el acuerdo constituye una violación de ese artículo en el supuesto de que se establezca la legitimidad del acuerdo.

El derecho islámico

12. El derecho islámico no tiene una categoría general de normas de responsabilidad extracontractual. Los principios de responsabilidad civil deben inferirse del Corán, la Sunna y las opiniones de juristas eruditos. De todas maneras, la responsabilidad extracontractual (*jinayah*; a veces *'uqubat*) no constituye una categoría legal coherente sino que está dividida en actos concretos, la usurpación (*ghasab*), la conversión (*itlaf*), la acción posesoria (*tasarruf-i beja*), la retención ilegal (*habs*) y la intromisión (*mudakhalat-i beja*)[44].

13. No obstante lo que antecede, un prominente jurista definió en términos generales la expresión *jinayah* como «el acto de transgresión que causa daños o perjuicios a una persona, sus bienes o su honor [...] [o] la violación de un derecho reconocido *a priori* por la ley y que hace recaer responsabilidad civil sobre el demandado»[45]. No está claro si esta definición es simplemente una descripción de los distintos ilícitos o es también prescriptiva; parece haber cierta discusión en cuanto al sentido de «un derecho reconocido *a priori* por la ley»[46]. Como consecuencia, al no haber datos concretos, es imposible afirmar si el derecho islámico reconoce la responsabilidad por actos ilícitos civiles por la injerencia en relaciones contractuales.

14. Hay dos elementos, sin embargo, que limitan la posibilidad de la responsabilidad extracontractual en el derecho islámico por la injerencia en relaciones contractuales. En primer lugar, la intención es el único fundamento de la responsabilidad civil en el sistema de *jinayah*; no será responsable quien no haya tenido la intención de causar un daño al demandante[47]. En segundo lugar, desde el punto de vista de la justificación, al menos una escuela influyente de juristas musulmanes afirma que «el principio de que 'un daño causado en el curso del ejercicio de un derecho exime al demandado de su responsabilidad civil', lo que se resume en general en los términos *al-jawaz al-shar 'iyuna fi al-dhaman*'»[48]. Otros han hablado de una limitación por remisión al interés público (*al-maslaha al-mursalah*)[49]. Así, incluso si el derecho islámico o los sistemas de derecho islámico reconocieran el principio de la responsabilidad extracontractual por la instigación del incumplimiento de un contrato, esa responsabilidad estaría muy limitada.

Conclusiones

15. Esta reseña indica que los cuatro sistemas occidentales a que se ha pasado revista, si bien reconocen que la instigación intencional y a sabiendas del incumplimiento de un contrato es un acto ilícito civil, enfocan la cuestión en forma distinta y esas diferencias se acentúan al tener en cuenta una variedad mayor de comparaciones como, por ejemplo, con el derecho islámico o el derecho ruso. Si bien puede ocurrir que algunos de estos sistemas arrojen resultados similares en la práctica[50], ello no será en modo alguno universal. Además, cabe señalar varias cuestiones adicionales. En primer lugar, hay importantes diferencias de planteamiento, incluso entre los sistemas occidentales a que nos hemos referido. El derecho francés es el más abierto en principio a la responsabilidad (aunque con sujeción y limitaciones en la práctica, como una estricta carga de la prueba); el derecho alemán es el menos abierto porque exige más que la asistencia o la instigación a sabiendas, lo cual equivale a una conducta indebida. El derecho inglés y el estadounidense adoptan una postura intermedia; en principio hay responsabilidad por la instigación deliberada y a sabiendas, pero sujeta a la excepción de justificación y a la prueba del daño efectivo dimanado del incumplimiento. En segundo lugar, las normas correspondientes funcionan en el marco de un sistema desarrollado de reglamentación de los tipos de contratos legítimos (en el ámbito del derecho de la competencia, por ejemplo). Así, enunciar un principio general en el sentido de que la injerencia a sabiendas en el cumplimiento de un contrato crea responsabilidad por actos ilícitos o cuasicontractual no sirve más que para simplificar excesivamente una situación que es más compleja. En tercer lugar, en todos los sistemas a que nos hemos referido, las normas en la materia serían calificadas de «primarias» y no de «secundarias» en el sentido del proyecto si esa clasificación les fuese pertinente.

---

[42] Savatier, *op. cit.*, párr. 37, *b*. Véanse también las páginas 73 a 83, párrs. 60 a 64.

[43] Com., 10 de mayo de 1989 (véase la nota 31 *supra*).

[44] Véase, por ejemplo, Masoodi, «Civil liability in English and Islamic laws: a comparative view», págs. 34 a 37.

[45] Ibíd., pág. 36, donde se cita a Ibn Rushd.

[46] Ibíd., pág. 39.

[47] Ibíd., pág. 49.

[48] Ibíd., pág. 43.

[49] Ibíd., págs. 44 y 47.

[50] Véase Zweigert y Kötz, *op. cit.*, págs. 622 y 623.

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/492

Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos

[Original: francés/inglés]
[10 de febrero de 1999]

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN 113

COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE LOS GOBIERNOS

Observaciones generales

Grecia 113
Japón 113

PRIMERA PARTE. ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

CAPÍTULO I. PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 1.—Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos
Japón 114

Artículo 2.—Posibilidad de que a todo Estado se le considere incurso en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito
Grecia 114

CAPÍTULO II. EL «HECHO DEL ESTADO» EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Artículo 5.—Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos
Grecia 114

Artículo 7.—Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público
Grecia 114

Artículo 10.—Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad
Grecia 114

Artículo 11.—Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado
Grecia 114

Artículo 12.—Comportamiento de órganos de otro Estado
Grecia 114

Artículo 13.—Comportamiento de órganos de una organización internacional
Grecia 114

CAPÍTULO III. VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

Japón 114

Artículo 17.—No pertinencia del origen de la obligación internacional violada
Grecia 115

Artículo 18.—Condición de que la obligación internacional esté en vigor respecto del Estado
Grecia 115

Artículo 19.—Crímenes y delitos internacionales
Grecia 115
Japón 115

Página

Artículo 20.—Violación de una obligación internacional que exige observar un comportamiento específicamente determinado
Japón 116

Artículo 21.—Violación de una obligación internacional que exige el logro de un resultado determinado
Japón 116

Artículo 23.—Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado
Japón 116

Artículo 24.—Momento y duración de la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no se extienda en el tiempo
Grecia 116
Japón 116

Artículo 25.—Momento y duración de la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que se extienda en el tiempo
Grecia 116
Japón 116

Artículo 26.—Momento y duración de la violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado
Grecia 116
Japón 116

Capítulo IV. Implicación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado

Artículo 27.—Ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito)
Japón 116

Capítulo V. Circunstancias que excluyen la ilicitud
Japón 117

Artículo 30.—Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito
Japón 117

Artículo 32.—Peligro extremo
Japón 117

Artículo 35.—Reserva relativa a la indemnización de los daños
Japón 117

Segunda Parte. Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional

Capítulo I. Principios generales

Artículo 37.—Lex specialis
Japón 117

Artículo 38.—Derecho internacional consuetudinario
Japón 117

Artículo 39.—Relación con la Carta de las Naciones Unidas
Japón 118

Artículo 40.—Significado de «Estado lesionado»
Japón 118

Capítulo II. Derechos del Estado lesionado y obligaciones del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito

Artículo 42.—Reparación
Japón 118

Artículo 43.—Restitución en especie
Japón 118

Artículo 44.—Indemnización
Japón 118

Artículo 45.—Satisfacción
Japón 119

Capítulo III. Contramedidas
Grecia 119
Japón 119

Página

Artículo 48.—Condiciones del recurso a las contramedidas
Japón 119

Artículo 50.—Contramedidas prohibidas
Japón 119

CAPÍTULO IV. CRÍMENES INTERNACIONALES
Japón 120

Artículo 53.—Obligaciones de todos los Estados
Grecia 120

TERCERA PARTE. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
Grecia 120
Japón 120

Artículo 56.—Conciliación
Japón 120

Artículo 58.—Arbitraje
Japón 120

Artículo 60.—Validez del laudo arbitral
Japón 120

Introducción

Además de los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos acerca del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado en primera lectura por la Comisión en 1996[1], que se reproducen en *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documentos A/CN.4/488 y Add.1 a 3, al 10 de febrero de 1999 se habían recibido las siguientes respuestas (en las fechas indicadas): Grecia (17 de septiembre de 1998) y Japón (7 de septiembre de 1998). Esas respuestas se reproducen a continuación.

[1] Véase *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 64 y ss.

Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos

Observaciones generales

Grecia

1. Grecia desea en primer lugar felicitar a todos los relatores especiales de la Comisión que han trabajado en el tema de la responsabilidad de los Estados, que es a la vez difícil y fundamental para todo el derecho internacional. Felicita en particular al Sr. Roberto Ago, que ha sabido dar un impulso impresionante al estudio de esta cuestión y le desea el mismo éxito al nuevo Relator, Sr. James Crawford.

2. Grecia es partidaria de que se le dé una prioridad absoluta a este proyecto aprobado en primera lectura a fin de que la labor que se viene realizando desde hace varios decenios pueda terminarse a la mayor brevedad, antes de que expire el mandato actual de la Comisión.

3. En lo que respecta a la forma del proyecto, Grecia ha apoyado siempre la idea de que sea una convención, por razón, fundamentalmente, de la importancia excepcional de los artículos y de los efectos que un tratado tiene en la práctica. Una convención, aun cuando sea ratificada por pocos Estados, tiene una influencia y una difusión mucho mayores que una simple declaración o una guía de principios. El proyecto de artículos en su forma actual representa ya para la responsabilidad de los Estados, no sólo una fuente valiosa de inspiración, sino también una referencia que crea derecho en la práctica, tanto internacional como nacional; además, la comunidad internacional conoce ya muy bien algunas de las disposiciones principales de los artículos, en particular las relativas al concepto de crimen internacional, que forman parte incluso del derecho internacional general. Los artículos relativos a la responsabilidad de los Estados podrán desempeñar un papel de prevención y al mismo tiempo una beneficiosa función de promoción de la justicia internacional al proteger a los más débiles y favorecer la paz.

Japón

1. Han transcurrido más de cuatro decenios desde que la Comisión decidió comenzar a estudiar el tema de la responsabilidad de los Estados y el proyecto de artículos correspondiente se ha finalizado ya gracias en gran medida al empeño mostrado por los cuatro relatores especiales y al intenso debate sostenido por los miembros de la Comisión. El Japón desea aprovechar la oportunidad para expresar su profundo agradecimiento a todos los que han participado en la preparación del proyecto de artículos.

2. Ahora bien, se espera que la Comisión siga esforzándose por llevar a término la codificación y el desarrollo del derecho internacional en esta esfera importante, ya que hay algunos problemas que todavía no se han resuelto. El Japón desea en primer lugar formular algunas observaciones de carácter general y luego comentar específicamente determinadas secciones; al mismo tiempo, se reserva el derecho de hacer más observaciones en una etapa posterior.

3. El Japón opina fundamentalmente que el objetivo primordial de cualquier intento de codificar un tratado multilateral sobre la responsabilidad de los Estados es proporcionar un marco jurídico eficaz para la resolución de las controversias internacionales que puedan plantearse en relación con ese tema. En consecuencia, el proyecto de artículos debe incorporar tanto la práctica real de los Estados como la jurisprudencia internacional. Los artículos cuyas disposiciones sean poco realistas o demasiado ambiciosas no servirán para resolver las controversias reales. Lo que es peor, las disposiciones poco realistas podrían dar lugar a que los Estados que participen en conferencias diplomáticas se vean envueltos en prolongados debates, con lo cual resultaría más difícil ratificar un tratado.

4. Por consiguiente, el Japón se ve obligado a adoptar una postura crítica con respecto a algunas disposiciones del proyecto de artículos, en particular, las relativas a los crímenes internacionales de los Estados, los Estados lesionados, las contramedidas y el mecanismo obligatorio de solución de controversias.

PRIMERA PARTE. ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

CAPÍTULO I. PRINCIPIOS GENERALES

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

Japón

Véase el artículo 40 *infra*.

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

Grecia

El artículo 2 es superfluo y podría suprimirse.

CAPÍTULO II. EL «HECHO DEL ESTADO» EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Artículo 5.—Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos

Grecia

Podrían intercalarse las palabras «individual o colectivo» después de las palabras «órgano del Estado» y suprimirse las palabras «que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado», ya que son superfluas y podría resultar difícil aplicarlas en la práctica.

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

Grecia

También se debería hacer una referencia expresa al caso de los Estados miembros de un Estado federal.

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

Grecia

También se debería hacer una referencia expresa al caso de los Estados miembros de un Estado federal.

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

Grecia

El artículo 11 debería estar más estrechamente vinculado al artículo 8.

Artículo 12.—Comportamiento de órganos de otro Estado

Grecia

El artículo 12 debería estar más estrechamente vinculado al artículo 9.

Artículo 13.—Comportamiento de órganos de una organización internacional

Grecia

El artículo 13 debería estar más estrechamente vinculado al artículo 9.

CAPÍTULO III. VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

Japón

1. En algunas disposiciones del proyecto de artículos se expresan conceptos excesivamente abstractos en un lenguaje nada claro. Tal vez el ejemplo más evidente de esto sea la clasificación de las obligaciones internacionales en el capítulo III de la primera parte.

2. En los artículos 20, 21 y 23 se clasifican las obligaciones internacionales respectivamente como obligaciones internacionales que exigen «observar un comportamiento específicamente determinado», obligaciones internacionales que exigen «el logro […] de un resultado

determinado» y obligaciones internacionales «de prevenir […] un acontecimiento dado». En los artículos 24 a 26 se establecen diferencias en cuanto al momento y la duración de la violación de una obligación internacional. En el artículo 25, si bien se distingue entre «hecho del Estado compuesto» y «hecho del Estado de carácter complejo», se especifica el momento en el que cabe decir que se ha violado una obligación internacional.

3. Teniendo en cuenta que el momento y la duración de la violación de una obligación internacional están estrechamente vinculados al contenido y el alcance de la reparación, el Japón puede entender la importancia que se atribuye a esas clasificaciones. Pero las categorías elaboradas en el proyecto de artículos tienden a ser demasiado abstractas. Por consiguiente, el Japón abriga dudas en cuanto a su utilidad para resolver controversias reales. De hecho, es probable que resulte muy difícil hacer distinciones claras entre las obligaciones que exigen observar un comportamiento específicamente determinado y las que exigen el logro de un resultado determinado, las violaciones que se prolongan en el tiempo y las que no, y los hechos compuestos y los hechos de carácter complejo. Si realmente se aplicaran, estas distinciones obrarían en contra de cualquier intento de resolver una controversia.

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

Grecia

El párrafo 2 del artículo 17 parece superfluo.

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

Grecia

1. Se debe mejorar el texto del párrafo 2, porque la palabra «ulteriormente» da la impresión errónea de que una norma de *jus cogens* puede tener efectos retroactivos.

2. Los párrafos 3 a 5 deberían formularse de manera más simple y clara.

Artículo 19.—Crímenes y delitos internacionales

Grecia

1. El artículo 19, que establece el concepto de crimen internacional —sin, por otra parte, tipificar como delito o sancionar la responsabilidad internacional de los Estados— es uno de los artículos más importantes y fundamentales del proyecto. Grecia siempre ha apoyado ese concepto en la Sexta Comisión; el concepto de crimen internacional, a su vez —con el establecimiento del principio de seguridad colectiva en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y las normas imperativas del derecho internacional general establecidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969[1]—, hace una aportación importante al establecimiento y fortalecimiento de un orden público internacional que bien necesita el mundo.

2. Véase también el artículo 53.

Japón

1. El proyecto de artículos parece dar a entender que la función del derecho internacional con respecto a la responsabilidad de los Estados incluye en la actualidad el restablecimiento y mantenimiento del orden jurídico internacional. Por consiguiente, en el proyecto de artículos se califican de «crimen internacional» los tipos de hechos internacionalmente ilícitos que pueden afectar a los «intereses fundamentales de la comunidad internacional» y, a fin de restablecer el orden jurídico internacional, se indican algunas medidas que cabe aplicar especialmente a un crimen internacional, además de las formas normales de reparación.

2. No se puede negar que la sociedad internacional ha dejado de ser un grupo de Estados individuales independientes para convertirse en una comunidad con intereses compartidos y preocupaciones comunes y que es preciso establecer normas jurídicas para proteger los intereses de la comunidad en su conjunto. Ahora bien, aunque quepa pensar que las disposiciones del proyecto de artículos relativas a los crímenes internacionales encarnan esa idea, plantean los problemas que se mencionan a continuación y, por lo tanto, deben volverse a formular en lo fundamental.

3. En el párrafo 3 del artículo 19 se enumeran cuatro categorías de crímenes internacionales, a saber: *a*) una violación grave de una obligación internacional de mantener la paz y la seguridad internacionales; *b*) una violación grave de una obligación internacional de salvaguardar el derecho a la libre determinación de los pueblos; *c*) una violación grave de una obligación internacional de salvaguardar al ser humano, como la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*, y *d*) una violación grave de una obligación internacional de salvaguardar y proteger el medio humano, como la contaminación masiva.

4. Es evidente que, si se quiere calificar algunos tipos de hechos internacionalmente ilícitos de crímenes internacionales de los Estados para incluirlos en un marco jurídico más estricto que el que se aplica a los tipos normales de hechos internacionalmente ilícitos, habrá que definirlos claramente. Pero esas cuatro categorías de «crímenes» no parecen más que ejemplos y tanto su formulación como su contenido siguen siendo vagos, en especial las categorías *c*) y *d*). Además, el Japón no está seguro de que resulte apropiado dar la misma calificación jurídica a «la contaminación masiva de la atmósfera» que a otros crímenes internacionales comprendidos en la categoría *d*).

5. Para considerar crimen internacional a algunas categorías de hechos internacionalmente ilícitos, se debe diferenciar entre sus consecuencias jurídicas. En el caso de los crímenes internacionales, en el proyecto de artículos se califica a todos los Estados que no sean el Estado que ha cometido el hecho ilícito de «Estados lesionados», cada uno de los cuales tendrá derecho a pedir una reparación completa y tomar contramedidas. Además, a esos «Estados lesionados» dejan de aplicárseles determinadas

[1] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, pág. 443.

restricciones que de otro modo se impondrían a sus intentos de obtener una restitución en especie y una indemnización. Por otra parte, en el artículo 53 se imponen obligaciones especiales a «todos los demás Estados» y no al que ha cometido un crimen internacional.

6. Cuando se trata de crímenes internacionales, un «Estado lesionado» que no haya sufrido un daño tangible tendrá derecho a pedir una reparación con más libertad que en el caso de un delito internacional. Concretamente, tendrá derecho a pedir una indemnización desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para él de la obtención de la restitución en especie y a comprometer la independencia política o la estabilidad económica y menoscabar la dignidad del Estado que ha cometido el hecho ilícito al obtener la restitución en especie y la satisfacción por el daño. Este tipo de trato especial no contribuiría a restablecer o mantener el orden jurídico internacional sino que más bien socavaría la estabilidad jurídica.

7. Desde la era de la guerra fría, las Naciones Unidas han podido desempeñar un papel más activo en la resolución de las controversias internacionales que preocupan gravemente a la comunidad internacional. Lo que se supone que logra el proyecto de artículos mediante las disposiciones relativas a los crímenes internacionales podría conseguirse con la aplicación de medidas de seguridad colectiva por el Consejo de Seguridad.

8. En consecuencia, el Japón cree que no es necesario incorporar la idea de los crímenes internacionales en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Si no se resuelven como es debido los problemas señalados anteriormente, seguirá siendo inaceptable el régimen concebido para tratar los crímenes internacionales.

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

Japón

Véanse las observaciones generales al capítulo III de la primera parte.

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

Japón

Véanse las observaciones generales al capítulo III de la primera parte.

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

Japón

Véanse las observaciones generales al capítulo III de la primera parte.

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

Grecia

El artículo 24 se debería redactar de manera más simple y clara.

Japón

Véanse las observaciones generales al capítulo III de la primera parte.

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

Grecia

El artículo 25 debería redactarse de manera más simple y clara.

Japón

Véanse las observaciones generales al capítulo III de la primera parte.

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

Grecia

El artículo 26 debería redactarse de manera más simple y clara.

Japón

Véanse las observaciones generales al capítulo III de la primera parte.

Capítulo IV. Implicación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado

Artículo 27.—Ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito

Japón

1. En el comentario de la Comisión al artículo 27 se señalan los elementos que determinan si la ayuda o asistencia prestada por un Estado a otro constituye un hecho internacionalmente ilícito, a saber: *a*) debe tener el efecto de facilitar materialmente al Estado que recibe la ayuda o asistencia de que se trata la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, y *b*) debe haberse prestado con intención de facilitar la comisión de ese hecho internacionalmente ilícito.

2. Aunque el Japón está de acuerdo básicamente con la Comisión en la validez de esos elementos, sugiere que se definan claramente en el proyecto de artículos a fin de impedir controversias innecesarias acerca de su interpretación.

3. Con respecto al elemento *b*) enunciado en el párrafo 1 *supra*, tal vez haya que plantearse más a fondo la formulación de los medios de determinar cuándo un Estado tiene intención de ayudar a otro a cometer un hecho internacionalmente ilícito.

CAPÍTULO V. CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

Japón

1. Es apropiado y necesario que en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados se prevean las circunstancias que excluyen la ilicitud. Sin embargo, se ha de decidir el contenido y el alcance de esas circunstancias en base al derecho internacional consuetudinario y a la práctica de los Estados. Si no se define claramente el contenido y el alcance de esas circunstancias, los Estados que cometan un hecho ilícito internacional podrían verse inclinados a abusar de las disposiciones correspondientes. Desde ese punto de vista, las circunstancias que excluyen la ilicitud no deben formar parte de una lista ilustrativa sino de una lista exhaustiva.

2. Entre las circunstancias que excluyen la ilicitud enumeradas en el capítulo V, circunstancias como la fuerza mayor (art. 31), el peligro extremo (art. 32) o el estado de necesidad (art. 33) pueden tratarse de manera diferente a las otras. ¿Acaso no cabe llegar a la conclusión de que, si se dan esas circunstancias, el Estado de que se trate no comete un hecho ilícito y, por lo tanto, dichas circunstancias no excluyen la ilicitud sino que la vuelven inexistente? Tal vez sea esta una cuestión importante en la práctica y, por lo tanto, el Japón sugiere que se estudie más a fondo.

Artículo 30.—Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito

Japón

1. Las contramedidas previstas en el artículo 30, así como las que figuran en el capítulo III de la segunda parte, deben entenderse como medidas individuales adoptadas por un Estado concreto que haya sido perjudicado directamente en sus intereses por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado y, por lo tanto, no incluyen las medidas o sanciones colectivas que pudieran tomar organizaciones internacionales como las Naciones Unidas.

2. Aunque no se mencione específicamente en el artículo 30, el Japón entiende que las contramedidas previstas en esa disposición están también sujetas a las condiciones establecidas en el capítulo III de la segunda parte.

Artículo 32.—Peligro extremo

Japón

El peligro extremo como circunstancia que excluye la ilicitud con arreglo al artículo 32 tal vez no se limite necesariamente a una situación en la que la vida de una persona esté en grave peligro; cabe invocarse también en los casos en que los intereses importantes de una persona (como intereses financieros y económicos importantes) se vean comprometidos, siempre que se mantenga un equilibrio razonable entre esos intereses y el grado en que se viola la obligación internacional.

Artículo 35.—Reserva relativa a la indemnización de los daños

Japón

1. En el artículo 35 el Japón entiende que, aun cuando determinadas circunstancias excluyan la ilicitud del comportamiento de un Estado que de otro modo constituiría un hecho internacionalmente ilícito y entrañaría la responsabilidad de dicho Estado, puede quedar sin resolver la cuestión de la «indemnización» de los daños causados por ese comportamiento.

2. El Japón observa cierta confusión en cuanto a la terminología utilizada en este artículo, ya que en el artículo 44 se menciona la «indemnización» como uno de los medios de reparar íntegramente los daños de los que es responsable un Estado, lo que por definición presupone la existencia de un hecho internacionalmente «ilícito». Por consiguiente, a fin de preservar la integridad del proyecto de artículos en lo relativo al concepto básico de responsabilidad de los Estados y de evitar confusiones conceptuales, sugerimos que se sustituya la palabra «indemnización» en el artículo 35 por otro término.

SEGUNDA PARTE. CONTENIDO, FORMAS Y GRADOS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

CAPÍTULO I. PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 37.—Lex specialis

Japón

En el artículo 37 de la segunda parte se indica que las disposiciones de esa parte no se aplicarán en los casos y en la medida en que las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado hayan sido determinadas por otras reglas de derecho internacional que se refieran específicamente a ese hecho internacionalmente ilícito. Esta declaración es en sí misma apropiada. Sin embargo, no cabe duda de que la precedencia otorgada a la *lex specialis* no debe atañer únicamente a la segunda parte, sino también a la tercera o incluso a la primera parte. Por lo tanto, el Japón sugiere que este artículo se coloque en el capítulo I de la primera parte.

Artículo 38.—Derecho internacional consuetudinario

Japón

No queda suficientemente claro lo que se quiere decir en el artículo 38 con la expresión «[l]as reglas del

derecho internacional consuetudinario». Si dicha expresión se refiere a la relación entre la responsabilidad del Estado en caso de que se viole el derecho internacional y otras consecuencias jurídicas en la esfera del derecho de los tratados, se debería decir claramente. Ahora bien, si la intención de ese artículo es establecer de manera más general la relación entre el proyecto de artículos y el derecho internacional consuetudinario, ello parece extraño, ya que el proyecto de artículos es el producto de los esfuerzos por codificar lo que se ha considerado reglas consuetudinarias del derecho internacional sobre la responsabilidad de los Estados. En cualquiera de los dos casos, el Japón sugiere que la Comisión especifique a qué reglas del derecho internacional consuetudinario se refiere este artículo.

Artículo 39.—Relación con la Carta de las Naciones Unidas

Japón

Es evidente que, según lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y en el artículo 39 del proyecto de artículos, la Carta tiene prevalencia sobre el proyecto de artículos. Puesto que el artículo 39 se relaciona con el conjunto del proyecto de artículos, sería mejor que figurara en el capítulo I de la primera parte en lugar de en la segunda parte.

Artículo 40.—Significado de «Estado lesionado»

Japón

1. La definición fundamental de la responsabilidad de los Estados figura en el proyecto de artículo 1: «Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste». Es decir que para que haya responsabilidad internacional no es necesario que haya daño, sea o no tangible. A fin de consolidar más el imperio de la ley en la sociedad internacional, el Japón apoya básicamente esa formulación.

2. Por otra parte, el Japón cree que se debe estudiar detalladamente la cuestión de si los Estados que no se hayan visto directamente perjudicados en sus intereses tienen derecho siempre a pedir al Estado que ha cometido el hecho ilícito que repare íntegramente los daños o, si se dan determinadas condiciones, a tomar contramedidas contra dicho Estado. Por lo general, el hecho de permitir a cada parte contratante en un tratado multilateral a la que se haya perjudicado en sus intereses «legales» obtener del Estado que ha cometido el hecho ilícito la «reparación íntegra» del daño, daría lugar a más controversias y más bien obstaculizaría la posibilidad de un arreglo pacífico de la controversia original. Por consiguiente, parecería más apropiado que el Estado lesionado cuyos intereses no hayan sufrido daños tangibles tenga en principio derecho únicamente a pedir al Estado que ha cometido el hecho ilícito que cese su comportamiento que constituye un hecho internacionalmente ilícito, según se dispone en el artículo 41.

3. En cuanto a la definición de «Estados lesionados» que figura en el artículo 40, se debe aclarar la frase «el derecho ha sido creado o está reconocido para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales» que figura en el inciso iii) del apartado *e* del párrafo 2, así como la frase «para la protección de los intereses colectivos de los Estados Partes» que figura en el apartado *f* del párrafo 2.

Capítulo II. Derechos del Estado lesionado y obligaciones del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito

Artículo 42.—Reparación

Japón

1. No se define claramente el propósito del párrafo 2 del artículo 42 ni del apartado *d* del artículo 43. Es muy probable que las disposiciones que figuran en ellos sean utilizadas como pretexto por el Estado que ha cometido un hecho ilícito para negarse a reparar íntegramente el daño.

2. En el párrafo 3 del artículo 42 se debería indicar claramente que la contribución al daño mediante una acción del Estado lesionado o de cualquiera de sus nacionales no exime automáticamente al Estado que ha cometido un hecho ilícito de su obligación de reparar íntegramente el daño.

Artículo 43.—Restitución en especie

Japón

1. En lo que respecta al apartado *d* del artículo 43, si bien el Japón está de acuerdo con la Comisión en la necesidad de incluir esa disposición en el proyecto de artículos, se muestra preocupado por que las palabras «comprometa gravemente […] la estabilidad económica» puedan servir fácilmente de justificación al Estado que ha cometido un hecho ilícito para insistir en rechazar las solicitudes de indemnización e incluso de restitución en especie. Por consiguiente, se debe volver a redactar esta parte para definir lo que realmente se pretende y se deben añadir algunas palabras para impedir que se abuse de esta disposición; de lo contrario, se debería suprimir esta parte.

2. Véase también el artículo 42.

Artículo 44.—Indemnización

Japón

En primer lugar, cabría interpretar las palabras «si el daño no ha sido reparado mediante la restitución en especie y en la medida en que no lo haya sido» que figuran en el párrafo 1 del artículo 44 en el sentido de que el Estado lesionado debe tratar de obtener la restitución en especie cualesquiera que sean las circunstancias y tendrá derecho a pedir una indemnización únicamente cuando haya resultado imposible reparar íntegramente el daño mediante la restitución en especie. Según esa interpretación, el Estado que haya cometido un hecho ilícito podría rechazar la petición del Estado lesionado de que se le conceda una indemnización (económica) alegando que la restitución en especie no había resultado totalmente imposible. Sin embargo, teniendo en cuenta el principio de la reparación

íntegra, la relación entre la restitución en especie y la indemnización no debe interpretarse de esa manera, ya que se limitaría enormemente la libertad del Estado lesionado de elegir la forma de reparación íntegra que considere apropiada.

Artículo 45.—Satisfacción

Japón

En el párrafo 1 del artículo 45 se dispone que el Estado lesionado tiene derecho a obtener una satisfacción por el daño, «en particular el daño moral». El Japón opina que se deberían suprimir las palabras «en particular el daño moral», ya que la expresión «daño moral», que no se define en este artículo, podría suscitar controversias acerca de su interpretación. Asimismo, no resulta claro el propósito de las palabras «en particular».

En el apartado *c* del párrafo 2 del artículo 45, cabe interpretar las palabras «daños y perjuicios correspondientes a la gravedad de esa vulneración» en el sentido de que prácticamente se permite la reparación punitiva. Sin embargo, la reparación punitiva no está bien establecida en la práctica de los Estados, por lo que el Japón sugiere que se suprima esta disposición.

Capítulo III. Contramedidas

Grecia

A Grecia le plantean algunas dudas los proyectos de artículos 47 a 50, relativos a las contramedidas, en la forma en que están redactados. Estos artículos parecerían más indicados para infracciones tipificadas como delitos que para infracciones que constituyen crímenes internacionales. Tendrían que mejorarse mucho para que quedara clara la distinción mencionada.

Japón

1. El Japón mucho agradece que la Comisión haya incluido las contramedidas en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

2. Lo más importante a este respecto es mantener un equilibrio razonable entre los Estados que cometen un hecho ilícito y los Estados lesionados. Desde este punto de vista, los artículos 48 a 50 están, en general, bien redactados, ya que impedirían que se abusara de las contramedidas al imponer no sólo restricciones de procedimiento sino también de fondo.

Artículo 48.—Condiciones del recurso a las contramedidas

Japón

1. En el párrafo 1 del artículo 48 se dispone que, antes de tomar contramedidas, el Estado lesionado cumplirá la obligación de negociar con el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito prevista en el artículo 54 y no tendrá el derecho a tomar contramedidas si no lo hace.

2. Es de suponer que el Estado lesionado necesitará tomar contramedidas cuando inste al Estado autor del hecho a que restablezca lo antes posible la situación que existía antes de que se cometiera el hecho que causó perjuicio en sus intereses y no exista tiempo suficiente para negociar. En esa situación, la obligación de negociar antes de tomar contramedidas favorecería al Estado que ha cometido el hecho ilícito. No se debería interpretar esa obligación en el sentido de que las negociaciones deben entablarse antes de tomar contramedidas sino más bien en el de que al Estado lesionado se le permite tomar contramedidas si el Estado que ha cometido el hecho ilícito no ha dado una respuesta concreta a su petición en un plazo razonable.

3. Si la obligación de negociar antes de tomar contramedidas se interpreta en el segundo sentido y se plasma dicha interpretación en el proyecto de artículos, la obligación de negociar propiamente dicha no favorecerá al Estado que comete el hecho ilícito.

4. Además, a fin de satisfacer sus necesidades urgentes, el Estado lesionado podrá tomar medidas transitorias de protección sin cumplir la obligación de negociar.

5. Sin embargo, puesto que las medidas transitorias de protección no se definen específicamente en el proyecto de artículos, podrían surgir controversias acerca de qué constituyen tales medidas. Naturalmente, el Estado lesionado se inclinaría por una interpretación amplia y, por lo tanto, podría quedar confusa la distinción entre una contramedida y una medida transitoria de protección. Puesto que el Japón teme que se pueda abusar de las medidas transitorias de protección hasta el punto de que se utilicen realmente como contramedidas, cree necesario que se definan las medidas transitorias de protección de la manera más clara posible en el proyecto de artículos.

6. En el párrafo 3 del artículo 48 se dispone que se suspenderán las contramedidas «cuando la controversia esté sometida a un tribunal facultado para dictar mandamientos que vinculen a las Partes» y el Estado autor del hecho ilícito «aplique de buena fe el procedimiento de solución de controversias a que se refiere el párrafo 2».

7. El Japón apoya esta disposición porque puede contribuir al arreglo pacífico de las controversias internacionales. Cabe señalar, sin embargo, que el sentido de las palabras «aplique de buena fe el procedimiento de solución de controversias» resulta más bien vago y que si el procedimiento mencionado es un procedimiento judicial, se debería indicar claramente.

8. Véanse también los artículos 30 y 58.

Artículo 50.—Contramedidas prohibidas

Japón

1. No resulta clara la expresión «medidas extremas de coacción política o económica» que figura en el apartado *b*. El Japón sugiere que se suprima para que no queden prohibidas prácticamente todas las contramedidas.

2. Lo mismo cabe objetar con respecto a la expresión «derechos humanos fundamentales» que figura en el

apartado *d*. Si no se define más claramente este concepto, debería suprimirse.

Capítulo IV. Crímenes internacionales

Japón

Véase el artículo 19.

Artículo 53.—Obligaciones de todos los Estados

Grecia

Aunque la obligación solidaria establecida en el proyecto de artículo 53 no está expresada con fuerza suficiente, constituye un requisito básico de las normas internacionales de equidad y tiene perfecta cabida en el derecho contemporáneo.

Tercera Parte. Solución de controversias

Grecia

Grecia es partidaria de que se incluyan en el proyecto de artículos disposiciones especiales sobre la solución de controversias suscitadas por la interpretación o aplicación de los artículos; dichas disposiciones podrían ser más progresivas y tener más alcance que las incluidas actualmente en los proyectos de artículos 54 a 60.

Japón

1. Los procedimientos de solución de controversias enumerados en el proyecto de artículos son aceptables básicamente porque ayudarían a que dicha solución se alcanzara por medios pacíficos. Sin embargo, parecen demasiado detallados y el Japón no está plenamente seguro de su eficacia.

2. Las «controversias» a que se hace referencia en el artículo 54 son las relativas a «la interpretación o la aplicación de los presentes artículos». Por consiguiente, el Japón entiende que los procedimientos de solución de controversias que figuran en la tercera parte no se van a aplicar necesariamente a las controversias relativas a la responsabilidad de los Estados en general ni a las relacionadas con acuerdos internacionales que lleven incorporados sus propios procedimientos de solución de controversias.

3. Los procedimientos de conciliación que figuran en la tercera parte se consideran obligatorios, según se menciona en el comentario al artículo 56. Sin embargo, a muchos Estados les podría resultar difícil aceptar esto y algunos podrían negarse a ser partes contratantes sólo por ese motivo.

4. Por lo tanto, el Japón sugiere que la Comisión estudie más a fondo la cuestión de si las disposiciones que forman la tercera parte deberían constituir un protocolo facultativo. (Si el proyecto de artículos pasara finalmente a constituir un conjunto de directrices no vinculantes, no sería necesario debatir el carácter de los procedimientos de solución de controversias por separado.)

Artículo 56.—Conciliación

Japón

Véanse las observaciones generales a la tercera parte.

Artículo 58.—Arbitraje

Japón

Mientras que en el párrafo 2 del artículo 58 se indica que el Estado respecto del cual se hayan adoptado contramedidas tendrá derecho a someter unilateralmente en cualquier momento la controversia a un tribunal arbitral, en el párrafo 3 del artículo 48 se dispone que las contramedidas deberán suspenderse cuando la «controversia esté sometida a un tribunal facultado para dictar mandamientos que vinculen a las partes». El Japón teme que, con arreglo a esas disposiciones, se limite considerablemente la posibilidad de adoptar contramedidas. El párrafo 2 del artículo 58 favorece indebidamente al Estado que ha cometido el hecho ilícito y debe volver a examinarse, en particular por sus efectos sobre las contramedidas.

Artículo 60.—Validez del laudo arbitral

Japón

Tal como está formulado el artículo 60, si una de las partes en una controversia desea examinar más a fondo la validez de un laudo arbitral, podrá someter la controversia a la CIJ. Esta disposición es problemática porque podría anular un posible laudo arbitral y, en general, trata a la Corte como un tribunal de apelación. El Japón considera que este artículo debe volverse a examinar a fondo.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL (PREVENCIÓN DE DAÑOS TRANSFRONTERIZOS CAUSADOS POR ACTIVIDADES PELIGROSAS)

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/501

Segundo informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial

[Original: inglés]
[5 de mayo de 1999]

ÍNDICE

		Párrafos	*Página*
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe			122
Obras citadas en el presente informe			123
Capítulo			
I.	CUESTIONES PLANTEADAS EN EL INFORME DE LA COMISIÓN CORRESPONDIENTE A 1998	1	124
II.	OPINIONES EXPRESADAS POR ESTADOS MIEMBROS EN EL QUINCUAGÉSIMO TERCER PERÍODO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL	2-17	124
III.	CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA	18-49	126
	A.—El concepto de diligencia debida: algunas características destacadas	18-34	126
	B.—Algunas reflexiones acerca del cumplimiento de la obligación de diligencia debida	35-49	129
IV.	PLANTEAMIENTO DEL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL	50-66	132
	A.—La labor de la Comisión	50-59	132
	B.—Estado de las negociaciones en curso acerca de la responsabilidad internacional	60-66	135
V.	FUTURO SEGUIMIENTO DEL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD: OPCIONES	67-72	137

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Tratado Antártico (Washington D.C., 1.º de diciembre de 1959)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 402, n.º 5778, pág. 87.
Protocolo sobre la Protección del Medio Ambiente del Tratado Antártico (Madrid, 4 de octubre de 1991)	UICN, *Droit international de l'environnement – Traités multilatéraux*, vol. VII, Berlín, Erich Schmidt, pág. 991.
Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y Washington D.C., 29 de marzo de 1972)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 961, n.º 13810, pág. 212.
Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Washington D.C., 3 de marzo de 1973)	Ibíd., vol. 993, pág. 290.
Convención sobre responsabilidad por daños causados por accidentes radiológicos en ocasión del transporte internacional de combustible nuclear irradiado de centrales nucleares (16 de septiembre de 1987)	Inédita (Convención del Consejo de Ayuda Mutua Económica)
Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (Montreal, 16 de septiembre de 1987)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1522, pág. 65.
Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989)	Ibíd., vol. 1673, n.º 28911, pág. 57.
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992)	Ibíd., vol. 1771, n.º 30822, pág. 243.
Convenio para la protección del medio marino del Atlántico Nordeste (París, 22 de septiembre de 1992)	ILM (Washington D.C.), vol. XXXII, n.º 4 (julio de 1993), pág. 1069.
Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1760, n.º 30619, pág. 226.
Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, 1994 (Ginebra, 26 de enero de 1994)	Ibíd., vol. 1955, n.º 33484, pág. 230.
Protocolo la Convención de 1979 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia relativo a la reducción ulterior de emisiones de azufre (Oslo, 14 de junio de 1994)	Ibíd., vol. 2030, n.º 21623, pág. 122.
Convención sobre Seguridad Nuclear (Viena, 20 de septiembre de 1994)	Ibíd., vol. 1963, n.º 33545, pág. 360.
Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 49*, vol. III, resolución 51/229, anexo.

Obras citadas en el presente informe

ARSANJANI, Mahnoush H. y W. Michael REISMAN

«The quest for an international liability regime for the protection of the global commons», en Karel Wellens (ed.), *International Law – Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, págs. 469 a 492.

BEDJAOUI, Mohammed

«Responsibility of States: fault and strict liability», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, Amsterdam, North-Holland, 1987.

BLOMEYER-BARTENSTEIN, Horst

«Due diligence», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, Amsterdam, North-Holland, 1987.

BOTHE, Michael

«The evaluation of enforcement mechanisms in international environmental law: an overview», en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means?*, Berlín, Springer, 1996, págs. 13 a 38.

BOYLE, Alan E.

«State responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law: a necessary distinction?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, parte 1, enero de 1990, págs. 1 a 26.

BROWNLIE, Ian

System of the Law of Nations: State Responsibility, Parte I, Oxford, Clarendon Press, 1983.

BROWN WEISS, Edith y Harold K. JACOBSON (eds.)

Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 1997.

CHAYES, Antonia Handler, Abram CHAYES y Ronald B. MITCHELL

«Active compliance management in environmental treaties», en Winfried Lang (ed.), *Sustainable Development and International Law*, Londres, Graham & Trotman, 1995.

CHEVRETTE, François

«Fédéralisme et protection de l'environnement», en Nicole Duplé (ed.), *Le droit à la qualité de l'environnement : un droit en devenir, un droit à définir*, Montreal, 1988, págs. 339 a 356.

CHRISTOFIDIS, Constantin

«The European Investment Bank and environmental protection: policies and activities», *Environmental Liability, 7th Residential Seminar on Environmental Law, 9–13 June 1990, Montreux, Switzerland*, Londres, Graham & Trotman y Asociación Internacional de Abogados, 1991, págs. 13 a 24.

DUPUY, Pierre

«Due diligence in the international law of liability», *Legal Aspects of Transfrontier Pollution*, París, OCDE, 1977.

«International liability for transfrontier pollution», en Michael Bothe (ed.), *Trends in Environmental Policy and Law*, Gland (Suiza), UICN, 1980.

FACULTAD DE DERECHO DE HARVARD

«Responsibility of States for damage done in their territory to the person or property of foreigners», *Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 23, abril de 1929.

GURUSWAMY, Lakshman D., Sir Geoffrey W. R. PALMER y Burns H. WESTON

«Editors of the Harvard Law Review, Trends in international environmental law», *International Environmental Law and World Order: A Problem-oriented Coursebook*. St. Paul (Minnesota), West Pub. Co., 1994.

JACOBSON, Harold K. y Edith BROWN WEISS

«Assessing the record and designing strategies to engage countries», en Edith Brown Weiss y Harold K. Jacobson (eds.), *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 1998, págs. 511 a 554.

JACOBY, David y Abbie EREMICH

«Environmental liability in the United States of America», *Environmental Liability, 7th Residential Seminar on Environmental Law, 9–13 June 1990, Montreux, Switzerland*, Londres, Graham & Trotman y Asociación Internacional de Abogados, 1991, págs. 63 a 93.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo

«International law in the past third of a century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978–I*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, vol. 159.

LAMMERS, J. G.

Pollution of International Watercourses: A Search for Substantive Rules and Principles of Law, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984.

LEFEBER, René

Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability, La Haya, Kluwer Law International, 1996.

MOORE, John Bassett

History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. I. Washington, Government Printing Office, 1898.

PIETTE, Jean

«L'harmonisation des politiques et des normes fédérales et provinciales et la coopération intergouvernementale», en Nicole Duplé (ed.), *Le droit à la qualité de l'environnement : un droit en devenir, un droit à définir*, Montreal, 1988, págs. 369 a 379.

REID, Julyan

«The harmonization of federal and provincial policies and norms, and intergovernmental cooperation», en Nicole Duplé (ed.), *Le droit à la qualité de l'environnement : un droit en devenir, un droit à définir*, Montreal, 1988, págs. 359 a 368.

SACHARIEW, Kamen

«Promoting compliance with international environmental legal standards: reflections on monitoring and reporting mechanisms», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 2, 1991, págs. 31 a 52.

SCHACHTER, Oscar

International Law in Theory and Practice, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.

SHIHATA, Ibrahim F. I.

«Implementation, enforcement, and compliance with international environmental agreements: practical suggestions in light of the World Bank's experience», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. IX, n.º 1, 1996, págs. 37 a 51.

TAYLOR, Prue

An Ecological Approach to International Law: Responding to Challenges of Climate Change, Londres y Nueva York, Routledge, 1998.

CAPÍTULO I

Cuestiones planteadas en el informe de la Comisión correspondiente a 1998

1. En relación con el tema de la responsabilidad internacional, la Comisión presentó a la Asamblea General en su quincuagésimo tercer período de sesiones, en 1998, una serie completa de proyectos de artículos sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas y observaciones al respecto, además de plantear los siguientes interrogantes para que los Estados formulasen sus observaciones[1]:

a) La obligación de prevención, ¿debe considerarse una obligación de conducta?, o ¿debe el incumplimiento quedar sujeto a las consecuencias del caso con arreglo al derecho de la responsabilidad del Estado, de la responsabilidad civil o ambos cuando tanto el Estado de origen como el agente sean responsables del mismo hecho? Si la respuesta a este último interrogante es afirmativa, ¿qué tipos de consecuencias serían adecuadas o aplicables?

b) ¿Qué forma debe revestir el proyecto de artículos: una convención, una convención marco o una ley modelo?

c) ¿Qué tipo o forma de procedimiento de arreglo de controversias es más apropiado a las derivadas de la aplicación o interpretación del proyecto de artículos?

[1] *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 17, párrs. 31 a 34.

CAPÍTULO II

Opiniones expresadas por Estados Miembros en el quincuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General

2. Varias delegaciones que participaron en el debate de la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI trataron de dar respuesta a esos interrogantes. A continuación figura una reseña de sus observaciones.

3. La cuestión de si el incumplimiento de la obligación de diligencia debida tenía que entrañar consecuencias jurídicas suscitó respuestas discrepantes. China observó que el incumplimiento de la obligación de diligencia debida no entrañaría responsabilidad cuando no hubiera daño. Sin embargo, una vez producido un daño, podría haber responsabilidad del Estado, responsabilidad civil o ambas. Cuando un Estado cumplía su obligación de diligencia debida y, a pesar de ello, se producía un daño, quien realizaba la actividad debía pagar y aceptar la responsabilidad[2].

4. El incumplimiento de la obligación de diligencia debida, según el Reino Unido y Austria, podría dar lugar a consecuencias en materia de responsabilidad del Estado[3]. El Japón observó que la obligación de prevención era de comportamiento y no de resultado y que su incumplimiento quedaba comprendido en el ámbito de la responsabilidad del Estado. Había que hacer una distinción entre la responsabilidad internacional por el daño transfronterizo sensible y la responsabilidad del Estado, por más que en algunos casos ese daño pudiese imputarse en parte al incumplimiento de la obligación de prevención[4].

5. A juicio de la República Unida de Tanzanía y Mongolia, suscitaba preocupación e incluso perplejidad considerar que el deber de prevención era una cuestión distinta de la de la responsabilidad, ya que era difícil prever consecuencias jurídicas cuando no hubiese daño[5]. Según Suiza y Grecia, se necesitaba más tiempo para reflexionar sobre el problema[6]. A juicio de Alemania, en la etapa actual era difícil dar respuesta a todas las preguntas formuladas por la Comisión a los gobiernos, y la Comisión debía actuar con cautela en este contexto. Alemania insistió también en que había que estudiar las normas y los acontecimientos en el ámbito de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas. A este respecto, hizo referencia al proyecto de artículo 6, que ponía de manifiesto que éste debía entenderse sin perjuicio de la existencia, la aplicación o la vigencia de cualesquiera otras normas de derecho internacional[7].

6. Según Guatemala y Mongolia, no era posible evitar que la cuestión de la responsabilidad reapareciera en el proyecto de artículos. Se señaló que, según el régimen propuesto por la Comisión, el incumplimiento de las obligaciones de comportamiento propuestas entrañaría la responsabilidad de un Estado respecto del Estado perjudicado[8]. Guatemala consideraba, sin embargo, que esa responsabilidad era distinta de aquella a la que se refería el texto original en el sentido de que el Estado de origen no cometía un acto no prohibido por el derecho internacional sino un acto prohibido por el derecho internacional[9]. Se señaló que, en la versión anterior del proyecto de artículos, un Estado podía a la vez ser responsable y quedar obligado a resarcir; era responsable si causaba un daño a

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/53/SR.14), párr. 43.

[3] Ibíd., declaraciones del Reino Unido, párr. 7, y Austria, 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párr. 6.

[4] Ibíd., 14.ª sesión (A/C.6/53/SR.14), párr. 18.

[5] Ibíd., declaraciones de la República Unida de Tanzanía, 13.ª sesión (A/C.6/53/SR.13), párr. 59, y Mongolia, 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párr. 40.

[6] Ibíd., declaraciones de Suiza, 13.ª sesión (A/C.6/53/SR.13), párr. 67, y Grecia, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 43.

[7] Ibíd., 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párr. 79.

[8] Ibíd., declaraciones de Guatemala, 13.ª sesión (A/C.6/53/SR.13), párr. 53, y Mongolia, 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párr. 40.

[9] Ibíd., 13.ª sesión (A/C.6/53/SR.13), párr. 53.

otro Estado a pesar de haber cumplido sus obligaciones de prevención, y quedaba obligado a resarcir si no las había cumplido y el daño obedecía exclusivamente a ese incumplimiento.

7. Varias delegaciones insistieron también en que la Comisión no debía perder de vista la tarea concebida inicialmente de formular normas sobre la responsabilidad propiamente dicha[10]. En apoyo de esa opinión, México señaló, en primer lugar, que de lo contrario se correría el riesgo de debilitar el cumplimiento de las obligaciones de conducta. Si la política de prevención era mejor que la de curación, era indispensable establecer normas que regulasen las consecuencias de su incumplimiento, se causaran o no daños. En segundo lugar, se separarían cuestiones que debían examinarse conjuntamente. Al determinar las consecuencias del incumplimiento, debían estudiarse también los efectos en caso de daño. La separación surtía también el efecto de determinar las consecuencias de la responsabilidad, en una fase en que la Comisión abordaba exclusivamente la prevención, con lo que incumpliría el compromiso alcanzado en el 49.º período de sesiones de la Comisión de examinar la prevención independientemente de la responsabilidad[11].

8. Chile propuso que se vinculase la idea de la prevención a las obligaciones de respuesta y rehabilitación, que también deberían regir para quien llevara a cabo la actividad. Además, el incumplimiento de esas obligaciones debía dar lugar a responsabilidad internacional, con independencia del daño que se causase. Al mismo tiempo, había que tener en cuenta la magnitud del daño al evaluar la responsabilidad. Según esta opinión, era importante que el operador estuviese sujeto de manera más directa a un régimen de responsabilidad al igual que el Estado, las empresas de seguros, los fondos especiales y las demás instancias[12]. Bulgaria y Bahrein compartían esa opinión[13] pero Austria discrepaba; habida cuenta de que el deber de prevención estaba expresado en la forma de obligaciones de los Estados, Austria consideraba que no era necesario que la Comisión examinase en ningún contexto cuestiones relativas a la responsabilidad civil del operador privado[14].

9. Según los Estados Unidos, era dudoso que el proyecto de artículos pudiese aplicarse efectivamente en los Estados federales, en los que la potestad reguladora estaba compartida, ya que se parecía haber partido de la premisa de la existencia de un Estado muy centralizado con amplias facultades reguladoras[15].

10. Según Israel, en los casos en que estuviese involucrado un operador privado, la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil no protegerían adecuadamente los intereses ambientales legítimos. El deber de prevención, por lo tanto, debía considerarse una obligación de comportamiento inspirada en un código de conducta detallado y universalmente aplicable que comprendiera los principios ya incorporados en los convenios internacionales vigentes sobre medio ambiente y otras cuestiones conexas[16].

11. La República Checa se explayó sobre la cuestión de las consecuencias jurídicas y observó que si el daño tenía lugar como resultado del incumplimiento de una obligación de prevención o de otras obligaciones del Estado de origen, éste incurría en responsabilidad internacional y tenía que resarcir plenamente, a condición de que se pudiera establecer la relación de causalidad entre el daño y el acto o la omisión ilícitos. Cuando fuera difícil establecer esa relación de causalidad, la situación resultante podría muchas veces ser similar a la que se produciría cuando el incumplimiento de una obligación no entrañaba un daño material ni moral. En ese caso, la responsabilidad entrañaría simplemente la obligación de poner término al comportamiento ilícito y, tal vez, algún tipo de reparación. Sin embargo, estas cuestiones no debían examinarse en el marco de la prevención sino en el del tema de la responsabilidad del Estado. Si no se cumplía una obligación pero no se causaba un daño, en términos estrictos todavía quedaba un margen para la responsabilidad del Estado, que en varios ordenamientos jurídicos nacionales estaba definida en términos más generales que el concepto de responsabilidad[17].

12. Según la Argentina, era importante aclarar y establecer cuáles eran las consecuencias según el derecho internacional en los casos en que se producía un daño transfronterizo sensible, aun cuando el Estado de origen hubiese observado todas las normas de prevención. Por la naturaleza peculiar que tenía la obligación de reparar en esos casos, se señaló que las normas que la regulaban debían responder a ciertos principios complementarios de los que orientaban la responsabilidad por el hecho ilícito. En los casos de responsabilidad en sentido estricto, ni siquiera el pleno cumplimiento de la diligencia debida constituiría una eximente de responsabilidad[18].

13. Según Bangladesh, el principio de la diligencia debida tenía un elemento objetivo, que se podía atribuir al hecho de que las actividades peligrosas portaban, por así decirlo, las semillas de sus propias consecuencias físicas, que podían preverse con cierto grado de seguridad y precisión. En ese sentido, el «resultado» definía el ejercicio de la diligencia, si bien podía consistir en una «obligación

[10] Ibíd., declaraciones de Austria 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párr. 7; Nueva Zelandia, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 44; Suecia, en nombre de los países nórdicos, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 1; Jamahiriya Árabe Libia, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 42; Cuba, ibíd., párr. 50; Portugal, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 28; Bahrein, 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 12; Sri Lanka, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párrs. 22 y 23, y el Secretario General del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 44.

[11] Ibíd., 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párrs. 6 a 8.

[12] Ibíd., 14.ª sesión (A/C.6/53/SR.14), párrs. 25 y 28.

[13] Ibíd., declaraciones de Bulgaria, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 24, y Bahrein, 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 12.

[14] Ibíd., 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párr. 6.

[15] Ibíd., 14.ª sesión (A/C.6/53/SR.14), párr. 44. Véase también Reid, «The harmonization of federal and provincial policies and norms, and intergovernmental cooperation»; Chevrette, «Fédéralisme et protection de l'environnement», págs. 339 a 356, y Piette, «L'harmonisation des politiques et des normes fédérales et provinciales et la coopération intergouvernementale», págs. 371 a 379.

[16] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párr. 19.

[17] Ibíd., párrs. 61 y 62. Véanse también las declaraciones de Nueva Zelandia, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párrs. 47 y 48; Nigeria, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 33, y la República Islámica del Irán, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 7.

[18] Ibíd., 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párr. 94.

de comportamiento». Se destacó que los principios que regían la responsabilidad no eran idénticos a los que regían la valoración del daño. En consecuencia, una mayor tolerancia en los países en desarrollo no suponía un umbral de responsabilidad más alto, sino sólo la posibilidad de que la valoración del daño fuera menor. Si un Estado permitía actividades peligrosas en su territorio, cabía presumir que podía hacerse cargo de las posibles consecuencias de esas actividades. Por lo tanto, esa presunción valía cualquiera que fuese el grado de desarrollo económico de un Estado[19].

14. Argelia consideraba también que, si bien el derecho internacional creaba obligaciones para los Estados cuyas actividades causaban daños al medio ambiente de otros Estados, de todas maneras en lo tocante al pago de una indemnización por daños y perjuicios había que tener en cuenta la situación concreta de los países en desarrollo, que eran los más expuestos a ese respecto[20].

15. Italia, apoyando el concepto de la prevención como obligación de comportamiento, señaló que el proyecto de artículos no debía prever sanciones en los casos en que los Estados no cumplieran con su obligación de prevención, hubiese o no habido un daño transfronterizo. A su juicio, el objetivo del sistema jurídico internacional no consistía en sancionar las transgresiones sino en rectificarlas. Habida cuenta de que la obligación de prevención se aplicaba concretamente al daño transfronterizo y, por lo tanto, implícitamente, a las transgresiones de la soberanía de otro Estado, en los casos en que no hubiese habido transgresión no se justificaba imponer sanciones[21].

16. A juicio de la India, China, Cuba y Egipto, el concepto de prevención propuesto por la Comisión no lo dejaba suficientemente comprendido en el ámbito más amplio del desarrollo sostenible, de manera de dar la debida e igual ponderación a las consideraciones de medio ambiente y desarrollo. Se señaló también que debía haberse considerado que había otros varios principios importantes que guardaban relación con el concepto de prevención. Además, no debía sancionarse el incumplimiento de las obligaciones de un Estado o de un empresario que, por más que estuviera dispuesto a cumplir, careciere de la capacidad para hacerlo. En apoyo de esta posición se mencionaron las diferencias entre los grados de desarrollo económico y tecnológico de un Estado y la escasez de recursos financieros y de otra índole en los países en desarrollo. Se observó además que el concepto de diligencia debida no se prestaba a la codificación[22].

17. Teniendo en cuenta los debates en la Sexta Comisión, los párrafos siguientes se referirán, en primer lugar, a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de prevención y, en segundo lugar, a la línea de acción por la que puede optar la CDI respecto del tema de la responsabilidad.

[19] Ibíd., 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párrs. 4 y 5.

[20] Ibíd., 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 63.

[21] Ibíd., 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párrs. 68 y 69.

[22] Ibíd., declaraciones de la India, párrs. 85, 86 y 91; China, 14.ª sesión (A/C.6/53/SR.14), párr. 42; Cuba, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 51, y Egipto, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 18.

CAPÍTULO III

Cumplimiento de la obligación de diligencia debida

A.—El concepto de diligencia debida: algunas características destacadas

18. El deber de prevención, que constituye una obligación de comportamiento, se considera esencialmente una obligación de diligencia debida. Cualquier cuestión relativa a la aplicación o el cumplimiento de la obligación de prevención tendrá que referirse necesariamente a su contenido y, por lo tanto, al grado de diligencia con que deberían actuar los Estados.

19. El concepto de diligencia debida, que quedó bien establecido en el derecho internacional después de la guerra civil de los Estados Unidos y, en particular, tras el asunto del *Alabama*[23], ha suscitado distintas interpretaciones en cuanto al grado de cuidado que debe exigirse. Por ejemplo, en ese caso, Gran Bretaña instó a que se hiciera una interpretación restrictiva de la diligencia debida, según la cual la falta de esa diligencia significaba que, para prevenir un hecho que el gobierno tenía que tratar de prevenir, no se había obrado con el cuidado con que ordinariamente lo hacían los gobiernos en sus asuntos internos, y que cabría razonablemente esperar que lo hicieran tratándose de cuestiones de interés internacional y en que estuviera en juego una obligación internacional. Los Estados Unidos, sin embargo, que eran el demandante en la causa, eran partidarios de un criterio más activo para la diligencia que fuese comparable con la magnitud de los resultados de la negligencia. El fallo recogió el criterio para la diligencia debida que propugnaban los Estados Unidos[24].

[23] Asunto del *Alabama* (Estados Unidos *c.* Gran Bretaña), sentencia de 14 de septiembre de 1872, A. de Lapradelle y N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. II, París, Pedone, 1923, págs. 814 y 815. Para el original, véase Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, pág. 495.

[24] Véase una relación de las posiciones del Reino Unido y los Estados Unidos en el asunto del *Alabama* en Blomeyer-Bartenstein, «Due diligence», págs. 138 y 139. El árbitro Max Huber observó en el asunto *Biens britanniques au Maroc espagnol*, que era atributo natural de un gobierno ejercer un grado mínimo de vigilancia en la infraestructura y las actividades en su territorio. Agregó que el grado de diligencia que debía ejercerse en un caso concreto dependía de los medios disponibles, cuya utilización dependía de las circunstancias del caso y de la índole de los intereses que había que proteger (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 621). La Cámara de los Lores del Reino Unido tuvo ocasión de referirse a los criterios aplicables a la diligencia debida en la causa *Donoghue* c. *Stevenson*. Se señaló que había que actuar con un cuidado razonable en evitar actos u omisiones respecto de los cuales quepa razonablemente prever que pueden perjudicar al vecino (véase Reino Unido, *The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council*, Londres, 1932, pág. 580).

20. La aplicación del criterio de la diligencia debida se planteó también en relación con la responsabilidad del Estado por actos de particulares en tiempos de paz que entrañaban un comportamiento indebido de sus órganos, esto es, la falta de diligencia debida para prevenir y reprimir actos perpetrados por particulares. En este contexto, el comentario del artículo 10 del proyecto sobre responsabilidad de los Estados de la Facultad de Derecho de Harvard señalaba que:

> La expresión diligencia debida entraña [...] la jurisdicción para adoptar medidas de prevención, así como la oportunidad de que el Estado tome medidas en caso de tener conocimiento de un daño inminente o de circunstancias que justifiquen la expectativa de un daño probable[25].

Se dejó también en claro que la diligencia debida era un criterio y no una definición[26].

21. Según el Sr. García Amador, primer Relator Especial sobre la responsabilidad del Estado, la diligencia debida entrañaba el cuidado debido en la adopción de las medidas que normalmente se adoptaran en las circunstancias especiales del caso, la previsibilidad de los actos lesivos y la posibilidad de impedir su comisión con los recursos disponibles en el Estado, el ejercicio necesario de la autoridad para aprehender a quienes hubiesen cometido actos lesivos y el hecho de dar al extranjero la oportunidad de interponer una acción contra esas personas[27]. Señalaba también que:

> Existe la opinión casi unánime en el sentido de que el criterio de la «diligencia debida» no es susceptible de una definición clara y precisa, que permita determinar objetiva y exactamente cuándo el Estado ha sido «diligente» en el desempeño de sus funciones de vigilancia y protección[28].

22. El principio de la diligencia debida se tuvo en cuenta también en el contexto de la labor de la Comisión relativa a los cursos de aguas internacionales. Se hizo referencia concreta a la cuestión por primera vez en el cuarto informe del Sr. McCaffrey que, en relación con el proyecto de artículo 16 relativo a la contaminación de recursos de aguas internacionales, señalaba que la obligación de diligencia debida no tenía que interpretarse en el sentido de tener como resultado la responsabilidad objetiva de un Estado por cualquier daño causado por contaminación[29]. El Sr. McCaffrey indicaba los siguientes elementos de la obligación de diligencia debida:

a) El grado de diligencia que podía esperarse de un buen gobierno. En otras palabras, el gobierno de un Estado debe tener «con carácter permanente, un régimen jurídico y unos recursos materiales suficientes para cumplir sus obligaciones internacionales en circunstancias normales»[30]. En particular, el Estado debe haber establecido y mantener un aparato administrativo que sea mínimamente suficiente para poder dar cumplimiento a esas obligaciones;

b) La utilización de la infraestructura con un grado de vigilancia consonante con las circunstancias;

c) El comportamiento que dé lugar al daño por contaminación transfronteriza, así como el daño propiamente dicho, tienen que haber sido previsibles. En otras palabras, cuanto mayor sea el grado de contaminación inadmisible de aguas transfronterizas, mayor será el deber del Estado de obrar con diligencia para impedir esa contaminación. Igualmente, el empleo de industrias o tecnologías peligrosas impone al Estado una mayor obligación de ejercer vigilancia, cualquiera que sea su grado de desarrollo general[31].

23. La reacción de la Comisión a las propuestas del Sr. McCaffrey no fue totalmente favorable[32]. Un miembro no estaba seguro de que procediera relacionar el concepto de diligencia debida con una norma internacional mínima como la que podía esperarse del «buen gobierno» o de un «Estado civilizado», según la tesis que proponía Dupuy, y que no podía menos que evocar la controvertida doctrina de la norma internacional mínima del derecho internacional clásico. En consecuencia, consideraba que la

---

[25] Facultad de Derecho de Harvard, «Responsibility of States for damage done in their territory to the person or property of foreigners», pág. 187. El proyecto de Harvard de convención sobre responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros se reproduce en *Anuario… 1956*, vol. II, pág. 225.

[26] Ibíd.

[27] *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 52, documento A/CN.4/134 y Add.1, adición, art. 7.

[28] *Anuario... 1957*, vol. II, pág. 132, documento A/CN.4/106, párr. 7 del comentario del artículo 12. Sin embargo, cuando se amplió el tema de la responsabilidad de los Estados para abarcar más principios generales, la Comisión decidió limitar estrictamente el proyecto de artículos al establecimiento de normas secundarias. De esta manera, la diligencia debida se consideraba un elemento de una obligación, esto es, una norma primaria, y quedaba por lo tanto excluida del proyecto. Incluso se suprimió una referencia más indirecta al concepto de diligencia debida que había hecho el Relator Especial, Sr. Ago, en el párrafo 2 del artículo 11 de su proyecto (*Anuario ... 1972*, vol. II, pág. 135, documento A/CN.4/264 y Add.1). El artículo aprobado en 1979 había sido redactado básicamente en la forma de una cláusula de salvaguardia. Además, los proyectos de artículos relativos a la responsabilidad del Estado no incluían el elemento de culpa y la ilicitud del hecho internacional estaba definida como el incumplimiento de una obligación internacional a menos que pudiera demostrarse la existencia de circunstancias objetivas que exoneraran de esa obligación (véase Blomeyer-Bartenstein, *loc. cit.*, págs. 141 y 142). Al parecer, en la segunda lectura del presente proyecto de artículos, la Comisión puede eliminar por completo el artículo 11 de manera de no dejar formulaciones negativas que sean innecesarias (*Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 92, párrs. 421 y 425).

[29] *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 210, documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2, párr. 6.

[30] Dupuy, «Due diligence in the international law of liability», pág. 373.

[31] *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), págs. 210 y 211, documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2, párrs. 7 a 9. Para llegar a estas conclusiones, el Sr. McCaffrey se basaba en los estudios y las conclusiones de Dupuy y Lammers. Según Dupuy, «diligencia debida es la que cabe esperar de un 'buen gobierno', esto es de un gobierno consciente de sus obligaciones internacionales. [...] Se trata tanto de la contrapartida del ejercicio exclusivo de la jurisdicción territorial como del factor restrictivo de la responsabilidad internacional que dimana de la omisión de actuar de conformidad con él» («Due dilligence…», págs. 369 y 370). Señalaba también que, «el comportamiento exigido de un Estado cuyos recursos económicos le dan los medios para aumentar el alcance de su control no puede ser el mismo que se exige de un Estado cuya administración es reducida y relativamente ineficaz por la falta de recursos materiales» (ibíd., pág. 376). Si bien el grado de vigilancia puede variar según el grado de desarrollo de un Estado, Dupuy insistía en que las normas mínimas relativas a los atributos de un buen gobierno que se han señalado antes «no admiten término medio» (ibíd.). Lammers llegaba a la conclusión de que únicamente cabía decir que un Estado había incumplido una obligación de cuidado o de diligencia debidos «si sus órganos públicos sabían o debían haber sabido que determinado comportamiento de su parte o de parte de personas naturales o jurídicas causaría una contaminación inadmisible de las aguas transfronterizas» (*Pollution of International Watercourses: A Search for Substantive Rules and Principles of Law*, pág. 349).

[32] Para un resumen de las opiniones de los miembros de la Comisión, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 33 y 34, párrs. 163 a 168.

obligación de emplear la diligencia debida parecería más aceptable para el conjunto de los Estados si se redujera a una vigilancia compatible con su grado de desarrollo respectivo[33]. Otro miembro observó que la carga de probar el cumplimiento de la obligación debía recaer en el Estado de origen[34]. Otro miembro consideraba que, como cuestión práctica, el grado de diligencia debida exigible dependía de las circunstancias. Consideraba también que la actividad que podía originar el daño, así como el daño mismo, debía ser previsible: el Estado tenía que saber o tenía que haber sabido que una actividad determinada podía producir efectos contaminantes. Convino también en que el grado de diligencia podía depender del nivel de desarrollo del Estado de que se tratara[35].

24. El deber de emplear la diligencia debida era también parte central del proyecto de artículo 7 sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación aprobado por la Comisión en segunda lectura. En ese contexto, la diligencia debida se definía como «una diligencia proporcionada a la magnitud del objeto y a la dignidad y fuerza de la potencia que la ejerce» y «el cuidado que los gobiernos ordinariamente ponen en los asuntos que se refieren tanto a su seguridad como a la de sus nacionales», y se agregaba que «[n]o tiene por objeto garantizar que al utilizar un curso de agua internacional no se produzca un daño sensible»[36]. Unicamente puede considerarse que un Estado ha incumplido su obligación de ejercer diligencia debida cuando, de manera intencionada o negligente, haya causado el hecho que había que evitar o, de manera intencionada o negligente, no haya impedido que otros en su territorio causen ese hecho o no haya hecho lo necesario para disminuir los efectos[37]. Por lo tanto, en virtud de este artículo, «el Estado puede ser responsable […] de no promulgar la legislación necesaria, de no hacer cumplir las leyes […], de no impedir o poner término a una actividad ilegal o de no castigar a la persona responsable de la misma»[38]. Además, según la Comisión, sólo se puede considerar que un Estado del curso de agua ha incumplido su obligación de diligencia debida en el caso de que supiera o debiera haber sabido que el uso particular de un curso de agua internacional causaría daños sensibles a otros Estados del curso de agua[39].

25. Sin embargo, como observó la CIJ en el caso *Détroit de Corfou*, del mero hecho de que un Estado ejerza control sobre su territorio no puede concluirse que ese Estado necesariamente esté enterado, o deba estar enterado, de todo acto ilegal perpetrado en su territorio o que necesariamente sepa o deba haber sabido quiénes son los autores[40]. Es evidente que en este contexto la palabra «control» se refiere efectivamente a la jurisdicción y no al control de la actividad específica[41].

26. El artículo 7 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se refiere a la obligación de los Estados de adoptar «medidas apropiadas» para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua. Esta fórmula fue sugerida por el Canadá, Suiza y algunos otros Estados. La obligación de diligencia debida que entraña debe interpretarse a la luz del comentario de la Comisión mencionado anteriormente.

27. El examen del concepto de diligencia debida por parte de la Comisión en relación con su labor sobre el deber de prevención se inspiró principalmente en su estudio del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Los Sres. Quentin-Baxter y Barboza entendían que la norma de diligencia debida aplicable en relación con el principio de prevención debía ser proporcional al grado de riesgo de daño transfronterizo en un caso determinado. El Sr. Quentin-Baxter indicó también que los niveles de protección adecuada debían determinarse teniendo debidamente en cuenta la importancia de la actividad y su viabilidad económica. Señaló además que los niveles de protección debían fijarse teniendo en cuenta los medios de que dispusiera el Estado autor y las normas aplicadas en el Estado afectado y en la práctica regional e internacional[42].

28. El comentario sobre el artículo 4, titulado «La prevención», que recomendó el Grupo de Trabajo de la Comisión en 1996[43] se refería a la obligación del Estado de adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para hacer cumplir las leyes, las decisiones administrativas y las políticas que el Estado hubiera adoptado. También se indicó que la norma de la diligencia debida tiene que ser directamente proporcional al grado de riesgo o daño. Algunos factores que es preciso tener en cuenta para determinar las normas aplicables son el tamaño de la operación, su ubicación, las condiciones climáticas especiales y los materiales empleados en la actividad. No obstante, se tomó nota del principio 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río) según el cual las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo[44].

---

[33] Ibíd., vol. I, declaración del Sr. Shi, ibíd., 2064.ª sesión, pág. 150, párr. 16.

[34] Ibíd., declaración del Sr. Arangio-Ruiz, pág. 151, párr. 24.

[35] Ibíd., declaración del Sr. Barsegov, pág. 154, párrs. 44 y 45.

[36] *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 110, párr. 4 del comentario del proyecto de artículo 7.

[37] Ibíd.

[38] Ibíd., cita de *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, art. 601, comentario *d*, pág. 105.

[39] *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 111, párr. 8 del comentario del proyecto de artículo 7.

[40] *Détroit de Corfou*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 18. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 12.

[41] Véase también la opinión del Sr. Barboza, que estaba convencido de que los conceptos de control y jurisdicción eran más apropiados para definir el alcance del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional que el concepto de territorio (*Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 17 y 18, párrs. 60 y 61).

[42] Véase el primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/487 y Add.1, párr. 55 *f*).

[43] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), anexo I, pág. 121.

[44] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (A/CONF.151/26/Rev.1) (vol. I, vol. II, vol. III y vol. III/Corr.1) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.I.8 y corrección), vol. I: *Resoluciones adoptadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo I.

29. La importancia del concepto de diligencia debida aumenta constantemente y supera la esfera del daño causado a personas privadas extranjeras en el territorio de un Estado. En la actualidad preocupa la necesidad de definir la responsabilidad o la responsabilidad del Estado por actos o riesgo de daño como consecuencia de la realización de actividades peligrosas.

30. Toda la cuestión de la diligencia debida también se ha examinado en relación con diferentes sectores de la gestión del medio ambiente y fue objeto de un análisis reciente por parte del PNUMA, que señaló que su conceptualización había resultado muy difícil. Se observó que, si bien algunas obligaciones específicas de la evaluación del impacto ambiental y las obligaciones de precaución estaban articuladas adecuadamente, seguían tratándose y evaluándose varias cuestiones fundamentales relacionadas con la evaluación internacional del riesgo, la responsabilidad del Estado o del agente económico y la responsabilidad internacional. Esto último figuraba entre los aspectos más difíciles del derecho internacional del medio ambiente. No obstante, la diligencia debida no suponía que los Estados o los agentes económicos fueran los garantes absolutos en la prevención del daño. Asimismo, existía una flexibilidad considerable en la manera en que el Estado podría desempeñar su deber de diligencia debida. Por ejemplo, esta flexibilidad está relacionada con el empleo de diferentes medidas de control ambiental según la gravedad de la amenaza, los recursos disponibles para los países en desarrollo y la naturaleza de la actividad específica. Se sugirió además que, como parte del procedimiento de diligencia debida, las diversas ramas de la producción deberían ajustarse a las normas mínimas convenidas de ámbito internacional relativas al medio ambiente y cuestiones conexas. Algunas normas de esta clase se habían elaborado en foros internacionales como la ISO, la OMI y la OMS[45].

31. Sobre la base del análisis anterior puede concluirse que la obligación de diligencia debida, implícita en el deber de prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, incluye el grado de atención, que se supone sea el esperado de un buen gobierno. Dicho de otro modo, el gobierno interesado debe poseer con carácter permanente un sistema jurídico y recursos materiales suficientes para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales[46]. Con tal fin, el Estado tiene también que establecer y mantener un aparato administrativo adecuado. No obstante, se entiende que el grado de atención que se espera de un Estado que disponga de recursos económicos, humanos y materiales bien desarrollados y de sistemas y estructuras de gestión altamente evolucionados no es igual que el correspondiente a los Estados que no se encuentran en esa situación[47]. Pero aun en este último caso se espera un grado mínimo de vigilancia, empleo de infraestructura y supervisión de actividades peligrosas en el territorio del Estado, lo que constituye un atributo natural de todo gobierno[48].

32. El grado de atención necesario también es proporcional al grado de peligrosidad de la actividad de que se trata[49]. Además, el grado de perjuicio propiamente dicho debe ser previsible y el Estado tiene que saber, o habría tenido que saber, que la actividad llevaba consigo el riesgo de causar daños importantes. Dicho de otra manera, cuanto más elevado sea el grado de daño inadmisible, mayor será la obligación de prestar la atención necesaria para evitarlo.

33. Cabe recordar a este respecto los diversos principios examinados en el primer informe del Relator Especial, por ejemplo, la necesidad de autorización previa, la evaluación del impacto ambiental y la adopción de todas las medidas de precaución necesarias y razonables[50]. A medida que las actividades resultan más peligrosas, la observancia de las obligaciones de procedimiento se hace más importante y la calidad de las medidas para evitar y disminuir los daños ambientales transfronterizos tiene que ser mayor[51].

34. En relación con el desempeño de la obligación de diligencia debida, también se considera que el Estado de origen tendría que asumir la carga de la prueba de haber cumplido las obligaciones pertinentes en mayor medida que los Estados u otras partes que probablemente se vean afectados.

B.—Algunas reflexiones acerca del cumplimiento de la obligación de diligencia debida

35. El hecho de dar importancia al cumplimiento de la obligación de diligencia debida tiene la ventaja de que las partes que puedan verse afectadas por la realización de actividades peligrosas tienen la oportunidad de buscar remedio en caso de que no se cumpla esa obligación, incluso antes de que ocurra ningún daño o perjuicio. Estos recursos pueden consistir en pedir el cumplimiento específico de los diversos componentes de la obligación de diligencia debida, además de la obligación del Estado de

---

[45] Nota oficiosa de la secretaría del PNUMA sobre la diligencia debida internacional, preparada por el grupo asesor del Director Ejecutivo del PNUMA en banca y medio ambiente (octubre de 1993).

[46] En su decisión de 27 de enero de 1999 en el asunto *A. P. Pollution Control Board* v. *Prof. M. V. Nayudu (Retd.) and others*, la Corte Suprema de la India examinó varios conceptos relacionados con el principio «el que contamina paga», el principio de precaución y el principio de imponer la carga de la prueba a la persona o entidad que proponga la actividad para demostrar que las medidas que adopta no perjudican al medio ambiente. En ese contexto, la sentencia de los magistrados Majmudar y Jagannadha Rao también puso de relieve la importancia de una buena gestión mediante el establecimiento de autoridades o tribunales de apelación compuestos por personal judicial y técnico buen conocedor del derecho ambiental, con el fin de que supervise y aplique las disposiciones relacionadas con el medio ambiente. Esta decisión también puso de relieve la necesidad de que se pudiera apelar formalmente ante la Corte Suprema las sentencias de esos tribunales ambientales. También merece destacarse que en ese asunto la Corte Suprema se basó en la labor de la Comisión para llegar a sus conclusiones (AIR 1999 SC 812).

[47] Según Lefeber, esto introduce un elemento subjetivo porque es preciso suponer que las características especiales, tales como el estado de desarrollo y las particularidades geográficas, afectan a los medios que un Estado tiene a su disposición. La evolución de esas variables hace difícil fijar el concepto de diligencia debida, lo cual también es consecuencia de un carácter dinámico, ya que el grado de diligencia que tiene que ejercerse varía según cambien los valores sociales, económicos y políticos (*Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, pág. 65).

[48] Véanse también las observaciones de Max Huber (nota 24 *supra*).

[49] Véase Lefeber, *op. cit*., pág. 68, nota 50.

[50] Véase la nota 42 *supra*.

[51] Lefeber, *op. cit.*, pág. 68.

origen de consultar y notificar las actividades que puedan causar daños importantes, y evitar las controversias y resolverlas. También pueden entrar en juego, según el grado de responsabilidad del Estado, otros recursos, como el cese de la actividad o el pago de daños y perjuicios.

36. Además de la cuestión de los recursos posibles en caso de incumplimiento de la obligación de diligencia debida, resulta igualmente importante la cuestión de mejorar la cultura de la observancia y alentar el cumplimiento voluntario de las obligaciones. A este respecto, el Relator Especial ya determinó en su primer informe varias medidas útiles que son pertinentes y todavía válidas[52].

37. Según estudios realizados sobre cuestiones relativas a la observancia y el cumplimiento de los acuerdos internacionales sobre el medio ambiente la eficacia de esa observancia o cumplimiento depende de varios factores: precisión de las obligaciones de que se trata; capacidad administrativa del país; existencia de servicios financieros y otras infraestructuras para establecer y supervisar el procedimiento de observancia; factores económicos, incluido el producto nacional bruto per cápita; técnicas de producción; participación en el comercio internacional; reparto de la autoridad entre diferentes unidades políticas del país, incluidas la delegación y la descentralización de autoridad y de poder; función de las organizaciones no gubernamentales (ONG); y liderazgo ejercido por personas individuales. Se ha determinado que las variables importantes más próximas son la capacidad administrativa, el liderazgo, las ONG, y los conocimientos y la información[53].

38. Las estrategias sugeridas para aumentar la observancia se diferencian según la posición del país. Se considera a este respecto que dos dimensiones tienen especial importancia, a saber: la intención de cumplir y la capacidad de hacerlo[54]. Basándose en una matriz, cabría dividir a los países en seis categorías: los que quieren y pueden cumplir; los que no se han decidido todavía en lo que respecta a la obligación de cumplimiento pero podrían cumplir; los que no quieren cumplir pero pueden hacerlo; los que quieren cumplir pero no pueden hacerlo; los que no se han decidido todavía en lo que respecta a la obligación de cumplimiento pero no podrían cumplir; los que no quieren ni pueden cumplir[55].

39. En consecuencia, se han articulado tres estrategias de cumplimiento con respecto a los acuerdos internacionales relativos al medio ambiente: información a la luz pública, establecimiento de incentivos para el cumplimiento e imposición de sanciones. Se sugiere que predominan los dos primeros enfoques: las sanciones sólo se utilizan como «último recurso»[56]. Esto contrasta con lo que ocurre en la esfera comercial, en la que las sanciones constituyen la estrategia primordial para el cumplimiento, o en la legislación de derechos humanos, en la que prevalece el enfoque de la información pública acompañada de sanciones.

40. A juicio de otro comentarista[57], si bien son indudablemente útiles los mecanismos y procedimientos eficientes de presentación de informes en virtud de una convención multilateral con el fin de fomentar un mejor conocimiento de las prácticas de cada Estado, el cumplimiento por los países en desarrollo se verá facilitado

si se les ayuda a aplicar tecnologías sustitutivas y a aumentar su capacidad de ejecución y de internalizar la nueva conducta en sus culturas nacionales. Además, aplicar las convenciones internacionales requiere a menudo que los Estados creen instituciones, adopten reglamentos nacionales y elaboren y apliquen planes nacionales para establecer condiciones favorables al medio ambiente. La voluntad política de cumplir esos requisitos es necesaria pero no suficiente. Los gobiernos tienen que disponer de los medios necesarios para desempeñar sus obligaciones[58].

41. El enfoque basado en la información a la luz pública consiste en una serie de medidas encaminadas a llevar a la luz del día la conducta de las partes y los agentes de que se trate. Entre estas medidas cabe citar la presentación periódica de informes nacionales, el examen de esos informes por funcionarios de igual nivel, el establecimiento de secretarías especiales y órganos regionales e internacionales, el acceso a la información por parte de ONG, la participación de ONG en la supervisión del cumplimiento, la supervisión sobre el terreno, la transparencia de la información y la supervisión periódica del comportamiento seguido, mediante foros nacionales y regionales, cursillos prácticos, redes empresariales o privadas del sector o consultores que trabajen sobre el terreno[59].

42. A continuación se presentan algunos ejemplos. En el artículo 8 del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono se prevé un procedimiento en caso de incumplimiento, que se aprobó en 1992, según el cual la información relativa al incumplimiento puede comunicarse al Comité de aplicación establecido en virtud de su párrafo 5. Esta información puede comunicarla un Estado Parte que tenga reservas con

---

[52] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/487 y Add.1, párr. 55.

[53] Véase Jacobson y Brown Weiss, «Assessing the record and designing strategies to engage countries», págs. 535 y 536. Véase también Bothe, «The evaluation of enforcement mechanisms in international environmental law: an overview», págs. 13 a 38. Bothe llegó a las siguientes conclusiones: existe un conflicto entre los enfoques unilaterales y bilaterales del cumplimiento por otros Estados. Las sanciones unilaterales son importantes pero problemáticas. Está disminuyendo el cumplimiento de las obligaciones internacionales a nivel bilateral por medio del mecanismo de la responsabilidad internacional del Estado. La función de los procedimientos tradicionales de solución de controversias es limitada. Se están desarrollando verdaderos procesos multilaterales de aplicación, a saber: sistemas de presentación de informes, exámenes sistemáticos de los recursos nacionales, nuevos procedimientos en caso de incumplimiento, e instrumentos financieros, en particular un sistema de observancia remunerada. El cumplimiento de los acuerdos ambientales se impone todavía en gran medida mediante instrumentos diplomáticos. También se alienta un mayor acceso de las ONG, en detrimento de los procesos intergubernamentales (*loc. cit.*, pág. 36).

[54] Jacobson y Brown Weiss, *loc. cit.*, pág. 538.

[55] Ibíd.

[56] Ibíd., págs. 542 y 547. Respecto de la opinión de que frente al incumplimiento las sanciones coercitivas son excepcionales, ineficaces y básicamente inapropiadas en los regímenes de cooperación por los que los Estados regulan sus principales problemas comunes, véase también Chayes, Chayes y Mitchell, «Active compliance management in environmental treaties», pág. 77. Véase en Dupuy, «International liability for transfrontier pollution», pág. 379, un análisis de los acuerdos en que cabría considerar la posibilidad de elaborar, mediante negociaciones bilaterales o multilaterales, procedimientos de indemnización.

[57] Shihata, «Implementations, enforcement and compliance with international environmental agreements: practical suggestions in light of World Bank's experience».

[58] Shihata, *loc. cit.*, págs. 43 y 44.

[59] Jacobson y Brown Weiss, *loc. cit.*, pág. 543. Véase asimismo Sachariew, «Promoting compliance with international environmental legal standards: reflections on monitoring and reporting mechanisms».

respecto al cumplimiento de sus obligaciones por otro Estado Parte, la Secretaría, o la Parte interesada que haya llegado a la conclusión de que, a pesar de sus esfuerzos hechos de buena fe no puede cumplir plenamente sus obligaciones. El Comité de aplicación seguirá examinando la cuestión y tratará de alcanzar una solución amistosa. Para cumplir sus obligaciones podrá, cuando sea necesario y por invitación de la Parte interesada, reunir información en el territorio de esta última[60]. Los Estados Partes en el Protocolo, después de examinar el informe y las recomendaciones del Comité de aplicación, podrán adoptar y solicitar medidas para el pleno cumplimiento del Protocolo. A reserva de que se ultimen las actuaciones, la Reunión de las Partes también podría formular un llamamiento provisional y recomendaciones[61]. El procedimiento en caso de incumplimiento seguido en virtud del Protocolo de Montreal tiene por finalidad garantizar «una solución amistosa de la cuestión basada en el respeto de las disposiciones del Protocolo»[62].

43. La Convención sobre Seguridad Nuclear, que entró en vigor el 24 de octubre de 1996, establece en su artículo 5 el requisito de presentación de informes. Se trata esencialmente de un mecanismo de examen por funcionarios de igual nivel. Además, en el artículo 29 se establece que en caso de controversias sobre la interpretación o aplicación de la Convención, las Partes celebrarán consultas en el marco de una reunión de las Partes Contratantes a fin de resolver la controversia en cuestión. Las controversias se resolverán de manera amistosa y no se llevarán ante ningún tribunal. El mecanismo de examen por funcionarios de igual nivel se lleva a cabo sobre la base de: *a*) las directrices relativas al proceso de examen; *b*) las directrices relativas a los informes nacionales; y *c*) el reglamento y el reglamento financiero de las reuniones de examen de las Partes Contratantes. Aunque cada Parte Contratante dispone de cierta libertad y flexibilidad para preparar el informe que presentará al mecanismo de examen, las directrices convenidas prevén una estructura que facilite el examen internacional. Para ello las directrices van más allá del «carácter incentivador» de la Convención y añaden rigor al requisito de presentación de informes y cierta transparencia interna al proceso de examen. Esto último supone la oportunidad de que cada Parte Contratante formule observaciones. Para tal fin se han establecido dos grupos distintos de países. Se alienta a las Partes Contratantes a que examinen los elementos específicos de seguridad de su programa, con lo cual los demás podrán identificar más fácilmente los defectos. Al final de cada reunión de examen se preparará un informe resumido que se pondrá a disposición del público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención.

44. El sistema del Protocolo a la Convención de 1979 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia relativo a la reducción ulterior de emisiones de azufre prevé medidas de cooperación, tales como ayuda a las Partes para cumplir las disposiciones del Protocolo. Además, cabe señalar que las funciones del Comité de aplicación del Protocolo incluye el examen periódico de las quejas de las Partes respecto de los requisitos de presentación de informes establecidos por el Protocolo, así como el examen de toda notificación o referencia destinada a facilitar soluciones constructivas[63].

45. De manera similar, el proceso de consultas multilaterales establecido en virtud del artículo 13 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático está a disposición de las partes para resolver cuestiones relacionadas con la aplicación de la Convención. Este procedimiento tiene por finalidad resolver esas cuestiones proporcionando consejo y asistencia a las partes para superar sus dificultades de aplicación, así como fomentar el entendimiento de las disposiciones de la Convención con miras a evitar que surjan controversias. Este proceso de consultas multilaterales disminuye las dificultades, no provoca enfrentamientos y es transparente, oportuno y no judicial. En consecuencia, los problemas se resuelven como sigue: *a*) aclarando y resolviendo las cuestiones; *b*) proporcionando asesoramiento sobre la obtención de recursos técnicos y financieros para resolver las dificultades; y *c*) proporcionando asesoramiento sobre la reunión y comunicación de información[64].

46. El enfoque basado en los incentivos supone proporcionar incentivos financieros y técnicos: fondos establecidos por el instrumento de que se trate, por ejemplo, el Fondo del Protocolo de Montreal, el Fondo del patrimonio mundial o el Fondo de Bali establecido en virtud del nuevo Convenio Internacional de las Maderas Tropicales; proyectos financiados por el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM), proyectos multilaterales de bancos de desarrollo[65]; asistencia bilateral proporcionada por

[60] Un requisito similar figura en el párrafo 2 del artículo XIII de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, en virtud del cual se permite la inspección sobre el terreno cuando se cuenta con el consentimiento de la parte interesada.

[61] Véase un procedimiento similar en el párrafo 1 del artículo 10 del Convenio para la protección del medio marino del Atlántico Nordeste.

[62] Véase una nota de la Secretaría sobre la cuestión de las medidas destinadas a la aplicación de algunas convenciones pertinentes, presentadas al Comité Intergubernamental de Negociación encargado de elaborar una convención internacional de lucha contra la desertificación, ICCD/COP (2)/10, 23 de octubre de 1998, pág. 6.

[63] Véase ibíd., pág. 6.

[64] Ibíd.

[65] Con respecto a la función de las instituciones financieras internacionales, Shihata (*loc. cit.*, pág. 48) observó que:

> «[p]or medio de su diálogo de política y préstamos, especialmente los concedidos en condiciones de favor, las instituciones financieras internacionales proporcionan incentivos para el cumplimiento de las normas ambientales que se deben observar. Su asistencia técnica también ayuda a establecer instituciones y marcos jurídicos y normativos adecuados. Estas instituciones administran y facilitan la preparación de planes ambientales nacionales.
>
> El FMAM, que se centra en la financiación adicional en condiciones de favor para atender los costos suplementarios de los proyectos que favorecen al mundo entero en las cuatro esferas fundamentales del cambio climático, la diversidad biológica, la capa de ozono y las aguas internacionales, desempeña un papel especial de creciente importancia. Al proporcionar un incentivo económico para que los países en desarrollo cumplan los tratados internacionales sobre el medio ambiente, el FMAM constituye parte de un enfoque mundial basado en los principios de cooperación con espíritu de asociación mundial y responsabilidades comunes aunque diferenciadas.
>
> Los incentivos positivos proporcionados mediante esas distintas formas de asistencia financiera también tienen aspectos sancionadores. La asistencia se suspende o suprime cuando no se

(Continuación en la página siguiente.)

gobiernos; y asistencia técnica del sector privado, como en el caso de la aplicación del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono[66].

47. Las sanciones pueden oscilar desde la pérdida de una consideración especial en virtud del acuerdo (por ejemplo, la aplicación de la condición prevista en el artículo 5 del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, que determina la posibilidad de tener acceso a financiación) hasta prohibiciones de comerciar con el país infractor. En lo que respecta a algunos tipos de acuerdo puede ser útil establecer un órgano que se ocupe de las cuestiones de aplicación e incumplimiento y de la elaboración del procedimiento aplicable en tales casos, que en último extremo incluya sanciones, incluso aunque la amenaza que suponen sólo sirva para impedir el incumplimiento[67].

(Continuación de la nota 65.)

reembolsan los préstamos o se incumplen los acuerdos de donación. No obstante, la clave reside en la flexibilidad.»

Véase también Christofidis, «The European Investment Bank and environmental protection: policies and activities».

[66] Jacobson y Brown Weiss, *loc. cit.*, pág. 547.

[67] Ibíd., pág. 546. Véase también el capítulo dedicado al cumplimiento en *Environmental Liability, 7th Residential Seminar on Environmental Law, 9–13 June 1990, Montreux, Switzerland* (Londres, Graham & Trotman y Asociación Internacional de Abogados, 1991), págs. 213 a 274, en lo que se refiere a la experiencia de Nueva Gales del Sur (Australia) y Nueva Zelandia en cuestiones de cumplimiento y observancia.

48. El Relator Especial se ha vuelto a ocupar del concepto de diligencia debida, fundamentalmente con miras a establecer el tipo de obligación que es necesario hacer cumplir. También ha examinado diversos medios y métodos para lograr el cumplimiento o la observancia. Está claro que procedimientos más transparentes y que den lugar a menos enfrentamientos serán los más aptos para alentar y ayudar a los Estados a mejorar sus niveles de cumplimiento. Esto, no obstante, sin perjuicio de invocar los recursos de derecho privado y los principios de responsabilidad del Estado.

49. También está claro que las cuestiones relacionadas con el cumplimiento y los regímenes específicos para lograrlo son temas adecuados de negociación entre los Estados partes en acuerdos sobre la realización de actividades peligrosas o perjudiciales. Este es el procedimiento que se sigue con respecto a varias actividades importantes. A este respecto cabe considerar que la cuestión del cumplimiento queda fuera del alcance de la preparación de los proyectos de artículos sobre prevención por la Comisión. Si se desea otra cosa y si la Asamblea General otorga el mandato, la Comisión podría preparar un protocolo separado sobre cumplimiento.

CAPÍTULO IV

Planteamiento del tema de la responsabilidad internacional

A.—La labor de la Comisión

50. Cuando la Comisión abordó el tema a principios de 1978, el Sr. Quentin-Baxter, entonces Relator Especial, trató de establecer una base o marco conceptual y sugirió un plan esquemático en su tercer informe[68]. A este respecto, indicó la necesidad de retornar al concepto de responsabilidad causal civil, aun cuando se daba perfecta cuenta de las dificultades que ello entrañaba. El Relator señaló:

> Al final, cuando se han dejado a un lado todas las oportunidades de construcción de un régimen o, subsidiariamente, cuando se ha producido una pérdida o un daño que nadie hubiera previsto, existe el compromiso, del género de la responsabilidad causal, de compensar la pérdida. El Relator Especial no alcanza a discernir cómo podría ser de otro modo, teniendo en cuenta las realidades de los peligros transfronterizos y las relaciones interestatales, y los elementos existentes de un capítulo en evolución del derecho internacional[69].

51. Un aspecto aún más importante, según el Sr. Quentin-Baxter, es que el concepto de responsabilidad y la obligación de pagar una indemnización están condicionados por su concepto de las expectativas compartidas. Como explicaba el Relator Especial, el carácter impreciso de este último concepto era una ventaja ya que permitía a los Estados llegar a una distribución mutuamente aceptable, caso por caso, de los costos y beneficios. Cabe recordar que, de conformidad con el párrafo 4 de la sección 4 del plan esquemático, las expectativas compartidas incluyen las que

> *a*) se han expresado en la correspondencia u otras comunicaciones entre los Estados interesados o, en la medida en que no se hayan expresado de ese modo,
>
> *b*) pueden deducirse implícitamente de principios comunes, legislativos o de otro carácter, o de normas de conducta normalmente observadas por los Estados interesados o en cualquier agrupación regional o de otro tipo a que ambos pertenezcan o en la colectividad internacional[70].

Ello deja abierta la posibilidad de solucionar una controversia recurriendo a los regímenes de responsabilidad civil. También es posible que esas expectativas compartidas se puedan decidir y determinar si la pérdida deberá ser indemnizada por el Estado de origen, compartida entre el

[68] *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 75, documento A/CN.4/360, párr. 53.

[69] Ibíd., pág. 72, párr. 41. También manifestó, con respecto a las dificultades de tratar el concepto de responsabilidad causal: «[A]l término del camino, la fiera de la responsabilidad causal debe ser domesticada» (*Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2, párr. 92). En cuanto a su idea de que la prevención y la reparación forman parte de un continuo y, en conjunto, han de ser tratadas como una obligación compleja, véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/487 y Add.1, párr. 40.

[70] *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 76, documento A/CN.4/360.

Estado de origen y el Estado afectado o recaer en el que corresponda[71].

52. El Sr. Barboza opinaba que las cuestiones relacionadas con la responsabilidad debían resolverlas los Estados mediante regímenes en la materia establecidos expresamente para ese fin. De esa manera, pueden optar por un régimen de responsabilidad civil o uno de responsabilidad de Estado a Estado. El régimen de responsabilidad que proponía sólo podía funcionar en calidad de régimen residual, sirviendo como «red de seguridad»[72]. El Sr. Barboza indicó que, en caso de un daño transfronterizo que no se derivara de un hecho internacionalmente ilícito, el Estado de origen tendría la obligación de negociar con el Estado o los Estados afectados: «deben determinarse las consecuencias jurídicas del daño, y de que éste, *en principio*, debe ser compensado íntegramente»[73]. Únicamente el incumplimiento de la obligación de negociar daría lugar a la responsabilidad del Estado[74].

53. El Sr. Barboza también señaló que su concepto de responsabilidad no requería prueba alguna de que el Estado de origen hubiera dejado de adoptar medidas apropiadas de prevención y reducción de la contaminación. Tampoco requería que la conducta de que se tratara fuera considerada ilícita. El proyecto de artículo 9 propuesto en 1990 también dejaba abierta la posibilidad de limitar la responsabilidad en lo concerniente a la cantidad y el tiempo[75]. Cabe señalar también que, a diferencia del Sr. Quentin-Baxter, que escogió el concepto de expectativas compartidas para atenuar el rigor del concepto de la responsabilidad causal, el Sr. Barboza se basó en factores que limitaban la responsabilidad[76], y en exoneraciones o excepciones respecto de tal responsabilidad[77]. Señaló además que

> es la responsabilidad causal la que inspira la norma de este artículo [proyecto de artículo 21[78]], lo que significa que, si no hay dudas en cuanto al vínculo de causalidad entre la actividad y el daño transfronterizo de que se trate, correspondería indemnizarlo en principio. La negociación que tenga lugar partirá de esa premisa y se centrará más bien en el «quantum» de la indemnización[79].

54. Aun cuando había aducido anteriormente argumentos en favor de la responsabilidad del Estado, en la última parte de su trabajo comenzó a combinar ese concepto con el de la responsabilidad civil del explotador privado. En su séptimo informe, y atendiendo a varias sugerencias para abordar la cuestión de la responsabilidad atribuyendo más importancia a los recursos del derecho interno o privado, el Sr. Barboza propuso que la responsabilidad civil fuera primaria y la responsabilidad del Estado supletoria[80]. A este respecto, la responsabilidad del Estado sólo sustituiría a la responsabilidad civil si el particular que fuera responsable no pudiera indemnizar el daño, o no se le pudiera identificar o localizar. Por otra parte, las víctimas deberían tener derecho a optar entre el conducto interno y el conducto diplomático para presentar su demanda[81]. Ni siguiera este criterio mixto recibió mucho apoyo. En consecuencia, en su décimo informe, el Sr. Barboza propuso que no se considerara responsables a los Estados por el daño a que hacían referencia los proyectos de artículos, a menos que hubieran cometido un hecho internacionalmente ilícito[82]. A ese respecto, señaló diferentes posibilidades para atribuir la responsabilidad al Estado, a saber: *a*) situaciones en las que no hay responsabilidad del Estado por hecho ilícito; *b*) situaciones en que hay responsabilidad exclusiva del Estado, tanto objetiva como por hecho ilícito; *c*) situaciones en que hay responsabilidad objetiva del Estado pero subsidiaria de la responsabilidad civil, también objetiva, del explotador en cuanto al pago de indemnizaciones por incidentes derivados de la actividad peligrosa, y *d*) situaciones en que hay responsabilidad por hecho ilícito del Estado, pero subsidiaria de la responsabilidad civil del explotador por los daños causados por la actividad peligrosa.

55. El Sr. Barboza llegaba a la conclusión de que ninguna de las alternativas parecía adecuarse enteramente a los fines de los proyectos de artículo, aunque consideraba que la alternativa *d*) era una opción que podría tomarse en consideración. En esas circunstancias, lo más simple, a su juicio, «sería no asignar ninguna forma de responsabilidad objetiva al Estado, y separar en la forma más tajante posible su responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones propias (responsabilidad por hecho ilícito) de la responsabilidad objetiva por los daños que causen los incidentes derivados del riesgo de la actividad de que se trate»[83]. Confiaba en que ese sistema sería más aceptable para los Estados y simplificaría la relación entre la responsabilidad del Estado y la de los particulares. En su opinión, también simplificaría los aspectos procesales, puesto que sólo los tribunales de derecho interno serían competentes y no había cuestión tan espinosa como la comparecencia del Estado ante un tribunal en un caso en el que estuviera involucrado un particular, sobre todo si debía hacerlo ante los tribunales internos de otro Estado[84].

56. Los proyectos de artículos adoptados por el Grupo de Trabajo de la Comisión en 1996 se referían a la cuestión de la responsabilidad en el artículo 5. En el comentario sobre esa disposición se señalaba que «[e]l principio de responsabilidad ha de entenderse sin perjuicio de la cuestión de: *a*) la entidad que es responsable y debe prestar reparación; *b*) las formas y el alcance de la reparación; *c*) el daño que está sujeto a reparación; y *d*) la base de la responsabilidad»[85].

---

[71] *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 273, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2, párr. 47.

[72] *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 102, documento A/CN.4/428 y Add.1, párr. 48.

[73] Ibíd., párr. 49.

[74] Ibíd., pág. 101, párr. 43.

[75] Ibíd., párr. 44, y anexo, pág. 112.

[76] Ibíd., pág. 112, anexo, proyectos de artículos 23 y 27.

[77] Ibíd., proyecto de artículo 26.

[78] Ibíd.

[79] *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 89, documento A/CN.4/437, párr. 56.

[80] Ibíd., pág. 88, párr. 50; véase también pág. 80, párr. 23.

[81] Ibíd., pág. 88, párr. 51.

[82] *Anuario... 1994*, vol. II (primera parte), pág. 148, A/CN.4/459, párr. 30.

[83] Ibíd., párr. 29.

[84] Ibíd.

[85] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), anexo I, pág. 124, párr. 6 del comentario al artículo 5.

57. La reacción de la Asamblea General a las propuestas del Grupo de Trabajo no fue homogénea. Por una parte, un grupo de Estados consideró que los proyectos de artículos no se centraban en grado suficiente en el principio de responsabilidad e indemnización. Se estimó que debía elaborarse un régimen de responsabilidad e indemnización más completo y de carácter más general a fin de lograr un equilibrio apropiado entre los beneficios derivados por las entidades que realizaban actividades peligrosas y la carga impuesta a terceros a causa del riesgo de daño que comportaban tales actividades. Se señaló que tan sólo los proyectos de artículos 5 y 21 se referían a la cuestión de la responsabilidad internacional. Por otra parte, el texto no contenía ninguna disposición sobre la naturaleza de la responsabilidad o de la cuantía de la indemnización, ni tampoco hacía distinción alguna entre los conceptos de responsabilidad y obligación de reparar. A la luz de esas consideraciones, se sugirió que la Comisión abordara los proyectos de artículos como un texto sobre un régimen de protección ambiental y no de responsabilidad internacional. Se indicó que la obligación de indemnizar podía ser cumplida directamente por el explotador privado o utilizando un sistema de dos o tres niveles basado en el establecimiento de un fondo de indemnización u otros medios (como utilizar el principio de quien contamina paga, que no es aplicable en todos los casos, o recurrir a un régimen de responsabilidad civil o del Estado, o mediante una combinación de ambos)[86].

58. Otro grupo de delegaciones consideraba que el concepto de responsabilidad incorporado a los proyectos de artículos del Grupo de Trabajo no estaba definido en forma apropiada y que sus elementos estaban desprovistos de todo contenido concreto. A este respecto, se señaló que los proyectos de artículos eran, a la vez, ambiguos e inquietantes, ya que no resolvían la cuestión de quién (o qué) concretamente era el responsable. También podía suponerse que esos proyectos trataban de imponer obligaciones tan sólo a los Estados y no a las entidades privadas. Los Estados Unidos no consideraban que Francia sostuvo que el Grupo de Trabajo no había definido las características de la responsabilidad. La responsabilidad del Estado podía concebirse sólo residualmente respecto a la responsabilidad del explotador de la actividad que originase el daño transfronterizo. El reconocimiento de la responsabilidad residual de los Estados por los daños causados por actividades lícitas constituiría por sí mismo un desarrollo muy importante del derecho internacional. Era poco probable que los Estados estuvieran dispuestos a aceptar ese desarrollo de un modo general. Hasta la fecha, sólo lo habían aceptado en tratados específicos, como el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales. En ese caso, sin embargo, los Estados que habían estado al origen del Convenio consideraron que las actividades espaciales eran actividades reservadas exclusivamente a los Estados, lo que evidentemente no ocurría para todas las actividades consideradas en el proyecto de artículos que se estaba examinando. Por consiguiente, sería preferible convertir el proyecto de artículos en una especie de compendio de principios, al que los Estados podrían referirse al establecer regímenes específicos de responsabilidad. Sería ese un enfoque realista, pragmático y constructivo del tema[88]. La India consideraba que el control jurisdiccional o la soberanía sobre un territorio no constituían *per se* el fundamento de la responsabilidad internacional de los Estados, y que lo que tenía vital importancia era el control real de las operaciones realizadas en el territorio de un Estado. Por consiguiente, la responsabilidad internacional por los daños transfronterizos debía imputarse al explotador que ejercía directamente el control físico de esas actividades[89]. El Reino Unido pidió que se abandonara el estudio de ese tema, habida cuenta de la carga que suponía para la Comisión, ya que tal tema había quedado «vacío de contenido»[90].

59. Por su parte, el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, que examinó la cuestión en 1997, no estaba convencido de que estuvieran bastante claros el alcance y el contenido del tema. También estimaba que la Comisión debía esperar hasta recibir más comentarios y observaciones de los Estados para adoptar una decisión sobre el tema de la responsabilidad internacional. Como medida provisional, el Grupo de Trabajo convino en que las cuestiones de la prevención y de la responsabilidad por daños se trataran por separado[91].

conforme al derecho internacional consuetudinario, los Estados sean en general responsables por daños transfronterizos sensibles causados por entidades privadas que actúen en su territorio o estén sujetas a su jurisdicción o control. Desde un punto de vista sustantivo, existe un buen argumento de que la mejor manera de reducir al mínimo esos daños es atribuir responsabilidad a la persona o entidad que los causa y no al Estado[87].

---

[86] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, declaración de Austria, 37.ª sesión (A/C.6/51/SR.37), párrs. 17 y 19. Para opiniones análogas, véanse las declaraciones de Portugal, 39.ª sesión (A/C.6/51/SR.39), párr. 66; Australia, 40.ª sesión (A/C.6/51/SR.40), párrs. 2 y 3; Irlanda (que indicaba que estaba dispuesta a aceptar la exclusión de la «responsabilidad absoluta», e incluso la «responsabilidad causal», siempre que se aceptase que no se excluyera también la responsabilidad sin falta), ibíd., párrs. 6 y 8; la República de Corea, 41.ª sesión (A/C.6/51/SR.41), párr. 53; Cuba (que parecía apoyar la responsabilidad del Estado), ibíd., párr. 57; Nueva Zelandia (que apoyaba el principio de quien contamina paga), 39.ª sesión (A/C.6/51/SR.39), párr. 5; Venezuela, ibíd., párrs. 18 a 21, y el Brasil, ibíd., párr. 26.

[87] Véanse las observaciones escritas presentadas por los Estados Unidos a la Comisión (*Anuario... 1997*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/481 y Add.1, párr. 27). Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, declaración de los Estados Unidos, 39.ª sesión (A/C.6/51/SR.39), párrs. 31 a 33. Véase asimismo Jacoby y Eremich, «Environmental liability in the United States of America».

[88] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, declaración de Francia, 37.ª sesión (A/C.6/51/SR.37), párr. 25. Véase la declaración de Suecia, en nombre de los países nórdicos, ibíd., párr. 40, que también deseaban que quedara claro que incumbía primordialmente al explotador privado dar indemnización y que la responsabilidad del Estado, en su caso, era residual.

[89] Ibíd., declaración de la India, 41.ª sesión (A/C.6/51/SR.41), párr. 63.

[90] Ibíd., declaración del Reino Unido, 38.ª sesión (A/C.6/51/SR.38), párr. 19.

[91] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 60, párrs. 165 a 167.

B.—Estado de las negociaciones en curso acerca de la responsabilidad internacional

60. La opinión del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional fue corroborada por el hecho de que, salvo en el caso de la responsabilidad relacionada con los objetos espaciales y algunos otros casos[92], muchos de los instrumentos internacionales relativos al daño transfronterizo o al daño al medio ambiente mundial no han podido hasta ahora establecer ningún régimen de responsabilidad. En la mayoría de los instrumentos se ha indicado únicamente la necesidad de elaborar protocolos apropiados sobre la responsabilidad, y la mayoría de éstos han sido objeto de negociación durante considerable tiempo sin llegar a ninguna solución o consenso acerca de las cuestiones fundamentales involucradas[93]. A continuación se examina el estado en que se encuentran algunas de esas negociaciones.

61. La Reunión Consultiva del Tratado Antártico ha estado tratando de elaborar uno o varios anexos sobre la responsabilidad ambiental y, a esos efectos, estableció un Grupo de Expertos Jurídicos sobre Responsabilidad que se ha venido reuniendo durante las Reuniones Consultivas del Tratado y en los períodos entre éstas, desde 1993. Las deliberaciones del Grupo han tenido lugar sobre la base de «propuestas» preparadas por su Presidente, el Sr. Wolfrum. En su última reunión, el Grupo tuvo ante sí la octava propuesta del Presidente. La delegación de los Estados Unidos también propuso una alternativa[94]. Las cuestiones objeto de examen eran las siguientes: ámbito de aplicación, definición del concepto de daño, medidas de respuesta o recursos, norma de responsabilidad, excepción y límites, normas relativas al alcance del daño, responsabilidad del Estado, seguros y aplicación de las disposiciones del anexo o anexos, inclusive la solución de controversias. El Grupo llegó a un acuerdo acerca de alguna de estas cuestiones, pero en relación con otras sólo se pudieron decidir alternativas. Se convino, por ejemplo, en que la finalidad de un anexo, o de varios de ellos, era elaborar un régimen de responsabilidad que abarcase todas las actividades en el marco del Tratado Antártico y su Protocolo sobre la Protección del Medio Ambiente. Sin embargo, quedaba pendiente la cuestión de si ello debía hacerse en un anexo de carácter general o en varios anexos. En cuanto a la definición de daño, aun cuando se acordó que debía satisfacer ciertas condiciones, se expresó preferencia por distintas variantes. Con arreglo al artículo 3 de la octava propuesta, los efectos tenían que ser significativos y duraderos. Aunque algunos miembros se inclinaban por excluir los efectos que se hubieran determinado en evaluaciones del impacto ambiental y que las autoridades nacionales hubiesen considerado aceptables con arreglo a la definición de daño, otros sentían preocupación por que pudiera utilizarse cualquier tipo de evaluación del impacto ambiental para evitar la responsabilidad. De manera análoga, y en lo concerniente a la forma de responsabilidad, si bien todos los miembros preferían la responsabilidad objetiva, expresaron dudas acerca de la distinción que había que hacer entre las actividades de los Estados y las de las entidades no estatales, o entre los tipos de daño. Las propuestas que daban preferencia a la responsabilidad conjunta y solidaria también planteaban problemas ligados a la compatibilidad con algunos regímenes jurídicos nacionales. Aunque todos estaban de acuerdo en que el explotador privado debería adoptar medidas preventivas razonables para impedir que se produjeran incidentes, se señaló que cualquier obligación de esa índole podría considerarse una nueva obligación en virtud del Protocolo. También era importante la cuestión del pago de una indemnización a los terceros que tomasen medidas correctivas sin previa autorización del explotador privado. Aunque, en general, se debía considerar responsable por los daños al explotador, cualquier disposición que impusiera a éste la obligación de pagar una indemnización razonable por el «daño no reparado» o el «perjuicio irreparable» o, cuando las medidas de respuesta no fueran posibles ni viables o, por motivos ambientales o de otra índole, no deseables, planteaba problemas.

62. En el seno del Grupo de Expertos Jurídicos sobre Responsabilidad hubo acuerdo, en general, en que la responsabilidad del Estado, cuando no actúa como operador, sólo debe invocarse en circunstancias estrechamente definidas. Por consiguiente, todos los miembros estuvieron de acuerdo en que un anexo, o anexos, sobre responsabilidad no debía crear una nueva responsabilidad para los Estados únicamente en razón de que el daño había sido causado por un operador dentro de su jurisdicción. Según

[92] Se ha tratado de incorporar en algunas convenciones el principio de la responsabilidad objetiva del Estado en una forma u otra. El Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales hace que el Estado de lanzamiento tenga «responsabilidad absoluta» por los daños causados un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo (art. II). Aunque la norma de la culpa se incorporó en el artículo III en relación con los daños causados a objetos espaciales en vuelo como consecuencia de la colisión entre objetos en el espacio ultraterrestre, o en el aire, el Convenio puede considerarse no obstante un régimen modificado de responsabilidad *sine delicto*. El abandono de la excepción basada en no existir un hecho del Estado y de la relacionada con la diligencia debida y la interpretación aceptada de la falta de nexo entre la responsabilidad y un hecho internacionalmente ilícito parecen respaldar esta opinión. Al igual que el citado Convenio, la Convención sobre responsabilidad por daños causados por accidentes radiológicos en ocasión del transporte internacional de combustible nuclear irradiado de centrales nucleares, del Consejo de Ayuda Mutua Económica, también considera primordialmente responsables a los Estados por los daños nucleares en virtud del derecho internacional. Además, en lo que respecta a otras actividades nucleares, a saber, la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre y los ensayos nucleares, hay algunos indicios del abandono de la excepción basada en no existir un hecho del Estado y la relativa a la diligencia debida y de que se hace caso omiso de la condición de ilegalidad (Lefeber, *op. cit.*, pág. 160). También se ha hecho caso omiso de excepciones análogas en el caso de, al menos, dos tratados bilaterales sobre los cursos de agua internacionales (ibíd., pág. 169).

[93] Para un excelente resumen de la práctica internacional respecto de los recursos en el caso de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas a las personas o los bienes, o al medio ambiente, y para una enumeración de las distintas formas de responsabilidad y los diversos casos de pago de indemnización sin atribución alguna de responsabilidad, junto con ejemplos de tratados y jurisprudencia, véase *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), anexo I, págs. 123 a 128, comentario sobre el artículo 5. Para un análisis de algunos de los instrumentos pertinentes, así como de los argumentos involucrados, véase también Arsanjani y Reisman, «The quest for an international liability regime for the protection of the global commons».

[94] Véase, en general, el informe del Grupo de Expertos Jurídicos sobre la labor realizada para elaborar uno o varios anexos sobre la responsabilidad por daños ambientales en la Antártida, tema 9 del programa, XXII ATCM/WP1 (noviembre de 1997), págs. 1 a 14.

el artículo 7 de la octava propuesta, un Estado parte sería responsable del daño causado por un operador sólo si el daño no hubiera ocurrido o no hubiera continuado si el Estado parte hubiera cumplido sus obligaciones en virtud del Protocolo y los anexos; pero esto es así sólo en la medida que la responsabilidad no hubiera sido satisfecha por el operador o de cualquier otra manera. Hubo acuerdo, en general, en que la responsabilidad del Estado en virtud de un anexo sobre responsabilidad no debía exceder la responsabilidad de ese mismo Estado en virtud del derecho internacional general.

63. Todos los miembros se manifestaron a favor de incluir exenciones de la responsabilidad por catástrofes naturales, conflictos armados y actos de terrorismo. En el artículo 8 de la octava propuesta se preveía también el seguro obligatorio u otros tipos de garantías financieras para las actividades que representen un riesgo para el medio ambiente. Las cuestiones de la limitación de la responsabilidad, el establecimiento de un fondo de protección del medio ambiente y el mecanismo de solución de controversias también fueron objeto de debates. El proyecto de los Estados Unidos se basaba en el principio de la responsabilidad objetiva y trataba, en particular, de las obligaciones relacionadas con las medidas de respuesta. El monto de la indemnización se calcularía sobre la base del costo de las medidas de respuesta tomadas por otros Estados. El proyecto disponía también exenciones y límites y se refería al establecimiento de un fondo[95].

64. La necesidad de establecer un régimen de responsabilidad se examinó también en el contexto de los movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados. Sobre la base del párrafo 3 del artículo 19 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, la segunda Conferencia de las Partes en el Convenio decidió establecer un Grupo de Trabajo especial de composición abierta sobre la seguridad biológica para elaborar un protocolo sobre seguridad de la biotecnología en relación con los movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados. Aunque el protocolo tiene por objetivo establecer un procedimiento de acuerdo fundamentado previo, la mayoría de los países en desarrollo insistieron en que debe incluir también disposiciones sobre responsabilidad e indemnización[96]. El Grupo de Trabajo celebró seis reuniones, la última de las cuales tuvo lugar en Cartagena de Indias (Colombia), del 14 al 22 de febrero de 1999. En cuanto a la cuestión de la responsabilidad y la reparación, los países sostuvieron posiciones diversas que iban desde la responsabilidad objetiva del Estado hasta la no responsabilidad. Los países en desarrollo de África y Asia apoyaron la elaboración de disposiciones sobre responsabilidad e indemnización, pero países como los Estados Unidos, la Federación de Rusia y algunos miembros de la Unión Europea insistieron en que el tiempo disponible para las negociaciones no era suficiente para incluir disposiciones detalladas sobre responsabilidad e indemnización en el protocolo. La Argentina y el Japón se opusieron a ese tipo de disposición. Aunque las negociaciones fracasaron respecto de otras cuestiones contenciosas, se llegó a un compromiso en el sentido de que se decidió incluir una disposición relativa a la responsabilidad y la indemnización; la labor sobre esta disposición se completaría dentro de los tres años a partir de la fecha de entrada en vigor del protocolo[97].

65. Desde que se concertó el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, se ha venido negociando un protocolo sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación. Hasta la fecha, el Grupo de Trabajo Ad Hoc de expertos jurídicos y técnicos ha celebrado ocho reuniones y las negociaciones sobre el protocolo parecen estar a punto de concluir. Aunque parece no haber consenso sobre muchos aspectos relativos al ámbito y la aplicación del protocolo, hay acuerdo en que se aplicaría a los daños atribuibles a un incidente ocurrido durante un movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos, o durante su eliminación. A ese respecto, no se han tomado decisiones en cuanto a la responsabilidad del Estado de exportación o del Estado de tránsito respecto de las remesas de desechos que han salido de la jurisdicción territorial del Estado de exportación. También está pendiente la cuestión de la responsabilidad por el tráfico ilícito de desechos. El problema de la imputación de la responsabilidad también ha sido objeto de opiniones encontradas[98]. Ahora bien, en la última sesión hubo consenso en que «el notificador» será responsable de los daños hasta que la documentación del movimiento haya sido firmada por el eliminador. A partir de ese momento, éste último será responsable de los daños. Si el Estado de exportación es el notificador, o si no se ha efectuado ninguna notificación, el exportador será responsable de los daños hasta que el eliminador haya firmado la documentación del movimiento. De allí en adelante, el eliminador será responsable de los daños. También hay desacuerdo en cuanto a la naturaleza y la finalidad del fondo o los fondos que se establecerán en virtud del protocolo. Mientras los países desarrollados propugnan un fondo de compensación establecido con la única finalidad de sufragar los gastos relacionados con el socorro de emergencia y las operaciones de limpieza, los países en desarrollo desearían un fondo de compensación que cubriese las reclamaciones por pérdidas de bienes o vidas humanas y por daños al medio ambiente, además de un fondo separado para casos de emergencia. La naturaleza y la función de los seguros para cubrir las reclamaciones de indemnización también fueron objeto de debate[99].

---

[95] Véase ibíd., págs. 14 a 16.

[96] UNEP/CBD/BSWG/1/4, 22 de agosto de 1996, pág. 17. Véase también la monografía de M. Gandhi titulada «Relationship between discussions in the bio-safety negotiations and work undertaken in relation to article 14 of CBD», presentada en el curso práctico organizado por el Reino Unido y la Comisión Europea en Londres, del 30 de junio al 2 de julio de 1998.

[97] UNEP/CBD/exCOP/1/2, proyecto de artículo 25, pág. 32.

[98] Véase la nota preparada por Handl, «Comments on draft articles of a protocol on liability and compensation for damage resulting from transboundary movements of hazardous wastes and their disposal» (UNEP/CHW.1/WG.1/5/L.1/Add.1).

[99] Véase el proyecto de Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, dimanante de la octava reunión del Grupo de Trabajo Ad Hoc de expertos jurídicos y técnicos del Convenio de Basilea encargado de examinar y elaborar un proyecto de protocolo sobre responsabilidad e indemnización por daños

66. En muchos otros casos, no parecía que fuera posible discutir siquiera seriamente la cuestión de la responsabilidad[100]. La tendencia general parece ser contraria a toda formulación del concepto de la responsabilidad del Estado, y sobre todo de la responsabilidad objetiva, aun cuando se la considere más adecuada para los problemas relacionados con la contaminación transfronteriza[101]. Tras examinar la labor de la Comisión y las opiniones expresadas por los gobiernos sobre el tema de la responsabilidad internacional, junto con la práctica existente en los Estados, un comentarista llegó recientemente a la conclusión de que «la búsqueda de fuentes a este respecto ha revelado que no hay tratados en vigor ni otras instancias de prácticas coherentes de los Estados que apoyen el criterio procesal de responsabilidad *sine delicto* previsto por los relatores especiales»[102].

resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (UNEP/CHW.1/WG.1/8/5, anexo).

[100] Lefeber, *op. cit.*, pág. 177.

[101] En general, la Argentina, Australia, el Brasil (con cautela), el Canadá, España, Irlanda, Jordania, los países nórdicos, la República Democrática del Congo, Sierra Leona, Tailandia, Trinidad y Tabago, el Uruguay y Venezuela parecen apoyar la supresión de la exención de diligencia debida. Además, Australia, el Canadá y los países nórdicos parecen inclinarse por la responsabilidad objetiva. Para un análisis de las opiniones de los Estados, véase ibíd., págs. 178 y 179 (notas 131 y 132). Véanse también las opiniones expresadas por los Estados arriba mencionados en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*. Algunos comentaristas parecen inclinarse por un concepto de responsabilidad objetiva en cuestiones de daños transfronterizos, aprovechando las analogías con el derecho interno. Véase, por ejemplo, Bedjaoui, «Responsibility of States: fault and strict liability», pág. 361. Véase también Schachter, *International Law in Theory and Practice*, pág. 377.

[102] Lefeber, *op. cit.*, pág. 226. Para las opiniones de otros académicos, véase ibíd., págs. 184 a 187 (notas 153 a 161). Por ejemplo, Schachter (*op. cit.*, pág. 375). observa que

> «la responsabilidad internacional es un concepto esencial, aunque complicado, en relación con los daños ambientales transfronterizos. [...] Algunos órganos internacionales han procurado formular principios y procedimientos generales. Jurisconsultos internacionales han aportado muchos estudios analíticos y de políticas a tal fin. Los gobiernos, por su parte, han actuado con cautela. Han concertado sólo unos pocos acuerdos multilaterales que incorporan principios de responsabilidad e indemnización respecto de actividades particulares. La práctica de los Estados es escasa y las adjudicaciones internacionales son raras.»

Además, aludiendo al hecho de que varios abogados internacionales sostuvieron el argumento de la responsabilidad objetiva de los Estados en casos de accidentes provocados por desastres, observó que «algunas leyes nacionales habían separado la responsabilidad de los hechos ilícitos respecto de algunas esferas de daños ambientales (especialmente los actos muy peligrosos), pero los gobiernos todavía no estaban dispuestos a aceptarlo como principio general a nivel de la responsabilidad internacional» (*op. cit.*, pág. 378). Véanse también otras monografías sobre las posiciones jurídicas acerca de la responsabilidad de países como Alemania, el Canadá, el Japón, Nueva Zelandia, el Reino Unido, Sudáfrica y algunos países del Pacífico Sur (*Environmental Liability…* (nota 67 *supra*)). Véase también Taylor, *An Ecological Approach to International Law: Responding to Challenges of Climate Change*, pág. 152: «Se ha manifestado un cierto apoyo para la responsabilidad objetiva en la práctica de los Estados y entre los especialistas. Ahora bien, probablemente la opinión prevaleciente sea que no se trata de una norma general de derecho internacional en el contexto de los daños transfronterizos».

CAPÍTULO V

Futuro seguimiento del tema de la responsabilidad: opciones

67. En vista de lo que antecede, las opciones para el futuro seguimiento de este tema parecen ser las siguientes:

a) Continuar examinando el tema de la responsabilidad y finalizar algunas recomendaciones. El Sr. Quentin-Baxter, y últimamente más aún el Sr. Barboza, han examinado un gran número de materiales. Un grupo de trabajo de la Comisión ha preparado también proyectos de artículos;

b) Alternativamente, la Comisión podría suspender su labor sobre el tema de la responsabilidad internacional, al menos por el momento, hasta que se complete el examen del régimen de prevención en segunda lectura. La Comisión debería esperar los resultados de las negociaciones sobre algunos de los protocolos relativos a la responsabilidad;

c) Por supuesto, hay también otra opción. La Comisión puede decidir dar por terminada su labor sobre el tema de la responsabilidad internacional[103], a menos que la Asamblea General revise y renueve el mandato.

68. De las tres opciones, el Relator Especial recomienda que se considere la segunda con miras a su aprobación

[103] Véase el examen de la literatura sobre responsabilidad internacional en *Harvard Law Review* y su conclusión de que «no se pueden expresar expectativas legítimas sobre las consecuencias de la adopción o no adopción de medidas para los Estados que han ocasionado daños ambientales» (Guruswamy, Palmer y Weston (eds.), «Editors of the Harvard Law Review, Trends in international environmental law», págs. 330 a 332). En un comentario sobre el concepto de responsabilidad por «actos lícitos», Brownlie (*System of the Law of Nations: State Responsibility*, pág. 50), consideró que se trataba de:

> «una interpretación fundamentalmente errónea. La naturaleza de la interpretación errónea era tal que el contagio podía inducir a una conclusión general respecto de los principios de la responsabilidad del Estado, ya que se refería a esos principios y no se limitaba a una cierta esfera de problemas. Gran parte de la responsabilidad de los Estados, aceptada desde hace mucho tiempo por gobiernos y tribunales, se refiere a categorías de actividades lícitas que han causado daños. [...] La búsqueda de principios que rijan la 'responsabilidad' por 'actividades lícitas' parece ir en contra de toda la experiencia jurídica existente. [...] En cualquier caso, la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales no apoyan el concepto de responsabilidad por actividades lícitas.»

Véase también Boyle, «State responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law: a necessary distinction?». Según Dupuy (*International liability…*, pág. 369) cabe recordar que «en derecho internacional general el uso del concepto de 'diligencia debida' se refiere a omisiones ilícitas por un Estado. [...] El derecho internacional sólo requiere que el Estado actúe con 'diligencia suficiente' o con 'diligencia debida'. Esta es la medida de la responsabilidad internacional». Jiménez de Aréchega señaló, en su conferencia de La Haya («International law in the past third of a century», pág. 273), que:

(Continuación en la página siguiente.)

Resulta claro que gran parte del material estudiado y examinado por los Sres. Quentin-Baxter y Barboza sobre responsabilidad internacional no ha sido considerado por la Comisión como una base suficiente para finalizar cualquier recomendación a este respecto. La situación no parece haber cambiado. La tendencia predominante entre los Estados se opone todavía a la aceptación de cualquier concepto de responsabilidad objetiva del Estado. Por lo tanto, la primera alternativa no parece en este momento más atractiva que hace algunos años.

69. Resulta igualmente claro que no es correcto ni apropiado rechazar de plano la posibilidad de tratar el tema de la responsabilidad internacional. Un rechazo categórico como éste crearía más confusión en cuanto a la ley aplicable en caso de perjuicios o daños reales ocurridos a través de fronteras internacionales o a nivel internacional, a causa de las actividades realizadas o permitidas por los Estados dentro de sus territorios o en otras zonas bajo su jurisdicción o control exclusivos. Esta opinión no tendría debidamente en cuenta la firme opinión de un numeroso grupo de Estados en favor de establecer un equilibrio entre los intereses del Estado de origen de las actividades peligrosas y los intereses de los Estados que probablemente resultarán afectados. Tampoco permitiría a la Comisión aprovechar las novedades que probablemente se producirán a este respecto.

(Continuación de la nota 103.)

> «La Comisión de Derecho Internacional había decidido, con razón, no codificar simultáneamente la responsabilidad del Estado por actos ilícitos y las normas relativas a la responsabilidad por los riesgos resultantes de actividades lícitas, ya que 'el examen conjunto de los dos temas sólo conseguiría dificultar su comprensión' Varios miembros instaron a la Comisión a que iniciara lo antes posible la codificación de la responsabilidad del Estado resultante de los riesgos producidos por actos lícitos pero peligrosos.
>
> La dificultad de hacer una codificación de este tipo es que esta responsabilidad sólo resulta del derecho tradicional, no tiene ninguna base en el derecho consuetudinario o en los principios generales y, dado que trata de excepciones más que de reglas generales, no puede extenderse a esferas que no estén comprendidas en los instrumentos específicos.»

Respecto de las otras citas, véase Lefeber, *op. cit.*, pág. 191 (nota 40).

70. Ahora bien, cuando la Comisión esté en condiciones de tratar el tema de la responsabilidad internacional, y si decide hacerlo, deberá adoptar una posición sobre varias cuestiones a fin de establecer adecuadamente un régimen de responsabilidad, entre ellas: las actividades comprendidas, el tipo de cobertura, la definición de daño, el establecimiento de patrones para medir los daños, la identificación de la persona (o personas) contra la que se debe presentar la reclamación, la determinación de la persona que puede presentar la reclamación, la designación del foro (o foros) ante el que deben presentarse las reclamaciones, la determinación de los recursos disponibles, la función del Estado en el pago de las indemnizaciones, las condiciones que rigen la responsabilidad del operador, las circunstancias que excluyen la responsabilidad, el requisito del seguro y otras garantías financieras, y los procedimientos para la solución de las controversias.

71. Para finalizar, cabe señalar también que en el presente informe no se intenta resolver la cuestión de la forma final de los proyectos de artículos sobre prevención. Se han hecho diferentes sugerencias, tanto en la Comisión como en la Asamblea General, que van desde una ley modelo o directrices hasta una convención. También se ha sugerido, como alternativa, una convención marco. Esta es una cuestión que la Comisión deberá decidir al final de este ejercicio, y no en este momento.

72. Asimismo, la cuestión relativa al procedimiento más adecuado para la solución de las controversias en relación con el tema de la prevención, planteada por algunos Estados[104], podría examinarse en relación con la segunda lectura de los proyectos de artículos sobre prevención.

[104] Suiza, por ejemplo, entendió que el proyecto de artículo 17 sobre solución de controversias era insuficiente. Según ese Estado, si una controversia no podía resolverse por medio de una comisión de determinación de los hechos, el Estado parte debía estar facultado para incoar un procedimiento judicial conducente a una decisión obligatoria (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/53/SR.13), párr. 67).

RESERVAS A LOS TRATADOS

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/499

Cuarto informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial

[Original: francés]
[25 de marzo de 1999]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		139
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1-63	140
A.—Labor anterior de la Comisión sobre el tema	1-54	140
1. Los informes primero y segundo sobre las reservas a los tratados y sus consecuencias	12-16	140
a) Consecuencias del primer informe (1995)	2-6	140
b) Consecuencias del segundo informe (1996-1997)	7-16	141
2. El tercer informe y sus consecuencias	17-54	143
a) Examen del tercer informe por la Comisión	18-23	143
b) Examen del informe de la CDI por la Sexta Comisión	24-38	144
c) Iniciativas adoptadas por otros organismos	39-43	147
d) Nuevo examen del proyecto de directriz relativo a las «declaraciones de no reconocimiento»	44-54	148
B.—Presentación general del cuarto informe	55-63	150
ANEXO		
Bibliografía relativa a las reservas a los tratados (A/CN.4/478/Rev.1)		153

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	Ibíd., vol. 1946, n.º 33356, pág. 125.
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979)	Ibíd., vol. 1249, n.º 20378, pág. 70.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	Documento A/CONF.129/15.

Introducción

A.—Labor anterior de la Comisión sobre el tema

1. En el primer informe del Relator Especial sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados figura una exposición relativamente detallada de la labor anterior de la Comisión sobre el tema y sus consecuencias[1]. Así pues, no es necesario volver a dar detalles sobre ello en el presente informe, salvo para informar a los miembros de la Comisión de las novedades habidas al respecto desde la elaboración del tercer informe, el cual dedicaba algunas de sus secciones a la acogida que habían tenido los informes primero y segundo[2]. Las novedades mencionadas se refieren a las consecuencias de los informes primero y segundo (seccs. 1 y 2) y al examen del tercer informe por la propia CDI y por la Sexta Comisión; en la sección 2 también se abordan otros hechos posteriores.

1. Los informes primero y segundo sobre las reservas a los tratados y sus consecuencias

a) Consecuencias del primer informe (1995)

2. En su primer informe, el Relator Especial examinó en forma sucinta los problemas planteados por el tema e hizo notar que las Convenciones de Viena pertinentes (la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados y la Convención de Viena sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales (en adelante, las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986, respectivamente)) contenían lagunas y ambigüedades en materia de reservas que justificaban que el tema volviera a ser examinado con arreglo a la práctica seguida por los Estados y las organizaciones internacionales[3]. A fin de hacerse una idea más precisa de esa práctica, el Relator Especial, con la autorización de la Comisión[4], preparó dos cuestionarios detallados en materia de reservas a los tratados para conocer la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales y los problemas con que tropiezan. En el párrafo 5 de su resolución 50/45, de 11 de diciembre de 1995, la Asamblea General invitó a los Estados y a las organizaciones internacionales, en particular a los que fueran depositarios, a que contestaran a la brevedad a esos cuestionarios. La Asamblea reiteró esa petición en el párrafo 7 de su resolución 51/160, de 16 de diciembre de 1996.

3. En la fecha en que se redactó el tercer informe[5], habían respondido a parte o a la totalidad de esos cuestionarios 32 Estados y 22 organizaciones internacionales, de los cuales figura una lista en el tercer informe[6]. Desde entonces, ningún otro Estado[7] y sólo otras dos organizaciones internacionales[8] han hecho llegar sus respuestas a la Secretaría.

4. En opinión del Relator Especial, ese nivel de respuestas, superior al registrado habitualmente por los cuestionarios de la Comisión es, por esa razón, alentador y demuestra el interés suscitado por el tema, al tiempo que confirma que su estudio responde a una necesidad real. Sin embargo, el número de respuestas es insuficiente, pues sólo han respondido 32 de los 187 Estados Miembros de las Naciones Unidas u observadores, a todos los cuales se les envió el cuestionario, y 24 de las 65 organizaciones internacionales destinatarias, es decir, el 17% y el 40%, respectivamente. Por añadidura, las respuestas están repartidas desde el punto de vista geográfico de manera poco satisfactoria: proceden fundamentalmente de los Estados europeos (o del mismo grupo) (19 respuestas) y latinoamericanos (8 respuestas) y, si bien han respondido también 5 países asiáticos, el Relator Especial no ha recibido hasta el momento respuestas de ningún país africano. Además, una de las organizaciones internacionales de mayor actividad convencional, la Comunidad Europea, tampoco ha respondido hasta ahora al cuestionario que se le envió.

5. El Relator Especial es plenamente consciente de la carga que representan para los servicios jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de las organizaciones internacionales los cuestionarios de la Comisión y, en particular, el relativo a las reservas, que es largo y detallado, y no ignora que los Estados que no han podido responder al mismo hasta ahora disponen de otros medios de dar a conocer a la CDI los problemas con que tropiezan y sus expectativas, como, por ejemplo, las intervenciones de sus representantes en la Sexta Comisión. El Relator Especial asigna la máxima importancia a esas reacciones[9], pero ello no quiere decir que no constituyan más que un sucedáneo imperfecto de las respuestas al cuestionario. Por una parte, éste es casi exclusivamente fáctico: su objeto no es determinar cuáles son las «preferencias normativas» de los Estados o de las organizaciones internacionales, sino tratar de hacer, a través de sus respuestas, un inventario de su práctica efectiva a fin de guiar a la CDI en su tarea de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional, para lo cual no sirven igual las intervenciones orales, necesariamente sucintas. Por otra parte, esas observaciones tienen lugar *a posteriori* y a la Comisión y a su Relator Especial les resulta más fácil

[1] *Anuario… 1995*, vol. II (primera parte), págs. 138 a 152, documento A/CN.4/470, párrs. 8 a 90.

[2] Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párrs. 1 a 30.

[3] *Anuario… 1995*, vol. II (primera parte), págs. 153 a 162, documento A/CN.4/470, párrs. 91 a 149.

[4] Véase *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 111, párr. 489.

[5] En el caso de esa parte del informe, el 30 de abril de 1998.

[6] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, notas 7 y 9.

[7] Sin embargo, algunos Estados que sólo habían proporcionado respuestas parciales las han completado. El Relator Especial se lo agradece sinceramente.

[8] Se trata de la OMM y de las Naciones Unidas (Sección de Tratados). El Relator Especial les expresa igualmente su sincero agradecimiento. En realidad, las Naciones Unidas habían enviado su respuesta en 1998 pero se omitió mencionarlas por error. El Relator Especial pide disculpas a la Sección de Tratados.

[9] Véanse los párrafos 25 a 38 *infra*.

formular sus propuestas en función de las respuestas dadas *ex ante* que corregirlas *ex post*.

6. Esas son las razones por las que el Relator Especial desea vivamente que la Comisión tenga a bien recomendar a la Asamblea General que haga un nuevo llamamiento a los Estados y a las organizaciones internacionales para animar a que respondan al cuestionario a quienes que todavía no lo hayan hecho, y a que completen sus respuestas a quienes sólo lo hayan hecho parcialmente.

b) *Consecuencias del segundo informe (1996-1997)*

7. Por falta de tiempo, la Comisión no pudo examinar en su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, el segundo informe sobre las reservas a los tratados[10], pero lo examinó en su período de sesiones siguiente, celebrado en 1997. A raíz de ese examen, aprobó las conclusiones preliminares de la Comisión sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos[11].

8. Al mismo tiempo, la Comisión decidió también transmitir el texto de sus conclusiones preliminares a los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos. Mediante cartas de fecha 24 de noviembre de 1997, enviadas por conducto de la Secretaría de la Comisión, el Relator Especial remitió una copia de las conclusiones preliminares y del capítulo V del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones a los presidentes de los órganos de derechos humanos de ámbito universal[12] y les pidió que transmitieran esos documentos al Comité que presidían y le comunicaran las observaciones que desearan hacer al respecto. Se enviaron cartas análogas a los presidentes de varios órganos regionales[13].

9. Hasta la fecha, sólo han hecho llegar sus observaciones los presidentes de dos órganos de supervisión y el de las reuniones octava y novena de los presidentes de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos[14]. Por otra parte, el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una carta de fecha 23 de enero de 1998, dio las gracias a la Secretaría de la Comisión por haberle enviado las conclusiones preliminares.

10. En una carta de fecha 9 de abril de 1998[15], la Presidenta del Comité de Derechos Humanos insistió en la función que cumplen los órganos de vigilancia universales en el proceso de desarrollo de la práctica y las normas aplicables. Reiteró las opiniones del Comité en una segunda carta, de fecha 5 de noviembre de 1998, en la cual indicó que al Comité le preocupaba la perspectiva expresada por la Comisión en el párrafo 12 de las conclusiones preliminares[16] y recalcó que la propuesta enunciada en el párrafo 10[17] «está sujeta a modificación a medida que la práctica y las reglas elaboradas por los órganos de vigilancia universales y regionales obtienen aceptación general». Y añadió:

> A este respecto quisiera subrayar dos puntos.
>
> En primer lugar, en el caso de los tratados de derechos humanos que prevén el establecimiento de un órgano de vigilancia, la práctica de interpretación del tratado de ese órgano contribuye, de conformidad con la Convención de Viena, a definir el alcance de las obligaciones dimanantes del tratado. Por consiguiente, en lo que respecta a la compatibilidad de las reservas, las opiniones vertidas por los órganos de vigilancia forman parte necesariamente de la elaboración de la práctica y las reglas internacionales conexas.
>
> En segundo lugar, cabe subrayar que los órganos de vigilancia universales, como el Comité de Derechos Humanos, deben tener conocimiento del alcance de las obligaciones de los Estados Partes para poder desempeñar sus funciones a tenor de los tratados por los que se crearon. Su función de vigilancia entraña el deber de evaluar la compatibilidad de las reservas, a fin de seguir de cerca el cumplimiento del instrumento pertinente por los Estados Partes. Cuando un órgano de vigilancia llega a una conclusión acerca de la compatibilidad de una reserva, basa en ella, de conformidad con su mandato, sus relaciones con el Estado Parte. Además, en el caso de los órganos de vigilancia que se ocupan de comunicaciones individuales, una reserva al tratado, o al instrumento que prevé esas comunicaciones, tiene repercusiones de procedimiento en el trabajo del órgano en cuestión. Por lo tanto, al ocuparse de una comunicación individual, el órgano de vigilancia deberá tomar una decisión sobre el efecto y el alcance de la reserva con objeto de determinar la admisibilidad de la comunicación.
>
> El Comité de Derechos Humanos comparte la opinión expresada por la Comisión de Derecho Internacional, expresada en el párrafo 5 de sus conclusiones preliminares, de que los órganos de vigilancia establecidos en virtud de tratados de derechos humanos «son competentes para formular comentarios y recomendaciones con respecto a, entre otras cosas, la admisibilidad de las reservas hechas por los Estados, a fin de cumplir las funciones que tienen asignadas». De ello se desprende que los Estados Partes deben respetar las conclusiones a las que llegue el órgano de vigilancia independiente encargado de seguir de cerca el cumplimiento del instrumento a tenor del mandato que se le ha otorgado[18].

11. Por su parte, el Presidente del Comité contra la Tortura informó a la Secretaría de la Comisión que ese órgano examinó las conclusiones preliminares de la Comisión en su 21.º período de sesiones, celebrado del 9 al 20 de noviembre de 1998, y que compartía las opiniones expresadas por el Comité de Derechos Humanos.

Además, el Comité contra la Tortura opina que el criterio seguido por los órganos de vigilancia de los instrumentos internacionales de derechos humanos de valorar o determinar la admisibilidad de una reserva a un tratado determinado a fin de que se interprete correctamente y

[10] *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/477 y Add.1.

[11] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 57, párr. 157.

[12] Se enviaron cartas a los presidentes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura y el Comité de los Derechos del Niño.

[13] Se enviaron cartas a los presidentes de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[14] El Relator Especial se propone anexar el texto íntegro de estas respuestas a un informe ulterior; véase el párrafo 15 *infra*.

[15] El párrafo principal de esta carta se reproduce en el tercer informe (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párr. 16).

[16] «La Comisión subraya que las presentes conclusiones serán sin perjuicio de la práctica y las reglas elaboradas por los órganos de vigilancia en contextos regionales» (*Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 58, párr. 157).

[17] Ibíd. «La Comisión observa además que, en caso de inadmisibilidad de una reserva, incumbirá al Estado que formule la reserva adoptar medidas. Estas medidas podrán consistir, por ejemplo, en que el Estado modifique su reserva para eliminar la inadmisibilidad, retire su reserva o renuncie a ser Parte en el tratado».

[18] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/54/40), vol. I, anexo VI.

se preserve el objeto y propósito de ese tratado es compatible con las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados.

12. Por su parte, el Presidente de las reuniones octava y novena de los presidentes de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, en una carta de fecha 29 de julio de 1998, informó al Presidente de la Comisión sobre las deliberaciones relativas a esa cuestión que tuvieron lugar durante la novena reunión de los presidentes, celebrada en Ginebra del 25 al 27 de febrero de 1998. Indicó que los presidentes de los órganos de derechos humanos, tras haber recordado que en la Declaración y Programa de Acción de Viena (en su forma adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993) se hacía hincapié en limitar el número y el alcance de las reservas a los tratados de derechos humanos, celebraron la función que la Comisión reconoce a los órganos de derechos humanos en materia de reservas en sus conclusiones preliminares.

No obstante, consideran que el proyecto es demasiado restrictivo en otros aspectos y que en él no se presta suficiente atención al hecho de que los tratados de derechos humanos, por su tema y por el papel que reconocen a las personas, no pueden situarse exactamente en el mismo nivel de otros tratados cuyas características son diferentes.

Los presidentes creen que los órganos encargados de verificar el cumplimiento de los tratados no pueden ejercer debidamente su función de determinar el alcance de las disposiciones del convenio de que se trate si no se les permite ejercer una función análoga respecto de las reservas. Por lo tanto, los presidentes desean hacer referencia a las dos recomendaciones generales aprobadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y hacer notar la propuesta de ese Comité de que se apruebe una nueva recomendación sobre el tema con ocasión del cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la vez que expresan su firme apoyo al criterio reflejando en el Comentario general n.º 24, aprobado por el Comité de Derechos Humanos. Piden a su Presidente que envíe en su nombre una carta a la Comisión de Derecho Internacional en que reitere su apoyo al criterio reflejado en el Comentario general n.º 24 y pida encarecidamente que se ajusten en consecuencia las conclusiones propuestas por la Comisión de Derecho Internacional[19].

13. Además, aunque este documento no constituye realmente una reacción a las conclusiones preliminares de la Comisión, el Relator Especial desea señalar a la atención de la Comisión el importante informe, de 28 de junio de 1998, del Grupo de Trabajo II del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, establecido en aplicación del artículo 21 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, relativo a las reservas a esta Convención, que le envió la División para el Adelanto de la Mujer y que fue aprobado por el Comité en su 19.º período de sesiones[20]. En ese informe se exhorta a los Estados partes en la Convención que han formulado reservas a que las retiren o las modifiquen. El Comité se basa en particular en el segundo informe sobre las reservas a los tratados[21]. Se declara de acuerdo con el Relator Especial al considerar que «las objeciones de los Estados no sólo constituyen un medio de ejercer presión sobre los Estados que formulan reservas sino que también proporcionan al Comité un instrumento útil para evaluar si una reserva es permisible o no»[22]. Y concluye de la siguiente manera:

El Comité considera que tiene ciertas responsabilidades que cumplir en su carácter de órgano de expertos encargado de examinar los informes periódicos que se le presentan. Al examinar el informe de un Estado, el Comité entabla un diálogo constructivo con el Estado parte y formula conclusiones en las que sistemáticamente expresa preocupación por que se hayan hecho reservas a los artículos 2 y 16[23] o por el hecho de que el Estado parte no retire ni modifique esas reservas[24].

Y el Comité añade:

El Relator Especial [de la CDI] considera que corresponde a los Estados partes la responsabilidad fundamental respecto del control de la permisibilidad de las reservas. Sin embargo, el Comité desea señalar una vez más a la atención de los Estados partes su profunda preocupación frente al número y alcance de las reservas no permisibles. También expresa su preocupación por el hecho de que, aun cuando los Estados objeten a esa clase de reservas, parece haber cierta renuencia por parte de los Estados interesados a eliminarlas o modificarlas y, de ese modo, cumplir con los principios generales del derecho internacional[25].

14. Por otra parte, conforme a la recomendación que figura en el párrafo 2 de la resolución 52/156 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1997[26], cinco Estados hicieron llegar a la Secretaría sus comentarios acerca de las conclusiones preliminares aprobadas por la Comisión en 1997[27]. En general, esos Estados celebraron que se hubieran aprobado las conclusiones preliminares[28] y que se les hubiera brindado la oportunidad de hacer comentarios al respecto antes de que la Comisión se pronunciara definitivamente sobre las cuestiones tratadas. Filipinas y Mónaco (que hicieron algunas sugerencias complementarias) estuvieron de acuerdo con las conclusiones preliminares. China insistió en la importancia que asignaba a la cooperación entre los órganos de derechos humanos, pero opinó que éstos debían cumplir estrictamente su mandato tal como estaba definido en los tratados, sin sobrepasarlo, y añadió que, a menos que en los tratados figurara una disposición en ese sentido, considerar la permisibilidad de las reservas a los tratados no entraba en las funciones y atribuciones de los órganos de vigilancia; sugirió, además,

---

[19] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones*, tema 113 *a*) de la lista preliminar, documento A/53/125, anexo.

[20] Ibíd., *Suplemento n.º 38* (A/53/38/Rev.1), segunda parte, párrs. 5 a 21.

[21] *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/477/Add.1. El Comité parece referirse en particular a los párrafos 241 a 251, aunque no los mencione expresamente.

[22] A/53/38/Rev.1 (véase la nota 20 *supra*), párr. 21.

[23] En el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se enumeran las obligaciones generales de los Estados partes y, en el artículo 16, las consecuencias concretas de la aplicación del principio de igualdad entre el hombre y la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares.

[24] A/53/38/Rev.1 (véase la nota 20 *supra*), párr. 23.

[25] Ibíd., párr. 24.

[26] *«La Asamblea General*

[...]

Señala a la atención de los gobiernos la importancia que reviste para la Comisión de Derecho Internacional contar con sus observaciones [...] especialmente acerca de lo siguiente:

[...]

b) Las conclusiones preliminares de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos».

En relación con ello, el Director de la División de Codificación envió una carta el 29 de diciembre de 1997 a las misiones permanentes de los Estados Miembros y a los observadores en la que les pedía que enviaran sus observaciones sobre las conclusiones preliminares de la Comisión.

[27] A los tres Estados mencionados en el tercer informe, Filipinas, Liechtenstein y Mónaco (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491, nota 35) se sumaron China y Suiza. El Relator Especial está muy agradecido a estos Estados y expresa el deseo de que otros Estados sigan su ejemplo.

[28] Sin embargo, Liechtenstein se pregunta si no son prematuras.

que en el párrafo 6 se sustituyera la expresión «modalidades tradicionales» por «modalidades bien establecidas»[29] y que se suprimiera el párrafo 12 para no dar la impresión de que las prácticas y las reglas regionales diferían de las que estaban en vigor universalmente e incluso prevalecían sobre ellas[30]. China coincidió con Liechtenstein en considerar que podría ser difícil aplicar en la práctica la recomendación que figuraba en el párrafo 7 de las conclusiones preliminares[31]. Para concluir, Liechtenstein señaló a la atención de la Comisión los siguientes aspectos que, a su juicio, requerían especial atención:

a) Reexamen de la correlación entre los párrafos 5 y 7 de las conclusiones preliminares;

b) Se debería explicar con más detalle la sugerencia de que se elaboren protocolos facultativos. Al hacerlo, la Comisión debería examinar cuestiones tales como su viabilidad y su utilidad práctica, teniendo también en cuenta el factor temporal;

c) Sugerencias prácticas y concretas para el futuro inmediato a fin de corregir la situación actual que se caracteriza por incertidumbres en lo que respecta a la aplicación de los tratados multilaterales, sobre todo en la esfera de los derechos humanos;

d) Comentarios sobre el efecto jurídico de las objeciones de los Estados partes a las reservas presentadas por otros Estados partes;

e) Estudio de las posibilidades de reforzar la función que desempeñan los depositarios de tratados multilaterales.

En cuanto a Suiza, que se limitó a confirmar las observaciones formuladas en la Sexta Comisión, también insistió en esa ocasión en la función de los depositarios y en el carácter, a juicio suyo, contradictorio de las disposiciones del párrafo 5 de las conclusiones preliminares (con respecto a las del párrafo 4) y consideró que la competencia de los órganos de vigilancia en materia de reservas sólo podía determinarse en relación con el instrumento de que se tratara y en función de la voluntad expresada por los Estados partes[32].

15. En los párrafos anteriores se han incluido extensos fragmentos de las reacciones de los Estados y los órganos de vigilancia establecidos en virtud de tratados de derechos humanos con objeto de suministrar información a los miembros de la Comisión. Sin embargo, el Relator Especial considera que no sería útil examinar nuevamente en esta etapa las conclusiones preliminares aprobadas por la Comisión en 1997. Aunque, por las razones que trató de exponer en su tercer informe[33], no le parece que la aprobación de esas conclusiones fuera prematura, estima preferible que no se revisen de manera oficial las conclusiones adoptadas en 1997. Tal revisión sólo podría tener carácter provisional, ya que, por una parte, cabe esperar que otros Estados y órganos de derechos humanos hagan llegar todavía sus observaciones (y que los que ya lo han hecho completen sus respuestas) y, por otra, y sobre todo, parece lógico que la Comisión no vuelva a examinar este aspecto del tema hasta que haya examinado el conjunto de las cuestiones de fondo relativas al régimen de las reservas a los tratados, lo que debería tener lugar en 2000 o, a más tardar, en 2001. Como ya indicó en su tercer informe[34], el Relator Especial se propone presentar entonces un proyecto de las conclusiones definitivas sobre las cuestiones tratadas en las conclusiones preliminares; llegado el caso, se podrían incorporar esas conclusiones a la Guía de la práctica (aunque no haya certeza de que se preste a ello por su carácter). Esta sugerencia no suscitó objeciones en los debates de la Comisión celebrados durante su 50.º período de sesiones, en 1998.

16. Por otra parte, el Relator Especial anexó a su segundo informe una bibliografía relativa a las reservas a los tratados. Como se anunció en el tercer informe[35], una versión completa se anexa al presente informe[36].

2. El tercer informe y sus consecuencias

17. El tercer informe sobre las reservas a los tratados[37] constaba de tres capítulos de importancia muy diversa. La introducción cumplía la misma «función» que el presente capítulo: recapitulaba la labor anterior de la Comisión sobre el tema y ofrecía una presentación general del informe de carácter fundamentalmente metodológico[38]. El capítulo I trataba de la definición de las reservas (y las declaraciones interpretativas)[39]. En el capítulo III se recapitulaban los proyectos de directrices propuestos por el Relator Especial en relación con la Guía de la práctica[40].

a) *Examen del tercer informe por la Comisión*

18. En su 50.º período de sesiones, en 1998, la Comisión examinó el tercer informe sobre las reservas a los tratados en tres etapas.

19. En primer lugar, la Comisión debatió la parte del informe relativa a la definición de las reservas a los

[29] El texto del párrafo 6 de las conclusiones preliminares (véase la nota 11 *supra*) es el siguiente:

> «La Comisión subraya que esa competencia de los órganos de vigilancia no excluye ni afecta de ninguna manera las modalidades tradicionales de control que, por un lado, pueden aplicar las Partes Contratantes de conformidad con las disposiciones citadas de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y, según el caso, los órganos de solución de cualquier controversia que pueda surgir en cuanto a la interpretación o aplicación de los tratados.»

[30] Véase la nota 16 *supra*.

[31] El texto del párrafo 7 de las conclusiones preliminares (véase la nota 11 *supra*) es el siguiente:

> «La Comisión sugiere que se incluyan cláusulas específicas en los tratados multilaterales normativos, en particular en los tratados de derechos humanos, o se elaboren protocolos a los tratados vigentes si los Estados desean conferir competencia al órgano de vigilancia para apreciar o determinar la admisibilidad de una reserva.»

[32] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión, párrs. 80 a 87.

[33] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491, párr. 22.

[34] Ibíd., párr. 23.

[35] *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/478.

[36] Documento A/CN.4/478/Rev.1.

[37] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6.

[38] Ibíd., párrs. 1 a 46.

[39] Ibíd., párrs. 47 a 413. Pese a que el Relator Especial lo esperaba —y lo había anunciado inicialmente (ibíd., párrs. 43 y 46)—, no le fue posible tratar en su tercer informe la cuestión de la formulación de las reservas (y las declaraciones interpretativas), las aceptaciones y las objeciones a las reservas (y a las declaraciones interpretativas), debido a lo copioso del tema. Ni siquiera pudo tratarse una cuestión vinculada a la de la definición de las reservas y las declaraciones interpretativas, la de las «alternativas a las reservas» (ibíd., párr. 511).

[40] Ibíd., párr. 512.

tratados multilaterales y los proyectos de directrices correspondientes[41], que remitió al Comité de Redacción. (No obstante, al examinarse en sesión plenaria el proyecto de directriz 1.1.7 propuesto por el Relator Especial en relación con las «reservas de no reconocimiento»[42], éste dijo estar convencido de que se había equivocado al considerar, en un primer momento, que se trataba de reservas en el sentido jurídico del término[43]. Así pues, propone más adelante[44] un proyecto de directriz que refleja la posición de la gran mayoría de los miembros de la Comisión, a la cual se suma de buen grado.)

20. En segundo lugar, tras haber introducido el Comité de Redacción algunas modificaciones en esos proyectos, la Comisión examinó los textos enmendados, los cuales aprobó tras introducir cambios relativamente menores en los proyectos de directriz 1.1 (definición de reservas), 1.1.1 (objeto de las reservas)[45], 1.1.2 (momentos en que pueden formularse las reservas), 1.1.3 (reservas de alcance territorial)[46], 1.1.4 (reservas formuladas con ocasión de una notificación de aplicación territorial)[47] y 1.1.7 (reservas formuladas conjuntamente)[48]. Además, la Comisión aprobó el texto de una directriz «de salvaguardia», propuesta por el Relator Especial a petición de varios miembros[49], en la que se precisa que «la definición de una declaración unilateral como reserva se entiende sin perjuicio de la permisibilidad y de los efectos que pueda tener en virtud de las normas relativas a las reservas»[50]. En cambio, de pleno acuerdo con el Relator Especial, decidió remitir nuevamente al Comité de Redacción los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6, relativos a las «reservas extensivas», al no parecer totalmente satisfactoria la redacción del Relator Especial ni la mantenida por el propio Comité.

21. En tercer lugar, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de directrices que había aprobado y que se reproducen en su informe a la Asamblea General[51]. Sin embargo, el Relator Especial desea recalcar un aspecto poco satisfactorio del procedimiento seguido, por muy tradicional que sea: mientras que en el informe de la Comisión figura un resumen del debate relativo a los proyectos que no fueron aprobados definitivamente[52], se omiten las observaciones que se supone se formularon con respecto a las disposiciones aprobadas. Se trata de una idea muy discutible: el resumen de los debates y los comentarios cumplen funciones distintas y responden a necesidades diferentes. Además, no es lógico que se resuman las deliberaciones relativas a una disposición que no ha sido aprobada o no va acompañada de un comentario por falta de tiempo y se omitan las relativas a otros proyectos de artículos o de directrices que sí se han aprobado en forma definitiva y van acompañados de comentarios porque el Relator Especial y la Secretaría han podido contar con el tiempo necesario para prepararlos y que pueden ser tan interesantes como las otras. Esa práctica no va a animar a los relatores especiales a redactar cuanto antes los comentarios a las disposiciones aprobadas en primera lectura.

22. A final del 50.º período de sesiones, en 1998, el Relator Especial presentó también la parte de su tercer informe[53] dedicada a la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas[54]. Ahora bien, como se dispuso de un tiempo limitado para debatir esa parte del tercer informe, el único proyecto de directriz que pudo remitirse al Comité de Redacción fue el 1.2, relativo a la definición general de las declaraciones interpretativas[55].

23. El capítulo II del tercer informe, dedicado a las «reservas» y a las declaraciones interpretativas a los tratados bilaterales[56], no pudo examinarse y tampoco fue presentado.

b) *Examen del informe de la CDI por la Sexta Comisión*

24. Durante el debate sobre la parte del informe de la Comisión relativa a las reservas a los tratados[57], algunas delegaciones volvieron a referirse a determinadas cuestiones examinadas en años anteriores y, si bien todas ellas expresaron nuevamente el deseo de que no se cuestionara el régimen de Viena[58], algunas consideraron que se debía aplicar un régimen de reservas especial a los tratados de

[41] Ibíd., párrs. 47 a 413, y proyectos de directrices 1.1 y 1.1.1 a 1.1.8 (ibíd., párr. 512).

[42] Ibíd., párr. 177.

[43] Ibíd., párrs. 164 a 177.

[44] Párrafos 44 a 53 *infra*.

[45] Corresponde al proyecto de directriz 1.1.4 en el informe; se convino en volver a examinar este proyecto de directriz a la luz de las deliberaciones sobre las declaraciones interpretativas.

[46] Corresponde al proyecto de directriz 1.1.8 en el informe; se convino en volver a examinar este proyecto de directriz conjuntamente con la directriz 1.1.1 (véase la nota 44 *supra*).

[47] Corresponde al proyecto de directriz 1.1.3 en el informe.

[48] Corresponde al proyecto de directriz 1.1.1 en el informe.

[49] Véase *Anuario... 1998*, vol. I, en particular las declaraciones de los Sres. Economides, 2545.ª y 2548.ª sesiones, págs. 196 y 217, párrs. 20 y 29, respectivamente; Simma, 2548.ª sesión, pág. 216, párr. 17; Hafner, ibíd., párr. 15; Dugard, ibíd., pág. 215, párr. 14; Mikulka, ibíd., pág. 216, párr. 18; Crawford, ibíd., párr. 19; Pambou-Tchivounda, ibíd., pág. 217, párr. 26, y la presentación del Relator Especial, ibíd., 2552.ª sesión, pág. 239, párr. 1.

[50] El proyecto de directriz correspondiente propuesto por el Relator Especial se presenta brevemente en el tercer informe (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párrs. 407 a 413). La Comisión decidió determinar más adelante el título y la ubicación de esta directriz (ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 108, nota 209).

[51] *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 108, párr. 540.

[52] Ibíd., págs. 105 a 108, párrs. 521 a 539.

[53] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párrs. 231 a 406.

[54] Ibíd., vol. I, 2551.ª sesión, págs. 235 a 238, párrs. 30 a 49, e ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 103 a 105, párrs. 505 a 519.

[55] Ibíd., vol. I, 2552.ª sesión, pág. 244, párr. 56.

[56] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párrs. 414 a 510.

[57] Ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 98 a 118, párrs. 469 a 540.

[58] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de los Estados Unidos, 14.ª sesión (A/C.6/53/SR.14), párr. 52; Francia, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 64; Suecia, en nombre de los países nórdicos, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 5; el Pakistán, ibíd., párr. 20; Rumania, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 4; Alemania, ibíd., párr. 23; Venezuela, ibíd., párr. 29; Cuba, ibíd., párr. 55; Túnez, ibíd., párr. 57; Hungría, 19.ª sesión (A/C.6/53/SR.19), párr. 23; Singapur, ibíd., párr. 27; la República Islámica del Irán, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 9; Portugal, ibíd., párr. 36; la India, 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 34, y Egipto, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 14.

derechos humanos[59], mientras que otras se opusieron tajantemente a ello[60].

25. Varias delegaciones señalaron a la atención el creciente interés suscitado por el tema[61] e insistieron en la utilidad que tendría la Guía de la práctica para los Estados, una vez terminada[62]. El Relator Especial asigna especial importancia a esta cuestión, ya que se trata de la primera vez que los Estados están en condiciones de apreciar de manera concreta la forma que podría revestir la futura Guía de la práctica, cuyas primeras directrices fueron presentadas a la Asamblea General acompañadas de comentarios, conforme a las decisiones adoptadas en 1997[63]. Es alentador observar que a los Estados que se pronunciaron al respecto les pareció convincente este proyecto y ninguno de ellos puso objeciones en cuanto a su forma.

26. En lo que respecta, más concretamente, a la tarea de formular definiciones a la que se dedicó la Comisión en 1998, y que debe concluir en 1999, la mayor parte de las delegaciones que se pronunciaron al respecto consideraron que era útil e incluso muy importante[64], aunque algunas opinaban que había que ir más allá[65]. No obstante, como hicieron notar algunos delegados y como señaló nuevamente el Relator Especial[66], no se debe confundir la definición de las reservas con las condiciones para que sean permisibles: sólo si se determina con precisión que una declaración unilateral constituye o no una reserva será posible aplicar el régimen jurídico de las reservas y, por lo tanto, pronunciarse sobre su permisibilidad.

27. Esa es, por otra parte, la razón por la que casi todas las delegaciones apoyaron la intención del Relator Especial de definir las declaraciones interpretativas en relación con las reservas y estudiar paralelamente el régimen jurídico de unas y otras[67]. Asimismo, algunos Estados apoyaron la posición del Relator Especial con respecto a la definición de las declaraciones interpretativas[68] o de las «reservas» a los tratados bilaterales[69], aunque la Comisión no pudo examinar esos aspectos del tercer informe en su 50.º período de sesiones, en 1998[70].

28. Los proyectos de directrices que había aprobado la Comisión recibieron en general la aprobación de varias delegaciones[71], aunque otras criticaron algún detalle o sugirieron interesantes cambios de redacción[72].

29. Dos delegaciones propusieron que se modificara la directriz 1.1 mediante la sustitución de la palabra «modificar» por «restringir» o «limitar»[73]. No obstante, como señalaron una delegación y el Relator Especial, ello equivaldría a modificar la definición de Viena[74], lo que la Comisión decidió evitar en la medida de lo posible[75]. Los demás delegados que intervinieron aprobaron el método heterogéneo que se había seguido para adoptar la definición general contenida en la directriz 1.1[76].

30. No obstante, cuatro delegaciones señalaron a la atención los problemas planteados por la repercusión del fenómeno de la sucesión de Estados sobre el régimen jurídico de las reservas a los tratados, incluso en lo relativo a la propia definición[77]. Convinieron en que bastaría con volver a examinar esa cuestión cuando la Comisión tratara la cuestión de las reservas desde ese punto de vista, lo

---

[59] Ibíd., declaraciones de Suecia, en nombre de los países nórdicos, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 6; e Italia, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 33; véase también la declaración de Irlanda, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 50.

[60] Ibíd., declaraciones de Singapur, 19.ª sesión (A/C.6/53/SR.19), párrs. 27 y 28, y Egipto, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 15; véanse también las declaraciones de Argelia, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 61, y del Secretario General del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 45.

[61] Ibíd., declaraciones de Suecia, en nombre de los países nórdicos, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párrs. 4 y 6; Alemania, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 23, y Grecia, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 44.

[62] Ibíd., declaraciones del Reino Unido, 14.ª sesión (A/C.6/53/SR.14), párr. 15; el Japón, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 26; Italia, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 33, y Túnez, ibíd., párr. 57.

[63] Francia puso en duda la utilización de la palabra «*directive*» y preferiría que se utilizara la expresión «*lignes directrices*» (ibíd., 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 65); el Relator Especial no está convencido de que proceda introducir ese cambio terminológico.

[64] Ibíd., declaraciones de Austria, 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párr. 16; Italia, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 33; Túnez, ibíd., párr. 57, y Eslovaquia, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 41.

[65] Ibíd., declaración del Reino Unido, 14.ª sesión (A/C.6/53/SR.14), párr. 15.

[66] El Relator Especial hizo uso de la palabra ante la Sexta Comisión conforme a la práctica sumamente positiva iniciada en 1997, como en general lo hicieron los Relatores Especiales presentes en Nueva York durante los 15 días dedicados por la Sexta Comisión al examen del informe de la Comisión. Véanse las declaraciones de los Sres. Sreenivasa Rao, ibíd., 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párrs. 11 a 13; Rodríguez Cedeño, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párrs. 62 a 66; Mikulka, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párrs. 71 y 72; Pellet, ibíd., párrs. 73 a 84, y Crawford, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párrs. 50 a 54. El Presidente de la CDI, ibíd., párr. 55, y el de la Sexta Comisión, ibíd., párr. 56, celebraron esa nueva práctica. A juicio del Relator Especial, podría incluso mejorarse si los Relatores Especiales presentes en Nueva York presentaran ellos mismos, en lugar del Presidente de la Comisión, la parte del informe de la Comisión a su cargo: ello permitiría iniciar un diálogo más auténtico entre los dos órganos.

[67] Ibíd., declaraciones de Suecia, en nombre de los países nórdicos, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 5; Alemania, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 24; Venezuela, ibíd., párr. 30; Italia, ibíd., párr. 33; Túnez, ibíd., párr. 57; Eslovenia, 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 5; Eslovaquia, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 41; Grecia, ibíd., párr. 45; Bosnia y Herzegovina, ibíd., párr. 47; la República de Corea, ibíd., párr. 49. Sólo el Reino Unido pareció expresar dudas al respecto (ibíd., 14.ª sesión (A/C.6/53/SR.14), párr. 15).

[68] Ibíd., declaraciones de México, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 15, y Grecia, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 45.

[69] Ibíd., declaraciones de la Argentina, 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párr. 98, y Venezuela, ibíd., párr. 30.

[70] Véase el párrafo 23 *supra*.

[71] Ibíd., declaraciones de los Estados Unidos, 14.ª sesión (A/C.6/53/SR.14), párr. 52; la Argentina, 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párr. 98; Argelia, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 62; Eslovenia, 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 5, y la India, ibíd., párr. 34.

[72] La Comisión sólo podrá tener en cuenta esas sugerencias en segunda lectura, conforme a su práctica actual, puesto que si se vuelven a examinar una y otra vez las directrices aprobadas se atrasaría considerablemente su labor. No obstante, esas observaciones pueden revestir gran interés para la continuación de los trabajos de la Comisión, incluso en primera lectura.

[73] Ibíd., declaraciones de Francia, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 66, y Suiza, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 66.

[74] Ibíd., declaraciones de México, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 16, y el Sr. Pellet, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párrs. 74 y 75.

[75] Véase la nota 58 *supra*.

[76] Ibíd., declaraciones de la República Checa, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 77; Venezuela, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 29; Túnez, ibíd., párr. 57; Grecia, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 45, y Bosnia y Herzegovina, ibíd., párr. 47.

[77] Ibíd., declaraciones de la República Checa, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párrs. 81 a 83; Suiza, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 67; Eslovenia, 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 5, y Bosnia y Herzegovina, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 47.

que tiene intención de hacer en un capítulo especial de la Guía de la práctica[78].

31. Varias delegaciones[79] dieron su aprobación al proyecto de directriz 1.1.1, si bien algunas se preguntaron si era suficientemente preciso[80] y una de ellas pareció poner en duda la posibilidad de las reservas «transversales»[81]. En opinión del Relator Especial, dicha posibilidad la confirma una práctica que es tan general[82] que sería inútil y contraproducente cuestionarla. En cambio, está de acuerdo en que tal vez convendría precisar más el texto de esa directriz, aunque piensa que bastaría aprobar una definición de las declaraciones interpretativas para disipar las dudas. Cuando se vuelva a examinar el proyecto de directriz 1.1.1 a la luz de la definición de las declaraciones interpretativas, lo cual ya ha previsto[83] la Comisión, se podrá adoptar una posición definitiva a ese respecto.

32. Lo mismo cabrá hacer con el proyecto de directriz 1.1.3[84], respecto del cual conviene señalar que recibió en general la aprobación de las delegaciones[85], si bien una de ellas se preguntó si no sería necesario limitar su alcance a las situaciones coloniales[86] y otra propuso algunos cambios de redacción[87].

33. El proyecto de directriz 1.1.2 recibió la aprobación unánime de las delegaciones[88], a reserva de la posibilidad de hacer referencia a las notificaciones de la sucesión en caso de sucesión de Estados[89]. Lo mismo sucedió con las directrices 1.1.4[90] y 1.1.7. Al dar su aprobación a esta última, varias delegaciones resaltaron expresamente su carácter de desarrollo progresivo del derecho internacional[91].

34. Las pocas delegaciones que formularon observaciones sobre el proyecto de directriz «de salvaguardia», no numerado, también expresaron su aprobación[92].

35. Numerosas delegaciones tuvieron a bien responder a la cuestión planteada en el párrafo 41 del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 50.º período de sesiones[93]. Se consideró por unanimidad, según había propuesto el Relator Especial[94], que no constituían reservas las declaraciones unilaterales mediante las cuales un Estado (o una organización internacional) contraía más obligaciones de las que le imponía un tratado[95]. No obstante, algunas delegaciones demostraron, mediante declaraciones bien argumentadas, que podía suceder otra cosa si el propósito del Estado que formulaba la reserva era reemplazar una obligación por otra[96].

36. En lo que respecta a las declaraciones unilaterales mediante las cuales un Estado se propone aumentar los derechos que le corresponden en virtud del tratado, las respuestas fueron más matizadas, lo que confirma el carácter delicado de ese problema con que tropezó la Comisión en su 50.º período de sesiones, en 1998[97]. Sin embargo, pareció predominar la opinión de que, si se había de abordar expresamente el problema para eliminar toda ambigüedad[98], esas declaraciones no constituían reservas en el sentido del derecho de los tratados, que a partir de ese momento dejaba de aplicarse[99], y algunas delegaciones

---

[78] Véase el segundo informe, *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/477/Add.1, párrs. 37 a 46.

[79] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Francia, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 67, y México, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 16.

[80] Ibíd., declaraciones de Suiza, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 66, y Bahrein, 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 17.

[81] Ibíd., declaraciones de la República Checa, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 77.

[82] Véase el tercer informe, *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párrs. 148 a 155.

[83] Véase la nota 45 *supra*.

[84] Véase la nota 46 *supra*.

[85] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Francia, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 68; México, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 17; Italia, ibíd., párr. 34; Bahrein, 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 17 (sin embargo, la delegación de Bahrein expresó su desacuerdo sobre un punto del comentario —expresamente aprobado, por el contrario, por Francia (16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 68)— que deberá analizarse cuando se examine la parte del presente informe dedicado a la formulación de reservas), y Grecia, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 46.

[86] Ibíd., declaraciones de México, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 17. México extendió su observación al proyecto de directriz 1.1.4.

[87] Ibíd., declaraciones de Suiza, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 68.

[88] Ibíd., declaraciones de la República Checa, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 82, y Suiza, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 67. Véase la nota 76 *supra*.

[89] Véase, en particular, ibíd., declaraciones de Francia, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 68; México, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 16; Venezuela, ibíd., párr. 29, y Bahrein, 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 17.

[90] Ibíd., declaraciones de Bahrein, 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 18, y Grecia, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 46.

[91] Ibíd., declaraciones de la República Checa, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 84; México, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 18; Italia, ibíd., párr. 34; Suiza, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 69; Bahrein, 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 18, y Grecia, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 46.

[92] Ibíd., declaraciones de Francia, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 70, y Singapur, 19.ª sesión (A/C.6/53/SR.19), párr. 27. Sin embargo, Bahrein consideró que la cuestión de la definición no podía separarse de la relativa a la admisibilidad de las reservas (ibíd., 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 19); sobre esta cuestión, véase el párrafo 26 *supra*.

[93] *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 18. El texto del párrafo 41 es el siguiente:

> «La Comisión acogerá con agrado comentarios y observaciones de los gobiernos sobre si se considerarían o no reservas las declaraciones unilaterales mediante las cuales un Estado se propone aumentar sus compromisos o derechos en el contexto de un tratado más allá de los previstos en el tratado mismo.»

[94] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párrs. 208 a 212.

[95] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Malí, 13.ª sesión (A/C.6/53/SR.13), párr. 50, y Francia, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 69.

[96] Ibíd., declaraciones de Israel, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 18; el Japón, ibíd., párr. 26, y Guatemala, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 41.

[97] Véase el párrafo 20 *supra*.

[98] Ibíd., declaraciones de Francia, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 69, y Suiza, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 70 (Suiza insiste en la utilidad del proyecto de directriz 1.1.5, pero se muestra más reticente con respecto a la directriz 1.1.6). Sólo dos Estados, Austria (ibíd., 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párr. 16) y Suecia, en nombre de los países nórdicos (17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 4) consideraron que se trataba de un problema teórico.

[99] Ibíd., declaraciones de Francia, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 69; México, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 18; Italia, ibíd., párr. 34; Túnez, ibíd., párr. 58; la República Islámica del Irán, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 10; Guatemala, ibíd., párr. 42;

precisaron que dichas declaraciones se regían, en consecuencia, por las normas generales relativas a los actos unilaterales[100]. Se señaló asimismo a ese respecto que el caso era distinto según que la obligación objeto de la reserva se basara en el derecho consuetudinario o fuera de carácter exclusivamente convencional[101].

37. Las observaciones anteriores le serán muy útiles a la Comisión en su 51.º período de sesiones, en 1999, cuando examine de nuevo los proyectos de directriz 1.1.5 y 1.1.6.

38. Lo mismo cabe decir respecto de algunos comentarios formulados en relación con el proyecto de directriz 1.1.7 (de acuerdo con la numeración mantenida por el Relator Especial), relativo a las «reservas de no reconocimiento», que la Comisión volverá a examinar en 1999[102]. Infortunadamente, hubo muy pocos comentarios al respecto. Lo único que cabe deducir es que, según las delegaciones que expresaron su opinión, la cuestión debería ser objeto de una directriz en la Guía de la práctica[103]. Dos delegaciones consideraron que el tema guardaba más relación con el reconocimiento de los Estados en derecho internacional que con el derecho de los tratados[104].

c) *Iniciativas adoptadas por otros organismos*

39. En su tercer informe, el Relator Especial señaló que otro ejemplo del interés demostrado en el tema de las reservas a los tratados eran las iniciativas adoptadas por dos organismos con los que la Comisión mantenía relaciones de cooperación: el Consejo de Europa y el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano[105]. Estos organismos siguieron examinando el tema en 1998 y 1999.

40. En lo que respecta al Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, en el tercer informe se señaló el hincapié que éste hizo en la cuestión de las reservas a los tratados en su 37.º período de sesiones, que se celebró en Nueva Delhi del 13 al 18 de abril de 1998 bajo la presidencia del Sr. Sreenivasa Rao[106]. En ese período de sesiones se dedicó una sesión especial el 14 de abril de 1998, igualmente presidida por el Sr. Sreenivasa Rao, a la cuestión de las reservas a los tratados. El Sr. Yamada representó en ella al Presidente de la Comisión y al Relator Especial sobre las reservas a los tratados.

41. Del informe preparado por el Sr. W. Z. Kamil[107], que fue nombrado relator de esa sesión especial, se desprende que los participantes se dedicaron principalmente a examinar las conclusiones preliminares adoptadas por la CDI en 1997[108]. En sus deliberaciones hubo coincidencia en los siguientes aspectos principales:

a) El régimen de las reservas establecido en la Convención de Viena de 1969 ha demostrado su validez y no es necesario modificarlo;

b) Es, en particular, lo suficientemente flexible y en él se combinan de manera satisfactoria el derecho de los Estados a formular reservas y la necesaria preservación del objeto y la finalidad del tratado;

c) No sería conveniente introducir diferencias en el régimen aplicable a las diferentes categorías de tratados, incluidos los de derechos humanos; y, por tanto,

d) La mayoría de los participantes expresaron su desacuerdo con el párrafo 5 de las conclusiones preliminares[109].

42. Por su parte, el Grupo de especialistas en reservas a los tratados internacionales (DI-S-RIT), cuyo mandato fue aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa[110] prosiguió sus trabajos y celebró una reunión en París del 14 al 16 de septiembre de 1998 bajo la presidencia del representante de Austria. En el curso de esta reunión, el Grupo sostuvo un rápido intercambio de opiniones con el Relator Especial sobre los progresos realizados en la Comisión y escuchó una comunicación del Sr. Pierre-Henri Imbert, Director de Derechos Humanos en el Consejo de Europa y destacado especialista en el tema de las reservas a los tratados. Examinó, además, un documento sobre cláusulas de objeción modelo para oponerse a las reservas inadmisibles a los tratados internacionales, preparado por Suecia, y otro sobre los problemas esenciales relacionados con las reservas en las diferentes etapas del proceso de celebración de tratados (negociación, firma y ratificación) y después de la ratificación, preparado por los Países Bajos.

43. Ese grupo, transformado en Grupo de expertos en reservas a los tratados internacionales (DI–E–RIT), aprobó, en una reunión celebrada en Viena el 5 de marzo de 1999, un proyecto de recomendación sobre la respuesta a las reservas inadmisibles a los tratados internacionales, acompañado de un memorando explicativo, que fue enviado al Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público[111]. Si se aprueba ese proyecto, el Comité de Ministros del Consejo de Europa exhortará a los gobiernos de los Estados miembros a inspirarse en las

Bahrein, 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 18; Australia, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 12, y Eslovaquia, ibíd., párr. 42.

[100] Ibíd., declaraciones de Guatemala, 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 42; Australia, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 12, y Eslovaquia, ibíd., párr. 42.

[101] Ibíd., declaraciones de Francia, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 69, y Túnez, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 58.

[102] Véanse los párrafos 44 a 54 *infra*.

[103] Ibíd., declaraciones de Israel, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 18, y el Japón, ibíd., párr. 26.

[104] Ibíd., declaraciones de Alemania, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 24, y Grecia, 22.ª sesión (A/C.6/53/SR.22), párr. 46.

[105] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párrs. 27 a 30.

[106] Ibíd., párr. 30.

[107] *AALCC Bulletin*, vol. 22, número 1 (Nueva Delhi, junio de 1998), págs. 12 a 18. En la misma publicación figura un resumen de la parte del informe de la Comisión sobre reservas.

[108] Véase el párrafo 7 *supra*.

[109] *AALCC Bulletin* (véase la nota 107 *supra*), págs. 15 a 17.

[110] Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párr. 28.

[111] Véase Consejo de Europa, Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público, documento DI-E-RIT (99) 6, Estrasburgo, 16 de agosto de 1999, en especial el proyecto de recomendación dirigido al Comité de Ministros (apéndice 3, pág. 12).

cláusulas modelo de respuesta a las reservas anexas a la recomendación[112].

d) *Nuevo examen del proyecto de directriz relativo a las «declaraciones de no reconocimiento»*

44. Aunque la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción el proyecto de directriz 1.1.7 relativo a las «reservas de no reconocimiento»[113], el Comité de Redacción no examinó esa disposición y, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de ese envío y el hecho de que al Comité de Redacción se le asignara la responsabilidad de adoptar decisiones de principio que sobrepasaba el ámbito de su funciones, al Relator Especial le ha parecido conveniente analizar esta cuestión, respecto de la cual creía haber cometido un error, en el presente informe.

45. Como se recordó anteriormente[114], el Relator Especial había propuesto en su tercer informe el proyecto de directriz 1.1.7 sobre las «reservas de no reconocimiento», cuyo texto era el siguiente:

Una declaración unilateral por la que un Estado se propone excluir la aplicación de un tratado entre él y uno o varios Estados a los que no reconoce constituye una reserva, cualquiera que sea la fecha en que se haga[115].

46. Para apoyar esa propuesta, el Relator Especial había indicado que, en su opinión, las declaraciones actualmente calificadas de «reservas de no reconocimiento» se dividían, en realidad, en dos categorías[116]: en algunos casos, los Estados adoptan una simple «medida de precaución» al recordar que su participación en un tratado en el que es parte asimismo una entidad a la que no reconoce la condición de Estado no equivale a un reconocimiento, conforme a una práctica bien establecida; en otros casos, los Estados excluyen expresamente la aplicación del tratado entre ellos y la entidad no reconocida. Si bien en el primer caso no cabe duda alguna de que las declaraciones en cuestión, que no tienen efecto alguno sobre la aplicación del tratado, no constituyen reservas, el Relator Especial había pensado en un primer momento que no sucedía lo mismo con las declaraciones unilaterales de la segunda categoría. Para ello se basaba en el hecho de que la definición de Viena[117] no excluye que una reserva pueda tener un efecto *ratione personae*.

47. Durante el debate que tuvo lugar en la Comisión sobre este tema en el 50.º período de sesiones, en 1998[118], se expresaron opiniones bastante diversas. Algunos de los oradores se manifestaron de acuerdo con la distinción establecida por el Relator Especial[119]. No obstante, en el debate predominó claramente una tendencia contraria a la conclusión a que había llegado éste.

48. Se sostuvo que:

a) Resultaría sumamente difícil aplicar el régimen de las reservas y, en particular, el de las objeciones a las «reservas de no reconocimiento»[120];

b) La práctica demuestra asimismo que esas declaraciones se formulan muchas veces cuando el tratado en relación con el cual se hacen excluye oficialmente las reservas[121];

c) Las declaraciones que excluyeran la aplicación del tratado en su conjunto entre los dos Estados interesados no se ajustarían a la definición de Viena[122];

d) Esas declaraciones no atañen a la aplicación del tratado, sino que consisten en negar a una entidad la capacidad de comprometerse por un tratado[123], y

e) Serían de carácter «político»[124].

Además, se señaló que la posibilidad, implícita en la redacción propuesta por el Relator Especial[125], de hacer esas declaraciones en todo momento ocasionaría serias complicaciones y no encajaría en la definición general de las reservas[126].

49. En vista de esas dificultades, algunos oradores propusieron que no se aludiera a las declaraciones de no reconocimiento en la Guía de la práctica[127]. Sin embargo, el Relator Especial opina que el hecho de que el debate haya puesto de manifiesto que existen dificultades no es motivo para que la Guía de la práctica no deba decir nada con respecto al carácter de esas declaraciones. Considera que precisamente porque el problema es difícil e importante, conviene adoptar una solución clara[128]. Sin embargo, no es insensible al argumento de que el problema central es

---

[112] Ibíd.

[113] Véase *Anuario... 1998*, vol. I, 2551.ª sesión, pág. 235, párr. 29.

[114] Véase el párrafo 19 *supra*.

[115] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párr. 177.

[116] Ibíd., párrs. 154 a 176.

[117] Ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 108, párr. 540: proyecto de directriz 1.1, interpretado por el proyecto de directriz 1.1.1, aprobados (este último provisionalmente) por la Comisión en 1998.

[118] Ibíd., vol. I, 2550.ª y 2551.ª sesiones, págs. 226 y ss., y el resumen de los debates que figura en el informe de la Comisión (ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 106 y 107, párrs. 527 a 532).

[119] Ibíd., vol. I, 2550.ª sesión, declaración del Sr. Yamada, pág. 230, párr. 34 (el Sr. Yamada se preguntó además si un Estado podía excluir toda relación convencional con otro Estado al que reconociera y pareció inclinarse por una respuesta positiva a esa cuestión); e ibíd., 2551.ª sesión, declaración del Sr. Simma, pág. 234, párr. 20; véase también la declaración del Sr. Hafner, ibíd., pág. 233, párr. 12.

[120] Ibíd., 2550.ª sesión, declaraciones de los Sres. Bennouna pág. 228, párr. 16; Galicki, pág. 229, párrs. 21 y 22; Simma, pág. 230, párrs. 32 y 33, y Mikulka pág. 231, párrs. 40 y 41.

[121] Ibíd., declaraciones de los Sres. Mikulka, pág. 231, párrs. 40 y 41, y Rodríguez Cedeño, pág. 231, párr. 42.

[122] Ibíd., declaraciones de los Sres. Bennouna, pág. 228, párr. 16; Galicki, pág. 229, párrs. 21 y 22; Economides, pág. 230, párrs. 29 a 31; Addo, pág. 231, párr. 39, y Mikulka, párrs. 40 y 41.

[123] Ibíd., declaraciones de los Sres. Brownlie, pág. 228, párr. 17; Economides, pág. 230, párrs. 29 a 31, e ibíd., 2551.ª sesión, pág. 233, párr. 10, y He, ibíd., pág. 234, párr. 17.

[124] Ibíd., 2550.ª sesión, declaraciones de los Sres. Hafner, pág. 229, párr. 20; Pambou-Tchivounda, págs. 229 y 230, párrs. 27 y 28, y He, pág. 231, párr. 43, e ibíd., 2551.ª sesión, declaración del Sr. Illueca, pág. 232, párr. 2.

[125] Véase el párrafo 45 *supra*.

[126] Ibíd., 2550.ª sesión, declaraciones de los Sres. Lukashuk, pág. 229, párr. 18; Galicki, párrs. 21 y 22; Pambou-Tchivounda, págs. 229 y 230, párrs. 27 y 28, y Economides, pág. 230, párrs. 29 y 30; e ibíd., 2551.ª sesión, declaración del Sr. Rosenstock, pág. 232, párr. 1.

[127] Ibíd., 2550.ª sesión, declaraciones de los Sres. Crawford, pág. 230, párr. 36 y Elaraby, pág. 231, párr. 38.

[128] En ese sentido, ibíd., declaración del Sr. Dugard, pág. 229, párrs. 24 a 26; ibíd., 2551.ª sesión, declaraciones de los Sres. Lukashuk, pág. 232, párr. 3; Economides, pág. 233, párr. 10; He, pág. 234, párr. 17; Mikulka, párr. 19, y Goco, pág. 235, párr. 27.

el del no reconocimiento, que es marginal en el contexto del derecho relativo a las reservas[129]. Así pues, convendría que el proyecto de directriz que apruebe la Comisión sobre esta cuestión se atenga estrictamente a lo que es necesario al respecto y no se «desborde» tratando cuestiones relacionadas con el reconocimiento de los Estados en general y los efectos del no reconocimiento.

50. Lo que importa a este respecto es que la Comisión determine si las declaraciones de no reconocimiento constituyen o no reservas (o declaraciones interpretativas). Desde ese punto de vista, no tiene mayor utilidad precisar que se trata de actos sui géneris[130]: aparte de que esta solución supone un último recurso y un reconocimiento de impotencia, equivale a decir que no se trata de reservas, lo que es suficiente a los fines del presente proyecto. Otra cosa sería si se tratara, como se ha sugerido[131], de declaraciones interpretativas. Sin embargo, esto no parece muy convincente, porque el objeto de una declaración de ese tipo es aclarar el sentido que el declarante atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones[132] y no es ese el caso de las declaraciones de no reconocimiento, que tienen algún efecto sobre la aplicación del tratado, pero no lo interpretan en modo alguno.

51. Al Relator Especial no le convencen del todo determinados argumentos en contra de que se califique de reservas a las declaraciones de no reconocimiento, cuyo objeto es que no se aplique el tratado a las relaciones entre su autor y la entidad no reconocida. Por consiguiente, no piensa que el hecho de que ese tipo de declaraciones se base en consideraciones de carácter inevitablemente político constituya un factor que permita distinguirlas de las reservas: estas últimas también responden muchas veces a preocupaciones políticas y no por ello dejan de ser reservas. Asimismo, se desprende del proyecto de directriz 1.1.1, que la Comisión aprobó provisionalmente en su 50.º período de sesiones[133], que pueden existir reservas «transversales» que afectan a la aplicación del tratado en su conjunto, hecho que difícilmente se puede negar, salvo que se quiera poner en tela de juicio una práctica sumamente frecuente, que por sí misma jamás ha sido impugnada[134]. Asimismo, el Relator Especial no es insensible al hecho de que, conforme a lo dispuesto en el apartado *b* del párrafo 4 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1969[135], mediante una objeción en la que manifieste inequívocamente que se niega a tener relaciones con el Estado que ha formulado una reserva, el Estado que haga dicha objeción podrá impedir que el tratado entre en vigor entre él y el Estado autor de la reserva. A primera vista, no hay razón para pensar que no se pueda hacer lo mismo por medio de una reserva.

52. Lo cierto es que los demás argumentos expuestos durante el 50.º período de sesiones de la Comisión, en 1998, en contra de que se calificara a esas declaraciones de reservas tienen mucho peso[136]. Tal es el caso de la dificultad, de hecho la imposibilidad, de aplicarles el régimen de las reservas y de los problemas delicados que plantearían las objeciones que se les pudiera hacer. Asimismo, no sería muy razonable considerar que declaraciones de este tipo están prohibidas en virtud de los apartados *a* y *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, si el tratado en cuestión prohíbe las reservas o sólo permite algunas de ellas[137]. Además, y en un plano más teórico, esas declaraciones, contrariamente a las reservas, no atañen al propio tratado ni a sus disposiciones, sino, como han señalado varios miembros de la Comisión, a la capacidad de la entidad no reconocida de comprometerse por el tratado[138].

53. En esas condiciones, la única solución razonable parece ser la de adoptar la posición contraria a la propuesta en el tercer informe y precisar en la Guía de la práctica que las declaraciones de no reconocimiento, ya se trate de «declaraciones de precaución» o declaraciones que tengan por objeto excluir la aplicación del tratado entre su autor y la entidad no reconocida, no constituyen reservas ni declaraciones interpretativas[139]. El texto de esa directriz, cuya numeración se propone a título provisional[140], podría ser el siguiente:

> «1.1.7 *bis*. Declaraciones de no reconocimiento
>
> Una declaración unilateral por la que un Estado indica que su participación en un tratado no implica el reconocimiento de una entidad no reconocida por él en tanto que Estado no constituye una reserva ni una declaración interpretativa, ni siquiera cuando su objeto sea excluir la aplicación del tratado entre el Estado que formula la declaración y la entidad no reconocida.»

54. El Relator Especial es consciente de que esta propuesta, redactada en forma negativa, puede ser «frustrante», pero, como se ha señalado[141], no se trata de un

---

[129] Ibíd., 2550.ª sesión, declaración del Sr. Brownlie, pág. 228, párr. 17; véase también ibíd., 2551.a sesión, pág. 234, párr. 15.

[130] Ibíd., 2550.ª sesión, declaraciones de los Sres. Dugard, pág. 229, párrs. 24 a 26, y Al-Baharna, pág. 231, párrs. 44 y 45; véanse también las declaraciones de los Sres. Economides, que propone que se califiquen las declaraciones de no reconocimiento de «actos asimilables a las reservas», pág. 230, párrs. 29 a 31, y Goco, párr. 37.

[131] Ibíd., declaración del Sr. Bennouna, pág. 228, párr. 16.

[132] En ese sentido, véase la declaración del Sr. Rosenstock, ibíd., 2551.ª sesión, pág. 235, párr. 25. Véase también el proyecto de directriz 1.2 en el tercer informe, ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párr. 354.

[133] Véase el párrafo 20 *supra*.

[134] Véase el tercer informe (ibíd., párrs. 148 a 158) y el comentario al proyecto de directriz 1.1.1 (ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 540).

[135] Véanse las declaraciones de los Sres. Yamada y Hafner mencionadas en la nota 118 *supra*.

[136] Aun cuando apenas se hayan vuelto a exponer durante el debate en la Sexta Comisión (véase el párrafo 38 *supra*).

[137] Además, se debe admitir que reconocerlas como reservas no es muy compatible con la letra de la definición de Viena, puesto que no cabría limitar los casos en que esas declaraciones pueden formularse a los mencionados en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, a juicio del Relator Especial, el argumento no es decisivo, pues, como indican el proyecto de directriz 1.1.2 aprobado por la Comisión y el debate relativo a las reservas formuladas con ocasión de una sucesión de Estados (véanse, en particular, *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 66, párr. 224; véase también la nota 77 *supra*), la lista de los casos en que puede formularse una reserva, que figura en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969, no es exhaustiva.

[138] Véase la nota 123 *supra*.

[139] Además de las numerosas declaraciones citadas anteriormente, véase la del Sr. Economides (*Anuario... 1998*, vol. I, 2551.ª sesión, pág. 233, párr. 10); véanse también las declaraciones del Relator Especial, ibíd., págs. 232 a 234, párrs. 5, 9, y 16 a 21.

[140] Puesto que señala que las declaraciones de que se trata no son reservas ni declaraciones interpretativas, tal vez fuera lógico que este texto figurara después de los proyectos de directriz dedicados a las declaraciones interpretativas.

[141] Ibíd., declaración del Sr. Galicki, pág. 235, párr. 24.

procedimiento aislado[142], y esa conclusión, a la que ha llegado la inmensa mayoría de los miembros de la Comisión, responde a la función que cumple la parte de la Guía de la práctica dedicada a las definiciones: permite determinar si una declaración unilateral, «cualquiera que sea su enunciado o denominación», constituye o no una reserva a la que se apliquen las normas por las que se rigen las reservas. Ese no es el caso de las «reservas de no reconocimiento».

B.—Presentación general del cuarto informe

55. Al concluir el examen del primer informe sobre las reservas a los tratados, el Relator Especial llegó a la conclusión de que:

> *b*)[143] La Comisión debería tratar de adoptar una guía de la práctica en materia de reservas. De conformidad con el Estatuto de la Comisión y su práctica usual, esta guía tomaría la forma de un proyecto de artículos cuyas disposiciones, junto con comentarios, constituirían directrices para la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en materia de reservas; estas disposiciones, de ser necesario, irían acompañadas de cláusulas modelo;
>
> *c*) Las disposiciones que preceden se interpretarán con flexibilidad y, si la Comisión estima que debe desviarse de ellas sustancialmente, presentaría a la Asamblea General nuevas propuestas sobre la forma que podrían tomar los resultados de su labor;
>
> *d*) Existe consenso en la Comisión en el sentido de que no deben modificarse las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986[144].

56. Esas conclusiones fueron aprobadas en general tanto en la Sexta Comisión como en la propia CDI y no se cuestionaron al examinarse los informes segundo y tercero[145]. En opinión del Relator Especial, se trata de las directrices generales en las que debería basarse el examen del tema.

57. El presente informe se ha redactado conforme al método general descrito en el tercer informe sobre las reservas a los tratados[146]. Se trata de un método

a) Empírico (el Relator Especial no está en condiciones de analizar la impresionante documentación existente sobre el tema[147] de una manera tan sistemática como desearía);

b) «Vienés» (el punto de partida de los razonamientos lo constituyen siempre las disposiciones de las tres Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986, cuyo texto, trabajos preparatorios, lagunas y aplicación se exponen de la manera más sistemática posible), y

c) «Heterogéneo», en el sentido de que las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena, cada vez que su objeto se presta a ello, se agregan como directrices únicas, reproducidas al comienzo de los diferentes apartados de la Guía de la práctica.

58. En el tercer informe, dedicado a la definición de las reservas, se trató lo esencial de la segunda parte del esquema general provisional del estudio presentado en el capítulo I del segundo informe[148]. Sin embargo, por diferentes razones, se omitieron dos de los apartados anunciados, los relativos a las «diferencias entre las reservas y otros procedimientos destinados a modificar la aplicación de los tratados» y al «régimen jurídico de las declaraciones interpretativas».

59. En lo que respecta al segundo apartado, la omisión fue deliberada. Como indicó el Relator Especial en su tercer informe[149], el régimen jurídico de las declaraciones interpretativas plantea problemas complejos a cuya solución habría tenido que dedicar mucho tiempo la Comisión, atrasando de ese modo el estudio de los relativos a las reservas. Ello, además, habría carecido de lógica puesto que no se pueden definir bien las reglas aplicables a las declaraciones interpretativas sino es en relación con las relativas a las reservas y más aún en el caso de las declaraciones interpretativas condicionales, que no es muy aventurado considerar que son casi reservas[150], por lo que habrá que determinar en qué medida siguen el régimen jurídico aplicable a las reservas y en qué medida se apartan de él (en caso de que lo hagan, lo que no es seguro). En consecuencia, en su tercer informe, el Relator Especial indicó que se proponía presentar sistemáticamente los proyectos de directrices de la Guía de la práctica relativos al régimen jurídico de las declaraciones interpretativas en paralelo a las disposiciones referentes a las propias reservas[151]. Esta propuesta recibió la aprobación tanto de los miembros de la CDI que se manifestaron al respecto[152] como de la Sexta Comisión[153]. Por consiguiente, ese será el método que se seguirá en el presente informe y en los siguientes.

60. La otra omisión que hubo en el tercer informe, el cual no dedicaba ninguna sección a las diferencias entre las reservas y otros procedimientos destinados a cualificar la aplicación de los tratados, fue puramente casual, ya que sólo se debió a falta de tiempo. Así pues, esta cuestión se tratará en un ulterior informe[154].

---

[142] Véanse por ejemplo los proyectos de directrices 1.1.5 y 1.1.9 (ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párr. 512).

143 El apartado *a* se refería al cambio de título del tema, que inicialmente era «La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados».

[144] *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 111, párr. 487.

[145] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 52 y 53, párrs. 116 a 123.

[146] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párrs. 31 a 41.

[147] Pese a la valiosa ayuda prestada por la Secretaría; el Relator Especial aprovecha esta ocasión para expresarle su más profundo reconocimiento.

[148] *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/477/Add.1, párr. 37.

[149] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párr. 45.

[150] Véanse las secciones del tercer informe dedicadas a ello (ibíd., párrs. 306 a 327, 337 a 339, y 381 a 391); véanse también las posiciones adoptadas por los Sres. Kateka, ibíd., vol. I, 2252.ª sesión, pág. 241, párrs. 24 a 27; Illueca, págs. 242, párrs. 39 a 43, y Addo, párr. 44.

[151] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párr. 46.

[152] Ibíd., vol. I, 2552.ª sesión. Véanse las declaraciones de los Sres. Brownlie, pág. 241, párr. 32; Simma, pág. 242, párr. 37; Al-Baharna, pág. 243, párr. 45; Herdocia Sacasa, párr. 46; Economides, párr. 47; Bennouna, párr. 48, y Galicki, párr. 49. Véase también ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 107 y 108, párrs. 533 a 539.

[153] Véase el párrafo 27 *supra*.

[154] Se reproducirá en *Anuario… 2000*, vol. II (primera parte).

61. Conforme a lo previsto en el esquema general provisional antes mencionado[155], los capítulos siguientes se dedicarán respectivamente a la formulación y retiro de las reservas, las aceptaciones de las reservas y las objeciones a las reservas, y a las reglas correspondientes a las declaraciones interpretativas.

62. Además, si se dispone de tiempo, el Relator Especial dedicará un último capítulo de este informe a trazar un panorama general de los problemas planteados por los efectos de las reservas (y de las declaraciones interpretativas), de su aceptación y de las objeciones que se hacen a ellas.

63. Por consiguiente, este informe seguirá el plan general siguiente:

a) Capítulo I. Alternativas a las reservas;

b) Capítulo II. Formulación y retiro de las reservas y de las declaraciones interpretativas;

c) Capítulo III. Formulación de las aceptaciones de las reservas;

d) Capítulo IV. Formulación y retiro de las objeciones a las reservas y de las reacciones a las declaraciones interpretativas;

e) [Capítulo V. Los efectos de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones: panorama general].

[155] Véase el párrafo 58 *supra*.

ANEXO

DOCUMENTO A/CN.4/478/REV.1

Bibliografía relativa a las reservas a los tratados

[Original: francés]
[8 de abril de 1999]

PLAN

	Página
A.—Estudios de alcance general sobre las reservas	154
B.—Estudios de aspectos particulares de la problemática de las reservas	156
1. Licitud, oponibilidad y efectos de las reservas	156
a) La práctica panamericana	156
b) Comentarios a la opinión consultiva de la CIJ de 1951	157
c) Comentarios a los trabajos de la CDI en materia de reservas	157
d) Comentarios a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados	157
e) Estudios de síntesis	158
2. Reservas a convenciones específicas	158
a) Reservas y convenciones relativas a los derechos humanos y al derecho humanitario	158
i) Problemática general	158
ii) Reservas a convenciones particulares en materia de derechos humanos o de derecho humanitario	159
a. Convenios de Ginebra	159
b. Convenio Europeo de Derechos Humanos	159
c. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	160
d. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	161
e. Convención sobre los Derechos del Niño	161
f. Otras convenciones relativas a los derechos humanos	161
b) Reservas a las demás convenciones de codificación	161
i) Problemática general	161
ii) Reservas a las convenciones de derecho internacional privado	161
iii) Reservas a convenciones específicas	162
a. Derecho de los tratados	162
b. Derecho del mar	162
c) Reservas a otras convenciones específicas	162
d) Reservas a la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria de la CIJ	162
3. Estudio de la práctica de las reservas	163
a) La práctica de los Estados	163
b) La práctica de las organizaciones internacionales	164

A.—Estudios de alcance general sobre las reservas

ANAND, R. P.

«Reservations to multilateral conventions», *Indian Journal of International Law*, vol. 1, julio de 1960, págs. 84 a 91.

ANDERSON, Chandler P.

«The ratification of treaties with reservations», *American Journal of International Law*, vol. 13, n.º 3, julio de 1919, págs. 526 a 530.

ANDERSON, D. R.

«Reservations to multilateral conventions: a re-examination», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 13, 1964, págs. 450 a 481.

BALDONI, Claudio

«Le riserve nelle convenzioni collettive», *Rivista di diritto internazionale*, año XXI, serie III, vol. VIII, 1929, págs. 356 a 370.

«Zur Theorie und Praxis der Vorbehalte in den Staatsverträgen», *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, vol. 4, 1929/30, págs. 178 a 192.

BALLADORE-PALLIERI, Giorgio

«Appunti sul problema delle riserve nelle convenzioni collettive», *Annali di diritto internazionale 1953*, vol. XI, págs. 15 a 31.

«Apuntes sobre el problema de las reservas en las convenciones colectivas», *Escuela de Funcionarios Internacionales*, Cursos y conferencias 1955-56, t. 1, Madrid, 1957, págs. 77 a 98.

BELAÚNDE-MOREYRA, Antonio

«Las reservas a las convenciones multilaterales», *Revista peruana de derecho internacional* (Lima), vol. 14, 1954, págs. 14 a 57 y 153 a 221.

BINDSCHEDLER, Rudolf L.

«Treaties, Reservations», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, l. 7, 1984, págs. 496 y ss.

BISHOP, William W.

«Reservations to treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961-II*, Leiden, Sijthoff, 1962, t. 103, págs. 245 a 341.

BOKOR-SZEGÖ, Hanna

A nemzetközi szerzödésekhez füzött fentartások (Le problème des réserves aux traités internationaux), Budapest, Közgazdasàgi es jogi könyvkiado, 1961, 311 págs. (resumen en francés, págs. 295 a 311).

BONET PÉREZ, Jordi

Las reservas a los tratados internacionales, Barcelona, José M. Bosch, 1996, 207 págs.

BOWETT, D. W.

«Reservations to non-restricted multilateral treaties», *British Year Book of International Law 1976-1977*, vol. 48, 1978, págs. 67 a 92.

CERETI, Carlo

Saggio sulle riserve, Milán, Università Cattolica del Sacro Cuore, 1932, serie II, vol. 34, 27 págs.

CHAUDHRI, Mohammed Ahsen

«Reservations to multilateral treaties», en *De lege pactorum: essays in honor of Robert Renbert Wilson*, Durham (N.C.), Duke University Press, 1970, págs. 40 a 52.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

Estudio encaminado a la formulación de un segundo proyecto de normas sobre reservas a los tratados multilaterales, Washington D.C., Unión Panamericana [1959].

Reserva de adhesión teórica a los tratados multilaterales: informe preparado de conformidad con la Resolución XI de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Washington D.C., Unión Panamericana, 1960.

COX, William C.

«Reservations to multipartite conventions», en *Proceedings of the American Society of International Law* (46.ª reunión anual, Washington D.C., 24 a 26 de abril de 1952), Washington D.C., 1952, págs. 26 a 35.

CRAYEN, Alexander Dietrich VON

Die Vorbehalte im Völkerrecht, Lucerna, Universidad de Zurich, 1938 (tesis), 100 págs.

DRAGHICHI, Mariana y G. DRAGHICHI

«Réserves aux traités internationaux», *Analele Universitatii Bucuresti*, vol. 32, 1983, págs. 25 a 30.

DURDENEVSKII, V. N.

«K voprosu ob ogovorkakh v mezhdunarodnykh dogovorakh» (Sobre el tema de las reservas a los tratados multilaterales), *Sovetskoe gosudarstvo i prava*, 1956, n.º 4, págs. 97 a 100.

EDWARDS JR., Richard W.

«Reservations to Treaties», *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, n.º 2, 1989, págs. 362 a 405.

FENWICK, Charles G.

«Reservations to multilateral treaties», *Inter-American Juridical Yearbook 1950-1951* (Washington, D.C.), Unión Panamericana, 1953, págs. 37 a 47.

«When is a treaty not a treaty?», *American Journal of International Law*, vol. 46, n.º 2, abril de 1952, págs. 296 a 298.

FILIPPOV, S. V.

Ogovorki v teorii i praktike mezhdunarodnogo dogovora, Moscú, International Relations Institute, 1958.

FITZMAURICE, Sir Gerald

«Reservations to multilateral conventions», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 2, 1.ª parte, enero de 1953, págs. 1 a 26.

«The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: treaty interpretation and other treaty points», *British Year Book of International Law 1957*, vol. 33, 1958, págs. 203-293 (especialmente págs. 272 a 293).

FLAUSS, Jean-François

«Les réserves aux résolutions des Nations Unies», *Revue générale de droit international public*, t. 85/1981/1, págs. 5 a 37.

FRANGULIS, A. F.

«Les réserves», *Dictionnaire diplomatique*, París, Académie diplomatique internationale, 1933, t. II, págs. 560 y 561.

FROWEIN, Jochen Abraham

«Reservations and the international *ordre public*», en *Theory of international law at the threshold of the 21st century: essays in honour of Krysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer, 1996, págs. 403 a 412.

GAÏDAROV, Konstantin

«Sushchnost i opredeleni na rezervite kum mnogostrannite mezhdunarodni dogovori», *Pravna mis.*, vol. 23, n.º 6, 1979, págs. 5 a 18.

«Suvremenite pravni metodi na dogovariane i rezervite pri podpisvaneto na mnogostrannite dogovori», *Izvestiia na Instituta za Pravni Nauki*, vol. 16, 1965, págs. 97 a 122.

GAJA, Giorgio

«Reservations to treaties and the newly independent States», *Italian Yearbook of International Law 1975*, vol. 1, págs. 52 a 68.

«Unruly treaty reservations», *Le droit international à l'heure de sa codification : études en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, vol. I, págs. 307 a 330.

GENET, Raoul

«Les 'réserves' dans les traités», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, t. X, 1932, págs. 95 a 114, 232 a 240 y 308 a 319.

GLASER, Edwin

Rezervele la tratatele internationale (Les réserves aux traités internationaux), Bucarest, Editura Academiei Republicii Socialiste România, 1971, 292 págs. (resumen en francés, págs. 279 a 292).

GLASER, Edwin y N. IACOBESCU

«Unele probleme privind rezervele la tratatele internationale multilaterale», *Justitia Nouá*, n.º 2, 1961, págs. 330 a 345.

GÓMEZ ROBLEDO, A.

«Las reservas en los tratados multilaterales», *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, vol. 7, n.os 25-26, 1957, págs. 11 a 34.

GOPALAKRISHNAN, R.

«Reservations to multilateral treaties», *Vyavahara Nirnaya*, vol. 4, 1955, págs. 168 a 209.

GORMLEY, W. Paul

«The modification of multilateral conventions by means of 'negotiated reservations' and other 'alternatives': a comparative study of the ILO and Council of Europe», *Fordham Law Review*, vol. 39, octubre de 1970-marzo de 1971, págs. 39 a 59.

GOUBINE, V. F.

«Naissance et développement de l'institution des réserves dans les traités multilatéraux», *Soviet Year-Book of International Law 1960*, Moscú, Academy of Science of the USSR, 1961, págs. 232 a 242.

GREEN, L. C.

«Reservations to multilateral conventions», *The International Law Quarterly*, vol. 4, 1951, págs. 228 y 229.

GREIG, D.W.

«Reservations: equity as a balacing factor?», *Australian Year Book of International Law 1995*, vol. 16, págs. 21 a 172.

HALAJCAZUK B. T.

«Les conventions multilatérales entre l'universalité et l'intégrité», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 38, n.os 1 y 2, enero-marzo y abril-junio de 1960, págs. 38 a 50 y 147 a 158.

HAUCHMANN-TCHERNIAK, Tamara

«La question des réserves dans les conventions devant la Cour internationale de Justice», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 35.º año, n.º 4, octubre-diciembre de 1957, págs. 421 a 429.

HOLLOWAY, Kaye

Les réserves dans les traités internationaux, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Bibliothèque de droit international, 1958, t. V, 378 págs.

Modern Trends in Treaty Law. Constitutional Law, Reservations and the Three Modes of Legislation, Londres, Stevens, 1967, 737 págs.

HORN, Frank

Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties, Amsterdam, Elsevier, 1988, 514 págs.

HOWELL, John M.

«Reservations in agreements for pacific settlement of disputes», en *De lege pactorum: essays in honor of Robert Renbert Wilson*, Durham (N.C.), Duke University Press, 1970, págs. 130 a 147.

HUDSON, Manley O.

«Reservations to multipartite international instruments», *American Journal of International Law*, vol. 32, n.º 2, abril de 1938, págs. 330 a 335.

IMBERT, Pierre-Henri

Les réserves aux traités multilatéraux: évolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951, París, Pedone, 1978, 503 págs.

JARASS, Hans D.

«Die Erklärung von Vorbehalten zu völkerrechtlichen Verträgen», *Die Öffentliche Verwaltung* (Munich), vol. 28, 1975, págs. 117 a 123.

JOBST III, Valentine

«Reservations to multipartite treaties», *American Journal of International Law*, vol. 31, n.º 2, abril de 1937, págs. 318 a 321.

JOVANOVIC, Bozidar

«Pitanje rezervi uz multilateralne konvencije pred Ujedinjenim Nacijama» (El problema de las reservas a las convenciones multilaterales de las Naciones Unidas), *Arkhiv za pravne i drustvene nauke* (Belgrado), vol. 66, 1951, págs. 449 a 458.

JULLY, Laurent

«Les réserves aux conventions multilatérales», *Die Friedens-Warte*, vol. 51, n.º 3, 1952, págs. 255 a 275.

KAPPELER, Dietrich

Les réserves dans les traités internationaux, Basilea, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1958, 101 págs.

KHADJENOURI, Mahmoud

Réserves dans les traités internationaux, Universidad de Ginebra, 1953, tesis n.º 497, 256 págs.

KOH, Jean Kyongun

«Reservations to multilateral treaties: how international legal doctrine reflects world vision», *Harvard International Law Journal*, vol. 23, n.º 1, verano de 1983, págs. 71 a 116.

KÜHNER, Rolf

Vorbehalte zu multilateralen völkerrechtlichen Verträgen, Berlín, Springer-Verlag, 1986, 307 págs.

LAUTERPACHT, Sir Hersch

«Some possible solutions to the problem of reservations to treaties», *Problems of Public and Private International Law*, Londres, Grotius Society, 1954, vol. 39, págs. 97 a 118.

MAJOROS, Ferenc

«Das aktuelle Problem der Gegenseitigkeit bei Vorbehalten: Von der II. Haager Friedenskonferenz über die Wiener Vertragsrechtskonvention bis zur Resolution von Dijon (1981)», *Die Friedens-Warte*, 1986, vol. 66, págs. 216 a 251, y 1987, vol. 67, págs. 82 a 100.

MALKIN, H. W.

«Reservations to multilateral conventions», *British Year Book of International Law 1926*, vol. 7, págs. 141 a 162.

MEEK, Marcellus R.

«International law: reservations to multilateral agreements», *DePaul Law Review*, vol. 5, otoño-invierno de 1955, págs. 40 a 74.

MIRIMONDE, Albert Pomme DE

Les traités imparfaits : les réserves dans les traités internationaux, París, Jouve, 1920, 158 págs.

MONACO, Riccardo

«Le riserve agli accordi internazionali e la competenza parlamentare», *Rivista di diritto internazionale*, vol. XXXVII, n.º 1, 1954, págs. 72 a 81.

OWADA, Hisashi

«Estudio sobre las reservas y las declaraciones a los tratados», *International Law, UN and Japan*, Tokio, Festschrift Takano, 1988, págs. 361 a 384 (en japonés).

OWEN, Marjorie

«Reservations to multilateral treaties», *Yale Law Journal*, vol. XXXVIII, n.º 8, junio de 1929, págs. 1086 a 1114.

PIPER, Catherine Logan

«Reservations to multilateral treaties: the goal of universality», *Iowa Law Review*, vol. 71, n.º 1, octubre de 1985, págs. 295 a 322.

PODESTÁ-COSTA, Luis A.

«Les réserves dans les traités internationaux», *Revue de droit international*, 12.º año, t. XXI, primer semestre, 1938, págs. 1 a 52.

PRIETO ACEVEDO, Javier

Las reservas en las convenciones multilaterales, Santiago, Universidad de Chile (tesis), 1963.

«PROBLEMS OF RESERVATIONS IN MULTILATERAL CONVENTIONS»

Albany Law Review, vol. 30, enero de 1966, pág. 100 y ss.

RAO, K. Narayan

«Reservations to multilateral conventions», *Indian Journal of International Law*, vol. 1, n.º 1, julio de 1960, págs. 92 a 99.

REDGWELL, Catherine

«Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», *British Year Book of International Law*, vol. 64, 1993, págs. 245 a 282.

«RESERVATION TO TREATIES: INTERNATIONAL LEGAL IMPLICATIONS»

Buffalo Law Review, 1955, págs. 218 a 232.

ROSSANIGO, Livio B.

«Las reservas en las convenciones multilaterales», *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), vol. 26, n.º 4, 1962, págs. 113 a 160.

RUDA, José M.

«Reservations to treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1975-III*, Leiden, Sijthoff, 1977, t. 146, págs. 95 a 218.

«Las reservas a las convenciones multilaterales», *Revista de derecho internacional y ciencias diplomáticas*, 12.º año, n.º 23/24, enero-diciembre de 1963, págs. 7 a 85.

SABATÉ LICHTSCHEIN, Domingo

«Las reservas en los tratados multilaterales», *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 21, n.º 100, 1959, págs. 109 a 182.

SANDERS, William

«Reservations to multilateral treaties made in the act of ratification or adherence», *American Journal of International Law*, vol. 33, n.º 3, julio de 1939, págs. 488 a 499.

SANTA PINTER, J. J.

Las reservas a los convenios multilaterales, Buenos Aires, Roque Depalma, 1959, 94 págs.

SAPIENZA, Rosario

Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali, Milán, Giuffrè, 1996, 291 págs.

SCHATZKY, Boris

«Las reservas en el derecho internacional», *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción, Chile), 3.º año, n.º 11, 1935, págs. 161 a 180.

SCHEIDTMANN, Ulrich

Der Vorbehalt beim Abschluss völkerrechlichter Verträge, Berlín-Grunewald, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, 1934, 80 págs.

SCHERMERS, H. G.

«The suitability of reservations to multilateral treaties», *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, vol. VI, octubre de 1959, págs. 350 a 361.

SCHWEISFURTH, Theodor

«Vorbehalte zu internationalen Verträgen unter besonderer Berücksichtigung der östlichen Vertragstheorie», *Internationales Recht und Diplomatie*, vol. II, 1970, págs. 46 a 68.

SZAFARZ, Renata

«Reservations to multilateral treaties», *Annuaire polonais de droit international III (1970)*, 1970, págs. 239 a 316.

TARABAY, T.

«L'objet et le but des traités internationaux», París, 1984 (tesis, mimeografiado), 330 págs.

TREVIRANUS, Hans-Dietrich

«Vorbehalte zu mehrseitigen Verträgen - Wohltat oder Plage?», *German Yearbook of International Law*, vol. 25, 1982-1983, págs. 515 a 527.

VIALA, Alexandre

«Les réserves d'interprétation: un outil de resserrement de la contrainte de constitutionnalité», *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, julio-agosto de 1997, págs. 1047 a 1067.

VITTA, Edoardo

Le riserve nei trattati, Turín, G. Giappichelli, Universidad de Turín, Memorie dell'Istituto giuridico, 2.ª serie, vol. 47, 1957, 154 págs.

WASHBURN, Albert H.

«Treaty amendments and reservations», *Cornell Law Quarterly*, vol. 5, n.º 3, marzo de 1920, págs. 247 a 274.

WHITEMAN, Marjorie M. (ed.)

«Reservations and interpretation», *Digest of International Law* (Washington D.C.), Department of State Publications, vol. 14, 1970, págs. 137 a 193.

WILSON, Robert

«Reservation clauses in agreements for obligatory arbitration», *American Journal of International Law*, vol. 23, n.º 1, enero de 1929, págs. 68 a 94.

WOLKWITZ, Hans-Dieter

«Vorbehalte in Kollektivverträgen», Bonn, 1968 (tesis, mimeografiado), 156 págs.

WRIGHT, Quincy

«Amendments and reservations to the treaties», *Minnesota Law Review*, vol. 4, n.º 1, diciembre de 1919, págs. 14 a 39.

B.—Estudios de aspectos particulares de la problemática de las reservas

1. LICITUD, OPONIBILIDAD Y EFECTOS DE LAS RESERVAS

a) *La práctica panamericana*

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

Informe sobre el efecto jurídico de las reservas a los tratados multilaterales, Washington D.C., Unión Panamericana, n.º 23, agosto de 1957, 38 págs.

GAÏDAROV, Konstantin

«Praktikata na amerikanskite durzhavi v materiyata na rezervite kum mezhdunarodnite dogovori», *Godisnik na Sofijskija Universitet*, vol. 73, 1980, págs. 225 a 253.

GORMLEY, Paul W.

«The influence of the United States and the Organization of the American States on the international law of reservations», *Inter-American Law Review*, vol. 7-8, 1965-1966, págs. 127 a 184.

KOUSNETZOV, S. A.

«Praktika organizatsii amerikanskykh gosudarstv v voprose ob ogovorkakh k mezhamerikanskim mnogostoronnim dogovoram» (The practice of the Organization of American States regarding reservations to inter-American multilateral treaties), *Sovetskii ezhegodnik mezhdunarodnogo prava 1959 (Soviet Year-Book of International Law)*, 1960, págs. 373 a 387 (resumen en inglés, págs. 384 a 387).

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

Memorandum Explicativo sobre el Sistema de Formulación de Reservas a los Tratados Multilaterales en la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., mayo de 1981, 46 págs.

b) *Comentarios a la opinión consultiva de la CIJ de 1951*

BISHOP, William W.

«Judicial decisions involving questions of international law», *American Journal of International Law*, vol. 45, n.º 3, 1951, págs. 579 a 590.

BRANDON, Michael

«Legal nature of a reservation to a multilateral convention: Genocide Convention», *Canadian Bar Review*, vol. XXIX, n.º 4, abril de 1951, págs. 428 a 434.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO-GALLO, Manuel

«El sexto dictamen del Tribunal Internacional de Justicia: las reservas a la Convención sobre el genocidio», *Revista española de derecho internacional*, vol. 4, n.º 3, 1951, págs. 1029 a 1089.

HOCKENJOS, Hans Rudolf

«Vorbehalte zur Genocide-Vereinbarung, Besprechung des Gutachtens des Internationalen Gerichtshofs im Haag vom 28 mai 1951», Basilea, 1956 (tesis, mimeografiado), 154 págs.

KERNO, Ivan S.

«L'avis consultatif de la Cour internationale sur les réserves à la Convention sur le génocide», *Boletín de las Naciones Unidas*, vol. X, n.º 12, 15 de junio de 1951, págs. 600 y 601.

RAALTE, E. van

«Het advies van het Internationale Gerechtshof over voorbehouden betreffende de genocide-conventie. Een nieuwe, aanvechtbare regel», *Rechtsgeleerd Magazijn Themis: tijdschrift voor publiek en privaatrecht*, n.º 5, 1951, págs. 398 a 426.

ZOUREK, Jaroslav

«Posudek Mezinárodního soudniho dvora ze dne 28 kvetna 1951 o výhradách k úmluve o zabráneni a potrestáni zlocinu genocidia» (Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 28 de mayo de 1951 sobre Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio), *Studie z mezinárodniho práva (Estudios de Derecho Internacional)*, vol. II, 1956, págs. 81 a 102.

c) *Comentarios a los trabajos de la CDI en materia de reservas*

FENWICK, Charles G.

«Reservations to multilateral treaties», *American Journal of International Law*, vol. 45, n.º 1, enero de 1951, págs. 145 a 148.

«Reservations to multilateral conventions: the report of the International Law Commission», *American Journal of International Law*, vol. 46, n.º 1, enero de 1952, págs. 119 a 123.

LIANG, Yuen Li

«Notes on legal questions concerning the United Nations: the third session of the ILC: review of its work by the General Assembly», *American Journal of International Law*, vol. 46, n.os 3 y 4, julio y octubre de 1952, págs. 483 a 503 y 667 a 681.

NAWAZ, M. K.

«The International Law Commission's views on the subject of reservations to multilateral conventions», *Indian Journal of International Law*, vol. 1, n.º 1, julio de 1960, págs. 100 a 108.

OGAWA, Yoshihiko

«Codification of the rules on reservations by the International Law Commission (1)», *Journal of International Law and Diplomacy* (Tokio), vol. LXVI, n.º 2, 1967, págs. 62 a 98 (en japonés; resumen en inglés, págs. 112 y 113).

«Reservas a los tratados multilaterales: examen de los artículos 16 a 20 del proyecto de la CDI», *Journal of International Law and Diplomacy* (Tokio), vol. LXVII, n.º 4, diciembre de 1968, págs. 416 a 430 (en japonés).

TOMUSCHAT, Christian

«Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties: comments on articles 16 and 17 of the International Law Commission's draft articles on the law of treaties», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27, 1967, págs. 463 a 482.

d) *Comentarios a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*

CALAMIA, Antonio M.

«La disciplina delle obiezioni alle riserve e la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati», *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milán, Giuffrè, 1984, págs. 3 a 37.

COK, Vida

«O rezervama nespojivim sa predmetom i ciljevima medunarodnog ugovara» (Reservations incompatible with the object and purpose of international treaties), *Jugoslovenska Revija za Medunarodno Pravo*, vol. XXXIV, n.os 1-2, 1987 (1/2), págs. 168 a 183 (resumen en inglés, pág. 183).

GAÏDAROV, Konstantin

«Yuridicheska validnost i deistvie na rezervite kum mnogostrannite dogovori spored rezhima na Vienskata Konventsiya za pravoto na dogovorite ot 1969 g.», *Pravna mis.* (Sofía), vol. 22, 1978 (4), págs. 31 a 41.

GREIG, D.W.

«Reciprocity, proportionality and the law of treaties», *Virginia Journal of International Law*, vol. 34, n.º 2, invierno de 1994, págs. 295 a 403.

HILPOLD, Peter

«Das Vorbehaltsregime der Wiener Vertragsrechtskonvention», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 34, 1996, págs. 376 a 425.

HYLTON, Daniel N.

«Default breakdown: the Vienna Convention on the Law of Treaties' inadequate framework on reservations», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 27, n.º 2, mayo de 1994, págs. 419 a 451.

MAJOROS, Ferenc

«Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye», *Journal du droit international*, vol. 101, n.º 1, enero-febrero-marzo de 1974, págs. 73 a 109.

NIETO NAVIA, Rafael

«Las reservas a los tratados multilaterales en la Convención de Viena de 1969», *Universitas: ciencias jurídicas y socioeconómicas* (Bogotá), vol. 46, mayo de 1974, págs. 283 a 315.

NISOT, Joseph

«Les réserves aux traités et la Convention de Vienne du 23 mai 1969», *Revue générale de droit international public*, t. 77, n.º 1, enero-marzo de 1973, págs. 200 a 206.

REY CARO, Ernesto J.

«Las reservas a la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados», *Revista de derecho internacional y ciencias diplomáticas* (Rosario, Argentina), año XXI, n.º 41/42, 1972, págs. 168 a 225.

ZEMANEK, Karl

«Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Nijhoff, 1984, págs. 323 a 336.

e) *Estudios de síntesis*

ACCIOLY, Hildelbrando

«Efectos jurídicos de las reservas a los tratados multilaterales», *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (Río de Janeiro), vol. 11, 1955, págs. 157 a 173.

BENTZ, Jacques

«La validité des réserves aux traités internationaux multilatéraux», Aix-Marseille, 1954 (tesis, mimeografiado), 294 págs.

BORISOV, S.

«Suverennoe pravo gosudarstv: uchastnikov mnogostoronnykh dogovorov zaiavliat ogovorki», *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo* (Moscú), n.º 4, 1952, págs. 64 a 69.

CAHA, Zdeněk

«Právní význam výhard k mnohostranným smlouvám a námitek porti nim», *Studie z mezinárodního práva* (Studies in international law), vol. II, 1956, págs. 103 a 134.

DURDENJEWSKY, V. N.

«The effect of objections to treaty reservations», *Yale Law Journal*, vol. 60, n.º 4, 1951, págs. 728 a 735.

HERRERA MARCANO, Luis

«Estudio del efecto jurídico de las reservas a los tratados multilaterales», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, vol. 12, 1957, págs. 87 a 120.

JOVANOVIC, Bozidar

«Princip reciprociteta kod rezervi uz medunarodne» (El principio de reciprocidad y las reservas en los tratados internacionales), *Jugoslovenska revija za medunarodno prava*, vol. 1, n.º 2, 1954, págs. 74 a 83.

KELLOGG, Frank B.

«Effect of reservations and amendments to treaties», *American Journal of International Law*, vol. 13, n.º 4, octubre de 1919, págs. 767 a 773.

MCRAE, D. M.

«The legal effect of interpretative declarations», *British Year Book of International Law 1978*, vol. 49, 1979, págs. 155 a 173.

MENDELSON, Maurice H.

«Reservations to the constitutions of international organizations», *British Year Book of International Law*, vol. 45, 1973, págs. 137 a 171.

MIGLIORINO, Luigi

«La revoca di riserve e di obiezioni a riserve», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXV, n.º 2, 1992, págs. 315 a 334.

«Effetti giuridici delle obiezioni a riserve incompatibili con l'oggetto e lo scopo del trattato», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXVII, n.º 3, 1994, págs. 635 a 654.

MILLER, David H.

Reservations to Treaties: Their Effect and the Procedure in Regard Thereto, Washington D.C., 1919, 171 págs.

PARK, T. S.

«The legal effect of reservation and understanding in American law», *Korean Journal of International Law*, vol. 7, 1962, págs. 333 a 350.

RUDA, J. M.

«Los efectos juridicos de las reservas a los tratados multilaterales», *Anuario Jurídico Interamericano*, Washington D.C., Organización de los Estados Americanos, 1982, págs. 1 a 67.

SAHOVIC, Milan

«Nova faza ukrazvoju procedure prihvatanja rezervi na multilateralne konvencije», *Arhiv za pravne i drustvene nauke* (Belgrado), vol. 47, 1960, págs. 157 a 162.

SCOTT, Gary L. y G. L. CARR

«Multilateral treaties and the formation of customary international law», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 25, n.º 1, otoño de 1996, págs. 71 a 94.

SHATZKY, Boris

«La portée des réserves dans le droit international», *Revue de droit international et de législation comparée* (Bruselas), vol. 14, n.º 2, 1933, págs. 216 a 234.

SUCHARIPA-BEHRMANN, L.

«The legal effects of reservations to multilateral treaties», *Austrian Review of International and European Law* (Leiden), vol. 1, n.º 1, 1996, págs. 67 a 88.

VERHOEVEN, J.

«Droit des traités, réserves et ordre public *(jus cogens)*», *Journal des tribunaux*, vol. 113, 1994, págs. 765 a 768.

2. RESERVAS A CONVENCIONES ESPECÍFICAS

a) *Reservas y convenciones relativas a los derechos humanos y al derecho humanitario*

i) Problemática general

ABRAMS, Paula

«Reservations about women: population policy and reproductive rights», *Cornell International Law Journal*, vol. 29, n.º 1, 1996, págs. 1 a 41.

CHINKIN Y OTROS

Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions, J. P. Gardner (ed.), Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1997, 207 págs.

CHUECA SANCHO, A. G.

«Las reservas a los tratados de derechos humanos», *Documentación Jurídica* (Madrid), t. 19; n.º 74, 1992, págs. 11 a 141.

COCCIA, Massimo

«Reservations to multilateral treaties on human rights», *California Western International Law Journal*, vol. 15, n.º 1, invierno de 1985, págs. 1 a 51.

COHEN-JONATHAN, Gérard

«Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme : nouveaux aspects européens et internationaux», *Revue générale de droit international public*, t. 100/1996/4, págs. 915 a 949.

DHOMMEAUX, Jean

«La coordination des réserves et des déclarations à la Convention européenne des droits de l'homme et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques», en J.-F. Flauss y M. de Salvia (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis*, Bruselas, Bruylant, 1997, págs. 13 a 37.

FROWEIN, Jochen Abraham

«Reservations to the European Convention on Human Rights», en F. Matscher y H. Petzold (eds.), *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne – Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Colonia, Carl Heyman, 1988, págs. 193 a 200.

GIEGERICH, Thomas

«Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenzen von Vertragsgremien. Ein konstitutioneller Ansatz» (Reservations to human rights agreements: admissibility, validity and review powers of treaty bodies a constitutional approach), *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg Journal of International Law*, vol. 55, 1995, págs. 713 a 778 (resumen en inglés, págs. 778 a 782).

GLOVER, Rupert Granville

«International humanitarian law... with reservations?», *Canterbury Law Review*, vol. 2, 1984, págs. 220 a 229.

GRAEFRATH, Bernhard

«Vorbehalte zu Menschenrechtsvertragen, Neue Projekte und alte Streitfragen» (Reservations to human rights treaties, new projects and old controversies), *Humanitäres Völkerrecht*, vol. 9, n.º 2, 1996, págs. 68 a 75.

HENKIN, Louis

«U.S. ratification of human rights conventions: the ghost of Senator Bricker», *American Journal of International Law*, vol. 89, n.º 2, abril de 1995, págs. 341 a 350.

HIGGINS, Rosalyn

«Derogations under human rights treaties», *British Year Book of International Law 1976-1977*, vol. 48, 1978, págs. 281 a 320.

IMBERT, Pierre-Henri

«Les réserves et les dérogations : la question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, organisé conjointement par le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Secrétariat général du Conseil de l'Europe (Francfort, 9-12 avril 1980)*, París, Pedone, 1982, págs. 119 y ss.

«Reservations and human rights conventions», *Human Rights Review*, vol. VI, n.º 1, primavera de 1981, págs. 28 a 60.

LIJNZAAD, Liesbeth

Reservations to U.N. human rights treaties: ratify and ruin?, Dordrecht, Nijhoff (T.M.C. Asser Institute), 1995, 468 págs.

LILLICH, Richard B. (ed.)

U.S. Ratification of the Human Rights Treaties: With or Without Reservations?, Charlottesville, University Press of Virginia, 1981, 203 págs.

RAMA-MONTALDO, Manuel

«Human rights conventions and reservations to treaties», en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber : personne humaine et droit international*, Bruselas, Bruylant, 1997, vol. 2, págs. 1261 a 1277.

REDGWELL, Catherine J.

«Reservations to treaties and Human Rights Committee General Comment No. 24 (52)», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, 2.ª parte, abril de 1997, págs. 390 a 412.

RUIZ-MORENO, Isidoro

«Reservations to treaties relating to human rights», *Report of the 54th Conference held at The Hague, August 23 to August 29, 1970*, Londres, Asociación de Derecho Internacional, págs. 642 a 645 (debate, págs. 596 a 625).

SCHABAS, William A.

«Reservations to human rights treaties: time for innovation and reform», *Annuaire canadien de droit international*, t. XXXII, 1994, págs. 39 a 81.

SHELTON, Dinah

«State practice on reservations to human rights treaties», *Annuaire canadien des droits de la personne*, vol. 1, 1983, págs. 205 a 234.

SIMMA, Bruno

«Reservations to human rights treaties: some recent developments», en Hafner y otros (eds.), *Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern: in honour of his 80th birthday*, La Haya, Kluwer, 1998, págs. 659 a 682.

YAKUSHIJI, Kimio

«Treatment of reservations made to the international conventions on human rights», *Kokusai Ho gaiko Zasshi (Journal of International Law and diplomacy)*, vol. 83, n.º 4, 1984, págs. 1 a 60 (en japonés, resumen en inglés).

YAMAZAKI, Kosi

«Reservas a los tratados de derechos humanos», *Kagawa Hogaku*, vol. 3, n.º 1, 1983, págs. 53 a 122 (en japonés).

ii) Reservas a convenciones particulares en materia de derechos humanos o de derecho humanitario

a. *Convenios de Ginebra*

AUBERT, Maurice

«Les réserves formulées par la Suisse lors de la ratification du Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)», en *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Ginebra y La Haya, Nijhoff, 1984, págs. 139 a 145.

BOUDREAULT, Lise S.

«Les réserves apportées au Protocole additionnel I aux Conventions de Genève sur le droit humanitaire», *Revue québécoise de droit international*, vol. 6, n.º 2, 1989-1990, págs. 105 a 119.

PILLOUD, Claude

«Les réserves aux conventions de Genève de 1949», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1957, págs. 409 a 437.

«Die Vorbehalte zu den Genfer Abkommen von 1949», partes I a III, *Revista Internacional de la Cruz Roja* (suplemento alemán), vol. IX, n.os 6, 7 y 9, junio, julio y septiembre de 1958, págs. 133 a 138, 152 a 162 y 197 a 214.

«Les réserves aux conventions de Genève de 1949», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 47, n.º 553, 1965, págs. 315 a 324.

«Les réserves aux Conventions de Genève de 1949», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 58, n.º 685, 1976, págs. 131 a 149 y 195 a 221.

PRUGH, Georges S.

«American issues and friendly reservations regarding Protocol I Additional to the Geneva Conventions», *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, vol. XXXI, 1992, págs. 223 a 293.

SCHMIDT, Jürgen

Vorbehalte zu multilateralen Verträgen unter dem Aspekt des intertemporalen Völkerrechts: eine Untersuchung am Beispiel des Genfer Giftgasprotokolls vom 17. Juni 1925, Bochum, U.V.B. - Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer 1992 (Bochumer Schriften zur Friedenssicherung und zum Humanitären Völkerrecht, vol. 9), 1992, 154 págs.

b. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*

BONIFAZI, Angela

«La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bari, Levante, 1974, vol. 3, págs. 301 a 319.

BOURGUIGNON, Henry J.

«The Belilos case: new light on reservations to multilateral treaties», *Virginia Journal of International Law*, vol. 29, n.º 2, invierno de 1989, págs. 347 a 386.

BRÄNDLE, Dieter

Vorbehalte und auslegende Erklärungen der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zurich, Juris-Verlag, 1978 (tesis), 188 págs.

CAMERON, Iain y F. HORN

«Reservations to the European Convention on Human Rights: the Belilos case», *German Yearbook of International Law*, vol. 33, 1990, págs. 69 a 129.

COHEN-JONATHAN, Gérard

«Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Belilos du 29 avril 1988)», *Revue générale de droit international public*, t. 93/1989/2, págs. 273 a 314.

«L'affaire Loïzidou devant la Cour européenne des droits de l'homme : quelques observations», *Revue générale de droit international public*, t. 102/1998/1, págs. 123 a 144.

COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent

«La réserve française à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme», *Journal du droit international*, vol. 102, n.º 2, abril-mayo-junio de 1975, págs. 269 a 293.

FLAUSS, Jean-François

«Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse : Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 § 1», *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 5, n.os 9-10, 20 de diciembre de 1993, págs. 297 a 303.

FROWEIN, Jochen Abraham

«Reservations to the European Convention on Human Rights», en F. Matscher y H. Petzold (eds.), *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne – Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Colonia, Carl Heymanns, 1988, págs. 193 a 200.

IMBERT, Pierre-Henri

«Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (Affaire *Temeltasch*)», *Revue générale de droit international public*, vol. 87/1983/3, págs. 580 a 625.

«Reservations to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission: the *Temeltasch* case», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 33, 3.ª parte, julio de 1984, págs. 558 a 595.

KÜHNER, Rolf

«Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Die Problematik des Art. 64 MRK am Beispiel der schweizerischen'auslegenden Erklärung' zu Art. 6 Abs. 3 lit. e MRK», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 42, 1982, págs. 58 a 92 (resumen en inglés).

LILLICH, Richard B.

«The *Soering* case», *American Journal of International Law*, vol. 85, n.º 1, enero de 1991, págs. 128 a 149.

MACDONALD, R. St. J.

«Reservations under the European Convention on Human Rights», *Revue belge de droit international*, vol. XXI, 1988-2, págs. 429 a 450.

MARCUS-HELMONS, S.

«L'article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue de droit international et de droit comparé* (Bruselas), vol. 45, n.º 1, 1968, págs. 7 a 26.

MARKS, Susan

«Reservations unhinged: the *Belilos* case before the European Court of Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 2.ª parte, abril de 1990, págs. 300 a 327.

PIRES, Maria José Morais

As reservas a Convenção europeia dos direitos do homen, Coimbra, Almedina, 1997, 493 págs.

SAPIENZA, Rosario

«Sull'ammissibilità di riserve all'accettazione della competenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXX, n.os 3-4, 1987, págs. 641 a 653.

SCHABAS, William A.

«Article 64», en L.-E. Pettiti, A. Decaux y P.-H. Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, París, Economica, 1995, págs. 923 a 942.

TOMUSCHAT, Christian

«Turkey's declaration under article 25 of the European Convention on Human Rights», en Nowak, Steurer y Tretter (eds.), *Fortschritte im Bewußtsein des Grund- und Menschenrechte. Festschrift für F. Ermacora*, Kiel, Engel, 1988, págs. 119 y ss.

WANG, Dang

«El caso *Belilos*: el primer fallo que declara la invalidez de una reserva», *Chinese Yearbook of International Law 1990*, págs. 284 a 296 (en chino).

WESTERDIEK, Claudia

«Die Vorbehalte Liechtensteins zur Europäischen Menschenrechtskonvention», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, vol. 10, n.º 21, 13 de diciembre de 1983, págs. 549 a 553.

c. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

GREEN, M. Christian

«The 'Matrioshka' strategy: US evasion of the spirit of the International Covenant on Civil and Political Rights», *South African Journal on Human Rights*, vol. 10, 3.ª parte, 1994, págs. 357 a 371.

MERIEUX, Margaret DE

«Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: their substantive and constitutive significance», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 72, n.º 2, abril-junio de 1994, págs. 95 a 130.

NANDA, Ved P.

«The United States reservation to the ban on the death penalty for juvenile offenders: an appraisal under the International Covenant on Civil and Political Rights», *DePaul Law Review*, vol. 42, n.º 4, verano de 1993, págs. 1311 a 1339.

QUIGLEY, John

«Criminal law and human rights: implications of the United States ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 6, primavera de 1993, págs. 59 a 86.

SCHABAS, William A.

«Les réserves des États-Unis d'Amérique au Pacte international relatif aux droits civils et politiques», *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 6, n.os 4-6, 30 de septiembre de 1994, págs. 137 a 150.

«Invalid reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: is the United States still a party?», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. XXI, n.º 2, 1995, págs. 277 a 325.

SHELTON, Dinah

«Issues raised by the United States reservations, understandings and declarations», en H. Hannum y D. D. Fischer (eds.), *U. S. Ratification of the International Covenants on Human Rights*, Irvington-on-Hudson (Nueva York), Transnational Publishers, 1993, págs. 269 a 277.

SHERMAN, Edward F.

«The U.S. death penalty reservation to the International Covenant on Civil and Political Rights: exposing the limitations of the flexible system governing treaty formulation», *Texas International Law Journal*, vol. 29, n.º 1, invierno de 1994, págs. 69 a 93.

STEWART, David P.

«U.S. ratification of the Covenant on Civil and Political Rights: the significance of the reservations, understandings and declarations», *Human Rights Law Journal*, vol. 14, n.os 3-4, 30 de abril de 1993, págs. 77 a 83.

TRIGGS, Gillian D.

«Australia's ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights: endorsement or repudiation?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 31, 2.ª parte, abril de 1982, págs. 278 a 306.

d. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*

BRANDT, Michèle y J. KAPLAN

«The tension between women's rights and religious rights: reservations to CEDAW by Egypt, Bangladesh and Tunisia», *Journal of Law and Religion*, vol. XII, n.º 1, 1995-96, págs. 105 a 142.

CLARK, Belinda

«The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women», *American Journal of International Law*, vol. 85, n.º 2, abril de 1991, págs. 281 a 321.

COOK, Rebecca

«Memorandum: re reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», *International Women's Rights Action Watch*, 5 de enero de 1987.

«Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, n.º 3, primavera de 1990, págs. 643 a 716.

JENEFSKY, Anna

«Permissibility of Egypt's reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», *Maryland Journal of International Law and Trade*, vol. 15, n.º 2, otoño de 1991, págs. 199 a 233.

MAYER, Ann Elizabeth

«Reflections on the proposed United States reservations to CEDAW: should the Constitution be an obstacle to human rights?», *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 23, n.º 3, primavera de 1996, págs. 727 a 823.

ÅKERMARK SPILIOPOULOU, Sia y O. MÄRSÄTER

«Otillåtna reservationer: Maldivernas reservation mot kvinnodiskrimineringskonventionen» (Unlawful reservations: the reservation of the Maldives to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women), *Mennesker ogrettigheter*, n.º 4, 1995, págs. 382 a 399 (en sueco, resumen en inglés).

e. *Convención sobre los Derechos del Niño*

LEBLANC, Lawrence J.

«Reservations to the Convention on the Rights of the Child: a macroscopic view of State practice», *International Journal of Children's Rights*, vol. 4, 1996, págs. 357 a 381.

SCHABAS, William A.

«Reservations to the Convention on the Rights of the Child», *Human Rights Quarterly*, vol. 18, n.º 2, 1996, págs. 472 a 491.

f. *Otras convenciones relativas a los derechos humanos*

BLAY, Samuel K. N., y B. M. TSAMENYI

«Reservations and declarations under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees», *International Journal of Refugee Law*, vol. 2, n.º 4, 1990, págs. 527 a 561.

CASSESE, Antonio

«Su alcune 'riserve' alla Convenzione sui diritti politici della donna», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LI, n.º 2, 1968, págs. 294 a 314.

«A new reservations clause (article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, 1968, págs. 266 a 304.

COLELLA, Alberto

«Les réserves à la Convention de Genève (28 juillet 1951) et au Protocole de New York (31 janvier 1967) sur le statut des réfugiés», *Annuaire français de droit international*, vol. XXXV, 1989, págs. 446 a 475.

FRANKOWSKA, M.

«The United States should withdraw its reservations to the Genocide Convention: a response to Professor Paust's proposal», *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, n.º 1, otoño de 1990, págs. 141 a 149.

GORNIG, Gilbert y M. NEY

«Die Erklärungen der DDR zur UN-Antifolterkonvention aus völkerrechtlicher Sicht. Ein Beitrag zur Zulässigkeit von Vorbehalten und ihren Rechtsfolgen», *Juristen Zeitung*, 43.º año, n.º 22, 18 de noviembre de 1988, págs. 1048 a 1053.

HANNESSIAN, Grant

«The effect of reservations on the entry into force of the American Convention (arts. 74 and 75), Advisory Opinion No. OC-2/82», *American Journal of International Law*, vol. 77, n.º 3, julio de 1983, págs. 640 a 642.

HAUGESTAD, Arnhild

«Reservations to the United Nations Women's Convention: with special focus on reservations submitted by Muslim countries», *Studies in Women's Law*, vol. 39, n.º 7, 1995, 94 págs.

b) *Reservas a las demás convenciones de codificación*

i) Problemática general

ENZWEILER, Josef A.

«Der Vorbehalt in den Konventionen innerhalb der Vereinten Nationen», *Annales Universitatis Saraviensis, Recht- und Wirtschafts Wissenchaften* (Universidad de Saarbruck), vol. 6, fasc. I, 1958, págs. 1 a 86.

FERRER SANCHÍS, Pedro Antonio

«Problemática de las reservas en los convenios de derecho internacional público y privado», Valencia, 1969 (tesis).

TÉBOUL, Gérard

«Remarques sur les réserves aux conventions de codification», *Revue générale de droit international public*, t. 86/1982/4, págs. 679 a 717.

ii) Reservas a las convenciones de derecho internacional privado

DROZ, Georges A. L.

«Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, vol. LVIII, n.º 3, julio-septiembre de 1969, págs. 381 a 424.

FLECHTNER, Harry M.

«The several texts of the CISG in a decentralized system: observations on translations, reservations and other challenges to the uniformity principle in article 7(1)», *Journal of Law and Commerce*, vol. 17, 1997-1998, págs. 187 a 217.

HUNT, Alan Reeve

«Reservations to commercial treaties dealing with aliens' rights to engage in the profession», *Michigan Law Review*, vol. 52, n.º 8, 1954, págs. 1184 a 1198.

MARINICH, S. V.

«Tolkovanie i primenenie ogovorok o natsional'noi bezopasnosti v mezhdunarodnykh ekonomicheskikh dogovorakh», *Vestnik Moskovskogo Universiteta*, Seriia Pravo, vol. 44, 1989, págs. 65 a 70.

MÜLLER, Peter

Die Vorbehalte in Übereinkommen zur Privatrechtsvereinheitlichung, Tubinga, Mohr, 1979 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht: 45), 223 págs.

QUEL LÓPEZ, F. J.

«Las reservas en los convenios de La Haya de derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 45, n.º 1, enero-junio de 1993, págs. 115 a 130.

iii) Reservas a convenciones específicas

a. *Derecho de los tratados*

DE VISSCHER, Charles

«Une réserve de la République arabe de Syrie à la Convention de Vienne (1969) sur les traités», *Revue belge de droit international* (Bruselas), vol. VIII, n.º 2, 1972, págs. 416 a 418.

DÍAZ BARRADO, Cástor M.

Reservas a la Convención sobre Tratados entre Estados, Madrid, Tecnos, 1991, 205 págs.

GUICHARD ALVES, Raul

«Alguns aspectos do regime das reservas aos Tratados na Convenção de Viena de 1969», *Direito e Justiça*, vol. 7, 1993, págs. 139 a 159.

REY CARO, Ernesto J.

«Las reservas a la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados», *Revista de derecho internacional y ciencias diplomáticas* (Rosario, Argentina), año XXI, 1972, n.os 41/42, págs. 168 a 225.

«Las reservas de la República Argentina a la Convención sobre el derecho de los tratados, el 'estoppel' y la cláusula '*rebus sic stantibus*'», *Anuario de derecho internacional* (Pamplona, España), vol. II, 1975, págs. 229 a 250.

SZTUCKI, Jerzy

«Some questions arising from reservations to the Vienna Convention on the Law of Treaties», *German Yearbook of International Law*, vol. 20, 1977, págs. 277 a 305.

b. *Derecho del mar*

BLAY, S. K. N., R. W. PIOTROWICZ y B. M. TSAMENYI

«Problems with the implementation of the Third United Nations Law of the Sea Convention: the question of reservations and declarations», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 11, 1991, pág. 67 y ss.

GAMBLE JR., John King

«The 1982 U. N. Convention on the Law of the Sea: a 'midstream' assessment of the effectiveness of article 309», *San Diego Law Review*, vol. 24, n.º 3, 1987, págs. 627 a 644.

«Lessons from the first decade of the United Nations Convention on the Law of the Sea: reservations and progress towards entry into force», *Essays in Honour of Wang Tieya*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, págs. 333 a 346.

GLASER, David M.

«Murder in the Casbah or the effect of Morocco's jurisdictional reservation to the Vienna Convention on Diplomatic Relations», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 11, n.º 2, 1978, págs. 299 a 321.

HAZOU, Linda L.

«Determining the extent of admissibility of reservations: some considerations with regard to the Third United Nations Conference on the Law of the Sea», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 9, n.º 1, invierno de 1980, págs. 69 a 83.

IMBERT, Pierre-Henri

«La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», *Annuaire français de droit international*, vol. XXIV, 1978, págs. 29 a 58.

KNIGHT, H. Gary

«The potential use of reservations to international agreements produced by the Third United Nations Conference on the Law of the Sea», *Policy Issues in Ocean Law, Studies in Transnational Legal Policy*, American Society of International Law, 1975, n.º 8, págs. 1 a 52.

MCDORMAN, Ted L.

«Reservations and the Law of the Sea Treaty», *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 13, n.º 4, julio-octubre de 1982, págs. 481 a 519.

MIGLIORINO, Luigi

«Declarations and reservations to the 1971 Seabed Treaty», *Italian Yearbook of International Law*, vol. VI, 1985, págs. 106 a 123.

NAKAMURA, Ko

«Unilateral declarations to the United Nations on the Law of the Sea Convention», *Kokusai Ho gaiko Zasshi (Journal of International Law and diplomacy)*, vol. 83, n.º 6, 1984, págs. 1 a 32 (en japonés, resumen en inglés).

SINGH, Narinder

«The issue of reservations to the proposed Law of the Sea Convention», *Indian Journal of International Law*, vol. 19, 1979, págs. 76 a 96.

VIGNES, Daniel

«Les déclarations faites par les États signataires de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer sur la base de l'article 310», *Annuaire français de droit international*, vol. XXIX, 1983, págs. 715 a 748.

c) *Reservas a otras convenciones específicas*

GROS ESPIELL, Héctor

«Reservas y declaraciones en los protocolos adicionales al Tratado de Tlatelolco», *Revista argentina de relaciones internacionales*, vol. 5, n.º 13, enero-abril de 1982, págs. 167 a 204.

«Reservations and declarations in the additional protocols to the Treaty of Tlatelolco», *Dalhousie Law Journal*, vol. 12, noviembre de 1989, págs. 226 a 255.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo

«Reservas propuestas en el Congreso de los diputados al Convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales», *Anales de derecho*, n.º 3, 1982, págs. 79 a 90.

MARSTON, Geoffrey (ed.)

«United Kingdom materials on international law 1984: reservations and declarations to multilateral treaties», *British Year Book of International Law 1984*, vol. 55, 6.ª parte, secc. B, 1985, págs. 510 a 514.

MIRIMONDE, Albert Pomme DE

«Les réserves dans les traités et l'accord de Washington», *Revue politique et parlementaire*, 34.º año, vol. CXXX, febrero de 1927, págs. 194 a 205.

STEWART, Gwyneth D.

«Enforcement problems in the Endangered Species Convention: reservations regarding the reservation clauses», *Cornell International Law Journal*, vol. 14, n.º 2, verano de 1981, págs. 429 a 455.

d) *Reservas a la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria de la CIJ*

AGUILAR MAWDSLEY, Andrés

«Aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia: reservas a la cláusula opcional», *Revista de Derecho Público* (Caracas), n.os 55-56, julio-diciembre de 1993, págs. 5 a 46.

ALEXANDROV, Stanimir A.

Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, 177 págs.

BRIGGS, Herbert W.

«Reservations to the acceptance of the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1958-I*, Leiden, Sijthoff, 1958, vol. 93, págs. 223 a 367.

CRAWFORD, James

«The legal effect of automatic reservations to the jurisdiction of the International Court», *British Year Book of International Law 1979*, vol. 50, págs. 63 a 86.

DOLZER, R.

«Connally reservation», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier, 1992, vol. 1, págs. 755 y 756.

FUMEL, Henryk DE

Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, Universidad de Nancy, Publications du Centre européen universitaire, 1962, 32 págs.

GROSS, Leo

«Bulgaria invokes the Connally Amendment», *American Journal of International Law*, vol. 56, n.º 2, abril de 1962, págs. 357 a 382.

HENKIN, Louis

«The Connally Reservation revisited and, hopefully, contained», *American Journal of International Law*, vol. 65, n.º 2, abril de 1971, págs. 374 a 377.

HUDSON, Manley O.

«The American reservations and the Permanent Court of International Justice», *American Journal of International Law*, vol. 22, n.º 4, octubre de 1928, págs. 776 a 796.

«The Cuban reservations and the revision of the Statute of the Permanent Court of International Justice», *American Journal of International Law*, vol. 26, n.º 3, julio de 1932, págs. 590 a 594.

JENNINGS, R. Y.

«Recent cases on the 'automatic' reservations to the optional clause», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, 2.ª parte, abril de 1958, págs. 349 a 366.

LEIGH, Monroe

«Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua *v*. United States of America)», *American Journal of International Law*, vol. 79, n.º 2, abril de 1985, págs. 442 a 446.

MAUS, Bertrand

Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ, Ginebra, Droz, 1959, tesis n.º 530, 214 págs.

ODA, Shigeru

«Reservations in the declarations of acceptance of the optional clause and the period of validity of those declarations: the effect of the Schultz letter», *British Year Book of International Law 1988*, 59.º año, 1989, págs. 1 a 30.

POTTER, Pitman B.

«As determined by the United States», *American Journal of International Law*, vol. 40, n.º 4, octubre de 1946, págs. 792 a 794.

ROGERS, W. P.

«The United States 'automatic' reservation to the optional clause jurisdiction of the International Court of Justice», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, 4.ª parte, octubre de 1958, págs. 758 a 762.

WILLIAMS, Sir John Fischer

«The optional clause (the British signature and reservations)», *British Year Book of International Law 1930*, vol. 11, págs. 63 a 84.

YANKOV, Alexander

«Reservite v deklaratsiite za priemane zadubzhitelnata iurisdiktsiia na Mezhdunarodniia Sud i tiakhhoto vliianie vurzhu kompetentnostta na Suda», *Godisnik na Sofijskia universitet Iuridiceskii Fakultet*, vol. 52, 1961, págs. 457 a 598.

3. ESTUDIO DE LA PRÁCTICA DE LAS RESERVAS

a) *La práctica de los Estados*[*]

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Reservas formuladas por México a instrumentos internacionales sobre derechos humanos, México, 1996, 95 págs.

CONSEJO DE EUROPA

Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty, Estrasburgo, 1987, 116 págs.

EL MOUTAOUAKIL, Abdellah

«La pratique marocaine en matière de réserves aux traités», Marruecos, Universidad Hassan II, 1981 (tesis), 266 págs.

FLAUSS, Jean-François

«Note sur le retrait par la France des réserves aux traités internationaux», *Annuaire français de droit international*, vol. XXXII, 1986, págs. 857 a 866. GAMBLE JR., John King

«Reservations to multilateral treaties: a macroscopic view of State practice», *American Journal of International Law*, vol. 74, n.º 2, abril de 1980, págs. 372 a 394.

GÖTTLING, Egon

«Vorbehalte zu internationalen Verträgen in der sowjetischen Völkerrechtstheorie und Vertragspraxis», Hamburgo, 1967 (tesis).

GOUBINE, V. F.

«Union soviétique et réserves aux accords multilatéraux», *Soviet Year-Book of International Law 1959* (Moscú), 1960, págs. 126 a 143.

«Las reservas a los tratados multilaterales en la práctica de los Estados en vías de desarrollo», Obras de la Universidad Patrice Lumumba de la amistad entre los pueblos, vol. XX (Economía y derecho), fasc. 2, Moscú, 1967, págs. 85 a 106 (en ruso).

HENKIN, Louis

«The treaty makers and the law makers: the Niagara reservation», *Columbia Law Review*, vol. 56, n.º 8, diciembre de 1956, págs. 1151 a 1182.

KAPPELER, Dietrich

«Praxis der Depositare multilateraler Staatsverträge gegenüber Vorbehalten», *Annuaire suisse de droit international*, vol. XX, 1963, págs. 21 a 40.

KAUFMANN, Natalie Hevener

Human Rights Treaties and the Senate: a History of Opposition. Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1990, 256 págs.

KENNEDY, Kevin C.

«Conditional approval of treaties by the U.S. Senate», Loyola of Los *Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 19, n.º 1, octubre de 1996, págs. 89 a 172.

OPESKIN, Brian R.

«Federal States in the international legal order», *Netherlands International Law Review*, vol. XLIII, 1996/3, págs. 353 a 386.

[*] Sobre la práctica de los Estados en materia de reservas a convenciones específicas, véase la sección B.2 *supra*.

QUEL LÓPEZ, Javier

Las reservas a los tratados internacionales: un examen de la práctica española, Bilbao, Servicio Ed. Univ. del País Vasco, 1991, 456 págs.

b) *La práctica de las organizaciones internacionales*

ÅKERMARK SPILIOPOULOU, Sia

«Reservations clauses in treaties concluded within the Council of Europe», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 3.ª parte, julio de 1999, págs. 479 a 514.

CONSEJO DE EUROPA

Réserves formulées par les États membres aux conventions du Conseil de l'Europe, F. Gundersen, 3 de junio de 1993 (documento 6856).

IMBERT, Pierre-Henri

«À l'occasion de l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités : réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de dépositaire», *Annuaire français de droit international*, vol. XXVI, 1980, págs. 524 a 541.

LIANG, Yuen-Li

«The practice of the United Nations with respect to reservations to multipartite instruments», *American Journal of International Law*, vol. 44, n.º 1, enero de 1950, págs. 117 a 128.

NACIONES UNIDAS

«Práctica seguida por el Secretario General en su carácter de depositario de tratados multilaterales en lo referente a: 1) las reservas y las objeciones a las reservas relacionadas con tratados que no incluyen disposiciones sobre el particular», *Anuario Jurídico*, 1976, págs. 223 a 228.

Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux, 1999, ST/LEG.7/Rev.1 y rectificación (n.º de venta: F.94.V.15).

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos sobre las normas sobre reservas a los tratados multilaterales interamericanos y reglas para la Secretaría General como depositaria de tratados, Consejo Permanente, 1987.

RASCHHOFER, Hermann

«Die Vorbehalte der Bundesrepublik Deutschland bei der Aufnahme der diplomatischen Beziehungen mit der Sowjetunion», *Recht im Dienste der Menschenwürde, Festschrift für Herbert Kraus*, Wurzburgo, 1964, págs. 231 y ss.

SCHACHTER, Oscar

«The development of international law through the legal opinions of the United Nations Secretariat: reservations to multipartite treaties» (parte VII), *British Year Book of International Law 1948*, 25.º año, págs. 122 a 127.

«The question of treaty reservations at the 1959 General Assembly», *American Journal of International Law*, vol. 54, n.º 2, abril de 1960, págs. 372 a 379.

SMETZ, Paul F.

«Les réserves aux conventions multilatérales : la conception soviétique», *Bulletin du Centre d'étude des pays de l'Est* (Universidad Libre de Bruselas), vol. 6, junio de 1965, págs. 7 a 36.

SZAFARZ, Renata

«Reservations and objections in the treaty practice of Poland», *Polish Yearbook of International Law*, vol. 6, 1974, págs. 244 a 266.

TREVIRANUS, Hans Dietrich

«Vorbehalte zu normativen völkerrechtlichen Verträgen in der Staatspraxis der Bundesrepublik Deutschland», *Die Öffentliche Verwaltung*, vol. 29, 1976, págs. 325 a 330.

UNIÓN POSTAL UNIVERSAL, OFICINA INTERNACIONAL

«Rapport sur les réserves présenté au dix-septième Congrès, Lausanne 1974», documento del Congreso n.º 6, 8 págs.

LA NACIONALIDAD EN RELACIÓN CON LA SUCESIÓN DE ESTADOS

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/493*

Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos

[Original: español/francés/inglés]
[4 de diciembre de 1998]

ÍNDICE

Página

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe 169

INTRODUCCIÓN..... 170

Capítulo

I. COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE LOS GOBIERNOS SOBRE EL PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES EN RELACIÓN CON LA SUCESIÓN DE ESTADOS

Observaciones generales

Argentina 170
Finlandia (en nombre de los países nórdicos)..... 170
Francia 171
Grecia 171
Italia 172
República Checa 173
Suiza..... 173

Forma que ha de adoptar el proyecto de artículos

Finlandia (en nombre de los países nórdicos)..... 173
Francia 174
República Checa 174
Suiza 174

Estructura del proyecto de artículos

Argentina..... 174
República Checa 175
Suiza..... 175

Preámbulo..... 175

PARTE I. DISPOSICIONES GENERALES

Argentina..... 175

Artículo 1.—Derecho a una nacionalidad

Argentina 175
Brunei Darussalam 175
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) 175
Francia 176
Grecia 176
Guatemala..... 176
Italia 176
República Checa 176
Suiza 176

Artículo 2.—Términos empleados

Guatemala..... 176
Suiza..... 176

* En el que se incorpora el documento A/CN.4/493/Corr.1.

Página

Artículo 3.—Prevención de la apatridia
Argentina ... 177
Brunei Darussalam ... 177
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) ... 177
Francia ... 177
Guatemala ... 177
Italia ... 177
República Checa ... 177
Suiza ... 177
Artículo 4.—Presunción de nacionalidad
Brunei Darussalam ... 177
Grecia ... 177
Guatemala ... 177
Italia ... 178
República Checa ... 178
Suiza ... 179
Artículo 5.—Legislación relativa a la nacionalidad y las cuestiones conexas
Argentina ... 179
Brunei Darussalam ... 179
Francia ... 179
República Checa ... 179
Suiza ... 179
Artículo 6.—Fecha de efectividad
Brunei Darussalam ... 179
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) ... 180
Grecia ... 180
Suiza ... 180
Artículo 7.—Atribución de la nacionalidad a las personas afectadas que tengan su residencia habitual en otro Estado
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) ... 180
Francia ... 180
Guatemala ... 180
República Checa ... 180
Suiza ... 180
Artículo 8.—Renuncia a la nacionalidad de otro Estado como condición para atribuir la nacionalidad 180
Brunei Darussalam ... 180
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) ... 180
Francia ... 180
Grecia ... 180
República Checa ... 181
Artículo 9.—Pérdida de la nacionalidad por adquisición voluntaria de la nacionalidad de otro Estado
Francia ... 181
Grecia ... 181
República Checa ... 181
Suiza ... 181
Artículo 10.—Respeto de la voluntad de las personas afectadas
Argentina ... 181
Brunei Darussalam ... 181
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) ... 181
Francia ... 181
Grecia ... 181
Guatemala ... 181
Italia ... 182
República Checa ... 182
Artículo 11.—Unidad de la familia
Brunei Darussalam ... 182
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) ... 182
Francia ... 182

Página

Italia 182
República Checa 182
Artículo 12.—Niños nacidos después de la sucesión de Estados
Brunei Darussalam 182
Francia 182
Grecia 182
Italia 183
República Checa 183
Suiza 183
Artículo 13.—Condición jurídica de los residentes habituales
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) 183
Francia 183
Italia 183
República Checa 183
Suiza 183
Artículo 14.—No discriminación
Argentina 183
Brunei Darussalam 183
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) 184
Grecia 184
Italia 184
República Checa 184
Suiza 184
Artículo 15.—Prohibición de decisiones arbitrarias relativas a cuestiones de nacionalidad
Argentina 184
Brunei Darussalam 184
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) 184
Italia 185
República Checa 185
Artículo 16.—Procedimientos relativos a las cuestiones de nacionalidad
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) 185
Francia 185
República Checa 185
Artículo 17.—Intercambio de información, consultas y negociaciones
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) 185
República Checa 185
Artículo 18.—Otros Estados
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) 185
Francia 186
Grecia 186
Guatemala 186
Italia 186
República Checa 186
Suiza 186

PARTE II. DISPOSICIONES QUE SE APLICAN A CATEGORÍAS ESPECÍFICAS DE SUCESIÓN DE ESTADOS
Argentina 187
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) 187
Francia 187
Italia 187
Suiza 187
Artículo 19.—Aplicación de la parte II
Grecia 188
Guatemala 188
República Checa 188

Sección 1. Transferencia de parte del territorio

Artículo 20.—Atribución de la nacionalidad del Estado sucesor y privación de la nacionalidad del Estado Estado predecesor
Argentina 188

Página

Brunei Darussalam 189
Grecia 189
Guatemala 189
República Checa 189
Suiza 189

Sección 2. Unificación de Estados

Artículo 21.—Atribución de la nacionalidad del Estado sucesor
Grecia 190

Sección 3. Disolución de un Estado

Artículo 22.—Atribución de la nacionalidad de los Estados sucesores
Brunei Darussalam 190
Francia 190
Grecia 190
Guatemala 190
Italia 190
Suiza 190
Artículo 23.—Concesión del derecho de opción por los Estados sucesores
Francia 190
Grecia 190
Guatemala 190
República Checa 190

Sección 4. Separación de parte o partes del territorio

Artículo 24.—Atribución de la nacionalidad del Estado sucesor
Brunei Darussalam 191
Grecia 191
Guatemala 191
Suiza 191
Artículo 25.—Privación de la nacionalidad del Estado predecesor
Brunei Darussalam 191
Grecia 191
Artículo 26.—Concesión del derecho de opción por el Estado predecesor y el Estado sucesor
Grecia 191
República Checa 191
Artículo 27.—Casos de sucesión de Estados comprendidos en el presente proyecto de artículos
Argentina 192
Finlandia (en nombre de los países nórdicos) 192
Grecia 192
Suiza 192

II. Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la cuestión de la nacionalidad de las personas jurídicas en relación con la sucesión de Estados
Grecia 192

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad (La Haya, 12 de abril de 1930)	Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, pág. 89.
Convención sobre el estatuto de los apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 360, pág. 174.
Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (Nueva York, 20 de febrero de 1957)	Ibíd., vol. 309, pág. 65.
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Ibíd., vol. 660, pág. 195.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Convención americana sobre derechos humanos – «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.
Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid (Nueva York, 30 de noviembre de 1973)	Ibíd., vol. 1015, pág. 266.
Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, Viena, 4 de abril-6 de mayo de 1977 y 31 de julio-23 de agosto de 1978*, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.79.V.10).
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1249, pág. 70.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983)	Ibíd., *Anuario Jurídico 1983* (n.º de venta: S.90.V.1), pág. 154.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento n.º 49*, resolución 44/25, anexo.
Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 49 A*, resolución 45/158, anexo.
Convenio europeo sobre la nacionalidad (Estrasburgo, 6 de noviembre de 1997)	Consejo de Europa, *Série des traités européens*, n.º 166.

Introducción

1. El 15 de diciembre de 1997, la Asamblea General aprobó la resolución 52/156 titulada «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones». En el párrafo 2 de esa resolución, la Asamblea señaló a la atención de los gobiernos la importancia que revestía para la Comisión contar con sus observaciones acerca del proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, aprobado en primera lectura por la Comisión[1] y los instó a que presentaran sus comentarios y observaciones por escrito antes del 1.º de octubre de 1998. En el párrafo 5 de la resolución, la Asamblea invitó a los gobiernos a que presentaran comentarios y observaciones sobre los problemas prácticos que planteaba la sucesión de Estados que afectaran a la nacionalidad de las personas jurídicas, a fin de ayudar a la Comisión a decidir su labor futura relativa a esa parte del tema «La nacionalidad en relación con la sucesión de Estados».

[1] El texto del proyecto de artículos con los comentarios correspondientes figura en *Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 17 a 43.

2. Mediante una nota de fecha 31 de diciembre de 1997, el Secretario General invitó a los gobiernos a que presentaran sus comentarios de conformidad con los párrafos 2 y 5 de la resolución 52/156 de la Asamblea General.

3. Hasta el 4 de diciembre de 1998, se habían recibido respuestas de los nueve Estados siguientes (en las fechas que se indican): Argentina (13 de noviembre de 1998); Brunei Darussalam (9 de octubre de 1998); Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (29 de septiembre de 1998); Francia (30 de octubre de 1998); Grecia (1.º de septiembre de 1998); Guatemala (11 de junio de 1998); Italia (26 de octubre de 1998); República Checa (14 de septiembre de 1998), y Suiza (27 de noviembre de 1998). Los comentarios y observaciones relativos al proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados se reproducen a continuación, en el capítulo I, desglosados artículo por artículo. Los relativos a la cuestión de la nacionalidad de las personas jurídicas se reproducen en el capítulo II.

CAPÍTULO I

Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre el proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados

Observaciones generales

Argentina

1. La Argentina considera que el proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión, representa una contribución muy importante al proceso de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. Un instrumento internacional que codifique el régimen jurídico de la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados complementaría la obra codificadora iniciada por la Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad y las Convenciones de Viena de 1978 y de 1983.

2. Muchas de las disposiciones del proyecto de artículos recogen y codifican normas consuetudinarias vigentes, reflejando en esa forma la práctica observada por los Estados y la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia.

3. El proyecto de artículos tiene en cuenta también la evolución más reciente del derecho internacional, especialmente en lo que concierne a la protección internacional de los derechos humanos.

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

1. Los países nórdicos encomian a la Comisión por la rapidez y la eficiencia con que ha logrado producir un conjunto detallado de artículos en el plazo relativamente corto transcurrido desde 1993, cuando el tema se inscribió por primera vez en el programa de la Comisión. Una vez finalizado y aprobado por la Asamblea General, el proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados constituirá una oportuna contribución a la elaboración de normas en esta esfera notablemente difícil del derecho. Como observa la Comisión en su informe[1] se trata de un ámbito en el que se necesita urgentemente orientación.

2. Los países nórdicos observan con agrado que en todo el proyecto de artículos se presta atención sistemática a los derechos humanos. Debido al desarrollo del derecho de los derechos humanos a partir de la segunda guerra mundial, se ha venido reconociendo cada vez más que los Estados, al ejercer sus facultades discrecionales en los asuntos relativos a la nacionalidad, deben tener en cuenta los derechos fundamentales de las personas. Aunque la Comisión se ha ocupado de este aspecto desde el primer momento, tal vez éste no haya sido considerado en forma tan sistemática en los informes anteriores.

3. Los países nórdicos toman nota con agrado de que en varias partes del comentario se hace referencia al nuevo Convenio europeo sobre la nacionalidad, que se abrió a la firma en Estrasburgo el 7 de noviembre de 1997 y que, a juicio de los países nórdicos, constituye una norma importante en lo que respecta a las cuestiones de nacionalidad.

[1] *Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 18, párr. 10 del comentario al preámbulo.

Francia

1. Francia estima que este tema es de utilidad. El proyecto de artículos complementa las Convenciones de Viena de 1978 y de 1983. Pero este es un tema difícil de tratar: hay regímenes divergentes sobre tratados; el derecho consuetudinario no resulta claro; hay poca jurisprudencia en la materia y las leyes aplicables varían según la categoría de sucesión de Estados de que se trate, como queda demostrado en la parte II del proyecto.

2. Con respecto al fondo, el proyecto de artículos se basa en tres principios prácticamente inexpugnables:

a) Los casos de apatridia como resultado de una sucesión de Estados se deben evitar. A este respecto, el artículo 3 es satisfactorio desde el punto de vista de la forma y del fondo;

b) Los Estados están facultados para tratar de evitar que las sucesiones de Estados den lugar a doble o múltiple nacionalidad. El artículo 7 refleja ese objetivo;

c) Las personas tienen derecho de opción.

3. Sin embargo, algunas hipótesis que influyen fuertemente en el proyecto de artículos son cuestionables:

a) En general, el proyecto de artículos adopta un enfoque «intervencionista», si no «dirigista». No deben imponerse limitaciones a los Estados y se debe conservar una flexibilidad suficiente. Esto es especialmente cierto tratándose de todo lo relacionado con el derecho de opción. ¿Debería imponerse el derecho de opción? No es evidente en absoluto que sea preciso promover el derecho de opción y aplicarlo en todas partes, aun si ello concuerda con el criterio general adoptado por Francia. Si se concede ese derecho, ¿cuáles serán las consecuencias de su ejercicio? Cabe preguntarse si el derecho de opción debe combinarse o no con la obligación de trasladarse y, en consecuencia, con una obligación de repatriación por parte del Estado predecesor, si las personas interesadas optan por la nacionalidad del Estado predecesor. El ejercicio del derecho de opción, ¿implica renuncia de la nacionalidad de origen? A ese respecto, el párrafo 4 del artículo 10 parecería prestarse a críticas por ser demasiado categórico. En términos generales, esos problemas se deben resolver mediante acuerdos bilaterales;

b) El proyecto establece un vínculo entre la cuestión de la nacionalidad y las cuestiones de derechos humanos. El artículo 1 da la impresión de que la Comisión está tratando de elaborar un texto que trate no sólo de la nacionalidad sino además de los derechos humanos. Este artículo parece obedecer al propósito de colocar al proyecto de artículos dentro de una «perspectiva de derechos humanos». Ello no obstante, es evidente que del resto del proyecto no se derivan consecuencias específicas para las personas de ese derecho que aparentemente se concede en el artículo 1. El resto del texto se concentra en el Estado, no en las personas;

c) El proyecto de artículos hace gran hincapié en el principio de la efectividad de la nacionalidad. Aun cuando ese principio impregna el derecho francés (criterios de domicilio y residencia habitual), la idea de que existe en este ámbito del derecho internacional no se debe fomentar. El párrafo 1 del artículo 18, que parece autorizar a cualquier Estado a impugnar la nacionalidad concedida a una persona por otro Estado, es muy cuestionable;

d) El proyecto implica que una persona tiene derecho a elegir su nacionalidad libremente. Los derechos de los Estados con respecto a la nacionalidad, comparados con los derechos de las personas, no se deben limitar indebidamente. A diferencia del criterio indicado en el artículo 20, es esencial no terminar en la «búsqueda del foro más favorable» para la nacionalidad y evitar la «privatización» de la nacionalidad, que pasa por alto el hecho de que la nacionalidad es una cuestión de derecho público, sobre la que las personas no tienen libertad para decidir. Los Estados deben mantener control sobre la atribución de nacionalidad;

e) Algunas disposiciones no tienen cabida en el proyecto de artículos. Por ejemplo, el artículo 11 parecería tener importantes consecuencias con respecto a la ley de residencia, lo que no concuerda con el propósito del proyecto. Aunque no hay nada discordante acerca de esta disposición desde el punto de vista sustantivo, realmente no tiene cabida en el texto. En el artículo 12 parece haber una predisposición hacia el principio del *jus soli*. El artículo 13, que trata más bien de la sucesión de Estados y el derecho de los extranjeros que de la nacionalidad, no concuerda con el objetivo del proyecto de artículos y está fuera de lugar en el texto.

4. Además, son necesarios algunos cambios de redacción: algunas disposiciones son demasiado detalladas; en algunos casos, la redacción de algunos artículos es particularmente confusa; en otros, los artículos no están vinculados suficientemente unos con otros; y algunas disposiciones vinculantes están reñidas con las disposiciones facultativas.

Grecia

1. Grecia felicita a la Comisión y en particular al Sr. Václav Mikulka, Relator Especial, por haber aprobado provisionalmente, dentro de un plazo muy corto, el proyecto de artículos sobre nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados.

2. Grecia, que ha atravesado por varios casos de sucesión a lo largo de su historia, tiene alguna experiencia en este asunto, y en esta etapa preliminar, desearía hacer algunos comentarios de carácter general, así como algunas observaciones concretas.

3. La parte I tiene más en cuenta las soluciones nacionales recientes que el derecho internacional y la práctica de los Estados a este respecto. Es así como en esta parte del texto no se encuentra la norma fundamental del derecho relativo a la sucesión de Estados según la cual, desde la fecha de la sucesión, el Estado sucesor debe atribuir automáticamente su nacionalidad a todas las personas que tengan la nacionalidad del Estado predecesor y residan habitualmente en el territorio afectado por esta sucesión. Los artículos 4 y 6 se acercan algo más a esta regla, pero no la confirman. Sin embargo, aunque esta regla no ha sido establecida, se la sigue en las disposiciones concretas de los artículos 20, 21, 22, apdo. *a* y 24, apdo. *a* de la parte II.

4. Además, en la parte I no se encuentra el derecho de opción tradicional que el Estado sucesor está obligado a conceder dentro de un plazo razonable a partir de la fecha de la sucesión a ciertas categorías de personas previstas en la regla citada anteriormente que tienen vínculos efectivos con el Estado predecesor o, en su caso, con otros Estados sucesores (como es el caso, en particular, de las personas que como resultado de la sucesión de Estados, pasan a constituir minorías dentro del nuevo Estado). Tales personas deben tener el derecho a elegir entre la nacionalidad de esos Estados y la del Estado sucesor que toma la iniciativa con respecto al derecho de opción y lo organiza. En lugar de eso, en el párrafo 2 del artículo 10 se prevé un derecho de opción limitado que no deja otra posibilidad a los interesados que la de elegir la nacionalidad del Estado que concede el derecho de opción. El derecho tradicional antes mencionado debería, sin embargo, quedar recogido en un texto redactado por la Comisión.

5. El proyecto de artículos debería dar más importancia a la sucesión de Estados y menos a la nacionalidad de las personas naturales. Lo que interesa en este caso son los efectos de la sucesión de Estados sobre la nacionalidad de las personas naturales. En consecuencia, valdría la pena excluir del proyecto algunas disposiciones que se refieren a la política general de los Estados con respecto a la nacionalidad, o que no tienen relación directa con la cuestión de la sucesión de Estados. Es el caso, por ejemplo, de los artículos 8, 9, 12 y 25, párr. 2, que se podrían omitir del proyecto de artículos. Es el caso también del artículo 18, que se refiere a un asunto extremadamente delicado, a saber, el control de los Estados respecto de una competencia que está estrictamente vinculada a su soberanía, y que probablemente plantee más problemas que los que resuelva.

Italia

1. Italia desearía antes que nada rendir homenaje a los miembros de la Comisión, y en particular al Relator Especial, por la excelente labor que han realizado respecto del proyecto de artículos sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados.

2. Las cuestiones de la nacionalidad y de la sucesión de Estados son dos aspectos extremadamente importantes del derecho internacional que, además de dar origen a extensos debates doctrinarios, frecuentemente se plantean en las relaciones cotidianas entre los Estados, como lo ha demostrado la práctica en los últimos años.

3. El problema de la nacionalidad de las personas es un buen ejemplo de la ambigüedad de su condición jurídica con arreglo al derecho internacional. Las soluciones que se ofrecen a este problema se basan en dos motivos de preocupación: ante todo, permitir a una entidad política —el Estado— controlar la composición de su población y el alcance de su jurisdicción «personal», pero también conceder a cada persona cierto grado de libertad de elección a fin de evitar violar sus derechos fundamentales.

4. El primer aspecto es uno de los fundamentos clásicos del principio de la autodeterminación: el principio de las nacionalidades autoriza a un grupo de personas a tomar decisiones iniciales en el contexto del nacimiento de un nuevo Estado. Si el Estado ya existe, este principio justifica el papel fundamental que cumplen las autoridades públicas a los efectos de determinar los principios de la nacionalidad. El segundo aspecto hace eco de los esfuerzos por reconocer que el derecho a una nacionalidad es un derecho humano fundamental. La Declaración Universal de Derechos Humanos[1] proclamó este derecho, pero sus garantías son aún muy frágiles. Baste señalar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos concede expresamente este derecho a una nacionalidad sólo a los niños.

5. Sólo el Estado tiene competencia para atribuir nacionalidad, y todo Estado tiene esa facultad. Este principio está profundamente arraigado en la práctica internacional, tanto jurisdiccional como convencional. Lo que los Estados pueden hacer libremente, pueden también deshacerlo libremente. Por consiguiente, la pérdida o la privación de la nacionalidad también se encuadran dentro de la competencia exclusiva del Estado.

6. Sin embargo, esta competencia exclusiva tiene una contrapartida; si bien es cierto que otras entidades no pueden impugnar los principios en que se basa la atribución de una nacionalidad, es igualmente cierto que no están obligados a aceptar las consecuencias individuales de tal atribución. Las decisiones que un Estado adopte con respecto a una persona no están sujetas a la objeción de otros Estados, a menos que las pautas utilizadas no sean suficientes para justificar la concesión de derechos derivados de una condición personal; la ciudadanía, en el contexto de la sucesión de Estados, debe representar un hecho social que suponga relaciones reales.

7. En cuanto al efecto conjunto de las normas internas en esta esfera, aún puede haber casos en que una persona reciba varias nacionalidades o que se le niegue toda nacionalidad. Esos casos se denominan conflictos de nacionalidades. El derecho internacional procura reducir los dos fenómenos y especialmente el fenómeno de la apatridia, teniendo en cuenta la tendencia a dar una protección cada vez más decidida a los derechos humanos, especialmente el derecho a una nacionalidad.

8. Por todos estos motivos, los efectos de un cambio de soberanía sobre la nacionalidad de los habitantes de un territorio participante en una sucesión es uno de los problemas más difíciles del derecho de la sucesión de Estados. Es, en consecuencia, esencial codificar el derecho en esta esfera ya que, como se ha visto, incluso si la nacionalidad se rige principalmente por normas de derecho interno, es también un asunto que afecta cada día más a la seguridad pública internacional.

9. Sobre la base del informe del Relator Especial, la Comisión ha aprobado el proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados que, en virtud de su pertinencia y claridad, constituye un valioso producto de la labor de la Comisión.

10. Sin eliminar la atribución de nacionalidad del ámbito de la competencia interna de los Estados, el proyecto de artículos establece una serie de principios básicos

[1] Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

sobre el tema que proporcionan una extensa codificación del derecho internacional consuetudinario actual a fin de impartir directrices a los Estados para la normalización de sus reglas internas y asegurar una mayor certidumbre en el plano jurídico.

11. Italia agradece los esfuerzos desplegados por la Comisión por hallar un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las personas y la competencia soberana de los Estados para determinar quiénes serán sus nacionales, impedir la apatridia, velar por que haya continuidad entre diferentes nacionalidades y reconocer el derecho de toda persona a elegir su nacionalidad, así como el hecho de que la Comisión haya evitado la atribución obligatoria de una nacionalidad, a fin de proteger a las minorías en particular.

República Checa

1. La República Checa desea expresar su agradecimiento a la Comisión por su labor de preparación del proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados aprobado en primera lectura, y encomia a la Comisión por la calidad del trabajo realizado hasta el momento y por su rapidez, lo que le permitió elaborar el proyecto de artículos mientras el tema sigue teniendo interés y es auténticamente pertinente a la situación internacional actual.

2. Un conjunto completo de artículos acompañados de comentarios, aprobado en un solo período de sesiones de la Comisión, es un logro excepcional que merece elogio, y que fue posible en gran medida gracias a la admirable labor realizada durante la etapa del estudio preliminar del tema y a los incansables esfuerzos del Relator Especial.

3. Con su terminación de esta labor, la Comisión aportará una contribución importante al fortalecimiento del régimen jurídico de la nacionalidad de las personas naturales en el caso de una sucesión de Estados.

4. La República Checa ha demostrado su interés en este tema formulando en los últimos años varias declaraciones orales relativas a esta parte de la labor de la CDI en la Sexta Comisión de la Asamblea General. En esas intervenciones, la República Checa expresó satisfacción con la orientación principal de la labor realizada y presentó opiniones que tenían por objeto mejorar el texto en algunos aspectos muy concretos. Le complace ahora reiterar la mayoría de esas opiniones y presentar algunas observaciones adicionales, principalmente en relación con la parte II del proyecto de artículos.

5. Al hacer hincapié en los derechos y los intereses tanto de los Estados como de las personas, la Comisión ha logrado un avance considerable con respecto a la manera tradicional de abordar la ley de nacionalidad como una cuestión perteneciente principalmente al ámbito del derecho interno. La República Checa no tiene reparos en seguir a la Comisión por este camino, a condición de que se mantenga el equilibrio entre los intereses de los Estados y los de las personas.

Suiza

1. Suiza desearía comenzar agradeciendo a la Comisión y a su Relator Especial, Sr. Václav Mikulka, por haber aclarado una cuestión que en el pasado ha dado lugar a grandes controversias, tanto teóricas como prácticas. Aunque no se ha dado respuesta a todos los interrogantes, sus parámetros y consecuencias están ahora mucho más claros que antes; el proyecto de artículos, en su conjunto, parece estar bien diseñado.

2. El proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura se basa en cinco principios fundamentales, el primero de los cuales es la necesidad de evitar que la sucesión de Estados dé origen a nuevos casos de apatridia. El segundo principio, que es complemento del primero, es que las soluciones propuestas deben estar basadas en la existencia de un «vínculo apropiado» entre el Estado y la persona. Como se puede determinar la existencia de ese vínculo respecto de casi todas las personas interesadas, es poco probable que este principio dé origen a nuevos casos de apatridia. Es posible, sin embargo, que una persona tenga «vínculos apropiados» con más de uno de los Estados interesados, lo que da lugar a la posibilidad de nacionalidad múltiple. Esta situación da origen a un tercer principio destacado en el comentario, el principio de la neutralidad del proyecto de artículos con respecto al fenómeno de la nacionalidad múltiple. Un cuarto principio, que recoge una tendencia contemporánea de la práctica de los Estados, es que es preciso evitar, en la medida de lo posible, la atribución obligatoria de una nacionalidad. Este principio, incorporado en el proyecto de artículo 10, se puede aplicar, entre otras cosas, concediendo un derecho de opción. El quinto y último principio es que se debe hacer una distinción entre las diferentes situaciones de hecho al reglamentar las consecuencias de la sucesión de Estados en la esfera de la nacionalidad, así como en otras esferas. Las cuestiones de nacionalidad se pueden resolver mucho más sencillamente, por ejemplo, en el caso de fusiones de Estados que en otros casos. Suiza hace suyos los cinco principios mencionados.

3. Suiza desea hacer notar que el proyecto de artículos que aquí se examina no contiene disposiciones relativas al arreglo pacífico de las controversias que se deriven de la interpretación o aplicación de las disposiciones que en él figuran. Esta solución es coherente con la intención de la Comisión de proponer un proyecto de *declaración*. Si en último término el texto tomara la forma de un *tratado*, es evidente que en ese caso sería necesario complementarlo con disposiciones relativas al arreglo de controversias.

Forma que ha de adoptar el proyecto de artículos

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

La Comisión ha dejado abierto el tema de la forma jurídica definitiva que se dará al instrumento. Los países nórdicos ya han manifestado su preferencia por una declaración no vinculante que podría ser de ayuda inmediata para los Estados que encaran problemas de nacionalidad en relación con una sucesión de Estados y, al mismo

tiempo, fomentaría el ulterior desarrollo de los principios y las normas del derecho internacional aplicables a esos problemas. En tanto que la entrada en vigor de una convención requiere normalmente un período de tiempo prolongado, una declaración de la Asamblea General sería una forma preliminar, pero al mismo tiempo oficial, de atender la necesidad de contar con directrices claras sobre la materia. Por otra parte, la aprobación de una declaración no excluiría la elaboración de una convención sobre el mismo tema más adelante.

Francia

1. Es esencial establecer en qué forma se enfocará el proyecto de artículos. Hasta el momento no se ha tomado una decisión acerca de la forma que habrá de revestir en último término el proyecto.

2. La labor de la Comisión, ¿culminará en la emisión de directrices que sirvan de instrumento de referencia a los Estados, o en un instrumento jurídico vinculante? Tal como está, el texto parece más bien un proyecto de convención. Incluso hay cierto grado de «imitación jurídica» de parte del proyecto de artículos con respecto a las Convenciones de Viena de 1978 y 1983, lo que no hace sino aumentar las dudas que existen en cuanto a la forma definitiva del texto.

3. No obstante, debería prestarse atención a la «desviación normativa» que se observa en algunos artículos. ¿Debe clasificarse el proyecto como codificación del derecho internacional público o como desarrollo progresivo del mismo (lo que no está, en sí, abierto a críticas)? El artículo 20 es un buen ejemplo: algunas de sus disposiciones quedan comprendidas dentro de la categoría de codificación, en tanto que otras, que hacen hincapié en el derecho de opción, quedan comprendidas dentro de la categoría del desarrollo progresivo.

4. ¿Está comprendido el proyecto de artículos en el ámbito *de lege lata* o *de lege ferenda*? El proyecto de artículo 13 está comprendido claramente en el ámbito *de lege ferenda* y no *de lege lata.*

5. Sería problemático rechazar la forma de tratado para un conjunto de artículos que modifican las normas de origen consuetudinario ya aplicadas por los Estados. Si no se escoge la forma de tratado, uno de los objetivos de la codificación, cual es la redacción de nuevas convenciones, no se habrá cumplido. Además, en tal caso las normas enunciadas en el proyecto de artículos probablemente tengan efectos jurídicos a pesar de no ser normas establecidas en un tratado.

República Checa

1. Se ha dado al proyecto de artículos la forma de un proyecto de declaración que habrá de ser aprobado por la Asamblea General. Aunque en los trabajos anteriores de la Comisión esta forma se ha utilizado en muy raras ocasiones, debido a las características especiales del tema que nos ocupa, tal vez sea, a los fines prácticos, la mejor de todas las formas disponibles. Si el propósito del futuro instrumento es proporcionar a los Estados que participan en una sucesión un conjunto de principios jurídicos acompañados de algunas recomendaciones que sus legisladores deberán seguir al redactar las leyes sobre nacionalidad, la forma de una declaración aprobada por la Asamblea no sólo puede ser suficiente para el cumplimiento de ese objetivo, sino que hasta puede presentar algunas ventajas en comparación con la forma un tanto rígida de una convención, que es la forma utilizada tradicionalmente para la finalización de la labor de la Comisión.

2. Como ocurre con frecuencia con proyectos de artículos presentados por la Comisión, el presente proyecto es una combinación de las normas vigentes de derecho consuetudinario y de desarrollo del derecho internacional. El elemento de desarrollo del derecho internacional es parte indispensable del proyecto, cuyo objeto es abarcar el tema de la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados en su totalidad y proponer un régimen jurídico más satisfactorio que aquel que se podría deducir de los principios del derecho internacional ya establecidos.

3. Una declaración permite abordar una variedad más amplia de problemas que una convención que establece obligaciones estrictamente vinculantes. También resta importancia al debate de si sus disposiciones pueden o no pueden invocarse frente a un nuevo Estado que no haya participado en su aprobación. Por último, si se aprueba por consenso, una declaración puede adquirir incluso más peso que una convención ratificada por sólo un pequeño número de Estados. Como consecuencia, el verdadero efecto de una declaración sobre el comportamiento de los Estados puede ser más importante que el de una convención en espera de ratificación.

Suiza

La distinción entre normas codificadas del derecho consuetudinario y simples normas convencionales es especialmente importante en el contexto de la sucesión de Estados. Si la sucesión da origen a uno o más nuevos participantes en la escena internacional, éstos estarán obligados sólo por las disposiciones que se basen en las normas consuetudinarias, es decir, las que figuran en la parte I del proyecto de artículos. Los Estados que existían antes de la sucesión están en una situación diferente, ya que si el proyecto de artículos toma la forma de una convención y si esos Estados pasan a ser partes en la convención, quedarán obligados por el texto en su totalidad. En otras palabras, se aplicarán normas diferentes a los diferentes Estados que formen parte de la misma sucesión. Al ser así, parece sensato que la Comisión presente el proyecto de artículos como una declaración más bien que como una convención[1].

[1] Véase *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 17, párr. 3 del comentario al preámbulo.

Estructura del proyecto de artículos

Argentina

En términos generales, la Argentina está de acuerdo con la estructura dada por la Comisión al proyecto de artículos, al dividirlo en una parte I en que se tratan los principios y las normas generales aplicables en términos generales a la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, y una parte II en que se abordan los principios

aplicables a situaciones concretas relacionadas con la sucesión de Estados.

República Checa

El proyecto de artículos sigue la estructura de las Convenciones de Viena de 1978 y de 1983, pero la categorización de la sucesión propiamente dicha se ajusta más a la adoptada en la Convención de Viena de 1983. Este enfoque es lógico. Mientras que las disposiciones de la parte I se refieren a todas las categorías de sucesión de Estados, la parte II muestra diferencias en la aplicación de algunos de los principios generales a tipos específicos de sucesión de Estados. Si bien no se puede considerar que la totalidad de la parte I sea simplemente un reflejo del derecho vigente —puesto que también incluye recomendaciones— el carácter recomendatorio se hace mucho más evidente en la parte II, que tiene por objeto principal proporcionar orientación o inspiración a los Estados que se hallan envueltos en una sucesión en sus esfuerzos por resolver los problemas de nacionalidad. Por consiguiente, es sensato suponer que los Estados interesados pueden, de mutuo acuerdo —ya sea explícito o incluso implícito— decidir aplicar conforme a una técnica diferente las disposiciones de la parte I en su caso determinado de sucesión. Con esta salvedad, la República Checa está de acuerdo con el enunciado general del proyecto de declaración.

Suiza

Suiza apoya la idea de dividir el proyecto de artículos en dos partes, en la primera de las cuales se enuncian reglas de carácter general, y en la segunda, reglas facultativas aplicables a cada una de las cuatro situaciones de sucesión descritas en el proyecto de artículos. Si el artículo 19, que es el primer artículo de la parte II, se interpreta *a contrario senso*, el resultado es que la parte I del proyecto de artículos consistirá en disposiciones no facultativas. Esto sugiere que la Comisión considera que las disposiciones de la parte I son reflejo del derecho consuetudinario vigente y que, además de eso, constituyen normas imperativas (*jus cogens*). Sería sin duda conveniente examinar todos los artículos de la parte I con el fin de determinar si todos ellos tienen realmente ese carácter. El punto es discutible. Los artículos 8 y 9, por ejemplo, son claramente facultativos; cabe preguntarse también si la norma que atribuye a un niño que no tiene otra nacionalidad, aquella del Estado en cuyo territorio nació, es una norma imperativa.

Preámbulo

No se presentaron comentarios acerca del preámbulo.

Parte I

Disposiciones generales

Argentina

La Argentina está de acuerdo con la adopción de los principios que figuran en la parte I del proyecto. Esto es especialmente importante, en los casos de sucesión de Estados, para proteger los derechos humanos fundamentales, entre ellos el derecho a una nacionalidad, el respeto de la voluntad de las personas afectadas mediante el ejercicio del derecho de opción en las condiciones apropiadas, la obligación fundamental de los Estados de impedir la apatridia y la prohibición de discriminar y adoptar decisiones arbitrarias, la salvaguardia de los derechos de los niños y de la unidad familiar. Al mismo tiempo, la Argentina está de acuerdo con el enfoque general de la Comisión, que consiste en preservar los intereses legítimos de los Estados a legislar sobre el asunto, teniendo presente en particular que la nacionalidad se rige por el derecho interno, dentro de los límites establecidos por el derecho internacional.

Artículo 1.—Derecho a una nacionalidad

Argentina

1. El artículo 1 establece el derecho de toda persona a una nacionalidad.

2. Al respecto, es oportuno recordar que la Convención americana sobre derechos humanos, en el artículo 20, parr. 1, prevé que toda persona tiene derecho a una nacionalidad. Con el mismo alcance, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 24, párr. 3, expresa que todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce a todo niño como titular del derecho a una nacionalidad, quiere significar que ese derecho es tan impostergable que toda persona debe desde su primera edad quedar investida de una nacionalidad. De este modo, se manifiesta el carácter personalísimo del derecho a una nacionalidad como expresión del derecho a la identidad personal.

Brunei Darussalam

La cuestión de la nacionalidad múltiple plantea algunas dificultades a Brunei Darussalam, que no suscribe ese concepto, como tampoco el de la doble nacionalidad.

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

1. A los países nórdicos les complace señalar que la Comisión no solamente ha reforzado el derecho a una nacionalidad sino que también ha dado un alcance preciso y aplicabilidad al artículo 1. El derecho a una nacionalidad ya se ha incorporado a varios instrumentos internacionales. Se manifestó en primer lugar en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[1]. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención sobre los Derechos del Niño, estipulan que todo niño tiene derecho a una nacionalidad. El Convenio europeo sobre la nacionalidad engloba el derecho de todos a una nacionalidad como uno de los principios sobre los que los Estados partes habrán de basar sus leyes internas sobre nacionalidad.

[1] Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

2. Sin embargo, debido a las dificultades que plantea determinar a qué Estado debe reclamarse ese derecho, hasta ahora el derecho a una nacionalidad se ha observado sobre todo como una formulación positiva del deber de evitar la apatridia y no como derecho a una nacionalidad determinada. El proyecto de la Comisión va más allá de eso, al basarse en el hecho de que en casos de sucesión de Estados, los Estados interesados pueden ser fácilmente identificados. Los países nórdicos apoyan este razonamiento.

3. Las palabras «por lo menos» del artículo 1 dejan abierta la posibilidad de la nacionalidad múltiple. Aunque, según la Comisión, no debe interpretarse que con esto se pretenda fomentar una política de doble o múltiple nacionalidad. Hay que observar que desde el punto de vista de los particulares afectados, en la mayoría de los casos la doble nacionalidad puede ser un efecto menos perjudicial de una sucesión de Estados que la apatridia. Sin embargo, los países nórdicos comparten la opinión de que la determinación de las circunstancias particulares en que la nacionalidad múltiple puede ser más deseable excede el ámbito de una declaración general, y celebran que el proyecto pretenda mantenerse neutral sobre esta cuestión.

Francia

1. El artículo 1 da la impresión de que la Comisión pretende elaborar un texto que se ocupe no solamente de la nacionalidad sino también de los derechos humanos. Este artículo parece manifestar el objetivo de situar los proyectos de artículos en una «perspectiva de derechos humanos».

2. Véanse también las «Observaciones generales» *supra*.

Grecia

Aunque es esencial determinar el derecho a una nacionalidad, es discutible que sea necesario establecer el derecho a por lo menos una nacionalidad.

Guatemala

Dado que el artículo 1 contiene términos que se definen en el artículo 2, Guatemala cree que debería invertirse el orden de los dos artículos.

Italia

El derecho a una nacionalidad en el contexto de una sucesión de Estados se establece en el artículo 1, que constituye una norma fundamental del proyecto. También supone un adelanto importante en la protección internacional de los derechos humanos y una mejora en sentido positivo del principio englobado en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[1].

[1] Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

República Checa

1. La República Checa apoya el concepto del derecho a una nacionalidad tal como se define en el artículo 1. El principio de que toda persona que antes de la sucesión de Estados tenía la nacionalidad del Estado predecesor tiene el derecho a la nacionalidad de por lo menos uno de los Estados involucrados en tal sucesión constituye una base sólida sobre la que se fundamenta el proyecto en su totalidad. En esta cuestión el problema no es el derecho a una nacionalidad *in abstracto*, sino exclusivamente en el contexto de la sucesión de Estados. Además, el derecho a una nacionalidad se subordina claramente a las disposiciones de los proyectos de artículos subsiguientes.

2. La legislación de la República Checa y de Eslovaquia adoptada en relación con la disolución de Checoslovaquia, examinada conjuntamente, establecía la base jurídica para la adquisición por cada nacional de la ex Checoslovaquia de la nacionalidad de uno u otro de los Estados sucesores. Se eliminó el riesgo de apatridia mediante la inclusión en las leyes de nacionalidad de los dos Estados sucesores de disposiciones recíprocas sobre el criterio básico de la atribución *ex lege* de nacionalidad. Por consiguiente, el resultado alcanzado mediante la aplicación de estas leyes correspondía al objetivo de los artículos 1 y 3 del proyecto de declaración. Al mismo tiempo, conviene señalar que las leyes de nacionalidad de los dos Estados sucesores diferían considerablemente en muchos aspectos, incluidas las condiciones para la adquisición optativa de nacionalidad o la política en asuntos de doble nacionalidad.

Suiza

A juicio de Suiza es aceptable la norma que figura en el artículo 1, aunque sería difícil —excepto en el caso de la unificación de dos Estados— determinar entre los Estados involucrados cuál de ellos es el destinatario de la obligación correspondiente al derecho proclamado en el artículo 1[1].

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 2 del comentario al artículo 1.

Artículo 2.—Términos empleados

Guatemala

Véanse las observaciones hechas en relación con el artículo 1 *supra*.

Suiza

El proyecto de artículo 2 contiene una serie de definiciones, incluida la definición de la «persona afectada» por una sucesión de Estados (apdo. *f*). El párrafo 6 del comentario a este artículo, que trata de este término, contiene una frase que dice «...los apátridas que residían en ese territorio [el territorio asimilado] se hallan en la misma situación que los nacionales nacidos en el Estado predecesor»[1]. Tomada aisladamente, esta oración puede ser equívoca y debería modificarse.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 20.

Artículo 3.—Prevención de la apatridia

Argentina

1. La Argentina comparte plenamente el interés de la comunidad internacional en erradicar la apatridia. Por tal motivo ha ratificado la Convención sobre el estatuto de los apátridas y la Convención americana sobre derechos humanos.

2. La Convención americana sobre derechos humanos estipula que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado donde nació si no tiene derecho a otra. Asimismo, prohíbe privar arbitrariamente a alguien de su nacionalidad, o impedirle el derecho a cambiarla (art. 20, párrs. 2 y 3).

Brunei Darussalam

La atribución por un Estado de su nacionalidad es importante para impedir la apatridia resultante de una sucesión de Estados. Sin embargo, del comentario se infiere que la atribución de nacionalidad debe seguir siendo prerrogativa del Estado involucrado.

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

La obligación de los Estados involucrados de tomar todas las medidas pertinentes para evitar que se produzca la apatridia es corolario del derecho a una nacionalidad. Con respecto al artículo 3, cabe observar que se ha suprimido el criterio restrictivo de la residencia habitual que se había incluido en el principio *b* que contenía el informe de la Comisión de 1996[1]. El texto se ha beneficiado de este cambio, al igual que el objetivo de prevención de la apatridia. Además, la obligación de impedir la apatridia se ha concretado y hecho operacional en varios otros artículos, como el artículo 6, o en las salvaguardias de los artículos 7, 8 y 18.

[1] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 83, párr. 86.

Francia

El artículo 3 es satisfactorio tanto en la forma como en el fondo.

Guatemala

En vista de la definición de «persona afectada» que se hace en el apartado *f* del artículo 2, parece conveniente reemplazar, en el artículo 3, las palabras «personas naturales que, en la fecha de la sucesión de Estados, tengan la nacionalidad del Estado predecesor» por «personas afectadas». A consecuencia de esta enmienda, debe, al final del artículo, reemplazarse la palabra «dicha» por «la».

Italia

Para dar al principio del derecho a una nacionalidad la importancia que merece, la Comisión incluyó, entre otras cosas, el artículo 3. La obligación de los Estados involucrados en una sucesión de tomar todas las medidas pertinentes para impedir la apatridia es corolario del derecho de las personas afectadas a una nacionalidad.

República Checa

Véanse las observaciones hechas en relación con el artículo 1 *supra*.

Suiza

1. Son evidentes los vínculos entre el artículo 3 y el artículo 1. El párrafo 6 del comentario al artículo 3 estipula que este artículo no establece una obligación de resultado, sino de conducta, con respecto a los afectados[1]. Dada la dificultad que plantea determinar qué Estado tiene esta obligación, cabe preguntarse si el artículo 3 no debería redactarse en términos de un *objetivo* que debe alcanzarse más que en términos de una obligación de conducta, por lo menos si la forma elegida para el proyecto de artículos es la de tratado.

2. Véanse también los comentarios en relación con el artículo 1 *supra.*

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 22.

Artículo 4.—Presunción de nacionalidad

Brunei Darussalam

1. Según el comentario al artículo 4, esta disposición «tiene por objeto atender el problema del intervalo que media entre la fecha de la sucesión de Estados y la promulgación de disposiciones legislativas o, en su caso, la celebración de un tratado entre los Estados involucrados sobre la cuestión de la nacionalidad de las personas afectadas a raíz de la sucesión»[1]. La presunción de nacionalidad del artículo 4 es una presunción que admite prueba en contrario[2].

2. La prueba de la residencia habitual no se limita a residir en el territorio en cuestión. Debe haber un vínculo verdadero entre la persona y el Estado sucesor, por ejemplo de lealtad.

3. Este artículo puede tener cierta importancia para Brunei Darussalam en caso de que determinados territorios que actualmente se encuentran bajo la administración de otro Estado volvieran a pertenecer a Brunei Darussalam. La cuestión de la nacionalidad de la población local también puede ser asunto de interés para Brunei Darussalam.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr. 1 del comentario al artículo 4.

[2] Ibíd., párr. 2.

Grecia

Véanse las «Observaciones generales» *supra*.

Guatemala

1. Guatemala tiene serias dudas sobre la conveniencia de mantener sin cambios la presunción de nacionalidad que establece el artículo 4. Es característica natural, si

no esencial, de la nacionalidad de las personas naturales la seguridad que tiene todo titular de ella de perderla solamente si se comporta de tal o cual manera (comisión de ciertos delitos, naturalización en país extranjero, renuncia, etc.). Sin embargo, en el caso de la presunción de nacionalidad que establece el artículo 4, y que no puede menos de funcionar como nacionalidad provisional, la situación en que se encontraría cualquier beneficiario de ella sería la de poseer una nacionalidad sujeta a decisión resolutoria cuya terminación es independiente de su voluntad. Esta posesión precaria de la nacionalidad no podrá menos que extenderse a los derechos y ventajas que sus titulares pueden tratar de obtener en virtud de ella, y que de ella dependen. Para ejemplificar esta observación puede imaginarse el caso de una persona que, al amparo de la nacionalidad presunta que le corresponde en virtud del artículo 4, asume en el Estado sucesor un cargo público que de acuerdo con las leyes de ese Estado sólo pueden ocupar los nacionales. En principio, esa persona deberá abandonar el cargo, si sigue siendo titular de él, el día en que las autoridades del Estado sucesor determinen que no le corresponde la nacionalidad de que gozaba en virtud de la presunción del artículo 4. ¿Puede admitirse que tenga semejante resultado la nacionalidad presunta? ¿No entrañaría ello violación del principio de los derechos adquiridos? Para resolver dificultades de este tipo se podría estipular en los proyectos de artículos que los titulares de la nacionalidad presunta que prevé el artículo 4 no gozarán, ni siquiera provisionalmente, de los derechos que sólo competen a las personas que poseen la nacionalidad del Estado sucesor de manera normal y definitiva. Pero en este caso la nacionalidad presunta del artículo 4 no sería más que una ficción, ya que el único beneficio que ella les reportaría a sus titulares sería el de poder residir en el territorio del Estado sucesor, lo que de todos modos tienen derecho a hacer en virtud del artículo 13. Alternativamente podría seguirse la dirección opuesta, disponiéndose en los proyectos de artículos que si las personas que gozan de la nacionalidad presunta en cuestión pueden con base en ella invocar derechos adquiridos, se les permitirá naturalizarse en condiciones particularmente favorables, o que si, para poder seguir disfrutando, luego de haber perdido el beneficio de la presunción, de los derechos adquiridos de que gozan en virtud de ella, necesitan poder optar por la nacionalidad del Estado sucesor, les asistirá ese derecho. En todo caso deben afrontarse tales dificultades.

2. De conformidad con la parte II, los Estados sucesores tienen en todos los casos la obligación de otorgar su nacionalidad a las personas afectadas que en el momento de la sucesión tengan su residencia habitual en su territorio (véanse los artículos 20, 21, 22, apdo. *a* y 24, apdo. *a*). Parece pues que existe una norma general en este sentido. Sin embargo, tal norma, que parece además desprenderse de la regla que asienta el artículo 4, no está anunciada en la parte I, de la que se pensaría que debiera formar parte. Quizás sea esta una laguna de la parte I que conviene colmar.

Italia

1. A fin de otorgar al principio del derecho a una nacionalidad la importancia que ha de tener, la Comisión, muy acertadamente, incluyó, entre otros, el artículo 4.

2. La discutible presunción de que la nacionalidad se deriva de la residencia habitual resulta de aplicar el principio de la necesidad de un vínculo auténtico entre el Estado y el individuo en la esfera de la naturalización. La relación jurídica inherente a la nacionalidad no debe basarse en una formalidad o artificio sino en un vínculo habitual entre el individuo y el Estado. El criterio de la residencia habitual es el que se utiliza más frecuentemente en la sucesión de Estados para determinar la población inicial que constituye el Estado sucesor.

República Checa

1. La República Checa tiene serias reservas en cuanto a la pertinencia de incluir el artículo 4 en el proyecto de artículos, así como con respecto a las razones en que se basa esta disposición. Es cierto que la presunción, tal como se explica en el comentario, admite prueba en contrario[1]. Sin embargo, cabe cuestionarse si la inclusión de este artículo en la parte I que contiene las disposiciones generales no crea más dificultades de las que resuelve.

2. En primer lugar, está claro que el artículo 4 no tiene aplicación «general». No tiene sentido invocarlo en el caso de la unificación de Estados, en el que el principio según el cual las personas afectadas adquieren la nacionalidad del Estado sucesor (véase el artículo 21) hace inútil la distinción basada en el lugar de residencia dentro o fuera del territorio involucrado.

3. En segundo lugar, cabe plantearse serias dudas sobre la función de esta presunción en el caso de la transferencia de una parte del territorio. No se puede llevar a cabo transferencia alguna legalmente sino mediante acuerdo entre los Estados interesados. Tal acuerdo contemplará sin duda la cuestión de la nacionalidad de las personas que tienen su residencia habitual en el territorio transferido. La presunción del artículo 4 no tiene significado en este caso. Si el tratado establece un cambio de nacionalidad, la situación está clara. Pero también está clara cuando el tratado nada dice sobre la cuestión de la nacionalidad: en tal caso, las personas afectadas conservan su nacionalidad. Un ejemplo reciente de esta situación es el Tratado sobre la frontera común estatal entre la República Checa y Eslovaquia, de 4 de enero de 1996, que estableció, entre otras cosas, un intercambio de determinados territorios entre ambos Estados. Como consecuencia del intercambio territorial no se preveía cambio automático alguno de nacionalidad.

4. Por último, la presunción prevista en el artículo 4 quizás no sirva de mucho ni aun en el caso de disolución o separación. Por ejemplo, en el caso de la disolución de un Estado federal o de separación de un Estado federal de una de las unidades que lo componen, ¿por qué no habría de tenerse en cuenta la nacionalidad de la unidad reconocida en virtud de la constitución federal y la residencia habitual ser el único criterio pertinente? La nacionalidad de una unidad componente de una federación es un criterio fidedigno para resolver el problema de la nacionalidad tanto para quienes residen dentro como fuera del territorio interesado. Por el contrario, la presunción basada en la residencia habitual, aunque puede aplicarse fácilmente a los que viven en el territorio involucrado, no ayuda a aclarar

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr. 2 del comentario al artículo 4.

la situación de los que viven en el extranjero. En el caso de la disolución de una federación, esta presunción incluso podría crear confusión.

5. La parte II del proyecto de artículos, en la que se aplican las disposiciones generales de la parte I a categorías concretas de sucesión de Estados, se basa en gran medida en el criterio de la residencia habitual. Sin embargo, sugerir este criterio a los Estados interesados para que lo examinen —que es el objetivo de la parte II— no es lo mismo que formular una presunción que también determinaría el comportamiento de terceros Estados. Por consiguiente, la Comisión debe volver a plantearse este problema a la luz de las observaciones *supra*.

Suiza

Véanse los comentarios al artículo 12 *infra*.

Artículo 5.—Legislación relativa a la nacionalidad y las cuestiones conexas

Argentina

1. La Argentina coincide con lo dispuesto en este artículo en cuanto a la importancia de que, en caso de sucesión, los Estados involucrados adopten sin dilación la legislación pertinente para clarificar la situación de las personas físicas en materia de nacionalidad y cuestiones conexas derivadas de dicha sucesión. Asimismo, está de acuerdo en que deben adoptarse las medidas necesarias para que las personas afectadas sean debidamente informadas de los efectos de tal legislación.

2. Algunos miembros de la Comisión consideran que este artículo tendría que establecer una obligación y no una mera recomendación[1]. En coincidencia con dicho criterio, la Argentina cree que debería eliminarse el tiempo condicional («debería») y sustituirse por el imperativo, propio de una norma jurídica («deberá»).

3. Puesto que la nacionalidad es un vínculo establecido por el derecho interno, corresponde a cada Estado legislar sobre la adquisición, la pérdida y la readquisición de la nacionalidad.

4. El párrafo 12 del artículo 75 de la Constitución de la Argentina confiere al Congreso la atribución de sancionar leyes sobre naturalización y nacionalidad. La naturalización está regulada por la Ley 346, de 1869, y su decreto reglamentario 3213/84.

5. Debe observarse que las disposiciones de derecho interno sobre la nacionalidad son reconocidas por los demás Estados en la medida en que no afecten a los tratados o a la costumbre internacional. De ahí que no sean pocas las dificultades y conflictos en materia de nacionalidad.

6. El derecho interno argentino acoge el principio de unidad de nacionalidad, es decir, que cada persona tiene una sola nacionalidad. La doble o múltiple nacionalidad deriva de tratados. Así, la Argentina ha celebrado tratados sobre la nacionalidad con Noruega y Suecia (1895), Italia (1971) y España (1979). Ha ratificado la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, la Convención sobre el estatuto de los apátridas, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 24, párr. 6 del comentario al artículo 5.

Brunei Darussalam

En este artículo se destaca la importancia de la legislación interna así como la necesidad de que los Estados promulguen legislación sobre la que se debe informar a las personas interesadas lo antes posible.

Francia

Aunque el artículo 5 no plantea dificultades de fondo, se deberían modificar o aclarar algunos de los términos y expresiones utilizados en él. Por ejemplo, en la primera oración se deberían sustituir las palabras «que sea compatible con» por las palabras «que lleve a efecto». Se lograría mayor precisión si se volviera a redactar el final de la segunda oración de forma que dijera «para su condición jurídica y su situación». Además, la palabra «consecuencias» es demasiado vaga y debería sustituirse.

República Checa

La legislación checa en materia de nacionalidad fue promulgada al tiempo que se disolvía la propia Checoslovaquia y entró en vigor el primer día de la existencia de la República Checa. Los motivos de que se promulgara tan pronto esa legislación son los mismos que inspiraron el proyecto de artículo 5, es decir, evitar la incertidumbre, aun cuando sea sólo temporal, en cuanto a la situación jurídica de las personas afectadas.

Suiza

En el artículo 5 se dispone que cada Estado involucrado «debería» adoptar sin dilación injustificada medidas legislativas y otras medidas necesarias en materia de nacionalidad y cuestiones conexas. Suiza no ve la razón por la que esta norma deba revestir la forma de una simple recomendación. Junto con una minoría en la Comisión, considera que el artículo 5 debe redactarse de forma que lo dispuesto en él constituya una obligación[1], sobre todo teniendo en cuenta que eso es lo que se ha hecho en el caso del artículo 11, relativo a la unidad de la familia.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 24, párr. 6 del comentario al artículo 5.

Artículo 6.—Fecha de efectividad

Brunei Darussalam

Este artículo se refiere a la aplicación retroactiva de la legislación a fin de evitar la posibilidad de que una persona se convierta temporalmente en apátrida durante el proceso de sucesión. Dado su propósito, no debería plantear ningún problema aceptar este artículo.

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

Véanse los comentarios al artículo 3 *supra*.

Grecia

Véanse las «Observaciones generales» *supra*.

Suiza

Con arreglo al artículo 6, la atribución de la nacionalidad surte efecto desde la fecha de la sucesión; es decir, que es normalmente retroactiva. Dicha retroactividad se aplica también cuando la persona afectada adquiere una nacionalidad ejerciendo una opción pero únicamente en el caso de que, de no haber retroactividad, esa persona se convirtiera temporalmente en apátrida. Suiza se pregunta si no debería extenderse esta última condición a todos los casos de atribución de la nacionalidad, es decir, a todo el artículo 6, en lugar de aplicarse únicamente en el caso de que se ejerza una opción. La enmienda sugerida tendría la ventaja de que se aplicaría la retroactividad sólo en la medida estrictamente necesaria.

Artículo 7.—Atribución de la nacionalidad a las personas afectadas que tengan su residencia habitual en otro Estado

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

Véanse los comentarios al artículo 3 *supra*.

Francia

1. Los Estados están en su derecho si tratan de impedir que las sucesiones de Estados den lugar a la adquisición de doble o múltiple nacionalidad. El artículo 7 obedece a ese propósito.

2. Se debería aclarar más la vinculación entre los artículos 7, 10, 22 y 23 porque no resulta fácil entender la relación que existe entre esas disposiciones.

3. Véanse también las «Observaciones generales» *supra*.

Guatemala

1. Al principio del título del artículo convendría tal vez cambiar la palabra «atribución» por «no atribución» (véase el título del artículo 14). Tal vez se mejoraría la redacción del párrafo 2 si se agregaran, inmediatamente después de «nacionalidad», las palabras «en contra de su voluntad» y se suprimieran las palabras «en contra de la voluntad de esas personas».

2. Por razones lógicas procede hacer en los artículos 7 y 10 las siguientes enmiendas concordantes entre sí: al principio del párrafo 1 del artículo 7 se suprimiría «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10,» y al principio del párrafo 1 del artículo 10 se pondría la siguiente referencia al artículo 7: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, los Estados involucrados».

República Checa

La Comisión dio un paso importante en lo que se refiere al desarrollo del derecho internacional al otorgar un papel considerable a la voluntad de las personas afectadas. En ese sentido, a la República Checa le parece esencial que se mantenga el equilibrio entre las disposiciones relativas a la voluntad de las personas (art. 10) y las que garantizan determinadas prerrogativas a los Estados (arts. 7 a 9).

Suiza

En el párrafo 1 del artículo 7 se exime al Estado sucesor de la obligación de atribuir su nacionalidad a personas que tengan su residencia habitual en otro Estado y tengan la nacionalidad de éste o de cualquier otro Estado. No cabe duda de que esa solución propuesta tiene por objeto reducir los casos de doble nacionalidad, aun cuando la Comisión afirma ser neutral a ese respecto. Sin embargo, coloca en posición de desventaja a aquellas personas que, aun teniendo la nacionalidad de un tercer Estado, tienen también un «vínculo apropiado» distinto de la residencia con el Estado sucesor (lazos familiares, por ejemplo). No obstante, en la medida en que el Estado sucesor siga teniendo la *posibilidad* de ofrecer su nacionalidad a esas personas, la solución sugerida en el párrafo 1 del artículo 7 parecería aceptable.

Artículo 8.—Renuncia a la nacionalidad de otro Estado como condición para atribuir la nacionalidad

Brunei Darussalam

Este artículo ofrece a un Estado la posibilidad de imponer la condición de renuncia de una nacionalidad anterior como requisito previo para otorgar su nacionalidad. Aunque los comentarios parecen implicar que el proyecto es neutral con respecto a la cuestión de la doble o múltiple nacionalidad, el artículo permite que los Estados cuya política sea la de una sola nacionalidad apliquen tal política.

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

Véanse los comentarios al artículo 3 *supra*.

Francia

Véanse las «Observaciones generales» *supra.*

Grecia

1. Convendría excluir del proyecto algunas disposiciones que tienen que ver con la política general de los Estados con respecto a la nacionalidad o no guardan relación directa con la cuestión de la sucesión de Estados. Tal es

el caso, en particular, del artículo 8, que podría eliminarse del proyecto.

2. Véanse también las «Observaciones generales» *supra*.

República Checa

La Comisión dio un paso importante en lo que se refiere al desarrollo del derecho internacional al otorgar un papel considerable a la voluntad de las personas afectadas. En ese sentido, a la República Checa le parece esencial que se mantenga el equilibrio entre las disposiciones relativas a la voluntad de las personas (art. 10) y las que garantizan determinadas prerrogativas a los Estados (arts. 7 a 9).

Artículo 9.—Pérdida de la nacionalidad por adquisición voluntaria de la nacionalidad de otro Estado

Francia

Véanse las «Observaciones generales» *supra*.

Grecia

1. Convendría excluir del proyecto algunas disposiciones que tienen que ver con la política general de los Estados con respecto a la nacionalidad o no guardan relación directa con la cuestión de la sucesión de Estados. Tal es el caso, en particular, del artículo 9, que podría eliminarse del proyecto.

2. Véanse también las «Observaciones generales» *supra*.

República Checa

La Comisión dio un paso importante en lo que se refiere al desarrollo del derecho internacional al otorgar un papel considerable a la voluntad de las personas afectadas. En ese sentido, a la República Checa le parece esencial que se mantenga el equilibrio entre las disposiciones relativas a la voluntad de las personas (art. 10) y las que garantizan determinadas prerrogativas a los Estados (arts. 7 a 9).

Suiza

El párrafo 1 del proyecto de artículo 9 permite al Estado predecesor, si sólo hay uno, retirar su nacionalidad a los nacionales que «adquieran voluntariamente» la nacionalidad de un Estado sucesor. Según el párrafo 2, el Estado sucesor a su vez podrá retirar su nacionalidad a las personas que conserven la nacionalidad del Estado predecesor. En el párrafo 5 del comentario al artículo 9 se señala que no se podrá privar de su nacionalidad a las personas afectadas «antes de que esas personas adquieran efectivamente la nacionalidad» del otro Estado[1]. Esta cláusula se justifica de tal modo y es tan esencial que debería incluirse en el texto del artículo.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 26.

Artículo 10.—Respeto de la voluntad de las personas afectadas

Argentina

1. La Argentina estima pertinente que la voluntad de las personas afectadas por una sucesión de Estados sea debidamente tenida en cuenta y pueda ser expresada mediante el ejercicio del derecho de opción.

2. La única nacionalidad que el derecho argentino adjudica automáticamente es la nativa. La nacionalidad por opción es voluntaria y requiere un trámite, al igual que la nacionalidad por naturalización.

Brunei Darussalam

1. El sentido del párrafo 1 es que a la persona afectada se le debe dar la opción de elegir *entre* las nacionalidades de dos o más Estados. Ello no parece indicar que esa persona tenga derecho a elegir dos o más nacionalidades.

2. En el párrafo 2 no queda claro el significado de la expresión «vínculo apropiado». ¿En qué medida necesita esa persona tal «vínculo apropiado» con un Estado para tener derecho a la nacionalidad de ese Estado?

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

El artículo 10 es uno de los varios artículos que incorpora principios y reglas cuyo objeto es proteger los derechos humanos de las personas afectadas. En general, esas disposiciones tienen en cuenta el estado de desarrollo actual del derecho de los derechos humanos.

Francia

1. Se debería aclarar más la vinculación entre los artículos 7, 10, 22 y 23 porque no resulta fácil entender la relación que existe entre esas disposiciones.

2. El párrafo 4 del artículo 10 se presta a ser criticado porque sus disposiciones son demasiado categóricas. Sería preferible decir que el Estado a cuya nacionalidad hayan renunciado las personas que tengan el derecho de opción podrá retirar su nacionalidad a esas personas únicamente si no se convierten en apátridas a consecuencia de ello.

3. Véanse también las «Observaciones generales» *supra*.

Grecia

Véanse las «Observaciones generales» *supra*.

Guatemala

1. Por razones lógicas, procede hacer en los artículos 7 y 10 las siguientes enmiendas concordantes entre sí: al principio del párrafo 1 del artículo 7 se suprimiría «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10» y al principio del párrafo 1 del artículo 10 se pondría la siguiente

referencia al artículo 7: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, los Estados involucrados».

2. En opinión de Guatemala, el párrafo 3 del artículo 10 es superfluo, por ser prácticamente tautológico: es impensable que un Estado no conceda su nacionalidad a quien ha ejercido el derecho que le asistía a optar por ella, ya que el ejercicio de ese derecho y la concesión de la nacionalidad son dos caras de la misma moneda.

Italia

Italia aprueba el criterio seguido por la Comisión en cuanto al papel que se ha de asignar a las manifestaciones de la voluntad de las personas afectadas por una sucesión de Estados en lo que respecta a su elección de nacionalidad. La disposición que figura en el artículo 10 refleja una práctica convencional e interna de los Estados suficientemente asentada, sobre todo en los casos de formación de un nuevo Estado y de cesión de territorio, que favorece a los residentes del territorio en cuestión o a las personas originarias del mismo.

República Checa

La Comisión dio un paso importante en lo que se refiere al desarrollo del derecho internacional al otorgar un papel considerable a la voluntad de las personas afectadas. En ese sentido, a la República Checa le parece esencial que se mantenga el equilibrio entre las disposiciones relativas a la voluntad de las personas (art. 10) y las que garantizan determinadas prerrogativas a los Estados (arts. 7 a 9).

Artículo 11.—Unidad de la familia

Brunei Darussalam

El principio reflejado en el artículo 11 parece razonable, pero podrían plantearse dificultades en cuanto a la definición o interpretación del significado del término «familia». Es conveniente que los miembros de una familia adquieran la nacionalidad del cabeza de familia. Cabe prever esto en el caso de niños pequeños y menores de edad. Pero, ¿qué ocurre con la familia ampliada, por ejemplo, incluida la del hijo mayor que se ha casado y tiene hijos?

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

1. El artículo 11 es uno de los varios artículos que incorpora principios y reglas cuyo objeto es proteger los derechos humanos de las personas afectadas. En general, esas disposiciones tienen en cuenta el estado de desarrollo actual del derecho de los derechos humanos.

2. La Comisión ha señalado con razón en sus comentarios al artículo 11 que la adquisición de diferentes nacionalidades por los miembros de una familia no debe impedirles permanecer juntos o reunirse[1]. Si bien es muy conveniente que se permita a los miembros de una familia adquirir la misma nacionalidad en el caso de una sucesión de Estados, el cambio de nacionalidad de uno de los cónyuges durante el matrimonio no debería afectar automáticamente a la nacionalidad del otro. También se hace referencia al artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, según el cual el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio no cambia automáticamente la de la esposa.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 29, párr. 5 del comentario al artículo 11.

Francia

El artículo 11 parecería tener consecuencias importantes en lo que respecta al derecho de residencia, lo cual no se ajusta al propósito del proyecto. Aunque no hay nada discordante en esta disposición en cuanto al fondo, no tiene por qué figurar en el texto.

Italia

A Italia le parece especialmente interesante esta disposición. El artículo 11 traspasa un límite común a casi todas las convenciones internacionales y leyes internas en la materia al prever un cambio simultáneo de nacionalidad de los miembros de una familia cuando el cabeza de familia cambie de nacionalidad. En la mayoría de los casos esta solución entraña discriminación contra la mujer, cuya condición jurídica se ve de esta manera supeditada a la del hombre.

República Checa

La República Checa es partidaria de que se incluya este artículo.

Artículo 12.—Niños nacidos después de la sucesión de Estados

Brunei Darussalam

Se desprende del comentario que el alcance de este artículo se limita al período inmediatamente posterior a una sucesión de Estados. No está claro durante cuánto tiempo se debe aplicar este artículo después de la sucesión.

Francia

1. Algunas disposiciones no tienen cabida en el proyecto. En el artículo 12 parece haber un prejuicio a favor del principio del *jus soli*.

2. Véanse también las «Observaciones generales» *supra*.

Grecia

1. Convendría excluir del proyecto algunas disposiciones que tienen que ver con la política general de los Estados con respecto a la nacionalidad o no guardan relación directa con la cuestión de la sucesión de Estados. Tal es el caso, en particular, del artículo 12, que podría eliminarse del proyecto.

2. Véanse también las «Observaciones generales» *supra*.

Italia

A Italia le parece especialmente interesante esta disposición. El artículo 12 viene a ser una útil ampliación del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño. El propósito legal de esta norma es infundir a los casos más difíciles un mínimo de certidumbre en la determinación y adquisición de la nacionalidad de los niños afectados por una sucesión de Estados.

República Checa

La República Checa es partidaria de que se incluya el artículo 12, cuyo propósito se ajusta perfectamente al de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Suiza

Con arreglo a lo dispuesto en el proyecto de artículo 12, el hijo de una persona afectada que haya nacido después de la fecha de la sucesión y no haya adquirido ninguna nacionalidad tiene derecho, en virtud del *jus soli*, a la nacionalidad del Estado involucrado en cuyo territorio haya nacido. Pero ¿acaso esta solución no plantea el peligro, en algunos casos, de que haya diferentes nacionalidades dentro de una sola familia? Teniendo en cuenta la presunción de nacionalidad del Estado de residencia habitual establecida en el artículo 4, ¿no sería preferible extender ese concepto a la situación prevista en el artículo 12, a saber, la de un niño sin nacionalidad?

Artículo 13.—Condición jurídica de los residentes habituales

Finlandia (en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

Los países nórdicos prestan pleno apoyo al principio general, consagrado en el párrafo 1, de que la sucesión de Estados no afectará a la condición jurídica de las personas afectadas como residentes habituales. Quizás la Comisión desee examinar si ese principio debería complementarse con una disposición más concreta sobre el derecho a la residencia, a saber, el derecho de los residentes habituales del territorio sobre el que se transfiere la soberanía a un Estado sucesor de permanecer en ese Estado aun cuando no hubiesen adquirido su nacionalidad. En ese contexto, se puede hacer referencia a la Declaración sobre las consecuencias de la sucesión de Estados en la nacionalidad de las personas naturales (Declaración de Venecia), aprobada en 1996 por la Comisión europea para la democracia a través del derecho[1], según la cual el ejercicio del derecho a elegir la nacionalidad del Estado predecesor o de uno de los Estados sucesores no tendrá consecuencias negativas para quienes efectúen esa decisión, en particular sobre su derecho a residir en el Estado sucesor y sobre los bienes muebles o inmuebles que estuvieran allí ubicados, y también al artículo 20 del Convenio europeo sobre la nacionalidad.

Francia

El artículo 13 se encuentra claramente en la esfera *de lege ferenda* y no *de lege lata*; como se refiere más a la sucesión de Estados y al derecho de extranjería que a la nacionalidad, no se encuentra en consonancia con el objetivo del proyecto y no corresponde su incorporación al texto.

Italia

Italia considera que esta disposición es especialmente interesante.

República Checa

Los artículos 13, 15 y 16 contienen una serie de garantías para el respeto de los derechos de las personas y, de esa manera, constituyen una parte muy útil del texto.

Suiza

El artículo 13 establece que la sucesión de Estados no afectará a la condición jurídica de las personas afectadas como residentes habituales. El mandato de la Comisión, según figura en el título del proyecto de artículos, se refiere a la *nacionalidad* de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados; no incluye la condición jurídica de los residentes, a pesar de la necesidad de restringir lo más posible los desplazamientos masivos y forzosos de población.

Artículo 14.—No discriminación

Argentina

1. Tanto la Convención americana sobre derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aluden en forma expresa a la igualdad ante la ley y a la protección de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, proscribiendo así la discriminación.

2. La Argentina ha ratificado la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid.

Brunei Darussalam

El artículo tiene un alcance amplio y no se determinan concretamente los fundamentos de la discriminación. Quizás sea necesario limitar su alcance en caso de que se considere que la disposición abarca cuestiones más amplias que el alcance del tema mismo.

[1] Consecuencias de la sucesión de Estados en la nacionalidad (CDL-INF (97) 1 (Consejo de Europa, Estrasburgo, 10 de febrero de 1997), págs. 3 a 6).

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

El artículo 14 es uno de los varios artículos en que se consagran principios y normas con la intención de proteger los derechos humanos de las personas afectadas. En general, esas disposiciones tienen en cuenta el estado de desarrollo actual del derecho de los derechos humanos.

Grecia

Este artículo debería ampliarse a fin de que estableciese la igualdad plena entre quienes hubiesen adquirido la nacionalidad recientemente y los nacionales de larga data en relación con su condición jurídica y sus derechos en general.

Italia

Italia considera que esta disposición es particularmente interesante. El artículo 14 encara uno de los aspectos más importantes y ciertamente más difíciles de la protección de las minorías, como ya indicó la CPJI en el asunto *Acquisition de la nationalité polonaise*[1]. Al respecto, Italia hace suya la decisión de la Comisión de no incluir una lista ilustrativa de circunstancias que podrían dar lugar a formas de discriminación sino que prefiere una fórmula general que prohíba la discriminación, sin que importen sus fundamentos, a fin de evitar el riesgo de una interpretación *a contrario*.

[1] Opinión consultiva, *1923, C.P.J.I. série B n.º 7*, pág. 15.

República Checa

El comentario de la Comisión al artículo 14 contiene una nota con una referencia muy amplia, pero quizás equívoca, a la necesidad de no contar con antecedentes penales[1]. Se debería hacer una distinción mucho más clara entre, por un lado, la situación en que esa exigencia existiera a los fines de determinar la nacionalidad de las personas naturales directa e inmediatamente a resultas de la sucesión de Estados y en donde quizás ciertamente impida a la persona interesada adquirir la nacionalidad de por lo menos uno de los Estados sucesores, lo que constituiría discriminación, y, por otra parte, la situación totalmente diferente en que esa exigencia fuera una de las condiciones legítimas para la naturalización de las personas cuya nacionalidad hubiese sido determinada antes de la sucesión de Estados. Esa naturalización, sin que importe si se buscase en un tercer Estado o en un Estado sucesor o predecesor, indudablemente está fuera del alcance del proyecto de artículos, aun si de hecho ocurriera muy poco después de la sucesión.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 32, nota 106.

Suiza

El artículo 14 establece que los Estados no harán discriminaciones «por ningún motivo» para atribuir o mantener su nacionalidad o cuando otorguen el derecho a optar. Según se explica en los comentarios de la Comisión, esa prohibición está dirigida en particular contra la discriminación por motivos de sexo, religión, raza, origen o idioma, pero, a fin de hacer desvanecer la idea de que, *a contrario*, sería legítima toda discriminación no incluida en esa lista, la Comisión propone prohibir *toda* discriminación, cualquiera sea su naturaleza[1]. No obstante, esa redacción quizá sea muy amplia. Por ejemplo, ¿acaso no podría prohibir ningún tipo de distinción en la adquisición de la nacionalidad de un Estado sucesor entre personas que residen en el territorio de ese Estado y otras personas? En otras palabras, el uso de cualquier criterio de ese tipo para atribuir la nacionalidad podría, si se mantuviese la redacción actual, considerarse una práctica discriminatoria y, en consecuencia, en contravención del artículo 14. La disposición debería redactarse de manera más precisa, o sea, de forma más acotada.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 32, párr. 3 del comentario al artículo 14.

Artículo 15.—Prohibición de decisiones arbitrarias relativas a cuestiones de nacionalidad

Argentina

1. El párrafo 3 del artículo 20 de la Convención americana sobre derechos humanos establece que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

2. En virtud del artículo 20 de la Constitución de la Argentina, los extranjeros no están obligados a admitir la ciudadanía, pero pueden hacerlo si reúnen las condiciones establecidas por la ley. Vale decir que la adquisición de la nacionalidad argentina es un derecho, pero no una obligación, del extranjero que reside en el país. Los habitantes extranjeros pueden no ser nacionales de la Argentina sin que ello perjudique el ejercicio de sus derechos civiles, en cuyo disfrute se encuentran en un plano de igualdad con los argentinos nativos.

Brunei Darussalam

El propósito de esta disposición es impedir los abusos que se podrían producir en el proceso de aplicación de instrumentos jurídicos que, por sí mismos, son coherentes con el proyecto de artículos.

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

1. El artículo 15 es uno de varios artículos en que se consagran principios y normas cuyo objetivo es proteger los derechos humanos de las personas afectadas. En general, esas disposiciones tienen en cuenta la etapa actual de desarrollo del derecho de los derechos humanos.

2. Los países nórdicos desean hacer hincapié en la importancia de las disposiciones sobre la prohibición de adoptar decisiones arbitrarias y sobre los procedimientos relativos a las cuestiones de nacionalidad. Ocurre muy a menudo que las disposiciones de los tratados o de las leyes nacionales sobre ciudadanía, generosas en teoría, terminan siendo considerablemente restringidas en la etapa

de la aplicación práctica. En consecuencia, es importante prohibir expresamente la adopción de decisiones arbitrarias en las cuestiones de nacionalidad, según se establece en el artículo 15, e incluir salvaguardias procesales para que se respete el Estado de derecho, como la exigencia del artículo 16 de que las decisiones relativas a la nacionalidad consten por escrito y puedan ser objeto de recurso administrativo o judicial efectivo.

Italia

La norma que figura en el artículo 15 es un instrumento más para proteger el derecho de todas las personas a la nacionalidad.

República Checa

Los artículos 13, 15 y 16 establecen una serie de garantías para el respeto de los derechos de las personas y, en tal sentido, constituyen una parte muy útil del texto.

Artículo 16.—Procedimientos relativos a las cuestiones de nacionalidad

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

1. Los países nórdicos desean hacer hincapié en la importancia de las disposiciones sobre la prohibición de adoptar decisiones arbitrarias y sobre los procedimientos relativos a las cuestiones de nacionalidad. Ocurre muy a menudo que las disposiciones de los tratados o de las leyes nacionales sobre ciudadanía, generosas en teoría, terminan siendo considerablemente restringidas en la etapa de la aplicación práctica. En consecuencia, es importante prohibir expresamente la adopción de decisiones arbitrarias en las cuestiones de nacionalidad, según se establece en el artículo 15, e incluir salvaguardias procesales para que se respete el Estado de derecho, como la exigencia del artículo 16 de que las decisiones relativas a la nacionalidad consten por escrito y puedan ser objeto de recurso administrativo o judicial efectivo.

2. Sería preferible que los fundamentos de una decisión de esa naturaleza se diesen por escrito, que es la exigencia que figura en el artículo 11 del Convenio europeo sobre la nacionalidad. Se podría añadir el elemento de una «tarifa razonable», que figura en el artículo 13 de dicho Convenio.

Francia

El artículo 16 es muy detallado. Sería preferible decir que los Estados deben «adoptar medidas adecuadas para tramitar sin demora» las solicitudes que se mencionan en el artículo 16.

República Checa

Los artículos 13, 15 y 16 establecen una serie de garantías para el respeto de los derechos de las personas y, de esa forma, constituyen una parte muy útil del texto.

Artículo 17.—Intercambio de información, consultas y negociaciones

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

La obligación de los Estados interesados, establecida en el artículo 17, de intercambiar información y celebrar consultas a fin de determinar los efectos negativos que pudieran dimanar de la sucesión de Estados y de tratar de encontrar una solución para eliminar o mitigar esos efectos es un corolario necesario del derecho a una nacionalidad. Según observa la Comisión en sus comentarios, esa obligación es esencial para velar por que el derecho a la nacionalidad se convierta en un derecho efectivo[1]. Es obvio que el artículo 17 debe leerse conjuntamente con los demás artículos conexos del proyecto y que dan contenido al deber de celebrar consultas y negociar. No obstante, parecería aconsejable agregar una frase en que se estableciera expresamente que los Estados interesados también tienen la obligación de velar por que el resultado de las negociaciones se adecue a los principios y las normas que figuran en el proyecto de declaración.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 33, párr. 4 del comentario al artículo 17.

República Checa

El artículo 17, que establece el intercambio de información, consultas y negociaciones entre los Estados interesados, contiene una disposición razonablemente redactada sobre negociaciones y la celebración de un acuerdo. Un acuerdo de esa naturaleza no es un medio indispensable para resolver los problemas relativos a la nacionalidad. Las medidas legislativas de un Estado promulgadas con pleno conocimiento sobre el contenido de la legislación del otro Estado participante en una sucesión quizás sean suficientes para impedir los efectos negativos de ese tipo de sucesión en la nacionalidad.

Artículo 18.—Otros Estados

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

1. Aun cuando corresponde a la competencia de cada Estado determinar quiénes serán sus nacionales, las leyes y las decisiones nacionales no tendrán necesariamente efecto internacional. Este principio está claramente reconocido en el derecho internacional. De conformidad con la Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad, esas leyes y decisiones serán reconocidas por otros Estados en la medida en que se adecuen a las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios del derecho generalmente reconocidos. En el párrafo 1 del artículo 18 básicamente se reafirma ese principio. No obstante, en relación con el párrafo 2, aparentemente el principio se aplica de manera más amplia, al dar a terceros Estados el derecho de tratar a los apátridas como nacionales de un Estado determinado, aun cuando la apatridia no se pudiera atribuir a un acto del Estado y la persona interesada

hubiera contribuido a dicha situación en razón de su negligencia, siempre que ese trato redundase en beneficio de la persona. Los países nórdicos acogen con satisfacción el comentario de que esa disposición debe interpretarse únicamente en el sentido de que otros Estados pueden hacer extensivo a esas personas el trato favorable concedido a los nacionales del Estado considerado. En consecuencia, no pueden por ejemplo expulsar a tales personas hacia ese Estado[1]. Quizás la Comisión desee examinar si el texto actual del proyecto de artículos se podría aclarar todavía más al respecto.

2. Véanse también las observaciones formuladas en relación con el artículo 3 *supra*.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 35, párr. 8 del comentario al artículo 18.

Francia

El párrafo 1 del artículo 18, que aparentemente autoriza a cualquier Estado a cuestionar la nacionalidad concedida a una persona por otro Estado, es muy discutible. Aunque en el fallo de 1955 en el caso *Nottebohm*[1] la CIJ hizo hincapié en que la nacionalidad debía ser efectiva y debía haber una conexión social entre el Estado y la persona, el fallo en cuestión ha sido criticado y ha seguido siendo una instancia aislada. El texto en cuestión contiene una ampliación lamentable del principio de efectividad. Esa ampliación aparentemente se basa en la idea de que un Estado debe adoptar una atribución de derecho internacional público como fundamento para otorgar su nacionalidad, mientras que en la práctica se aplica el principio opuesto.

[1] Segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 4. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 463.

Grecia

1. Valdría la pena eliminar del proyecto algunas disposiciones que constituyen cuestiones de la política general de los Estados en relación con la nacionalidad o que no tienen una relación directa con la cuestión de la sucesión de Estados. Tal es el caso, en particular, del artículo 18, que se refiere a una cuestión sumamente delicada, el control de los Estados en relación con una competencia que se vincula estrictamente a su soberanía, y que es probable que cause más problemas de los que resuelva.

2. Véanse también las «Observaciones generales» *supra*.

Guatemala

En vista de la definición que figura en el apartado *e* del artículo 2, tal vez convendría cambiar el título del artículo a «Terceros Estados».

Italia

1. En el artículo 18 la Comisión encara con gran claridad una de las funciones decisivas del derecho internacional en relación con la nacionalidad, a saber, la delimitación de la competencia de los Estados en esa esfera. Esa disposición es perfectamente coherente con el razonamiento jurídico seguido en todo el proyecto de artículos y limita la posibilidad de invocar la nacionalidad contra otros Estados, límite que consiste en la existencia de un vínculo efectivo entre el nacional y el Estado. El vínculo de la nacionalidad no es simplemente formal, sino que entraña una vida compartida e intereses y sentimientos compartidos que crean una amalgama recíproca de derechos y obligaciones entre un Estado y sus nacionales.

2. Al igual que en el caso de la ocupación de un territorio, la preocupación constante del derecho internacional es velar por que la caracterización jurídica se adecue lo más estrechamente posible a la realidad.

3. De hecho, la Comisión no examina el fondo de los criterios para determinar la existencia de un vínculo efectivo, pero ese tema no se incluye en su mandato y, en todo caso, el estudio de la jurisprudencia internacional (por ejemplo, los casos *Nottebohm*[1] y *Flegenheimer*[2]) puede ayudar a quienes deban encarar la cuestión.

[1] Segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 4. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 463.

[2] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (n.º de venta 65.V.4), pág. 327.

República Checa

La redacción propuesta del artículo 18 es satisfactoria. En el párrafo 1 se refleja el principio general de no oponibilidad frente a terceros Estados de la nacionalidad otorgada sin la existencia de un vínculo efectivo entre el Estado y la persona interesada. Es plenamente justificada la disposición que impide que se trate a esa persona como apátrida *de facto*. Del mismo modo, la República Checa comprende los motivos subyacentes del párrafo 2. Se prevé en él la situación de las personas que, no obstante lo establecido en el proyecto de artículos, pasarían a ser apátridas. El párrafo 2 centra su atención exclusivamente en la relación entre esas personas y un tercer Estado. Redactada en forma de cláusula de salvaguardia, esta disposición mantiene el delicado equilibrio entre los intereses de los Estados que podrían participar en una situación de esta naturaleza.

Suiza

El párrafo 2 del artículo 18 permite a terceros Estados tratar a las personas que hayan pasado a ser apátridas a consecuencia de la sucesión de Estados como nacionales del Estado cuya nacionalidad tendrían derecho a adquirir o mantener. El párrafo 6 del comentario del artículo 18 señala la intención del texto de corregir las situaciones dimanadas de leyes discriminatorias o decisiones arbitrarias prohibidas por los artículos 14 y 15[1]. Suiza preferiría que ello se señalara en el texto del párrafo 2 del artículo 18, con una referencia a los artículos 14 y 15.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 35.

Parte II

Disposiciones que se aplican a categorías específicas de sucesión de Estados

Argentina

1. La Comisión determinó las siguientes formas concretas de sucesión: transferencia de parte del territorio, unificación de Estados, disolución de Estados, y separación de parte o partes del territorio. La Argentina comparte el enfoque y el tratamiento que da el proyecto de artículos a estos diversos supuestos de sucesión de Estados.

2. El principio de la atribución de la nacionalidad del Estado sucesor podría significar en algunos casos imponer una nacionalidad sin el consentimiento de la persona afectada. Para atemperar su rigor, el proyecto de la Comisión permite el ejercicio del derecho de opción entre la nacionalidad que se posee y la del Estado cesionario o sucesor, opción que admite diversas modalidades.

3. En relación con el respeto de la nacionalidad de las personas físicas, reviste importancia la voluntad en este sentido de las personas afectadas y la necesidad de garantizarles en la mayor medida posible el ejercicio del derecho de opción, sin discriminación ni coerción. Al respecto, resulta fundamental garantizar los intereses legítimos de los habitantes de un territorio objeto de sucesión de Estados, respetando el modo de vida de los mismos. No obstante, también debe contemplarse de una manera equilibrada el interés de los Estados en limitar el riesgo de abusos de la doble o múltiple nacionalidad.

4. La Argentina toma nota de que el proyecto no dedica una sección especial a los casos de sucesión de Estados en materia de descolonización, como lo hacen las Convenciones de Viena de 1978 y de 1983.

5. Sobre el particular, la Argentina considera que, si bien el histórico proceso de descolonización se ha completado en buena medida, no es menos cierto que aún persisten situaciones coloniales y que, en el proceso de resolución de estas situaciones pendientes, pueden presentarse casos de aplicación de las normas sobre nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados. En efecto, la descolonización puede revestir diversas formas, como el acceso de los territorios no autónomos a la independencia, o el restablecimiento de la integridad territorial de otro Estado, o la división del territorio en varios Estados. De todas maneras, se estima que las diversas hipótesis pueden ser resueltas en forma satisfactoria mediante la aplicación de los principios y las normas contenidos tanto en la parte I del proyecto de artículos, como, en algunos aspectos, en la parte II.

Finlandia
(en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

Los países nórdicos consideran que la parte II del proyecto de artículos, cuyo objetivo es servir de directrices prácticas para los Estados que se encuentran en el proceso de promulgar legislación o de negociar tratados sobre cuestiones relativas a la nacionalidad en relación con una sucesión de Estados, será ciertamente útil en ese tipo de situaciones. Los países nórdicos también convienen con la decisión de la Comisión de simplificar la tipología de la Convención de Viena de 1983 al omitir la categoría de «Estados de reciente independencia». Las disposiciones relativas a las otras categorías de sucesión de Estados serían aplicables a los casos de descolonización que existieran en el futuro. Al mismo tiempo, la Comisión ha mantenido la distinción entre secesión y disolución, si bien ha velado por que las disposiciones de ambas secciones sean idénticas. Esas soluciones son coherentes con el propósito pragmático de la parte II y por tal razón se les puede prestar apoyo.

Francia

La parte II del proyecto de artículo es más satisfactoria que la parte II de las Convenciones de Viena de 1978 y de 1983 (por ejemplo, se establece una distinción más clara entre fusión y absorción).

Italia

1. La parte II del proyecto de artículos regula categorías concretas de sucesión de Estados, usualmente siguiendo las categorías ya establecidas en las Convenciones de Viena de 1978 y de 1983.

2. Las categorías de sucesión mencionadas por la Comisión son exhaustivas e Italia hace suya la decisión de no incluir los casos de descolonización, tanto por la falta de certeza sobre la práctica, que a menudo no se puede distinguir de la práctica relativa a otros casos de sucesión, y porque como en el futuro sólo se producirán algunos pocos casos de descolonización, es preferible ahora centrar la atención en las demás categorías. Debe tenerse presente al respecto que las categorías de sucesión determinadas por la teoría a menudo son difíciles de distinguir en la práctica y quizás ese factor pueda afectar la eficacia del proyecto de artículos.

3. Las soluciones adoptadas en relación con los efectos de la nacionalidad de casos concretos de sucesión son totalmente válidos desde el punto de vista jurídico, ya que la mayoría de esas soluciones reflejan la práctica internacional actual o constituyen la consecuencia lógica de la disolución de un Estado, como por ejemplo el artículo 22.

4. Italia también hace suya la decisión de la Comisión de utilizar la residencia habitual en lugar de la nacionalidad como criterio principal para determinar las personas a quienes el Estado sucesor debe atribuir su nacionalidad. El criterio de la residencia, si bien es menos empleado en la práctica, es más concreto que el criterio de la nacionalidad; esa decisión es coherente con la tendencia del derecho internacional de dar preferencia a la eficacia.

Suiza

En la opinión de Suiza, la Comisión actuó correctamente al no separar los casos de sucesión de Estados del fenómeno concreto de la descolonización porque esa distinción es irrelevante en el contexto de la nacionalidad de las personas naturales y también porque el proceso de descolonización se encuentra prácticamente terminado.

Artículo 19.—Aplicación de la parte II

Grecia

Cabe preguntarse qué relación hay, desde el punto de vista jurídico, entre las partes I y II del proyecto. El artículo 19 parece dar más peso a las disposiciones de la parte I que a las de la parte II. Es así como el párrafo 2 del artículo 10 dispone que se conceda el derecho de opción sólo en el caso de personas que, de no ser así, se convertirían en apátridas como consecuencia de la sucesión de Estados, en tanto que los artículos 20, 23 y 26 parecen conceder un derecho de opción mucho más amplio. En esos casos en que hay una diferencia entre las disposiciones de la parte I y las de la parte II, ¿deberían los Estados atenerse a las disposiciones generales o a las disposiciones específicas?

Guatemala

1. Parecen oscuros la sustancia y el alcance del artículo 19. Lamentablemente, el comentario sobre este artículo poco o nada contribuye a esclarecer su sentido o razón de ser. Aparentemente su finalidad es establecer diferencias entre la naturaleza y las funciones de las disposiciones de la parte II y las de la parte I (cuyas disposiciones el artículo 19 califica de «preceptos»). Pero no está nada clara la manera en que se han de diferenciar entre sí las disposiciones de las dos partes. Para despejar estas dudas no son de ninguna utilidad las distintas convenciones, declaraciones y normas modelo que han sido adoptadas por órganos de las Naciones Unidas, ya que ninguno de esos textos establece diferencias en cuanto a la naturaleza o los efectos normativos de las diversas partes en que están divididos. Lo que está claro es que, aparte del artículo 27, que como se indica en los comentarios[1], sólo provisionalmente se encuentra en la parte II, las normas contenidas en ésta se distinguen de las de la parte I por ser las de esta última de naturaleza general, mientras que las de la parte II son específicas. En esto el proyecto de artículos que se examina no sólo sigue la técnica adoptada en las Convenciones de Viena de 1978 y de 1983 sino que, con la excepción de la categoría específica de sucesión de Estados de reciente independencia, contempla las mismas categorías específicas de sucesión de Estados que esas dos convenciones.

2. La diferenciación establecida en cada una de las dos Convenciones de Viena entre parte general y parte especial es una característica de cuerpos codificadores con la cual están familiarizados los juristas de tradición romanogermánica, ya que es clásica en el derecho penal (en cuya área la conocen bien los juristas del *common law*) y en aquellas partes de los códigos civiles consagradas a los contratos, que tradicionalmente comienzan con una parte general, aplicable a todos los contratos, seguida de una parte en que se regulan en particular los diversos tipos de contratos.

3. Ahora bien, en los distintos cuerpos legales citados, ya sean de derecho nacional o internacional, la diferenciación apuntada consiste exclusivamente en el distinto grado de generalidad de las disposiciones de una parte en relación con las de la otra. Es así como no hay diferencia entre el carácter normativo de las disposiciones respectivas: tan vinculantes son las de la primera parte como las de la segunda. Por otra parte, es normal que, salvo contadas excepciones, las disposiciones de la segunda parte, es decir, las de índole especial, estén en armonía con las de la primera parte, es decir, las de índole general.

4. Por otra parte, no hay diferencias aparentes entre la parte I y la parte II del proyecto de artículos con respecto a disposiciones que pertenecen efectiva o potencialmente al derecho consuetudinario o al *jus cogens*, o que constituyen normas de desarrollo progresivo del derecho internacional. En otras palabras, tanto en la parte I como en la parte II se pueden encontrar disposiciones de cualquiera de esos tipos.

5. Por todas las razones expuestas, debería suprimirse el artículo 19.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 43, párr. 4 del comentario del artículo 27.

República Checa

Las disposiciones de la parte II del proyecto de artículos tienen por objeto aplicar los principios generales enunciados en la parte I a diferentes categorías de sucesión de Estados. La Comisión no pretende recoger aquí el derecho internacional vigente. La parte II parece tener por objeto principal servir de fuente de inspiración a los Estados interesados cuando, por ejemplo, celebren negociaciones a fin de resolver cuestiones de nacionalidad mediante acuerdo o cuando estén estudiando la posibilidad de promulgar legislación nacional con el propósito de resolver esos problemas. Esa es por lo menos la interpretación que da la República Checa al artículo 19, a pesar del hecho de que los términos empleados en los artículos siguientes de la parte II son bastante afirmativos (los verbos están en futuro en todos los casos), como si de alguna manera se estuvieran estableciendo reglas vinculantes. En verdad esto podría justificarse incluso en el marco de un instrumento de naturaleza declaratoria si están involucrados principios generales, en su mayoría basados firmemente en el derecho consuetudinario, como ocurre en la parte I del proyecto de artículos. Esos términos podrían, sin embargo, resultar algo confusos y perturbadores en el contexto de la parte II, y la Comisión podría tal vez reconsiderar si el artículo 19 es suficiente para disipar todas las dudas posibles a ese respecto.

SECCIÓN 1. TRANSFERENCIA DE PARTE DEL TERRITORIO

Artículo 20.—Atribución de la nacionalidad del Estado sucesor y privación de la nacionalidad del Estado predecesor

Argentina

1. La doctrina y el derecho consuetudinario reconocen el principio general de que, como consecuencia de la transferencia de una parte del territorio de un Estado a otro Estado, se produce el cambio de nacionalidad de los habitantes del territorio incorporado o cedido, que pasan a tener la nacionalidad del Estado adquirente o cesionario. Podestá Costa lo fundamenta en que no sería posible que

el Estado cesionario o anexante hubiese de ejercer soberanía en un territorio cuyos habitantes pertenecieran por completo a otra comunidad política[1].

[1] L. A. Podestá Costa y José María Ruda, *Derecho Internacional Público* (Buenos Aires, TEA, 1955), vol. I, pág. 150.

Brunei Darussalam

Esta disposición se refiere a la situación en que la persona afectada puede ejercer su derecho a optar por la nacionalidad del Estado predecesor aun cuando su lugar habitual de residencia sea el territorio cedido a otro Estado. No parece aplicarse a la situación en que los nacionales del Estado predecesor que tienen su residencia habitual fuera del territorio transferido al Estado sucesor desean cambiar su nacionalidad a fin de adquirir la del Estado sucesor.

Francia

1. Algunas de las disposiciones del artículo 20 están comprendidas dentro de la categoría de codificación, en tanto que otras, que hacen hincapié en el derecho de opción, quedan comprendidas dentro de la categoría de desarrollo progresivo del derecho internacional.

2. El proyecto implica que una persona tiene el derecho a elegir su nacionalidad libremente. Los derechos de los Estados con respecto a la nacionalidad, comparados con los derechos de las personas, no se deben limitar indebidamente. A diferencia del criterio indicado en el artículo 20, es esencial no terminar en la «búsqueda del foro más favorable» para la nacionalidad y evitar la «privatización» de la nacionalidad, que pasa por alto el hecho de que la nacionalidad es una cuestión de derecho público sobre la que las personas no tienen libertad para decidir. Los Estados deben mantener control sobre la atribución de nacionalidad.

Grecia

1. En el caso de transferencia de parte del territorio, el derecho de opción, de conformidad con la práctica internacional, debe reconocerse sólo a las personas que tengan vínculos efectivos con el Estado predecesor. Es superfluo, e incluso ingenuo, tratar de someter al procedimiento de opción a personas que tienen vínculos con el Estado sucesor.

2. Véanse también las «Observaciones generales» *supra.*

Guatemala

1. No parece haber razón para no aplicar el mismo régimen a la transferencia de parte del territorio de un Estado y a la separación de parte del territorio de un Estado (secciones 1 y 4, respectivamente, de la parte II del proyecto de artículos). En efecto, las dos únicas diferencias entre la transferencia y la separación que son pertinentes consisten en que: *a*) en el caso de la transferencia el Estado sucesor es preexistente a la sucesión, mientras que en el caso de la separación el Estado sucesor nace con la sucesión, y *b*) en el caso de la transferencia sólo parte del territorio del Estado sucesor resulta afectada por la sucesión, mientras que en el caso de la separación la totalidad de su territorio resulta afectada. No obstante, en el proyecto de artículos se aplican regímenes distintos a uno y otro caso. Esto es obvio a primera vista, puesto que la transferencia de parte del territorio de un Estado está regida por un solo artículo, el 20, mientras que a la separación de parte o partes de un Estado se aplican tres artículos, los artículos 24 a 26. Estos últimos establecen un régimen mucho más amplio y completo que el del artículo 20.

2. Por ello, a Guatemala le parece conveniente suprimir el artículo 20 y reemplazarlo por tres artículos, numerados provisionalmente 20 A, 20 B y 20 C, que difieren, respectivamente, de los artículos 24, 25 y 26 solamente por habérseles hecho los ligeros ajustes siguientes: *a*) en el encabezamiento del artículo 24 (convertido ahora en artículo 20 A) se reemplazaría la frase «una o varias partes del territorio de un Estado se separen de éste para formar uno o varios Estados sucesores mientras el Estado predecesor sigue existiendo» por la frase «un Estado traspase parte de su territorio a otro Estado»; al final del encabezamiento del artículo 24 se reemplazaría la referencia al artículo 26 por la referencia a un artículo 20 C; *b*) en el artículo 25 (convertido en artículo 20 B), se reemplazarían las expresiones «artículo 24» y «artículo 26» por las expresiones «artículo 20 A» y «artículo 20 C», respectivamente; y *c*) en el artículo 26 (convertido en artículo 20 C) se reemplazarían las palabras «artículos 24 y 25» por las palabras «artículos 20 A y 20 B», respectivamente, y al final del artículo se suprimirían las palabras «o de dos o más Estados sucesores».

3. Con estos cambios, no solamente quedaría ampliado y mejorado el régimen demasiado escueto que establece el artículo 20, sino que ese régimen sería ahora comparable, *mutatis mutandis*, con el relativo a la separación de partes de un Estado (configurado por los artículos 24 a 26), lo que es razonable.

República Checa

Sería útil complementar el texto actual del artículo 20 con una referencia a la obligación del Estado predecesor de privar de su nacionalidad a las personas afectadas que tengan su residencia habitual en el territorio transferido sólo después de que esas personas adquieran la nacionalidad del Estado sucesor. Este es un corolario evidente de la obligación del Estado de impedir la apatridia de conformidad con el artículo 3, pero es preferible establecer una cláusula explícita a este efecto, teniendo en cuenta además el hecho de que una cláusula explícita de esa naturaleza ha encontrado cabida en el artículo 25. Tal adición se podría redactar en los términos del párrafo 1 *in fine* del artículo 25.

Suiza

El artículo 20 se refiere al caso de la transferencia de sólo parte del territorio de un Estado. Dispone que el Estado sucesor debe atribuir su nacionalidad a las personas que tengan su residencia habitual en el territorio transferido. Al mismo tiempo, garantiza a esas personas el derecho a optar por la nacionalidad del Estado predecesor. La concesión de ese derecho de opción haría posible sin duda respetar los deseos de las personas que tienen ese derecho, pero impondría una pesada carga al Estado predecesor.

Además, podría crear, en el territorio transferido, un grupo grande de población con la nacionalidad del Estado predecesor, situación que no parece conveniente. Por ese motivo, Suiza, al igual que algunos miembros de la Comisión[1], estima que el derecho de opción concedido por el Estado predecesor debe limitarse a las personas que hayan conservado vínculos con el Estado predecesor. Cabría preguntar también, en aras de la simetría, si el Estado sucesor tendría que ofrecer también el derecho de opción a los nacionales del Estado predecesor que no residieran en el territorio transferido pero que tuvieran vínculos con ese territorio. Por último, el artículo 20 nada dispone para el caso de las personas afectadas que residan en el territorio de terceros Estados. Sería conveniente permitir que esas personas adquieran la nacionalidad del Estado sucesor si tienen vínculos con éste.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 37, párr. 5 del comentario del artículo 20.

Sección 2. Unificación de Estados

Artículo 21.—Atribución de la nacionalidad del Estado sucesor

Grecia

Véanse las «Observaciones generales» *supra*.

Sección 3. Disolución de un Estado

Artículo 22.—Atribución de la nacionalidad de los Estados sucesores

Brunei Darussalam

Brunei Darussalam estima que el artículo 22 concede demasiada importancia al criterio de la residencia habitual, pasando por alto la práctica reciente aplicada en Europa central y oriental, donde el criterio principal utilizado fue el de la nacionalidad de las antiguas unidades de Estados federales.

Francia

Deberían establecerse más claramente los vínculos entre los artículos 7, 10, 22 y 23, porque la relación entre esas disposiciones es difícil de entender.

Grecia

Véanse las «Observaciones generales» *supra*.

Guatemala

Puede mejorarse la redacción del artículo 22, apdo. *b*, inc. ii) reemplazando la expresión «antes de abandonar» por la expresión «al abandonar» y suprimiendo, más adelante, la palabra «última».

Italia

Véanse las observaciones generales que figuran en la parte II.

Suiza

Suiza se pregunta, sin pretender alterar el fondo del artículo 22, si no sería una buena idea juntar en una misma cláusula los casos a que se refieren los incisos i) y ii) del apartado *b*.

Artículo 23.—Concesión del derecho de opción por los Estados sucesores

Francia

Deberían establecerse más claramente los vínculos entre los artículos 7, 10, 22 y 23, porque la relación entre esas disposiciones es difícil de entender.

Grecia

Es difícil evaluar el derecho de opción establecido en el párrafo 1 del artículo 23, porque depende de factores desconocidos que son asunto exclusivo del derecho interno de los Estados interesados.

Guatemala

Si se interpreta en forma absolutamente literal, el párrafo 1 del artículo 23 obliga a conceder el derecho de opción a su nacionalidad no sólo a los Estados sucesores cuya nacionalidad están en condiciones de adquirir las personas afectadas en cuestión, sino también a todos los demás Estados sucesores. Para suprimir este aparente absurdo, parece conveniente darle al párrafo 1 la siguiente redacción: «Si se da el caso de que las personas afectadas comprendidas en el artículo 22 reúnen las condiciones para adquirir la nacionalidad de dos o más Estados sucesores, éstos concederán un derecho de opción a dichas personas». Este cambio, empero, no es suficiente. Guatemala considera que las «condiciones» que menciona el párrafo 1 no pueden ser otras que las que enuncia el párrafo 22. Sin embargo, si, de nuevo, se le toma en sentido literal, el párrafo hace pensar que se trata de condiciones distintas. Para impedir que surja esta impresión equivocada, convendría hacer un segundo cambio en el párrafo 1, cuyo texto quedaría así: «Si de conformidad con el artículo 22 a las personas afectadas les corresponde la nacionalidad de dos o más Estados sucesores, éstos concederán un derecho de opción a dichas personas».

República Checa

1. El artículo 23 no debe interpretarse en el sentido de que considera el derecho de opción como único medio aceptable de tratar la cuestión de la nacionalidad de las personas que tienen derecho a adquirir la nacionalidad de varios Estados sucesores conforme a las normas establecidas en el artículo 22. Esto iría sin duda más allá de la *lege lata*, y el artículo 19 (así como el párrafo 1 del artículo 10) deja muy en claro que en este caso la concesión del derecho de opción simplemente se sugiere o propone

a los Estados y no constituye una imposición. Otros medios son concebibles, y de hecho existen, para abordar la cuestión concreta de las personas con derecho a adquirir la nacionalidad de dos o más Estados sucesores. Ellos son, por ejemplo, la celebración de negociaciones entre los Estados interesados con vistas a establecer un solo criterio sustitutivo armonizado, ya sea el que se menciona en el artículo 22, apdo. *a*, o uno de los que figuran en el artículo 22, apdo. *b*, o incluso la posibilidad de escoger unilateralmente un criterio sustitutivo (evidentemente en ese caso con la condición de conceder un derecho de opción apropiado a las personas afectadas que, de no ser así, resultarían apátridas como resultado de la sucesión de Estados, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 10). La práctica reciente en materia de sucesión de Estados ha demostrado que una variedad de esos sistemas podrían dar resultados satisfactorios y ser al mismo tiempo plenamente coherentes con los principios fundamentales de protección establecidos en la parte I. Además, cabe señalar a este respecto que la Comisión, en su comentario del párrafo 1 del artículo 10, refiriéndose a la voluntad de las personas afectadas, señaló que «[l]a expresión 'tendrán en cuenta' implica que no existe ninguna obligación estricta de reconocer un derecho de opción a esa categoría de personas afectadas»[1]. Desde un punto de vista *de lege lata*, es, por ende, incontrovertible que el derecho internacional tolera más flexibilidad que lo que el artículo 22, conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 23, parecen reconocer, y la República Checa tiene entendido que el artículo 19 reconoce sin duda esa mayor flexibilidad para aplicar los principios de la parte I a situaciones concretas, incluida la prevista en la sección 3.

2. Tras estudiar la cuestión cuidadosamente, la República Checa considera, sin embargo, que *de lege ferenda* podría ser absolutamente conveniente, en lo que respecta a las personas calificadas *a priori* para adquirir varias nacionalidades, fomentar el derecho de opción como el medio más eficiente de abordar el problema que nos ocupa e integrar al mismo tiempo en la mayor medida posible su dimensión de derechos humanos.

3. En vista de estas consideraciones y teniendo presente además el carácter indicativo de la parte II según lo dispuesto en el artículo 19, la República Checa considera que la redacción actual del artículo 23 es un paso en la dirección correcta y un loable intento de parte de la Comisión de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 28, párr. 8 del comentario del artículo 10.

Sección 4. Separación de parte o partes del territorio

Artículo 24.—Atribución de la nacionalidad del Estado sucesor

Brunei Darussalam

El significado y alcance de las expresiones «vínculo jurídico apropiado» y «cualquier otro vínculo apropiado» no están realmente claros.

Grecia

Véanse las «Observaciones generales» *supra*.

Guatemala

Puede mejorarse la redacción del artículo 24, apdo. *b*, inc. ii) reemplazando la expresión «antes de abandonar» por la expresión «al abandonar» y suprimiendo, más adelante, la palabra «última».

Suiza

Suiza se pregunta, sin pretender alterar el fondo de la disposición, si no sería buena idea juntar en una misma cláusula los casos a que se refieren los incisos i) y ii) del apartado *b*.

Artículo 25.—Privación de la nacionalidad del Estado predecesor

Brunei Darussalam

El artículo 25 concede la opción al Estado predecesor de privar de su nacionalidad a las personas que hayan adquirido la nacionalidad del Estado sucesor. También en este caso el significado y alcance de las expresiones «vínculo jurídico apropiado» y «cualquier otro vínculo apropiado» no están realmente claros.

Grecia

1. Valdría la pena excluir del proyecto algunas disposiciones que son cuestión de la política general de los Estados con respecto a la nacionalidad o que no tienen relación directa con la cuestión de la sucesión de Estados. Ese es el caso, en particular, del párrafo 2 del artículo 25, que se podría omitir del proyecto.

2. Véanse también las «Observaciones generales» *supra*.

Artículo 26.—Concesión del derecho de opción por el Estado predecesor y el Estado sucesor

Grecia

Es difícil evaluar el derecho de opción establecido en el artículo 26, porque depende de factores desconocidos que son asunto exclusivo del derecho interno de los Estados interesados. Además, parece excesivo someter a las personas mencionadas en el párrafo 2 del artículo 25 a un procedimiento de opción.

República Checa

Los comentarios relativos al artículo 23 de la sección 3 se aplican *mutatis mutandis* al artículo 26 de la sección 4.

Artículo 27.—Casos de sucesión de Estados comprendidos en el presente proyecto de artículos

Argentina

La Argentina considera que esta norma es acertada y su inclusión en el proyecto resulta pertinente. En relación con su ubicación en el proyecto, quizás en una segunda lectura se debería insertar en la parte I.

Finlandia (en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)

1. La disposición que limita la aplicación del proyecto de artículos, en consonancia con las Convenciones de Viena de 1978 y de 1983, a las sucesiones de Estados que se produzcan de conformidad con el derecho internacional es, desde un punto de vista general, una adición acertada. La inclusión de la frase «Sin perjuicio del derecho de las personas afectadas a una nacionalidad», sin embargo, puede dar origen a interpretaciones divergentes y tal vez podría reexaminarse.

2. Queda entendido que posteriormente se adoptaría una decisión sobre la colocación definitiva del artículo dentro de la parte I.

Grecia

La frase «Sin perjuicio del derecho de las personas afectadas a una nacionalidad» es inaceptable desde todo punto de vista. Aun si la Comisión deseara hacer del derecho a una nacionalidad una regla de *jus cogens*, ese derecho no tendría cabida en el contexto del artículo 27, que en realidad prevé el caso de un delito internacional, situación que no permite excepciones.

Suiza

Suiza estima que el artículo 27, que define el alcance del proyecto de artículos, incluido el alcance de las disposiciones generales (artículos 1 a 18), debe estar colocado al comienzo del texto. También comparte la opinión de algunos miembros de la Comisión que estiman que la frase con que comienza el artículo vuelve ambigua toda la disposición[1], y considera que una disposición de un tratado internacional o una declaración de la Asamblea General debe ser inteligible sin que el lector deba estudiar la jurisprudencia de la CIJ.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 43, párr. 3 del comentario del artículo 27.

CAPÍTULO III

Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre la cuestión de la nacionalidad de las personas jurídicas en relación con la sucesión de Estados

Grecia

Con respecto a los efectos de la sucesión de Estados sobre la nacionalidad de las personas jurídicas, Grecia espera con interés los resultados preliminares de la labor de la Comisión sobre esta cuestión, que se ha estudiado poco hasta ahora a nivel internacional. Este estudio debería basarse principalmente en la práctica de los Estados que han experimentado recientemente casos de sucesión.

LA NACIONALIDAD EN RELACIÓN CON LA SUCESIÓN DE ESTADOS

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/497

Memorando de la Secretaría

ÍNDICE

		Párrafos	*Página*
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe			194
INTRODUCCIÓN		1-4	195
Capítulo			
I.	OBSERVACIONES GENERALES DE LOS ESTADOS SOBRE EL PROYECTO DE ARTÍCULOS	5-21	195
	A.—Estrategia general	5-9	195
	B.—Consideraciones de derechos humanos	10-12	196
	C.—Forma que ha de adoptar el futuro instrumento	13-17	196
	D.—Estructura del proyecto de artículos	18-21	197
II.	OBSERVACIONES RELATIVAS A DETERMINADOS ARTÍCULOS	22-158	197
	PREÁMBULO	22	197
	PARTE I. DISPOSICIONES GENERALES	23-116	197
	Artículo 1.—Derecho a una nacionalidad	23-27	197
	Artículo 2.—Términos empleados	28-31	198
	Artículo 3.—Prevención de la apatridia	32-35	198
	Artículo 4.—Presunción de nacionalidad	36-43	199
	Artículo 5.—Legislación relativa a la nacionalidad y las cuestiones conexas	44-45	200
	Artículo 6.—Fecha de efectividad	46-48	200
	Artículo 7.—Atribución de la nacionalidad a las personas afectadas que tengan su residencia habitual en otro Estado	49-55	200
	Artículo 8.—Renuncia a la nacionalidad de otro Estado como condición para atribuir la nacionalidad	56-58	201
	Artículo 9.—Pérdida de la nacionalidad por adquisición voluntaria de la nacionalidad de otro Estado	59-61	201
	Artículo 10.—Respeto de la voluntad de las personas afectadas	62-73	201
	Artículo 11.—Unidad de la familia	74-81	202
	Artículo 12.—Niños nacidos después de la sucesión de Estados	82-86	203
	Artículo 13.—Condición jurídica de los residentes habituales	87-91	204
	Artículo 14.—No discriminación	92-98	204
	Artículo 15.—Prohibición de decisiones arbitrarias relativas a cuestiones de nacionalidad	99-100	205
	Artículo 16.—Procedimientos relativos a las cuestiones de nacionalidad	101-102	205
	Artículo 17.—Intercambio de información, consultas y negociaciones	103-104	205
	Artículo 18.—Otros Estados	105-116	206
	PARTE II. DISPOSICIONES QUE SE APLICAN A CATEGORÍAS ESPECÍFICAS DE SUCESIÓN DE ESTADOS	117-158	207
	Artículo 19.—Aplicación de la parte II	124-128	208
	Sección 1. Transferencia de parte del territorio	129-133	208
	Artículo 20.—Atribución de la nacionalidad del Estado sucesor y privación de la nacionalidad del Estado predecesor	129-133	208
	Sección 2. Unificación de Estados	134	209
	Artículo 21.—Atribución de la nacionalidad del Estado sucesor	134	209

		Página
Sección 3. Disolución de un Estado	135-143	209
Artículo 22.—Atribución de la nacionalidad de los Estados sucesores	135-138	209
Artículo 23.—Concesión del derecho de opción por los Estados sucesores	139-143	210
Sección 4. Separación de parte o partes del territorio	144-158	210
Artículo 24.—Atribución de la nacionalidad del Estado sucesor	144-146	210
Artículo 25.—Privación de la nacionalidad del Estado predecesor	147-150	211
Artículo 26.—Concesión del derecho de opción por el Estado predecesor y el Estado sucesor	151-154	211
Artículo 27.—Casos de sucesión de Estados comprendidos en el presente proyecto de artículos	155-158	211

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad (La Haya, 12 de abril de 1930)	Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, pág. 89.
Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, n.º 973, págs. 287. En español, véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 138 y ss.
Convención sobre la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 450, pág. 241.
Convención para reducir los casos de apatridia (Nueva York, 30 de agosto de 1961)	Ibíd., vol. 989, n.º 14458, pág. 221.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Convención americana sobre derechos humanos – «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, Viena, 4 de abril-6 de mayo de 1977 y 31 de julio-23 de agosto de 1978*, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.79.V.10).
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1249, pág. 70.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, n.º 31363, pág. 371.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983)	Ibíd., *Anuario Jurídico 1983* (n.º de venta: S.90.V.1), pág. 154.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento n.º 49*, resolución 44/25, anexo.
Convenio europeo sobre la nacionalidad (Estrasburgo, 6 de noviembre de 1997)	Consejo de Europa, *Série des traités européens*, n.º 166.

Introducción

1. En su 49.º período de sesiones, la Comisión aprobó en primera lectura un proyecto de preámbulo y un proyecto de 27 artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados con los comentarios correspondientes[1]. De conformidad con los artículos 16 y 21 de su estatuto, la Comisión decidió transmitir el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos a fin de que formularan comentarios y observaciones.

2. Los Estados Miembros dieron a conocer sus opiniones sobre el proyecto en la Sexta Comisión, durante los períodos de sesiones quincuagésimo segundo y quincuagésimo tercero de la Asamblea General[2]. Una síntesis de sus observaciones figura en los resúmenes por temas de los debates celebrados en la CDI durante esos períodos de sesiones[3].

3. El 15 de diciembre de 1997, la Asamblea General aprobó la resolución 52/156 titulada «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones». En el párrafo 2 de esa resolución, la Asamblea señaló a la atención de los gobiernos la importancia que revestía para la Comisión contar con sus observaciones acerca de proyecto de artículos, y los instó a que presentaran sus comentarios y observaciones por escrito antes del 1.º de octubre de 1998. Los comentarios presentados por escrito por los gobiernos sobre el proyecto figuran en el documento A/CN.4/493[4].

4. El presente memorando contiene una reseña de los comentarios y observaciones presentados por los gobiernos, ya sea verbalmente en la Sexta Comisión o por escrito. La reseña se ajusta a la estructura del proyecto de artículos. Cuando corresponde, se ponen de relieve las opiniones divergentes de los miembros de la CDI respecto de determinados artículos, expresadas durante la aprobación del proyecto de artículos en primera lectura.

[1] El texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes figuran en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 49.º período de sesiones (*Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 17 a 43).

[2] Los siguientes Estados expresaron sus opiniones sobre el proyecto de artículos durante los períodos de sesiones quincuagésimo segundo y quincuagésimo tercero de la Asamblea General: Alemania, Argelia, Argentina, Bahrein, Bangladesh, Brasil, Camerún, China, Costa Rica, Croacia, Egipto, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Finlandia (en nombre de los países nórdicos), Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Indonesia, Israel, Italia, Jamahiriya Árabe Libia, Japón, Malawi, México, Países Bajos, Pakistán, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, República Unida de Tanzanía, Suiza, Tailandia, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

[3] A/CN.4/483, párrs. 5 a 60 y A/CN.4/496, párrs. 128 a 141.

[4] Hasta el 1.º de marzo de 1999 se habían recibido respuestas de los siguientes Estados (en las fechas que se indican): la Argentina (13 de noviembre de 1998); Brunei Darussalam (9 de octubre de 1998); Finlandia (en nombre de los países nórdicos: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) (29 de septiembre de 1998); Francia (30 de octubre de 1998); Grecia (1.º de septiembre de 1998); Guatemala (11 de junio de 1998); Italia (26 de octubre de 1998); la República Checa (14 de septiembre de 1998) y Suiza (27 de noviembre de 1997).

CAPÍTULO I

Observaciones generales de los Estados sobre el proyecto de artículos

A.—Estrategia general

5. En general, los Estados acogieron con agrado la rápida aprobación en primera lectura del proyecto de artículos. Esa labor fue calificada de oportuna y útil contribución a la solución de los problemas que enfrentaban los Estados[5]. Se consideró que el proyecto de artículos era un útil complemento de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados y de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (en adelante, Convenciones de Viena de 1978 y de 1983, respectivamente)[6].

6. Se reconoció que este era un tema difícil de tratar[7]. Se hizo referencia, por ejemplo, a la divergencia de los regímenes sobre tratados, a la falta de claridad del derecho consuetudinario pertinente, a la poca jurisprudencia que había en la materia y a la variedad de las leyes aplicables[8]. Se observó, sin embargo, que el proyecto de artículos aclaraba una cuestión que en el pasado había dado lugar a grandes controversias de índole tanto teórica como práctica y que, si bien no se había dado respuesta a todos los interrogantes, sus parámetros y consecuencias estaban ahora mucho más claros que antes[9].

7. Se expresó apoyo a la estrategia general adoptada por la Comisión[10]. Se dijo, sin embargo, que el proyecto era «intervencionista» si no «dirigista»; se sostuvo que no debían imponerse limitaciones a los Estados y que se debía conservar flexibilidad suficiente[11]. Esta observación estaba dirigida en particular a las disposiciones relativas al derecho de opción; se consideraba que esos problemas debían resolverse mediante acuerdos bilaterales.

[5] A/CN.4/483, párr. 5; A/CN.4/496, párr. 133.

[6] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Francia sobre las «Observaciones generales».

[7] Ibíd., observaciones de Francia e Italia.

[8] Ibíd., observaciones de Francia.

[9] Ibíd., observaciones de Suiza.

[10] A/CN.4/496, párr. 133.

[11] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Francia; A/CN.4/496, párr. 136.

8. Se expresó también la opinión de que el proyecto de artículos debía concentrarse más en los efectos de la sucesión de Estados sobre la nacionalidad de las personas naturales y menos en la nacionalidad de las personas naturales como tal y que aquellas disposiciones que se referían a la política general de los Estados con respecto a la nacionalidad, o que no tenían relación directa con la cuestión de la sucesión de Estados, debían quedar excluidas del proyecto[12]. En consecuencia, sería preferible un título como «Efectos de la sucesión de Estados en la nacionalidad de las personas naturales» o «La sucesión de Estados y la nacionalidad de las personas naturales»[13].

9. Se planteó la cuestión de si debía clasificarse el proyecto como codificación o como desarrollo progresivo del derecho internacional público[14]. Se estimó que, sin eliminar la atribución de nacionalidad del ámbito de la competencia interna de los Estados, el proyecto de artículos establecía una serie de principios básicos sobre el tema que proporcionaban una extensa codificación del derecho internacional consuetudinario actual en que se reflejaba la práctica de los Estados, las opiniones de los tratadistas y la jurisprudencia[15] e impartían directrices a los Estados para la normalización de sus reglas internas y para asegurar una mayor certidumbre en el plano jurídico[16]. Se dijo también que, como ocurría con frecuencia con proyectos de artículos presentados por la Comisión, el presente proyecto era una combinación de las normas vigentes de derecho consuetudinario y de disposiciones que tenían por objeto el desarrollo del derecho internacional. Según esta opinión, el elemento de desarrollo del derecho internacional era parte indispensable del proyecto, cuyo objeto era abarcar el tema de la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados en su totalidad y proponer un régimen jurídico más satisfactorio que aquel que se podría deducir de los principios del derecho internacional ya establecidos[17].

B.—Consideraciones de derechos humanos

10. La postura adoptada por la Comisión con respecto a los derechos humanos recibió amplio apoyo[18]. Varios Estados encomiaron a la Comisión por haber tenido en cuenta las tendencias más recientes del derecho internacional, especialmente en lo que respecta a la protección internacional de los derechos humanos[19].

11. Se opinó que la Comisión había logrado establecer un equilibrio adecuado entre los derechos y los intereses de las personas y de los Estados, teniendo también en cuenta los intereses de la comunidad internacional[20]. Aun aquellos que consideraban que, al hacer hincapié en los derechos y los intereses tanto de los Estados como de las personas, la Comisión había ido mucho más allá de la forma tradicional de abordar el derecho de la nacionalidad, dijeron que no tenían reparos en seguir a la Comisión por ese camino, a condición de que se mantuviera el equilibrio entre los intereses de los Estados y los de las personas[21].

12. Sin embargo, se observó también que la Comisión no debía, con respecto a los derechos de las personas, exceder su mandato en relación con el tema y que se debía velar por que el proyecto de artículos no impusiera normas más restrictivas a los Estados involucrados en una sucesión[22].

C.—Forma que ha de adoptar el futuro instrumento

13. La Comisión había presentado el presente proyecto de artículos en forma de un proyecto de declaración, sin perjuicio de la decisión final sobre la forma que debería revestir el proyecto de artículos[23].

14. La mayoría de los Estados fueron partidarios de que el proyecto de artículos tomara en definitiva la forma de una declaración. Se subrayó que, si el propósito del futuro instrumento era proporcionar a los Estados que participaban en una sucesión un conjunto de principios jurídicos acompañados de algunas recomendaciones que sus legisladores deberían seguir al redactar las leyes sobre nacionalidad, la forma de una declaración aprobada por la Asamblea General no sólo podría ser suficiente para el cumplimiento de ese objetivo, sino que hasta podría presentar algunas ventajas en comparación con la forma un tanto rígida de una convención, que era la forma utilizada tradicionalmente para la finalización de la labor de la Comisión[24]. Se sostuvo que una declaración: *a*) sería una forma más rápida, pero al mismo tiempo autorizada, de atender a la necesidad de contar con directrices claras sobre la materia, sin excluir la elaboración de una convención sobre el mismo tema más adelante[25]; *b*) permitiría abordar una variedad más amplia de problemas que una convención que estableciera obligaciones estrictamente vinculantes para los Estados[26], y *c*) si se adoptaba por consenso, podría tener más peso que una convención ratificada por sólo un pequeño número de Estados. Se observó además que, si el proyecto tomaba la forma de un tratado, los Estados que fuesen partes en él con anterioridad a la sucesión estarían obligados por el texto en su integridad, mientras que los nuevos Estados surgidos de la sucesión sólo estarían obligados en virtud de las disposiciones que reflejaran normas consuetudinarias, las enunciadas en la parte I del proyecto de artículos y, en consecuencia, se

[12] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia.

[13] A/CN.4/483, párr. 59.

[14] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Francia sobre la forma que debía adoptar el proyecto de artículos.

[15] Ibíd., observaciones de la Argentina sobre las «Observaciones generales».

[16] Ibíd., observaciones de Italia.

[17] Ibíd., observaciones de la República Checa sobre la forma que debía adoptar el proyecto de artículos.

[18] A/CN.4/483, párr. 7.

[19] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la Argentina y Finlandia (en nombre de los países nórdicos) sobre las «Observaciones generales».

[20] A/CN.4/483, párr. 7.

[21] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la República Checa sobre las «Observaciones generales».

[22] A/CN.4/483, párr. 7.

[23] *Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 17, párr. 3 del comentario al proyecto de preámbulo.

[24] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la República Checa sobre la forma que debía adoptar el proyecto de artículos.

[25] Ibíd., observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos).

[26] Ibíd., observaciones de la República Checa.

aplicarían normas distintas a las distintas partes en un mismo caso de sucesión[27].

15. Por otra parte, algunos Estados expresaron preferencia por la elaboración de una convención, que era la forma adoptada por la labor anterior de la Comisión sobre el tema de la sucesión de Estados[28]. Se señaló además que sería problemático rechazar la forma de tratado para un conjunto de artículos que modificaban las normas de origen consuetudinario ya aplicadas por los Estados. Si no se escogía la forma de tratado, uno de los objetivos de la codificación —cual era la redacción de nuevas convenciones— no se habría cumplido. Además, en tal caso las normas enunciadas en el proyecto de artículos probablemente tendrían efectos jurídicos a pesar de no ser normas establecidas en un tratado[29].

16. También se expresó la opinión de que, tal como estaba, el texto parecía más bien un proyecto de convención y que incluso había cierto grado de «imitación jurídica» de parte del proyecto de artículos con respecto a las Convenciones de Viena de 1978 y 1983, lo que no hacía sino aumentar las dudas que existían en cuanto a la forma definitiva del texto.

17. Se mencionaron también otras posibilidades con respecto a la forma definitiva que debía adoptar el proyecto de artículos, tales como un conjunto de directrices para la legislación nacional, o normas modelo[30].

D.—Estructura del proyecto de artículos

18. La estructura del proyecto de artículos suscitó comentarios favorables[31]. La idea de dividir el proyecto de artículos en dos partes, en la primera de las cuales se enunciaban reglas de carácter general, y en la segunda, reglas facultativas aplicables a cada una de las cuatro situaciones relacionadas con la sucesión de Estados descritas en el proyecto de artículos, recibió amplio apoyo[32].

19. Se dijo que, si bien no se podía considerar que la totalidad de la parte I fuera simplemente un reflejo del derecho vigente —pues también incluía recomendaciones—, el carácter recomendatorio se hacía mucho más evidente en la parte II, la que tenía por objeto principal proporcionar orientación o inspiración a los Estados que se hallaban envueltos en una sucesión en sus intentos por resolver los problemas de nacionalidad. Era sensato suponer que los Estados interesados podían, de mutuo acuerdo —ya fuera explícito o incluso implícito—, decidir aplicar conforme a una técnica diferente las disposiciones de la parte I en un caso determinado de sucesión[33].

20. Sin embargo, se observó que, si el artículo 19 fuera interpretado *a contrario sensu*, las disposiciones de la parte I del proyecto serían normas imperativas; por ello, se sugirió revisar todos los artículos de la parte I del proyecto a fin de determinar si en realidad quedaban comprendidos en esa categoría[34].

21. Se señaló también que, si en último término el texto tomara la forma de un *tratado*, era evidente que en ese caso sería necesario complementarlo con disposiciones relativas al arreglo de controversias[35].

[27] A/CN.4/483, párr. 57.

[28] Ibíd., párr. 58.

[29] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Francia sobre la forma que debía adoptar el proyecto de artículos.

[30] A/CN.4/483, párr. 58.

[31] Ibíd., párr. 6.

[32] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la Argentina, la República Checa y Suiza sobre la estructura del proyecto de artículos.

[33] Ibíd., observaciones de la República Checa.

[34] A/CN.4/483, párr. 6; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Suiza sobre la estructura del proyecto de artículos.

[35] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Suiza sobre las «Observaciones generales».

CAPÍTULO II

Observaciones relativas a determinados artículos

PREÁMBULO

22. No se formularon comentarios ni observaciones relativos al preámbulo propiamente dicho.

PARTE I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.—Derecho a una nacionalidad

23. Se dijo que el derecho a una nacionalidad en el contexto de una sucesión de Estados que se establecía en el artículo 1, constituía una norma fundamental del proyecto, que suponía un adelanto importante en la protección internacional de los derechos humanos y una mejora del sentido positivo del principio englobado en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[36].

24. Se elogió además a la Comisión por ir más allá del planteamiento tradicional del derecho a una nacionalidad, según el cual se trataba principalmente de una formulación positiva del deber de evitar la apatridia y no de un derecho a una nacionalidad determinada, y por haber dado a ese derecho una aplicabilidad y un ámbito precisos a partir del hecho de que, en los casos de sucesión de

[36] Ibíd., observaciones de Italia sobre el artículo 1. La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

Estados, era fácil determinar cuáles eran los Estados partes en ella[37]. Se destacó también que en esta cuestión el problema no era el derecho a una nacionalidad *in abstracto*, sino más bien ese derecho en el contexto exclusivo de la sucesión de Estados. Además, el derecho a una nacionalidad estaba claramente subordinado a las disposiciones de los proyectos de artículos subsiguientes[38]. Se expresó, sin embargo, la opinión de que sería difícil —excepto en el caso de la unificación de dos Estados— determinar, entre los Estados involucrados, cuál de ellos era el destinatario de la obligación correspondiente al derecho proclamado en el artículo 1[39].

25. Se señaló que se justificaba considerar que el derecho a una nacionalidad era un derecho humano, puesto que la nacionalidad solía ser un requisito indispensable para el ejercicio de otros derechos, especialmente el derecho a participar en la vida política y pública de un Estado[40].

26. Varios Estados expresaron su satisfacción por la neutralidad observada por la Comisión al abordar la cuestión de la nacionalidad múltiple, pero algunos estimaban que el proyecto de artículos debía tratar con más detalle esta cuestión, tal como lo hacía el Convenio europeo sobre la nacionalidad. Se dijo también que la doble o múltiple nacionalidad planteaba varias dificultades y que, por lo tanto, había que desalentarla[41]. Se señaló además que, aunque era esencial determinar el derecho a una nacionalidad, era discutible que fuera necesario establecer el derecho a por lo menos una nacionalidad[42].

27. Se dijo además que, dado que el artículo 1 contenía términos que se definían en el artículo 2, debía invertirse el orden de los dos artículos[43].

Artículo 2.—Términos empleados

28. En relación con la expresión «sucesión de Estados», se propuso que se la definiera como «la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad por la administración del territorio y de su población», ya que el proyecto de artículos se refería, en mayor medida que las dos Convenciones de Viena de 1978 y de 1983 sobre la sucesión de Estados en que se basaba la definición actual, al vínculo jurídico interno entre un Estado y los residentes en su territorio más que a las relaciones internacionales del Estado[44].

29. En cuanto a la expresión «persona afectada», la Comisión destacó en su comentario que la definición del apartado *f* se limitaba a la categoría de personas, claramente delimitada, que *tenía* de hecho la nacionalidad del Estado predecesor. La Comisión indicó que podría considerar en una etapa posterior si era necesario tratar, en una disposición separada, la situación de las personas que, habiendo cumplido los requisitos de fondo necesarios para adquirir esa nacionalidad, no habían podido completar las etapas del procedimiento necesario, por haberse producido la sucesión[45]. Un miembro de la Comisión expresó reservas sobre la definición contenida en el apartado *f*, sobre todo debido a su imprecisión. En su opinión, las «personas afectadas» eran, según el derecho internacional, todos los nacionales del Estado predecesor, si éste desaparecía o, en los demás casos (transferencia y separación), solamente los que tuvieran su residencia habitual en el territorio objeto de la sucesión. Era indudable que el Estado sucesor, sobre la base de su derecho interno, podía ampliar el círculo de esas personas, pero no podía hacerlo de oficio y sería necesario el consentimiento de las personas interesadas[46].

30. Un Estado se refirió al párrafo 6 del comentario a este artículo, en que había una oración que decía que «los apátridas que residían en ese territorio [el territorio asimilado] se hallan en la misma situación que los nacionales nacidos en el Estado predecesor»[47]. Expresó la opinión de que, tomada aisladamente, esta oración podía ser equívoca y debía modificarse[48].

31. Se dijo también que era necesario definir en el artículo 2 los parámetros del concepto de residencia habitual[49].

Artículo 3.—Prevención de la apatridia

32. Varios Estados destacaron la importancia de esta disposición[50]. Se dijo[51] que el texto, así como el objetivo de prevención de la apatridia, se habían beneficiado con la supresión del criterio restrictivo de la residencia habitual que se había incluido en el principio *b* que figuraba en el informe de la Comisión de 1996[52]. Se observó, por otra parte, que la obligación de evitar la apatridia se había concretado y hecho operacional en varios otros artículos, como el artículo 6, o en las salvaguardias de los artículos 7, 8 y 18[53].

33. Se indicó que, si bien era indudablemente necesario prevenir la apatridia, la concesión de una nacionalidad debía seguir siendo prerrogativa exclusiva del Estado interesado[54].

---

[37] A/CN.4/483, párr. 8; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos).

[38] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la República Checa.

[39] Ibíd., observaciones de Suiza.

[40] A/CN.4/483, párr. 8.

[41] A/CN.4/483, párr. 9; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Brunei Darussalam; A/CN.4/496, párr. 135.

[42] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia.

[43] Ibíd., observaciones de Guatemala.

[44] A/CN.4/483, párr. 10; A/CN.4/496, párr. 137.

[45] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 21, párr. 10 del comentario al artículo 2.

[46] Ibíd., párr. 12.

[47] Ibíd., pág. 20.

[48] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Suiza sobre el artículo 2.

[49] A/CN.4/483, párr. 10.

[50] Ibíd., párr. 11; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la Argentina, Francia e Italia sobre el artículo 3; A/CN.4/496, párr. 135.

[51] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos).

[52] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 83, párr. 86.

[53] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos) sobre el artículo 3.

[54] A/CN.4/483, párr. 11.

34. Se sugirió que, en vista de la definición de «persona afectada» que se hacía en el apartado *f* del artículo 2, se reemplazara en el artículo 3 la frase «personas naturales que, en la fecha de la sucesión de Estados, tengan la nacionalidad del Estado predecesor» por la expresión «personas afectadas»[55].

35. Se hicieron observaciones respecto del párrafo 6 del comentario al artículo 3, según el cual este artículo no establecía una obligación de resultado, sino una obligación de conducta respecto de los Estados interesados[56]. En relación con ello se dijo que, dada la dificultad que planteaba determinar qué Estado tenía esa obligación, tal vez convendría redactar el artículo 3 en términos de un *objetivo* que debía alcanzarse más que en términos de una obligación de conducta, por lo menos si la forma elegida para el proyecto de artículos era la de tratado[57].

Artículo 4.—Presunción de nacionalidad

36. Algunos Estados apoyaron la presunción del artículo 4. Se señaló que la disposición constituía una cláusula de salvaguardia útil y una solución innovadora al problema de apatridia que podía surgir como resultado de la sucesión de Estados[58].

37. Se observó que la presunción de nacionalidad subordinada a la residencia habitual era otra aplicación del principio de la necesidad de un vínculo auténtico entre el Estado y la persona con respecto a la nacionalidad[59], que no debía basarse en una formalidad o artificio; el criterio de la residencia habitual era el que se utilizaba más frecuentemente en la sucesión de Estados para determinar la población inicial que constituía el Estado sucesor[60]. Sin embargo, se dijo también que la presunción de nacionalidad no debía basarse únicamente en el criterio de la residencia habitual, sino más bien en los principios tradicionales del *jus soli* y el *jus sanguinis*. Se afirmó a este respecto que la mera residencia en un Estado no era prueba suficiente de un vínculo auténtico con ese Estado y no implicaba necesariamente lealtad, aspecto que se consideraba de vital importancia[61].

38. Se indicó que la presunción del artículo 4 admitía prueba en contrario no sólo mediante otras disposiciones del proyecto de artículos, sino además mediante los términos de los acuerdos concretos celebrados entre los Estados interesados[62].

39. Algunos Estados pusieron en duda que fuera procedente incluir el artículo 4, puesto que éste no tenía aplicación general. En el caso de la unificación de Estados, en lugar de esa disposición se aplicaba la del artículo 21, según la cual *todas* las personas afectadas adquirían la nacionalidad del Estado sucesor. En el caso de la transferencia de parte de un territorio, que por definición requería un acuerdo entre los Estados interesados, el acuerdo debía incluir evidentemente disposiciones sobre la nacionalidad de las personas que tenían su residencia habitual en el territorio transferido, lo que quizás no fuera compatible necesariamente con la presunción del artículo 4 (y cuando el tratado nada decía sobre la cuestión de la nacionalidad, la presunción era la contraria, es decir, en ese caso, las personas afectadas conservaban su nacionalidad)[63]. En el caso de la disolución de un Estado federal o la separación de una de sus partes, no había motivos para dejar de lado el criterio de la nacionalidad de esa parte del territorio, reconocido por la constitución federal, en favor del criterio de la residencia habitual, que no contribuía a aclarar la situación de las personas que vivían en un tercer Estado[64].

40. Se señaló que la parte II del proyecto de artículos, en la que se aplicaban las disposiciones generales de la parte I a determinadas categorías de sucesión de Estados, se basaba en gran medida en el criterio de la residencia habitual. Se consideraba, sin embargo, que sugerir ese criterio a los Estados interesados para que lo examinaran —que era el objetivo de la parte II— no era lo mismo que formular una presunción que también determinaría el comportamiento de terceros Estados[65].

41. Se dijo también que, aunque el artículo 4 se acercaba algo más a la norma fundamental del derecho relativo a la sucesión de Estados según la cual, desde la fecha de la sucesión, el Estado sucesor debía atribuir automáticamente su nacionalidad a todas las personas que tuvieran la nacionalidad del Estado predecesor y residieran habitualmente en el territorio afectado por la sucesión, no confirmaba esa norma[66].

42. Se expresó además la opinión de que la presunción de nacionalidad que establecía el artículo 4, que sólo podía funcionar como nacionalidad provisional, pondría a sus beneficiarios en la situación de poseer una nacionalidad sujeta a decisión resolutoria cuya terminación era independiente de la voluntad de la persona afectada. La precariedad de esa atribución de nacionalidad se extendería inevitablemente a los derechos y los cargos públicos que la persona afectada pudiera obtener en virtud de la posesión de esa nacionalidad. En principio, esa persona debería abandonar el cargo si seguía siendo titular de él en la fecha en que las autoridades del Estado sucesor determinaran que no le correspondía la nacionalidad de que gozaba en virtud de la presunción del artículo 4. Ello supondría la violación del principio de los derechos adquiridos. En consecuencia, el proyecto de artículos debería estipular que los titulares de la nacionalidad presunta prevista en

---

[55] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Guatemala.

[56] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 22.

[57] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Suiza sobre el artículo 3.

[58] A/CN.4/483, párr. 12.

[59] Ibíd., párr. 14.

[60] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Italia sobre el artículo 4.

[61] A/CN.4/483, párr. 14; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Brunei Darussalam sobre el artículo 4.

[62] A/CN.4/483, párr. 13; A/CN.4/496, párr. 138.

[63] Se citó un ejemplo reciente de esta situación: el Tratado sobre la frontera común estatal entre la República Checa y Eslovaquia, de 4 de enero de 1996, que estableció, entre otras cosas, un intercambio de determinados territorios entre los dos Estados. Como consecuencia del intercambio territorial no se preveía cambio automático alguno de nacionalidad (y tampoco se incluía una disposición sobre nacionalidad en el tratado) (A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la República Checa sobre el artículo 4).

[64] A/CN.4/483, párr. 15; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la República Checa sobre el artículo 4.

[65] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la República Checa sobre el artículo 4.

[66] Ibíd., observaciones de Grecia sobre las «Observaciones generales».

el artículo 4 no gozarán, ni siquiera provisionalmente, de los derechos que sólo competen a las personas que poseen la nacionalidad del Estado sucesor de manera definitiva. Pero en este caso la nacionalidad presunta del artículo 4 no sería más que una ficción, ya que el único beneficio que reportaría a sus titulares sería el derecho a residir en el territorio del Estado sucesor, lo que de todos modos tenían derecho a hacer en virtud del artículo 13. Otra posibilidad sería que el proyecto de artículos dispusiera que, si las personas que gozaban de la nacionalidad presunta podían, basándose en ella, invocar derechos adquiridos, se les permitiera naturalizarse en condiciones particularmente favorables; o que si, para poder seguir disfrutando, luego de haber perdido el beneficio de la presunción, de los derechos adquiridos de que gozaban en virtud de ella, necesitaban poder optar por la nacionalidad del Estado sucesor, les asistiera ese derecho[67].

43. Se planteó la cuestión de si la solución propuesta en el proyecto de artículo 12 no planteaba el peligro, en algunos casos, de que hubiera diferentes nacionalidades dentro de una sola familia y de si no sería preferible extender la presunción de nacionalidad del Estado de residencia habitual establecida en el artículo 4 a la situación prevista en el artículo 12, a saber, la de un niño sin nacionalidad[68].

Artículo 5.—Legislación relativa a la nacionalidad y las cuestiones conexas

44. Varios Estados expresaron apoyo a esta disposición[69]. Algunos sostuvieron que el artículo tendría que establecer una obligación en lugar de formular una mera recomendación, y estimaban que el tiempo condicional («debería») debía sustituirse por el imperativo («deberá»)[70].

45. Se hicieron varias sugerencias respecto de la redacción de esta disposición. Se propuso, por ejemplo, que en la primera oración se sustituyeran las palabras «que sea compatible con» por las palabras «que lleve a efecto». Se señaló que se lograría mayor precisión si se volviera a redactar el final de la segunda oración, de forma que dijera «para su condición jurídica y su situación». Además, la palabra «consecuencias», hacia el final del texto, se consideraba demasiado vaga, por lo que se propugnaba su sustitución[71].

Artículo 6.—Fecha de efectividad

46. Se expresó apoyo a este artículo[72].

47. Se señaló que, de conformidad con la disposición, la atribución de nacionalidad se hacía efectiva en la fecha de la sucesión; en otras palabras, era generalmente retroactiva. Esa retroactividad se aplicaba también cuando la persona afectada adquiría una nacionalidad mediante el ejercicio de un derecho de opción, pero únicamente en el caso de que, de no haber retroactividad, esa persona se hubiera convertido temporalmente en apátrida. A este respecto, se planteó la cuestión de si no debería extenderse esta última condición a todos los casos de atribución de nacionalidad, es decir, a todo el artículo 6, en lugar de aplicarse únicamente en el caso de que se ejerciera un derecho de opción. La enmienda sugerida tendría la ventaja de que la retroactividad se aplicaría sólo en la medida estrictamente necesaria[73].

48. De acuerdo a otra opinión, si bien el artículo 6 se acercaba algo más a la norma fundamental del derecho relativo a la sucesión de Estados según la cual, desde la fecha de la sucesión, el Estado sucesor debía atribuir automáticamente su nacionalidad a todas las personas que tuvieran la nacionalidad del Estado predecesor y residieran habitualmente en el territorio afectado por la sucesión, no confirmaba esa norma. Se señaló, sin embargo, que aunque esa regla no había sido establecida en la parte I, se la seguía en disposiciones concretas de la parte II (arts. 20, 21, 22, apdo. *a* y 24, apdo. *a*)[74].

Artículo 7.—Atribución de la nacionalidad a las personas afectadas que tengan su residencia habitual en otro Estado

49. Según la opinión de uno de los miembros de la Comisión, el párrafo 1 debería redactarse de manera que excluyese toda posibilidad de que un Estado atribuyera su nacionalidad *ex lege*. La mayoría de los miembros de la Comisión estimaron que esta hipótesis quedaba recogida en el párrafo 2[75].

50. Varios gobiernos consideraron que el artículo 7 era útil porque indicaba claramente que los Estados tenían ciertas prerrogativas con respecto a la atribución de su nacionalidad en relación con la sucesión de Estados[76].

51. Se expresó la opinión de que la Comisión había dado un paso importante en lo que se refería al desarrollo del derecho internacional al otorgar un papel considerable a la voluntad de las personas afectadas en el proyecto de artículos, pero que, de todos modos, era esencial que se mantuviera el equilibrio entre las disposiciones relativas a la voluntad de las personas (art. 10) y las que garantizaban determinadas prerrogativas a los Estados (arts. 7 a 9)[77].

52. Se señaló que los Estados tenían derecho a tratar de evitar que las sucesiones de Estados dieran lugar a doble o múltiple nacionalidad y que el artículo 7 reflejaba ese objetivo[78], aunque la Comisión afirmaba ser neutral a ese respecto. Sin embargo, el párrafo 1 colocaba en posición de desventaja a aquellas personas que, aun teniendo la nacionalidad de un tercer Estado, tenían también un «vínculo apropiado» distinto de la residencia con el Estado sucesor (lazos familiares, por ejemplo). No obstante,

---

[67] Ibíd., observaciones de Guatemala sobre el artículo 4.

[68] Ibíd., observaciones de Suiza sobre el artículo 12.

[69] Ibíd., observaciones de la Argentina, Brunei Darussalam, Francia y la República Checa sobre el artículo 5.

[70] Ibíd., observaciones de la Argentina y Suiza.

[71] Ibíd., observaciones de Francia.

[72] Ibíd., observaciones de Brunei Darussalam sobre el artículo 6.

[73] A/CN.4/483, párr. 17; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Suiza sobre el artículo 6.

[74] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia.

[75] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 25, párr. 4 del comentario al artículo 7.

[76] A/CN.4/483, párr. 18.

[77] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la República Checa sobre el artículo 7.

[78] Ibíd., observaciones de Francia.

en la medida en que el Estado sucesor siguiera teniendo la posibilidad de ofrecer su nacionalidad a esas personas, la solución sugerida en el párrafo 1 del artículo 7 parecería aceptable[79].

53. Si bien algunos gobiernos apoyaron el principio establecido en el párrafo 2, otros expresaron reservas, ya que lo consideraban incompatible con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 10, por lo que los Estados podían aprovecharse de la sucesión para extender su jurisdicción al territorio de otros Estados al atribuir su nacionalidad a las personas afectadas que residieran en el territorio de esos otros Estados[80].

54. Se dijo también que se debería aclarar más la vinculación entre los artículos 7, 10, 22 y 23, porque no resultaba fácil entender la relación que existía entre esas disposiciones[81].

55. Se formularon varias sugerencias respecto de la redacción, como la sustitución de la palabra «atribución» por la expresión «no atribución» al comienzo del título del artículo 7, y la inserción de las palabras «en contra de su voluntad» inmediatamente después de la palabra «nacionalidad» en el párrafo 2, así como la supresión de la frase «en contra de la voluntad de esas personas» en la línea siguiente de ese párrafo. Se propuso además que al comienzo del párrafo 1 se suprimiera la frase «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10» y que se insertara una referencia al artículo 7 al comienzo del párrafo 1 del artículo 10, de manera que dijera lo siguiente: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, los Estados involucrados»[82].

Artículo 8.—Renuncia de la nacionalidad de otro Estado como condición para atribuir la nacionalidad

56. Si bien algunos Estados estimaban que el artículo 8 tenía importancia práctica porque enunciaba claramente los derechos y obligaciones de los Estados interesados, otros opinaban que se refería a cuestiones que no estaban directamente relacionadas con la sucesión de Estados y que era preferible dejar libradas a la legislación nacional, como lo demostraba en parte el empleo de términos no imperativos[83].

57. Se dijo que, aunque los comentarios parecían implicar que el proyecto era neutral con respecto a la cuestión de la doble o múltiple nacionalidad, el artículo 8 permitía que los Estados cuya política fuera la de una sola nacionalidad aplicaran tal política[84].

58. Se hizo hincapié en la necesidad de mantener un equilibrio entre las disposiciones relativas a la voluntad de las personas (art. 10) y las que garantizaban determinadas prerrogativas a los Estados (arts. 7 a 9)[85].

Artículo 9.—Pérdida de la nacionalidad por adquisición voluntaria de la nacionalidad de otro Estado

59. Tal como en el caso del artículo 8, algunos Estados consideraban que el artículo 9 tenía importancia práctica, en tanto que otros opinaban que se refería a cuestiones que no estaban directamente relacionadas con la sucesión de Estados[86].

60. En relación con el párrafo 5 del comentario al artículo 9 en que se dice que la privación de la nacionalidad del Estado predecesor no se puede producir «antes de que esas personas adquieran efectivamente la nacionalidad» del otro Estado[87], se dijo que esa cláusula se justificaba de tal modo y era tan esencial que debería incluirse en el texto del artículo[88].

61. Tal como en el caso de los artículos 7 y 8, se hizo hincapié en que era esencial que se mantuviera el equilibrio entre las disposiciones relativas a la voluntad de las personas (art. 10) y las que garantizaban determinadas prerrogativas a los Estados[89].

Artículo 10.—Respeto de la voluntad de las personas afectadas

62. Varios Estados subrayaron la importancia del artículo 10. Se indicó que el derecho de opción era un poderoso instrumento para evitar zonas grises entre competencias en conflicto[90]. Se destacó que el artículo 10 era uno de los varios artículos que incorporaba principios y reglas cuyo objeto era proteger los derechos humanos de las personas afectadas, y que tenía en cuenta el estado de desarrollo actual del derecho de los derechos humanos[91]. Se opinó que la disposición reflejaba una práctica convencional e interna de los Estados suficientemente asentada, sobre todo en los casos de formación de un nuevo Estado y de cesión de territorio, que favorecía a los residentes del territorio en cuestión o a las personas originarias del mismo[92].

63. Según otra opinión, el texto debía dejar en claro que el artículo 10 se aplicaba únicamente a casos excepcionales[93]. Asimismo, se indicó que, en el pasado, el derecho de opción por lo general se concedía a un grupo especial de personas sobre la base de un acuerdo internacional e implicaba una elección *entre* nacionalidades, mientras que el artículo 10 reflejaba la práctica más reciente de una opción para adquirir la nacionalidad de un Estado según su legislación interna, fenómeno que describía más

[79] Ibíd., observaciones de Suiza.

[80] A/CN.4/483, párr. 18.

[81] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Francia sobre el artículo 7.

[82] Ibíd., observaciones de Guatemala.

[83] A/CN.4/483, párr. 19; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia sobre el artículo 9.

[84] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Brunei Darussalam sobre el artículo 8.

[85] Ibíd., observaciones de la República Checa.

[86] A/CN.4/483, párr. 19; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia sobre el artículo 9.

[87] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 26.

[88] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Suiza sobre el artículo 9.

[89] Ibíd., observaciones de la República Checa.

[90] A/CN.4/483, párr. 20; A/CN.4/496, párr. 136.

[91] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos) sobre el artículo 10.

[92] Ibíd., observaciones de Italia.

[93] A/CN.4/483, párr. 20.

adecuadamente la expresión «libre elección de la nacionalidad»[94].

64. Se observó que era esencial mantener el equilibrio entre las disposiciones relativas a la voluntad de las personas (art. 10) y las que garantizaban determinadas prerrogativas a los Estados (arts. 7 a 9)[95].

65. Se indicó que el sentido del párrafo 1 era que a la persona afectada se le debía dar la opción de elegir *entre* las nacionalidades de dos o más Estados, aunque ello no parecía indicar que esa persona tuviera derecho a elegir dos o más nacionalidades[96].

66. En lo tocante al párrafo 2, algunos miembros de la Comisión consideraron que, en ausencia de criterios objetivos para determinar la existencia de un «vínculo apropiado», esta disposición introducía un elemento indeseable de subjetividad, por lo que estimaban que no había justificación para apartarse de la noción bien arraigada de «vínculo auténtico». Otros creían que lo que constituía un «vínculo apropiado» en un caso particular quedaba indicado explícitamente y en detalle en la parte II y que el empleo del concepto de «vínculo auténtico» en un contexto distinto del de la protección diplomática planteaba ciertas dificultades. Hubo quien afirmó que ni una ni otra expresión eran aceptables y que había que encontrar otra solución[97].

67. Varios Estados se declararon partidarios de la disposición del párrafo 2. Se estimó, no obstante, que no quedaba claro el significado de la expresión «vínculo apropiado»[98]. Además, varias delegaciones expresaron su preferencia por el empleo de frases ya establecidas como «vínculo auténtico» o «vínculo efectivo», que se consideraban criterios más objetivos[99]. Se propuso también que, para asegurar la coherencia, se armonizase el texto de los proyectos de artículo 10 y 18 y se utilizase la expresión «vínculo auténtico y efectivo» en ambos artículos[100].

68. Se opinó además que las personas que tuvieran vínculos efectivos con el Estado predecesor o, en su caso, con otros Estados sucesores (como ocurría, en particular, con las personas que, como resultado de la sucesión de Estados, pasaban a constituir una minoría dentro del nuevo Estado) debían tener derecho a elegir entre la nacionalidad de esos Estados y la del Estado sucesor que hubiera tomado la iniciativa respecto al derecho de opción y lo hubiera organizado. En lugar de eso, el párrafo 2 del artículo 10 preveía un derecho de opción limitado que no dejaba otra posibilidad a los interesados que la de elegir la nacionalidad del Estado que concedía el derecho de opción. Se estimó que el derecho tradicional antes mencionado debería, sin embargo, quedar recogido en el proyecto[101].

69. Se opinó que el párrafo 3, era superfluo: era impensable que un Estado no concediera su nacionalidad a quien hubiese ejercido el derecho que le asistía a optar por ella, ya que el ejercicio de ese derecho y la concesión de la nacionalidad eran dos caras de la misma moneda[102].

70. En lo relativo al párrafo 4, se sostuvo que no debían favorecerse excesivamente los derechos de los individuos en detrimento de los derechos de los Estados, y que los Estados debían conservar el control sobre la atribución de la nacionalidad. Por consiguiente, el párrafo 4 se consideró demasiado restrictivo[103] o excesivamente categórico: era preferible decir que el Estado a cuya nacionalidad hubieran renunciado las personas que tuvieran el derecho de opción sólo podría retirar su nacionalidad a esas personas si no se convirtiesen en apátridas a consecuencia de ello[104].

71. Se consideró necesario aclarar el párrafo 5[105], en particular con respecto al empleo de la expresión «plazo razonable»[106].

72. Se consideró también que era necesario aclarar más la vinculación entre los artículos 7, 10, 22 y 23, ya que no era fácil entender la relación que existía entre estas disposiciones[107].

73. Se propusieron las siguientes enmiendas correlativas a los artículos 7 y 10: al principio del párrafo 1 del artículo 7 se suprimiría «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10» y al principio del párrafo 1 del artículo 10 se incluiría la siguiente referencia al artículo 7: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, los Estados involucrados»[108].

Artículo 11.—Unidad de la familia

74. Algunos miembros de la Comisión opinaron que el artículo 11 quedaba fuera del ámbito del presente tema. Otros, sin embargo, estimaron que estaba estrechamente vinculado con las cuestiones de la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, ya que en ese contexto el problema de la unidad de la familia podía plantearse en gran escala[109].

75. Algunos miembros expresaron dudas sobre la aplicabilidad del principio recogido en el artículo 11, debido a las diferentes interpretaciones del concepto de «familia» en diversas regiones del mundo. Otros opinaron que una sucesión de Estados afectaba normalmente a Estados de la misma región que compartían la misma interpretación del concepto o una interpretación similar, de modo que el problema no se planteaba[110].

---

[94] Ibíd., párr. 21.

[95] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la República Checa sobre el artículo 10.

[96] Ibíd., observaciones de Brunei Darussalam.

[97] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 28, párr. 10 del comentario al artículo 10.

[98] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Brunei Darussalam sobre el artículo 10.

[99] A/CN.4/483, párr. 22.

[100] A/CN.4/496, párr. 137.

[101] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia a las «Observaciones generales».

[102] Ibíd., observaciones de Guatemala sobre el artículo 10.

[103] A/CN.4/496, párr. 136.

[104] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Francia sobre el artículo 10.

[105] A/CN.4/483, párr. 24.

[106] A/CN.4/496, párr. 137.

[107] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Francia sobre el artículo 10.

[108] Ibíd., observaciones de Guatemala.

[109] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 29, párr. 6 del comentario al artículo 11.

[110] Ibíd., párr. 7.

76. Los Estados discreparon también en cuanto a la necesidad de incluir el artículo 11. Mientras que algunos Estados eran favorables a esta inclusión, otros entendían que el artículo planteaba una cuestión más amplia que no estaba comprendida en el alcance del tema[111].

77. Se observó que el artículo 11 era uno de los varios artículos que incorporaba principios y reglas cuyo objeto era proteger los derechos humanos de las personas afectadas, y que tenía en cuenta el estado de desarrollo actual del derecho de los derechos humanos. Hubo acuerdo con la opinión de la Comisión de que la adquisición de diferentes nacionalidades por los miembros de una familia no debía impedirles permanecer juntos o reunirse[112]. Si bien era muy conveniente que los miembros de una familia pudieran adquirir la misma nacionalidad en el caso de una sucesión de Estados, el cambio de nacionalidad de uno de los cónyuges durante el matrimonio no debería afectar automáticamente a la nacionalidad del otro. Se hizo referencia al artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, según el cual el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio no cambiaba automáticamente la nacionalidad de la esposa[113].

78. Se señaló que el artículo 11 traspasaba un límite común a casi todas las convenciones internacionales y leyes internas en la materia, al prever un cambio simultáneo de los miembros de una familia cuando el cabeza de familia cambiase de nacionalidad. En la mayoría de los casos esta solución entrañaba discriminación contra la mujer, cuya condición jurídica se veía así supeditada a la del hombre[114].

79. Se observó asimismo que no se debía interpretar el artículo en el sentido de que todos los miembros de una familia que permaneciese unida habían de tener la misma nacionalidad, ya que ello sería contrario al principio del respeto de la voluntad de esas personas; pero un Estado podía considerar que la unidad familiar era un factor que permitía conceder la nacionalidad a ciertos miembros de la familia en condiciones más favorables[115].

80. Sin embargo, se señaló que, si bien el principio de la unidad de la familia era importante, la residencia habitual debía considerarse el criterio principal para determinar la nacionalidad[116]. Se observó que, si bien el principio reflejado en el artículo 11 parecía razonable, podían plantearse dificultades en cuanto a la definición o interpretación del significado del término «familia»[117].

81. Por otra parte se estimó que el artículo 11 parecía tener consecuencias importantes para el derecho de residencia, lo cual no se ajustaba al propósito del proyecto. Aunque no había nada discordante en cuanto al fondo de esta disposición, no tenía por qué figurar en el texto[118].

Artículo 12.—Niños nacidos después de la sucesión de Estados

82. Se expresó apoyo a lo dispuesto en el artículo 12. Se observó que la concesión de la nacionalidad del Estado en cuyo territorio hubiera nacido un niño en las condiciones establecidas en ese artículo abarcaba las opciones previstas en la Convención para reducir los casos de apatridia, que consistían en conceder automáticamente la nacionalidad en el momento del nacimiento o hacerlo previa solicitud ante las autoridades competentes y con las formalidades prescritas en el derecho interno[119]. Se expresó la opinión de que el artículo 12 venía a ser una útil ampliación del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño[120].

83. No obstante, se señaló que, si bien del comentario se desprendía que el alcance de este artículo se limitaba al período inmediatamente posterior a una sucesión de Estados, no estaba claro durante cuánto tiempo debía permanecer vigente este artículo después de la sucesión[121].

84. Había que determinar si en algunos casos la solución propuesta en el proyecto de artículo 12 no planteaba el peligro de que hubiera diversas nacionalidades dentro de una sola familia, y si no sería preferible hacer extensible la presunción de nacionalidad del Estado de residencia habitual, según el artículo 4, a la situación prevista en el artículo 12[122]. Cuando esta presunción no fuera aplicable, la cuestión debía resolverse de conformidad con la obligación general del Estado en que el niño hubiese nacido de impedir la apatridia, de conformidad con el artículo 3[123].

85. Se propuso ajustar el artículo a fin de que los niños cuyos padres adquirieran posteriormente, por opción, una nacionalidad distinta a la del Estado en el que el niño hubiese nacido, tuvieran derecho a adquirir la nacionalidad de los padres. Se mencionó concretamente el caso de que los padres adquiriesen posteriormente la nacionalidad de un Estado que aplicaba así el principio del *jus sanguinis*[124]. Según una opinión, en el artículo 12 parecía haber un prejuicio a favor del principio del *jus soli*[125].

86. Se expresó el parecer de que había que suprimir el artículo, ya que se refería a una cuestión de nacionalidad que no guardaba relación directa con la sucesión de los Estados[126].

---

111 A/CN.4/483, párrs. 25 y 26; A/CN.4/496, párr. 138.

112 *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 29, párr. 5 del comentario al artículo 11.

113 A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos) sobre el artículo 11.

114 Ibíd., observaciones de Italia.

115 A/CN.4/483, párr. 25.

116 A/CN.4/496, párr. 138.

117 A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Brunei Darussalam sobre el artículo 11.

118 Ibíd., observaciones de Francia.

119 A/CN.4/483, párr. 27.

120 A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Italia y la República Checa sobre el artículo 12.

121 Ibíd., observaciones de Brunei Darussalam.

122 Ibíd., observaciones de Suiza.

123 A/CN.4/483, párr. 29.

124 Ibíd., párr. 28.

125 A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Francia sobre el artículo 12.

126 A/CN.4/483, párr. 29; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia.

Artículo 13.—Condición jurídica de los residentes habituales

87. Cuando la Comisión examinó esta disposición, algunos miembros estimaron que en la actualidad el derecho internacional permitía a un Estado involucrado exigir que las personas que voluntariamente pasaran a ser nacionales de otro Estado involucrado trasladaran su residencia habitual fuera de su territorio. Empero, subrayaron que era importante que se concediera a las personas un plazo razonable para ese traslado de residencia, como proponía el Relator Especial en su tercer informe[127]. Otros miembros, estimaron no obstante que el requisito del traslado de residencia no tenía en cuenta la etapa actual del desarrollo del derecho de los derechos humanos. Consideraron que el proyecto de artículos debía prohibir a los Estados imponer este requisito. En opinión de algunos miembros, ello suponía entrar en el ámbito *de lege ferenda*.

88. Ante esa situación, la Comisión decidió no incluir disposición alguna sobre esta materia en el proyecto de artículos, optando así por una solución neutral. Sin embargo, la Comisión estaba firmemente convencida de que, en las postrimerías del siglo XX, una sucesión de Estados no podía de por sí influir en la condición jurídica de las personas afectadas en su condición de residentes habituales[128].

89. Varios Estados apoyaron el artículo 13[129], y se consideró pues que el principio enunciado en el párrafo 1 constituía una útil garantía para el respeto de los derechos de las personas[130]. Se observó que, aunque el cambio de nacionalidad de las personas que residían habitualmente en un tercer Estado no afectaba a su condición de residentes permanentes, sí podía afectar a sus derechos y obligaciones[131].

90. Se incitó a la Comisión a examinar si este artículo debería complementarse con una disposición más concreta sobre el derecho de residencia, o sea, el derecho de los residentes habituales del territorio cuya soberanía se transfiere a un Estado sucesor a permanecer en ese Estado aun cuando no hubieran adquirido su nacionalidad[132]. En ese contexto se hizo referencia a la Declaración sobre las consecuencias de la sucesión de Estados en la nacionalidad de las personas naturales (Declaración de Venecia), aprobada en 1996 por la Comisión europea para la democracia a través del derecho[133], según la cual el ejercicio del derecho a elegir la nacionalidad del Estado predecesor o de uno de los Estados sucesores no tendrá consecuencias negativas para quienes tomen esta decisión, en particular respecto de su derecho a residir en el Estado sucesor y de los bienes muebles o inmuebles que se encontraban en él, y también al artículo 20 del Convenio europeo sobre la nacionalidad.

91. Se opinó que el artículo 13 pertenecía claramente a la esfera *de lege ferenda* y no *de lege lata*[134]. Por conveniente que fuera limitar en lo posible las transferencias masivas y forzosas de población, el artículo se refería a cuestiones que no estaban directamente relacionadas con el mandato de la Comisión, ya que concernía más a la sucesión de Estados y al derecho de los extranjeros que a la nacionalidad, y, por consiguiente, no correspondía su incorporación al texto[135]. Se señaló que la Comisión debía más bien haber recordado el principio de que la sucesión de Estados no afectaba a los derechos adquiridos de las personas naturales y jurídicas[136].

Artículo 14.—No discriminación

92. Algunos miembros de la Comisión lamentaron que el artículo 14 no se ocupara de la cuestión del trato discriminatorio dado por un Estado sucesor a sus nacionales según que tuvieran la nacionalidad antes de la sucesión de Estados o la hubieran adquirido como resultado de ella. Otros estimaron que se trataba de una cuestión de derechos humanos de carácter más general y, por consiguiente, no incluida en el ámbito del proyecto de artículos[137].

93. Varios Estados expresaron la opinión de que este artículo era de la máxima importancia[138]. Se observó que esta disposición se ocupaba de uno de los aspectos más importantes y difíciles de la protección de los derechos humanos[139], como había indicado ya la CPJI en el asunto *Acquisition de la nationalité polonaise*[140]. Se insistió en que tanto la Convención americana sobre derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aludían en forma expresa a la igualdad ante la ley y a la protección de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, proscribiendo así la discriminación[141].

94. Por una parte se expresó apoyo a la preferencia de la Comisión por no incluir una lista ilustrativa de criterios sobre la base de los cuales se prohibía la discriminación[142], para eludir el riesgo de una interpretación *a contrario*[143]. Por la otra, se opinó que una formulación de esta índole era demasiado amplia ya que, por ejemplo, podría

---

[127] *Anuario... 1997*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/480 y Add.1, párr. 3, proyecto de artículo 10.

[128] Ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 31, párrs. 4 a 6 del comentario sobre el artículo 13.

[129] A/CN.4/483, párr. 30; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos), Italia y la República Checa sobre el artículo 13.

[130] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la República Checa.

[131] A/CN.4/483, párr. 30.

[132] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos) sobre el artículo 13.

[133] Consecuencias de la sucesión de Estados en la nacionalidad (CDL-INF (97) 1 (Consejo de Europa, Estrasburgo, 10 de febrero de 1997), págs. 3 a 6).

[134] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Francia sobre el artículo 13.

[135] Ibíd., A/CN.4/483, párr. 31; A/CN.4/496, párr. 138.

[136] A/CN.4/483, párr. 31.

[137] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 32, párr. 5 del comentario al artículo 14.

[138] A/CN.4/483, párr. 32; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos) sobre el artículo 14; A/CN.4/496, párr. 138.

[139] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Italia.

[140] Opinión consultiva, *1923, C.P.J.I. série B n.º 7*, pág. 15.

[141] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la Argentina sobre el artículo 14.

[142] A/CN.4/483, párr. 32.

[143] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Italia sobre el artículo 14.

prohibir todo tipo de distinción, a los efectos de la adquisición de la nacionalidad del Estado sucesor, entre quienes residieran en su territorio y otros[144]. En consecuencia, era preferible establecer claramente los fundamentos sobre los que se prohibiría la discriminación, y se sugirió que en una lista de esa índole podría incluirse la raza, el color, la ascendencia, el origen nacional o étnico, la religión, la opinión política, el sexo, el origen social, el idioma o la posición económica[145].

95. Se opinó que el artículo debía prohibir que el Estado sucesor aplicase un trato discriminatorio a sus nacionales, según hubiesen adquirido su nacionalidad antes de la asociación de Estados o de resultas de ella[146]. Se indicó que la disposición debía ampliarse a fin de establecer la igualdad plena entre quienes hubiesen adquirido la nacionalidad recientemente y los nacionales de larga data, en relación con su condición jurídica y sus derechos en general[147].

96. Se observó que había que distinguir claramente entre una situación en la que un determinado requisito, como el relativo a los antecedentes penales, impidiera adquirir la nacionalidad de por lo menos uno de los Estados sucesores, lo que constituiría un caso de discriminación prohibido en el artículo 14, y aquella en que ese requisito constituyera una condición para la naturalización, lo que no estaba comprendido en el alcance del proyecto de artículos[148]. A este respecto se hizo referencia al comentario de la Comisión al artículo 14, que contenía una nota en que se trataba extensamente el requisito de la falta de antecedentes penales[149].

97. En cuanto a si un Estado involucrado podría aplicar ciertos criterios para aumentar el número de personas con derecho a adquirir su nacionalidad, a la que el artículo 14 no hacía referencia, se dijo que, en esos casos, debería respetarse la voluntad de las personas[150].

98. También se dijo que el artículo hacía referencia a una cuestión más amplia, que no estaba comprendida en el alcance del tema[151].

Artículo 15.—Prohibición de decisiones arbitrarias relativas a cuestiones de nacionalidad

99. Algunas delegaciones destacaron especialmente la importancia del artículo, por cuanto ofrecía una útil garantía para el respeto de los derechos de las personas[152]. Se hizo referencia al párrafo 3 del artículo 20 de la Convención americana sobre derechos humanos, que establece que no se privará arbitrariamente a nadie de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla[153].

100. Se afirmó que muy a menudo las disposiciones de los tratados o de las leyes nacionales sobre ciudadanía, generosas en la teoría, quedaban considerablemente restringidas en la etapa de la aplicación práctica. En consecuencia, era importante prohibir expresamente la adopción de decisiones arbitrarias en las cuestiones de nacionalidad, según establecía el artículo 15, e incluir salvaguardias procesales para que se respetase el Estado de derecho, como exigía el artículo 16[154].

Artículo 16.—Procedimientos relativos a las cuestiones de nacionalidad

101. Varios Estados hicieron hincapié en la importancia del artículo 16[155]. Se recordó el texto del párrafo 3 de la Declaración de Venecia, según el cual debían existir recursos efectivos contra la privación o el retiro de la nacionalidad o la negativa a otorgarla[156]. Se sugirió que entre las garantías procesales podría incluirse el elemento de una «tarifa razonable», y que sería preferible que los fundamentos de una decisión de esta naturaleza se diesen por escrito, según prescribe el Convenio europeo sobre la nacionalidad (arts. 13 y 11, respectivamente)[157].

102. Se opinó, no obstante, que el artículo 16 era excesivamente detallado. Sería preferible decir que los Estados debían «adoptar medidas adecuadas para tramitar sin demora» las solicitudes mencionadas en el artículo 16[158].

Artículo 17.—Intercambio de información, consultas y negociaciones

103. La obligación establecida en el artículo 17 era necesaria para que el derecho a la nacionalidad fuera efectivo[159]. Era obvio que esta disposición debía leerse conjuntamente con los demás artículos interrelacionados del proyecto, que daban contenido al deber de celebrar consultas y negociar. No obstante, parecía aconsejable agregar una frase que estableciera expresamente que los Estados interesados también tenían la obligación de velar por la adecuación del resultado de las negociaciones a los principios y las normas que figuraban en el proyecto de artículos[160].

---

144 A/CN.4/483, párr. 32; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Brunei Darussalam y Suiza.

145 A/CN.4/483, párr. 32.

146 Ibíd., párr. 34.

147 A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia sobre el artículo 14.

148 A/CN.4/483, párr. 33; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la República Checa.

149 *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 32, nota 106.

150 A/CN.4/483, párr. 35.

151 Ibíd., párr. 36.

152 Ibíd., párr. 37; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Italia y la República Checa sobre el artículo 15; A/CN.4/496, párr. 138.

153 A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la Argentina.

154 Ibíd., observaciones de Brunei Darussalam y Finlandia (en nombre de los países nórdicos) sobre el artículo 16.

155 Ibíd., observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos) y la República Checa sobre el artículo 16.

156 Véase la nota 133 *supra*, y A/CN.4/483, párr. 38.

157 A/CN.4/483, párr. 38; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos) sobre el artículo 16.

158 A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Francia.

159 A/CN.4/483, párr. 39.

160 Ibíd., A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos) sobre el artículo 17.

104. Se señaló que no era indispensable concertar un acuerdo para resolver los problemas de nacionalidad, y que las medidas legislativas adoptadas por un Estado, con pleno conocimiento del contenido de la legislación de otros Estados, podrían ser suficientes para evitar los efectos negativos de una sucesión de Estados en la nacionalidad[161].

Artículo 18.—Otros Estados

105. Algunos miembros de la Comisión expresaron reservas respecto al artículo 18 en general, o a uno u otro párrafo en particular. Se dijo, en especial, que sería difícil aplicar ese artículo en la práctica y que tal disposición permitiría que los Estados se hiciesen a sí mismos justicia[162].

106. Varios Estados se pronunciaron en favor del artículo 18. Se expresó la opinión de que la Comisión había afrontado con gran claridad una de las funciones decisivas del derecho internacional en relación con la nacionalidad, esto es, la delimitación de la competencia de los Estados en esa esfera. Se añadió que esa disposición era perfectamente coherente con el razonamiento jurídico seguido en todo el proyecto de artículos[163].

107. También se afirmó que valdría la pena eliminar del proyecto el artículo 18, que no tenía una relación directa con la cuestión de la sucesión de Estados. Además, se refería a una cuestión muy delicada, el control de los Estados en relación con una competencia que se vincula estrictamente a su soberanía, y que era probable que causara más problemas de los que resolviera[164].

108. Se sugirió que, en vista de la definición que figuraba en el apartado *e* del artículo 2, tal vez conviniera cambiar el título del artículo a «Terceros Estados»[165].

109. Algunos miembros de la Comisión afirmaron que el párrafo 1 trataba de un problema de carácter más general que no tenía que regularse necesariamente en el contexto específico de la sucesión de Estados[166].

110. Ciertos Estados estimaron que en el párrafo 1 se reflejaba el principio general de no oponibilidad frente a terceros Estados de la nacionalidad otorgada sin la existencia de un vínculo efectivo entre el Estado y la persona interesada. A este respecto se hizo referencia a la Convención sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad[167]. Se consideró plenamente justificada la disposición que impedía que se tratase como apátrida *de facto* a la persona que no tuviera ningún vínculo efectivo con el Estado involucrado[168].

111. Se observó que, de hecho, la Comisión no examinaba el fondo de los criterios para determinar la existencia de un vínculo efectivo, pero ese tema no estaba incluido en su mandato y, en todo caso, el estudio de la jurisprudencia internacional (por ejemplo, los casos *Nottebohm*[169] y *Flegenheimer*[170]) podían ayudar a quienes debieran ocuparse de esta cuestión[171].

112. Se opinó no obstante que el párrafo 1 atribuía demasiado peso al principio de la nacionalidad efectiva[172]. Se estimó que esta disposición, que aparentemente autorizaba a cualquier Estado a refutar la nacionalidad concedida a una persona por otro Estado, era muy cuestionable. Aunque en el fallo de la CIJ en el caso *Nottebohm*[173], en 1995, se hizo hincapié en que la nacionalidad tenía que ser efectiva y debía haber una conexión social entre el Estado y la persona, dicho fallo había suscitado críticas y seguía constituyendo un caso aislado. La ampliación del principio de efectividad en el párrafo 1 parecía basarse en la idea de que un Estado debía adoptar una atribución de derecho internacional público como fundamento para otorgar su nacionalidad, mientras que en la práctica regía el principio opuesto[174].

113. Se sugirió que la expresión «vínculo efectivo» debía sustituirse por la expresión «relación auténtica», empleada en el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención sobre la Alta Mar, y en el párrafo 1 del artículo 91 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, o por la expresión «vínculos genuinos y efectivos», que eran los términos utilizados por la CIJ en el caso *Nottebohm* y que figuraban en el párrafo 2, apdo. *a* del artículo 18 del Convenio europeo sobre la nacionalidad. Se propuso asimismo que se armonizara la terminología de los artículos 10 y 18, párr. 1, a este respecto[175].

114. Respecto del párrafo 2, varios miembros de la Comisión se mostraron contrarios a su inclusión, por considerar que daba demasiada preeminencia a la competencia de otros Estados. Algunos indicaron, sin embargo, que podrían aceptar el párrafo si dijera expresamente que otros Estados pueden tratar a un apátrida como nacional de un Estado involucrado únicamente «a efectos de su derecho interno»[176].

---

[161] A/CN.4/483, párr. 40; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la República Checa.

[162] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 35, párr. 9 del comentario sobre el artículo 18.

[163] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Italia sobre el artículo 18.

[164] A/CN.4/483, párr. 43; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia.

[165] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Guatemala.

[166] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 35, párr. 9 del comentario al artículo 18.

[167] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos) y la República Checa sobre el artículo 18.

[168] Ibíd., observaciones de la República Checa.

[169] Segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 4. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 463.

[170] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (n.º de venta 65.V.4), pág. 327.

[171] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Italia sobre el artículo 18.

[172] A/CN.4/496, párr. 138.

[173] Véase la nota 169 *supra*.

[174] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Francia sobre el artículo 18.

[175] A/CN.4/483, párr. 41; A/CN.4/496, párr. 137.

[176] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 35, párr. 9 del comentario al artículo 18.

115. Varios Estados expresaron su apoyo a lo dispuesto en el párrafo 2. Se observó que constituía un recurso contra la violación del derecho a una nacionalidad. Se dijo que en el texto del párrafo había que aclarar las cuestiones siguientes, señaladas en el comentario: que esta disposición daba a terceros Estados el derecho a tratar a los apátridas como nacionales de un Estado determinado, aunque la apatridia no pudiera atribuirse a un acto del Estado, pero esas personas hubiesen contribuido a la situación con su negligencia; y que lo que se quería era resolver situaciones resultantes de una legislación discriminatoria o de decisiones arbitrarias prohibidas en virtud de los artículos 14 y 15, reconociendo a las personas a que hacía referencia ese párrafo el trato favorable otorgado a los nacionales del Estado, y protegiéndolas de una posible deportación[177].

116. Se señaló que el párrafo 2 centraba su atención exclusivamente en la relación entre las personas que se hubiesen convertido en apátridas y un tercer Estado. Redactado en forma de una cláusula de salvaguardia, esa disposición mantenía el delicado equilibrio entre los intereses de los Estados que pudieran verse involucrados en una situación de esta naturaleza[178].

Parte II. Disposiciones que se aplican a categorías específicas de sucesión de estados

117. La tipología empleada en la parte II se estimó más satisfactoria que la de la parte II de la Convenciones de Viena de 1978 y de 1983 sobre este mismo tema. Se observó, en particular, que se establecía una distinción más clara entre fusión y absorción[179]. Se señaló también que se había mantenido la distinción entre la secesión y la disolución de un Estado, pero garantizando que las disposiciones de ambas secciones fueran similares[180]. Se señaló, no obstante, que las categorías de sucesión determinadas por la teoría a menudo eran difíciles de distinguir en la práctica, y que quizá este factor pudiera afectar a la eficacia del proyecto de artículos[181].

118. La Comisión no había incluido en esta parte una sección sobre los «Estados de reciente independencia» pues consideraba que una de las cuatro secciones anteriores sería aplicable, *mutatis mutandis*, a cualquiera de los casos pendientes de descolonización en el futuro. Con todo, algunos miembros de la Comisión habrían preferido que se incluyera esa sección suplementaria[182].

119. Varios Estados se sumaron a la mencionada decisión de la Comisión de no separar los casos de sucesión de Estados del fenómeno concreto de la descolonización, por entender que esta distinción era irrelevante en el contexto de la nacionalidad de las personas naturales y también porque el proceso de descolonización se encontraba prácticamente terminado[183]. Se afirmó que a menudo la práctica en los casos de descolonización no se podía distinguir de la práctica relativa a otros casos de sucesión[184]. Se señaló asimismo que la descolonización podía revestir diversas formas, como el acceso de los territorios no autónomos a la independencia, el restablecimiento de la integridad territorial de otro Estado o la división del territorio en varios Estados; esas hipótesis podían resolverse en forma satisfactoria mediante la aplicación de los principios y las normas contenidos en la parte I del proyecto de artículos y, en algunos aspectos, en la parte II, respecto de cualquier caso subsistente de descolonización en el futuro[185].

120. Se indicó que, si bien el proceso histórico de la descolonización se había completado en buena medida, no era menos cierto que aún persistían situaciones coloniales y que en el proceso de resolución de estas situaciones pendientes podían presentarse casos de aplicación de las normas sobre nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados[186]. Se señaló que el texto debería especificar, por lo menos, que el régimen establecido sería aplicable *mutatis mutandis* a las situaciones de descolonización[187].

121. Se observó que la finalidad de la parte II del proyecto de artículos era servir de directrices prácticas para los Estados que estuvieran promulgando leyes o negociando tratados sobre cuestiones relativas a la nacionalidad en relación con una sucesión de Estados, y sería ciertamente útil en ese tipo de situaciones[188].

122. Se expresó la opinión de que las soluciones propuestas en la parte II eran totalmente válidas desde el punto de vista jurídico, ya que en su mayoría reflejaban la práctica internacional actual o constituían la consecuencia lógica de la disolución de un Estado, como por ejemplo en el artículo 22 relativo a la disolución de Estados[189].

123. Se apoyó la decisión de la Comisión de utilizar la residencia habitual en lugar de la nacionalidad como criterio principal para determinar las personas a quienes el Estado sucesor debía atribuir su nacionalidad. Se estimó que esta decisión era coherente con la tendencia del derecho internacional a dar preferencia a la eficacia[190].

---

177 A/CN.4/483, párr. 42; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos) y Suiza sobre el artículo 18.

178 A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la República Checa.

179 Ibíd., observaciones de Francia sobre la parte II.

180 A/CN.4/483, párr. 44; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos).

181 A/CN.4/483, párr. 44; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Italia.

182 *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 36, párr. 3 del comentario al artículo 19.

183 A/CN.4/483, párr. 44; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Suiza sobre la parte II.

184 A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Italia.

185 A/CN.4/483, párr. 44; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la Argentina y Finlandia (en nombre de los países nórdicos).

186 A/CN.4/483, párr. 44; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la Argentina.

187 A/CN.4/483, párr. 44; A/CN.4/496, párr. 139.

188 A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos) sobre la parte II.

189 Ibíd., observaciones de Italia.

190 Ibíd.

Artículo 19.—Aplicación de la parte II

124. Se observó que las disposiciones de la parte II del proyecto de artículos tenían por objeto aplicar los principios generales enunciados en la parte I a diferentes categorías de sucesión de Estados, pero que no pretendían plasmar el derecho internacional vigente. La parte II parecía tener por objeto principal servir de fuente de inspiración a los Estados involucrados, por ejemplo, cuando celebrasen negociaciones para resolver cuestiones de nacionalidad mediante acuerdo, o cuando estuvieran estudiando la posibilidad de promulgar leyes nacionales con el propósito de resolver esos problemas, a pesar de que los términos empleados en los artículos siguientes de la parte II eran bastante afirmativos (estaban en futuro en todos los casos), como si en cierto modo se estuvieran estableciendo reglas vinculantes. En verdad esto podría justificarse, incluso en el marco de un instrumento de naturaleza declaratoria, si estuvieran involucrados principios generales, en su mayoría basados firmemente en el derecho consuetudinario, como ocurría en la parte I del proyecto de artículos. Sin embargo, esos términos podían resultar algo confusos y perturbadores en el contexto de la parte II, y la Comisión tal vez pudiera reconsiderar si el artículo 19 era suficiente para disipar todas las dudas posibles a ese respecto[191].

125. Cabía preguntarse qué relación había, desde el punto de vista jurídico, entre las partes I y II del proyecto. El artículo 19 parecía dar más peso a las disposiciones de la parte I que a las de la parte II. El párrafo 2 del artículo 10 disponía que se concediera el derecho de opción sólo en el caso de personas que, de lo contrario, se convertirían en apátridas como consecuencia de la sucesión de Estados, en tanto que los artículos 20, 23 y 26 parecían conceder un derecho de opción mucho más amplio. En los casos en que había una diferencia entre las disposiciones de la parte I y las de la parte II, no estaba claro si los Estados debían atenerse a las disposiciones generales o a las disposiciones específicas[192].

126. Se indicó que la sustancia y el alcance del artículo 19 parecían oscuros y que el comentario sobre ese artículo poco o nada contribuía a esclarecer su sentido o razón de ser. Aparentemente su finalidad era establecer diferencias entre la naturaleza y las funciones de las disposiciones de la parte I y las de la parte II. La diferencia consistía exclusivamente en el distinto grado de generalidad de las disposiciones de una parte en relación con las de la otra. Por consiguiente, no había diferencia entre el carácter normativo de las disposiciones respectivas: tan vinculantes eran las de la parte I como las de la parte II. Además, era normal que, salvo contadas excepciones, las disposiciones de la parte II, es decir, las de índole especial, estuvieran en armonía con las de la parte I, o sea las de índole general. Tampoco había diferencias aparentes entre la parte I y la parte II del proyecto de artículos con respecto a disposiciones que pertenecían efectiva o potencialmente al derecho consuetudinario o al *jus cogens*, o que constituían normas de desarrollo progresivo del derecho internacional. En otros términos, tanto en la parte I como en la parte II se podían encontrar disposiciones de cualquiera de esos tipos. Por todas las razones expuestas, el artículo 19 debía suprimirse[193].

127. Se indicó que si el artículo 19 se interpretaba *a contrario*, el resultado era que la parte I del proyecto de artículos consistiría en disposiciones no facultativas. Esto hacía pensar que la Comisión consideraba que las disposiciones de la parte I eran reflejo del derecho consuetudinario vigente y que, además, constituían normas imperativas (*jus cogens*). Sería sin duda conveniente examinar los artículos de la parte I para determinar si todos ellos tenían realmente este carácter[194].

128. En lo relativo a la redacción y el emplazamiento del artículo 19, se sugirió sustituir la expresión «en situaciones específicas» por «según corresponda». También se dijo que sería mejor dejar este artículo al final de la parte I[195].

SECCIÓN 1. TRANSFERENCIA DE PARTE DEL TERRITORIO

Artículo 20.—Atribución de la nacionalidad del Estado sucesor y privación de la nacionalidad del Estado predecesor

129. Se señaló que, aunque en la parte I del proyecto de artículos no se encontraba la norma fundamental del derecho relativo a la sucesión de Estados consistente en que, desde la fecha de la sucesión, el Estado sucesor debía atribuir automáticamente su nacionalidad a todas las personas que tuvieran la nacionalidad del Estado predecesor y residieran habitualmente en el territorio afectado por esa sucesión, dicha norma se seguía en las disposiciones concretas de la parte II, incluido el artículo 20[196]. Se observó asimismo que, en lo concerniente a la atribución de nacionalidad, la norma incluida en el artículo 20 estaba ampliamente reconocida en la doctrina y era, de hecho, un reflejo del derecho internacional[197]. Esta norma, además, se justificaba por el hecho de que no era posible que el Estado sucesor ejerciera soberanía en un territorio cuyos habitantes siguieran siendo nacionales del Estado predecesor[198].

130. Se señaló que podría ser útil complementar el texto actual del artículo 20 con una referencia a la obligación del Estado predecesor de privar de su nacionalidad a las personas afectadas que tuvieran su residencia habitual en el territorio transferido sólo después de que esas personas adquirieran la nacionalidad del Estado sucesor. Era evidente que esto derivaba de la obligación del Estado de impedir la apatridia, de conformidad con el artículo 3, pero se consideró preferible incluir una cláusula expresa a tal efecto, teniendo en cuenta además el hecho de que una cláusula expresa así había encontrado cabida en el

[191] Ibíd., observaciones de la República Checa sobre el artículo 19.

[192] Ibíd., observaciones de Grecia.

[193] Ibíd., observaciones de Guatemala.

[194] Ibíd., observaciones de Suiza sobre la estructura del proyecto de artículos.

[195] A/CN.4/483, párr. 45.

[196] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia sobre el artículo 20.

[197] A/CN.4/483, párr. 46; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la Argentina.

[198] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la Argentina.

artículo 25. Esa adición se podría redactar en los términos del párrafo 1 *in fine* del artículo 25[199].

131. Se formuló también la opinión de que algunas de las disposiciones del artículo 20 estaban comprendidas dentro de la categoría de codificación, en tanto que otras, que hacían hincapié en el derecho de opción, quedaban comprendidas dentro de la categoría de desarrollo progresivo del derecho internacional. El proyecto implicaba que una persona tenía derecho a elegir su nacionalidad libremente. Se consideró que los derechos de los Estados con respecto a la nacionalidad, comparados con los derechos de las personas, no se debían limitar indebidamente. A diferencia del criterio indicado en el artículo 20, era esencial no terminar en la «búsqueda del foro más favorable» para la nacionalidad y evitar la «privatización» de la nacionalidad, que pasaba por alto el hecho de que la nacionalidad era una cuestión de derecho público sobre la que las personas no tenían libertad para decidir. Los Estados debían mantener control sobre la atribución de la nacionalidad[200].

132. Se arguyó además que el otorgamiento del derecho a optar a todos los residentes en el territorio transferido impondría una pesada carga al Estado predecesor y, además, podría tener el efecto no deseado de crear en el territorio transferido una gran población con la nacionalidad del Estado predecesor; en consecuencia, se sugirió que el derecho de opción que otorgaría el Estado predecesor quedara limitado a quienes hubiesen mantenido vínculos con el Estado predecesor[201], como había propuesto también un miembro de la Comisión[202]. Se consideró, además, que, a fin de mantener la simetría, también el Estado sucesor tendría que ofrecer el derecho de opción a los nacionales del Estado predecesor que no residieran en el territorio transferido e incluso a quienes residieran en un tercer Estado si tuviesen vínculos con ese territorio[203].

133. Algunos miembros de la Comisión opinaron que las disposiciones de la sección 1 relativas a la transferencia de territorio y de la sección 4 relativas a la separación debían redactarse según la misma pauta, pues no veían ninguna razón para aplicar reglas diferentes en esas dos situaciones[204]. Un Estado expresó una opinión similar al observar que las dos únicas diferencias entre la transferencia y la separación que eran pertinentes consistían en que *a*) en el caso de la transferencia el Estado sucesor era preexistente a la sucesión, mientras que en el caso de la separación el Estado sucesor nacía con la sucesión, y *b*) en el caso de la transferencia sólo parte del territorio del Estado sucesor resultaba afectada por la sucesión, mientras que en el caso de la separación la totalidad de su territorio resultaba afectada. Por ello, se sugirió que se eliminara el artículo 20 y se sustituyera por tres nuevos artículos análogos a los artículos 24 a 26[205].

Sección 2. Unificación de los Estados

Artículo 21.—Atribución de la nacionalidad del Estado sucesor

134. El artículo 21 parece haber recibido apoyo general. La única observación específica que se hizo con respecto a él fue la de que reflejaba una norma imperativa de derecho internacional[206].

Sección 3. Disolución de un Estado

Artículo 22.—Atribución de la nacionalidad de los Estados sucesores

135. Se señaló que, aunque en la parte I del proyecto no se encontraba la norma fundamental del derecho relativo a la sucesión de Estados consistente en que, desde la fecha de la sucesión, el Estado sucesor debía atribuir automáticamente su nacionalidad a todas las personas que tuvieran la nacionalidad del Estado predecesor y residieran habitualmente en el territorio afectado por esa sucesión, dicha norma se seguía en las disposiciones concretas de la parte II, incluido el artículo 22, apdo. *a*[207].

136. Sin embargo, se dijo también que el artículo 22 concedía demasiada importancia al criterio de la residencia habitual, sin tener en cuenta la práctica reciente en Europa central y oriental, donde el criterio principal utilizado había sido el de la nacionalidad de los ex componentes de los Estados federales[208].

137. Se expresó apoyo en particular al apartado *b* del artículo 22[209]. Sin embargo, se formuló también la opinión de que, si bien en el apartado *a* se incluía una obligación dimanada del derecho internacional, la norma del apartado *b* tenía sus fuentes en el derecho interno y era de naturaleza discrecional, por lo que sólo era aplicable con el consentimiento de las personas de que se tratase[210].

138. Se propuso que se fusionaran las situaciones previstas en los incisos i) y ii) del apartado *b*[211]. Según otra opinión, se podía mejorar la redacción del artículo 22, apdo. *b*, inc. ii) reemplazando la expresión «antes de

---

199 Ibíd., observaciones de la República Checa.

200 Ibíd., observaciones de Francia.

201 A/CN.4/483, párr. 46; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia y Suiza.

202 *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 37, párr. 5 del comentario a la sección 1.

203 A/CN.4/483, párr. 46; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Suiza sobre el artículo 20.

204 *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 43, párr. 16 del comentario a la sección 4.

205 A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Guatemala sobre el artículo 20.

206 A/CN.4/483, párr. 47; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia sobre las «Observaciones generales».

207 A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia sobre las «Observaciones generales».

208 A/CN.4/483, párr. 49; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Brunei Darussalam sobre el artículo 22; A/CN.4/496, párr. 140.

209 A/CN.4/483, párr. 48.

210 Ibíd., párr. 49.

211 Ibíd., párr. 48; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Suiza sobre el artículo 22.

abandonar» por la expresión «al abandonar» y suprimiendo la palabra «última» antes de «residencia habitual»[212].

Artículo 23.—Concesión del derecho de opción por los Estados sucesores

139. Se expresó la opinión de que el artículo 23 no debía interpretarse en el sentido de que consideraba el derecho de opción como único medio aceptable de tratar la cuestión de la nacionalidad de las personas que tenían derecho a adquirir la nacionalidad de varios Estados sucesores conforme a las normas establecidas en el artículo 22. Esto iría sin duda más allá de la *lege lata*, y el artículo 19, así como el párrafo 1 del artículo 10, dejaba muy claro que en este caso la concesión del derecho de opción simplemente se sugería o se proponía a los Estados y no constituía una imposición. A decir verdad, había otros medios concebibles, y de hecho existían, para abordar la cuestión concreta de las personas con derecho a adquirir la nacionalidad de dos o más Estados sucesores. Entre esos medios estaban, por ejemplo, la celebración de negociaciones entre los Estados interesados con vistas a establecer un solo criterio sustitutivo armonizado, ya fuera el que se mencionaba en el artículo 22, apdo. *a* o uno de los que figuraban en el artículo 22, apdo. *b*, o incluso la posibilidad de escoger unilateralmente un criterio sustitutivo (evidentemente en ese caso con la condición de conceder un derecho de opción apropiado a las personas afectadas que, de no ser así, resultarían apátridas como resultado de la sucesión de Estados, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 10). La práctica reciente en materia de sucesión de Estados había demostrado que una variedad de esos sistemas podrían dar resultados satisfactorios y ser al mismo tiempo plenamente coherentes con los principios fundamentales de protección establecidos en la parte I. Además, se señaló a ese respecto que la Comisión, en su comentario al párrafo 1 del artículo 10, refiriéndose a la voluntad de las personas afectadas, señaló que «la expresión 'tendrán en cuenta' implica que no existe ninguna obligación estricta de reconocer un derecho de opción a esta categoría de personas afectadas»[213]. Por consiguiente, desde el punto de vista *de lege lata* era incontrovertible que el derecho internacional toleraba más flexibilidad que lo que el artículo 22, conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 23, parecían reconocer, y que el artículo 19 reconocía sin duda esa mayor flexibilidad para aplicar los principios de la parte I a situaciones concretas, incluida la prevista en la sección 3. Sin embargo, *de lege ferenda* podría ser absolutamente conveniente, en lo que respecta a las personas calificadas *a priori* para adquirir varias nacionalidades, fomentar el derecho de opción como el medio más eficiente de abordar el problema en cuestión e integrar al mismo tiempo en la mayor medida posible su dimensión de derechos humanos. En vista de esas consideraciones y teniendo presente además el carácter indicativo de la parte II según lo dispuesto en el artículo 19, se consideró que el texto actual del artículo 23 era un paso acertado y un loable intento de parte de la Comisión de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional[214].

140. Se señaló también que era difícil evaluar el derecho de opción establecido en el párrafo 1 del artículo 23 porque dependía de factores desconocidos que eran asunto exclusivo del derecho interno de los Estados interesados[215].

141. Se sugirió que se volviera a redactar el párrafo 1 para que dijera lo siguiente: «Si se da el caso de que las personas afectadas comprendidas en el artículo 22 reúnen las condiciones para adquirir la nacionalidad de dos o más Estados sucesores, éstos concederán un derecho de opción a dichas personas»[216].

142. Se observó que el párrafo 2 era demasiado amplio y, en consecuencia, era incompatible con el párrafo 2 del artículo 10, que limitaba las categorías de personas a las cuales el Estado sucesor estaba obligado a conceder el derecho de opción a su nacionalidad[217].

143. Se insistió también en que debían establecerse más claramente los vínculos entre los artículos 7, 10, 22 y 23 porque la relación entre esas disposiciones era difícil de entender[218].

Sección 4. Separación de parte o partes del territorio

Artículo 24.—Atribución de la nacionalidad del Estado sucesor

144. Se señaló que, aunque en la parte I del proyecto no se encontraba la norma fundamental del derecho relativo a la sucesión de Estados consistente en que, desde la fecha de la sucesión, el Estado sucesor debía atribuir automáticamente su nacionalidad a todas las personas que tuvieran la nacionalidad del Estado predecesor y residieran habitualmente en el territorio afectado por esa sucesión, dicha norma se seguía en las disposiciones concretas de la parte II, incluido el artículo 24, apdo. *a*[219].

145. El apartado *b* del artículo 24 suscitó algunos comentarios favorables. Se expresó también la opinión de que, a diferencia del apartado *a*, que reflejaba una obligación dimanada del derecho internacional, la norma del apartado *b* tenía sus fuentes en el derecho interno y era de naturaleza discrecional[220].

146. Se sugirió que se juntaran en una misma cláusula los casos a que se referían los incisos i) y ii) del apartado *b*[221]. Se señaló también que el significado y alcance de las expresiones «vínculo jurídico apropiado» y

[212] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Guatemala sobre el artículo 23.

[213] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 28, párr. 8 del comentario al artículo 10.

[214] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la República Checa sobre el artículo 23.

[215] Ibíd., observaciones de Grecia.

[216] Ibíd., observaciones de Guatemala.

[217] A/CN.4/483, párr. 50.

[218] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Francia sobre el artículo 23.

[219] Ibíd., observaciones de Grecia.

[220] A/CN.4/483, párr. 51.

[221] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Suiza sobre el artículo 24.

«cualquier otro vínculo apropiado» no estaban realmente claros[222]. Se sugirió además que cabía mejorar la redacción del artículo 24, apdo. *b*, inc. ii) reemplazando «antes de abandonar» por «al abandonar» y suprimiendo la palabra «última» antes de «residencia habitual»[223].

Artículo 25.—Privación de la nacionalidad del Estado predecesor

147. Se expresaron reservas en relación con la cuestión de la privación de la nacionalidad a que se hacía referencia en este artículo. Se mencionó en ese contexto el Convenio europeo sobre la nacionalidad[224].

148. Algunos miembros de la Comisión eran de la opinión de que el párrafo 2 del artículo 25 era superfluo, pero otros lo consideraban necesario para definir las categorías de personas a quienes debería concederse derecho de opción entre la nacionalidad del Estado predecesor y la del Estado sucesor[225].

149. Un Estado sugirió también que se excluyera del proyecto el párrafo 2, ya que se refería a una cuestión de la política general de los Estados con respecto a la nacionalidad y no tenía relación directa con la cuestión de la sucesión de Estados[226].

150. Se observó nuevamente que el significado y alcance de las expresiones «vínculo jurídico apropiado» y «cualquier otro vínculo apropiado» no estaban claros[227].

Artículo 26.—Concesión del derecho de opción por el Estado predecesor y el Estado sucesor

151. Se señaló que los comentarios relativos al artículo 23 de la sección 3 recogidos en el párrafo 139 *supra* se aplicaban también *mutatis mutandis* al artículo 26 de la sección 4[228].

152. Se indicó que en la mayoría de los casos sería procedente aplicar el criterio de la residencia habitual, pero podía haber un grupo de personas que, aunque mantuvieran su residencia habitual en el Estado sucesor, tuvieran otros vínculos importantes con el Estado predecesor y viceversa; ese tipo de situación tal vez no se resolvía debidamente concediendo un derecho de opción[229].

153. Se expresó también la opinión de que era difícil evaluar el derecho de opción establecido en el artículo 26, porque dependía de factores desconocidos que eran asunto exclusivo del derecho interno de los Estados interesados[230].

154. Se señaló además que el artículo era demasiado amplio, ya que exigía al Estado predecesor que concediera el derecho de opción incluso a partes de su población que no hubiesen sido afectadas por la sucesión[231], opinión que también se había expresado en la Comisión[232].

Artículo 27.—Casos de sucesión de Estados comprendidos en el presente proyecto de artículos

155. Se expresó apoyo a una disposición que limitara expresamente el ámbito de aplicación del proyecto de artículos a sucesiones de Estados que tuviesen lugar de conformidad con el derecho internacional, si bien se planteó la cuestión de si podía existir una sucesión de Estados que no reuniese esos requisitos[233].

156. Sin embargo, hubo algunas reservas, tanto en la Comisión[234] como entre los Estados[235], en relación con la inclusión de la expresión «sin perjuicio del derecho de las personas afectadas a una nacionalidad», que se consideraba que volvía ambigua toda la disposición. Se señaló que en el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra se prohibía toda modificación en la condición jurídica de las personas y los territorios ocupados y que, en consecuencia, las personas interesadas debían mantener la nacionalidad que hubiesen tenido antes de la anexión u ocupación ilegal; era inaceptable que un Estado agresor impusiera su nacionalidad a la población de un territorio que hubiese ocupado o anexado ilegítimamente. Aun cuando la Comisión deseara hacer del derecho a una nacionalidad una regla de *jus cogens*, ese derecho no tendría cabida en el contexto del artículo 27, que en realidad preveía el caso de un delito internacional, situación que no permitía excepciones[236]. En consecuencia, se indicó la posibilidad de que la Comisión volviera a examinar esa frase[237].

157. Se expresó también la opinión de que el artículo era innecesario en un proyecto dedicado a ciertas cuestiones de derechos humanos, ya que esos derechos debían protegerse independientemente de que la sucesión de Estados hubiese tenido o no lugar de conformidad con el derecho internacional[238].

---

[222] Ibíd., observaciones de Brunei Darussalam; A/CN.4/496, párr. 137.

[223] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Guatemala.

[224] A/CN.4/483, párr. 52.

[225] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 42, párr. 11 del comentario a la sección 4.

[226] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia sobre el artículo 23.

[227] Ibíd., observaciones de Brunei Darussalam sobre el artículo 24.

[228] Ibíd., observaciones de la República Checa sobre el artículo 26.

[229] A/CN.4/483, párr. 53.

[230] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia sobre el artículo 26.

[231] A/CN.4/483, párr. 53; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia.

[232] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 43, párr. 3 del comentario a la sección 4.

[233] A/CN.4/483, párr. 54; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de la Argentina sobre la parte II; A/CN.4/496, párr. 141.

[234] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 43, párr. 3 del comentario al artículo 27.

[235] A/CN.4/483, párr. 55; A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos), Grecia y Suiza sobre el artículo 27.

[236] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Grecia.

[237] Ibíd., observaciones de Finlandia (en nombre de los países nórdicos).

[238] A/CN.4/483, párr. 56.

158. Dado que esa disposición se incluyó en el proyecto de artículos en una fase muy avanzada de los trabajos de la Comisión sobre el tema, la Comisión dejó para la segunda lectura la decisión sobre su ubicación definitiva[239].

[239] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 43, párr. 4 del comentario al artículo 27.

A ese respecto, se sugirió que el artículo 27, que definía el alcance del proyecto de artículos, incluido el alcance de las disposiciones generales (arts. 1 a 18) se colocara al comienzo del texto[240] o bien en la parte I[241].

[240] A/CN.4/493 (reproducido en el presente volumen), observaciones de Suiza sobre el artículo 27

[241] Ibíd., observaciones de la Argentina.

ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

[Tema 8 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/500 y Add.1

Segundo informe sobre los actos unilaterales de los Estados, del Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial

[Original: español/francés]
[14 de abril y 10 de mayo de 1999]

ÍNDICE

		Párrafos	*Página*
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe			214
Obras citadas en el presente informe			214
INTRODUCCIÓN		1-17	214
Capítulo			
I.	ALCANCE DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS	18-37	216
	A.—Proyecto de artículo:		
	Artículo 1.—Alcance del presente proyecto de artículos	18	216
	B.—Comentario	19-37	216
II.	LA DEFINICIÓN DEL ACTO JURÍDICO (DECLARACIÓN) UNILATERAL DEL ESTADO	38-64	218
	A.—Proyecto de artículo:		
	Artículo 2.—Acto jurídico unilateral del Estado	38	218
	B.—Comentario	39-64	218
III.	LA CAPACIDAD PARA FORMULAR ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES	65-70	221
	A.—Proyecto de artículo:		
	Artículo 3.—La capacidad del Estado	65	221
	B.—Comentario	66-70	221
IV.	REPRESENTANTES DEL ESTADO PARA FORMULAR ACTOS UNILATERALES	71-99	222
	A.—Proyecto de artículo:		
	Artículo 4.—Representantes del Estado para formular actos unilaterales	71	222
	B.—Comentario	72-99	222
V.	LA CONFIRMACIÓN ULTERIOR DE UN ACTO FORMULADO SIN AUTORIZACIÓN	100-108	225
	A.—Proyecto de artículo:		
	Artículo 5.—Confirmación ulterior de un acto formulado sin autorización	100	225
	B.—Comentario	101-108	225
VI.	LA VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO UNILATERAL: LA MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO Y LAS CAUSAS DE NULIDAD	109-141	226
	A.—Proyectos de artículos:		
	Artículo 6.—La manifestación del consentimiento	109	226
	Artículo 7.—Nulidad del acto unilateral	109	226
	B.—Comentario	110-141	226
VII.	UN COMENTARIO ACERCA DE LAS RESERVAS Y LAS CONDICIONES, EN RELACIÓN CON EL ACTO UNILATERAL Y SOBRE LA INEXISTENCIA DEL ACTO UNILATERAL	142-146	229
VIII.	LOS TRABAJOS FUTUROS DEL RELATOR ESPECIAL	147-150	230

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 78, pág. 296.
Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares (Londres, Moscú y Washington, 1.º de julio de 1968)	Ibíd., vol. 729, pág. 191.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, pág. 162.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, pág. 443.

Obras citadas en el presente informe

ARBUET VIGNALI, Heber, Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA y Roberto PUCEIRO RIPOLL

Derecho internacional público, vol. I, 1.ª ed., Montevideo, Fundación de la Cultura Universitaria, 1993, 347 págs.

CAHIER, Philippe

«Le comportement des États comme source de droits et d'obligations», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, 1968, págs. 237 a 265.

JACQUÉ, Jean-Paul

Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, París, LGDJ, 1972.

NGUYEN QUOC DINH, Patrick DAILLIER y Alain PELLET

Droit international public, 6.ª ed. rev., París, LGDJ, 1999, 1455 págs.

PODESTÁ COSTA, L. A. y José María RUDA

Derecho internacional público, vol. 2, 1.ª ed. rev., Buenos Aires, TEA, 1985.

REUTER, Paul

«Principes de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961–II*, Leiden, Sijthoff, 1962, vol. 103, págs. 425 a 656.

ROUSSEAU, Charles

Droit international public, vol. I, *Introduction et sources*, París, Pedone, 1970.

SCELLE, Georges

Précis de droit des gens: principes et systématique, Parte II, París, Sirey, 1934, 558 págs.

SICAULT, Jean-Didier

«Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public», RGDIP (París), vol. 83, 1979, págs. 633 a 688.

SKUBISZEWSKI, Krzysztof

«Les actes unilatéraux des États», en Mohammed Bedjaoui (ed.), *Droit international : bilan et perspectives*, vol. I, París, Pedone, 1991, págs. 231 a 251.

Introducción

1. El tema de los actos jurídicos unilaterales internacionales del Estado se examinó durante el 50.º período de sesiones de la Comisión, la cual tuvo entonces ante sí el primer informe del Relator Especial[1]. En dicho informe, se presentaron los elementos constitutivos de una definición del acto jurídico unilateral del Estado, que produce efectos en el plano internacional, luego de la separación de los actos que deberían ser excluidos del estudio de los que pudieren considerarse autónomos o independientes, en relación con los cuales se podrían elaborar reglas específicas que pudieren regular su funcionamiento.

2. Sobre la base del primer informe del Relator Especial, del informe del Grupo de Trabajo de la CDI[2] y de los comentarios de los Estados formulados en la Sexta Comisión de la Asamblea General, durante su quincuagésimo tercer período de sesiones[3], celebrado en 1998, la Comisión llegó a la conclusión de que el Relator Especial podría presentar un segundo informe que contendría un proyecto de artículos sobre el ámbito de los artículos, la definición (términos empleados) y las condiciones de validez de los actos unilaterales (las declaraciones), en particular, la cuestión relativa a los órganos competentes para que el Estado se comprometa unilateralmente en el plano internacional y la cuestión de las posibles causas de invalidez de la expresión de voluntad del Estado[4].

3. Antes de presentar los textos en cuestión con sus respectivos comentarios, el Relator Especial debe formular algunas observaciones específicas sobre algunas cuestiones planteadas por los gobiernos en la Sexta Comisión, en

[1] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/486.

[2] Actos unilaterales de los Estados: Informe del Grupo de Trabajo (A/CN.4/L.558); véase también *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 62 y 63, párrs. 192 a 200.

[3] Resumen por temas del debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo tercer período de sesiones (A/CN.4/496, secc. C).

[4] *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 63, párr. 200.

1998, al comentar el informe de la CDI sobre este tema: la relación entre los actos unilaterales objeto de este estudio, la responsabilidad internacional del Estado, los actos unilaterales y el *estoppel*, y los actos unilaterales relacionados con las organizaciones internacionales, particularmente, los actos formulados por el Estado dirigidos a dichas organizaciones.

4. En su primer informe, el Relator Especial señaló que los actos relacionados con la responsabilidad internacional del Estado, si bien no dejaban de interesar, debían excluirse también del ámbito del estudio que se emprendía. En efecto, se indicó entonces que debían excluirse «los actos contrarios al derecho internacional y aquellos que, aunque conformes a éste, pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado, temas que están siendo tratados por la Comisión separadamente»[5]. Algunos representantes en la Sexta Comisión señalaron también, en 1998, que tales actos debían ser excluidos del ámbito del estudio por la misma razón de que la CDI estaba examinando este tema por separado.

5. Otras delegaciones expresaron en esa misma oportunidad, por el contrario, que los actos relacionados con la responsabilidad internacional no deberían estar excluidos del estudio emprendido por la Comisión. El representante de Francia indicó que no estaba de acuerdo con la propuesta del Relator Especial de excluir los actos que generaban la responsabilidad de los Estados: la cuestión de saber si, y en qué medida, un acto unilateral podía traer aparejada la responsabilidad del Estado era de gran interés y caía naturalmente en el ámbito del estudio de la Comisión[6].

6. Sin duda, existe una cierta relación entre el acto unilateral por el cual un Estado compromete su responsabilidad internacional y el acto unilateral objeto de examen, los que no pueden separarse *a priori* de forma clara y determinada. La idea de no hacer referencia expresa a la responsabilidad respondía más bien a una cuestión metodológica, toda vez que la Comisión examina el tema de la responsabilidad sobre la base del informe presentado por el Relator Especial designado para ello, en el que se considera el hecho internacionalmente ilícito del Estado como generador de la responsabilidad de éste en el plano internacional.

7. La cuestión que se plantea es si el acto unilateral por el cual un Estado puede comprometer su responsabilidad internacional es un acto puramente unilateral, y que por lo tanto se ubica dentro del ámbito del estudio de esta categoría específica de actos o si, por el contrario, se trata de un acto que se ubica en la esfera de la relación convencional.

8. Es válido afirmar que los actos del Estado que generan su responsabilidad internacional son actos jurídicos unilaterales desde el punto de vista formal, sean ellos de origen individual o colectivo. Pero los actos que interesan a la Comisión ahora son los actos jurídicos que además de formalmente unilaterales son autónomos o puramente unilaterales, es decir, no vinculados a una norma preexistente, sea ella de origen convencional o consuetudinario. Y los actos relacionados con la responsabilidad internacional no parecen ser autónomos por definición.

9. Parece difícil concebir un acto que genere la responsabilidad internacional del Estado que no esté vinculado a la violación de una norma preexistente, particularmente, a la norma primaria que se alega es violada por tal acto.

10. En todo caso, la cuestión de la relación entre el hecho internacionalmente ilícito y el acto unilateral del Estado es compleja y no debería ser debatida hasta tanto no se avance más en el tema de la responsabilidad internacional del Estado que es objeto de estudio por la Comisión. Se trata, en fin, de dos regímenes diferentes, el relacionado con la responsabilidad internacional del Estado y el de los actos unilaterales autónomos.

11. Una segunda cuestión a la que se hizo referencia en la Sexta Comisión en 1998, cuando se examinó el tema, fue la relacionada con el *estoppel*. Algunos representantes reiteraron que los actos relacionados con el *estoppel* deben ser considerados en este estudio.

12. En el primer informe presentado sobre el tema, se concluyó que existe «una clara diferencia entre las declaraciones que pueden motivar el *estoppel* en un proceso y las declaraciones puramente unilaterales»[7].

13. Es cierto que existe una cierta relación entre los actos puramente unilaterales y la figura, esencialmente procesal, del *estoppel*. Tal como se indicara en el informe anterior del Relator Especial, la naturaleza de las obligaciones primarias de un Estado que le obligan a mantener una conducta determinada no se funda, como en el caso de la promesa, en la declaración misma de la intención del Estado que la formula, sino en acciones secundarias de un tercer Estado y en las consecuencias perjudiciales que produce un cambio de actitud del Estado que había generado una expectativa en otro[8]. Existe, pues una clara diferencia entre las declaraciones, en particular, que pueden motivar el *estoppel* (la acción) en un proceso de declaraciones puramente unilaterales y que tienen características muy particulares.

14. Es importante subrayar que el acto jurídico unilateral es formulado por el Estado con la intención expresa de crear una relación jurídica nueva, en particular, como se ha indicado, obligaciones a la carta del Estado, obligaciones que resultan autónomas al surtir efectos independientemente de su aceptación por el Estado destinatario o de cualquier actitud o comportamiento ulterior que pudiere significar tal aceptación. En el *estoppel*, como bien lo señala la doctrina predominante, no hay creación de derechos u obligaciones sino la imposibilidad, en el marco de determinado proceso, de prevalecerse de derechos y obligaciones ya existentes[9].

15. Una tercera cuestión que se ha planteado en el debate sobre el tema es la relativa a los actos relacionados con las organizaciones internacionales, cuestión que debe

[5] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/486, párr. 47.

[6] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 53.

[7] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/486, párr. 131.

[8] Ibíd.

[9] Cahier, «Le comportement des États come sources de droit et d'obligations».

examinarse desde dos puntos de vista diferentes: por una parte, en el contexto de la formulación del acto y, por la otra, en el contexto de sus efectos jurídicos en relación con otros sujetos de derecho internacional.

16. Es claro que el objeto del estudio emprendido por la CDI es el de los actos jurídicos unilaterales del Estado con efectos en el plano internacional, es decir, de los actos jurídicos formulados por el Estado. Un número importante de representantes en la Sexta Comisión en 1998 expresó que los actos de las organizaciones internacionales debían ser excluidos del ámbito del estudio emprendido por la CDI, aunque se señaló que ellos podían ser actos jurídicos unilaterales genuinos. Se destacó que estos actos eran muy específicos y que requerían, por lo tanto, reglas especiales, lo que les ubica fuera del mandato de la CDI[10]. Debe entenderse, sin embargo, que se trata de los actos elaborados por las organizaciones internacionales, más no de los actos dirigidos a éstas, cuestión que se abordará más detenidamente al examinar los efectos de los actos unilaterales del Estado.

17. En este segundo informe y de conformidad con el debate sobre el tema en la CDI y en la Sexta Comisión, se presentan varios proyectos de artículos con sus comentarios, en particular, sobre:

a) El alcance del proyecto de artículos;

b) La definición del acto jurídico (declaración) unilateral del Estado;

c) La capacidad para formular actos unilaterales;

d) Los representantes del Estado que pueden comprometer al Estado mediante la formulación de actos unilaterales;

e) La confirmación ulterior de un acto formulado sin autorización;

f) La expresión del consentimiento;

g) La formulación de reservas y los actos unilaterales condicionales.

[10] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de los Estados Unidos, 14.ª sesión (A/C.6/53/SR.14), párr. 48; Suiza, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 38; Alemania e Italia, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párrs. 21 y 31, respectivamente; y Bahrein, 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 14.

CAPÍTULO I

Alcance del proyecto de artículos

A.—Proyecto de artículo

18. El Relator Especial propone el siguiente artículo:

Artículo 1.—Alcance del presente proyecto de artículos

El presente proyecto de artículos se aplicará a los actos unilaterales jurídicos formulados por el Estado, que tienen efectos en el plano internacional.

B.—Comentario

19. El artículo 1 del proyecto sobre actos unilaterales debería seguir en gran medida la metodología de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, Convención de Viena de 1969), cuyo artículo 1 estipula expresamente que la Convención se aplica sólo a los tratados entre Estados, para excluir los acuerdos distintos a los tratados y los tratados en los que participan otros sujetos de derecho internacional, en particular, las organizaciones internacionales.

20. En el presente proyecto de artículo 1 se debe precisar que el proyecto de artículos se aplicará a los actos (declaraciones) jurídicos unilaterales formulados por un Estado, lo que excluye a otros sujetos de derecho internacional, incluso las organizaciones internacionales.

21. El término «acto unilateral del Estado» deberá ser precisado en el artículo 2, como se verá luego, siguiendo también en este caso la estructura de la Convención de Viena de 1969, en la que el término «tratado» se precisa en el artículo 2 relativo a los términos empleados en la Convención.

22. El proyecto de artículos se aplicará a los actos unilaterales formulados por el Estado, individual o colectivamente, que tienen efectos jurídicos en el plano internacional, para descartar los que tienen carácter político y aquellos que, aunque también jurídicos y unilaterales, no surten efectos en ese ámbito.

23. Separar los actos políticos de los jurídicos, como se estableció en el primer informe y en las deliberaciones sobre este asunto en la Comisión, es realmente complejo. La práctica de los Estados es abundante pero no ha sido estudiada sistemáticamente, lo que crea algunas dificultades[11]. Para que un juez internacional pueda determinar el

[11] La práctica de los Estados es muy importante en relación con la formulación de estos actos o declaraciones unilaterales, cuestión que aún presenta dificultades para su interpretación y determinación, como sería el caso de las declaraciones unilaterales formuladas por los Estados poseedores de armas nucleares para dar a los Estados no poseedores de dichas armas ciertas garantías de seguridad.

Estos arreglos, de contenido por lo demás variado, sujetos a ciertas condiciones en la mayoría de los casos, ¿pueden constituir ciertamente declaraciones o actos jurídicos unilaterales en el sentido que ocupa a la Comisión o simplemente se trata de declaraciones o actos políticos que comprometen a sus autores en ese ámbito?

Algunas de estas declaraciones fueron formuladas públicamente fuera del contexto de órganos internacionales, otras en el ámbito de la Conferencia de Desarme, como sería el caso de las formuladas en formas coincidente por China (A/50/155-S/1995/265, anexo), el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia (A/50/151-S/1995/261, anexos I y II) y el Secretario de Estado de los Estados Unidos, el 5 de abril de 1995 (A/50/153-S/1995/263, anexo); y las formuladas por Francia (A/50/154-S/1995/264, anexo), y el Reino Unido (A/50/152-S/1995/262, anexo) en la Conferencia de Desarme, el 6 de abril de 1995, mediante las cuales se comprometen a no usar el arma nuclear en contra de los países no poseedores de armas nucleares, partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, con una serie de condiciones que limitan su alcance.

carácter de tales actos, como se ha indicado, es fundamental determinar la intención del Estado que lo formula.

24. La jurisprudencia ha sido clara en relación con la determinación de tales actos como jurídicos o políticos. Así, por ejemplo, como dijo la CIJ en los conocidos fallos sobre los casos *Essais nucléaires*[12], las declaraciones unilaterales formuladas por representantes de Francia, eran actos unilaterales de carácter jurídico. En cambio, en el caso *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, la Corte descartó que la declaración formulada por el Jefe de Estado de Malí el 11 de abril de 1975, fuera un acto jurídico[13].

25. En los casos *Essais nucléaires* la CIJ reconoció que declaraciones

> que revistan la forma de actos unilaterales y relativas a situaciones de hecho o de derecho pueden tener por efecto crear obligaciones jurídicas. […] Cuando el Estado autor de la declaración tiene la intención de obligarse de acuerdo a sus términos, esta intención confiere a su declaración el carácter de un compromiso jurídico[14].

26. En el caso *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, la CIJ concluyó que tales declaraciones podían ciertamente tener por efecto crear obligaciones jurídicas a cargo del Estado en nombre del cual se formulan, pero que eso no ocurría sino cuando el Estado autor de la declaración entendía vincularse conforme a sus términos[15].

27. Por otra parte, debe precisarse que el acto formulado por el Estado puede estar dirigido a otros sujetos de derecho internacional, entre ellos las organizaciones internacionales. Debe distinguirse, como se dijo antes, la elaboración, que corresponde al Estado, de la relación jurídica que pueda establecerse mediante esos actos con otros sujetos de derecho internacional, incluso aquellos distintos al Estado, lo que estaría en relación con sus efectos.

28. El acto jurídico unilateral formulado por un Estado puede estar dirigido a otro Estado, a varios Estados, a la comunidad internacional en su conjunto o a cualquier otro sujeto de derecho internacional. Sin duda, la relación jurídica entre el Estado que formula el acto y el sujeto destinatario no puede excluir a otros sujetos de derecho internacional, en particular, a las organizaciones internacionales.

29. Algunos representantes en la Sexta Comisión en 1998 señalaron que no veían razón alguna para excluir del estudio los actos formulados en relación con otros sujetos de derecho internacional, especialmente si se consideraba que tales actos, en la práctica, podían ser dirigidos tanto a los Estados como a las organizaciones internacionales[16].

30. Si se puede considerar a las organizaciones internacionales dentro del estudio que ha emprendido la Comisión en esta fase debe ser solamente en este contexto, es decir, como ya se indicó, en relación con los actos que pudieren estar dirigidos a ellas, lo que por ahora no interesaría al estudio que se emprende por cuanto hasta el momento sólo se aborda la cuestión de la formulación de tales actos.

31. Es importante destacar que tal como se planteara cuando se elaboró la Convención de Viena de 1969, los actos de las organizaciones internacionales son complejos y el hecho de que no se incluyeran en el ámbito de aplicación de esa Convención no podía significar que ellos no existieran, que no fueran importantes conforme a la práctica internacional y que no tuvieran efectos jurídicos.

En la declaración de los Estados Unidos, hecha por el representante de ese país ante la Conferencia de Desarme, que recoge una declaración formulada por el Presidente de ese país, se manifiesta que «[l]os Estados Unidos reafirman que no emplearán armas nucleares contra un Estado que no posea tales armas y sea parte en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, salvo en el caso de una invasión o ataque de cualquier otra índole contra los Estados Unidos, sus territorios, sus fuerzas armadas u otras tropas, sus aliados o un Estado con el que haya suscrito un acuerdo de seguridad, si la invasión o el ataque son llevados a cabo o apoyados por dicho Estado no poseedor de armas nucleares en asociación o alianza con un Estado que posea tales armas» (A/50/153-S/1995/263, anexo).

Mientras que los países poseedores de armas nucleares consideraron tales actos como firmes, creíbles y confiables, los países no alineados agrupados en el Grupo de los 21 en la Conferencia consideraron que tales actos o declaraciones no comprometían a los países que las formulaban, no teniendo, por lo tanto, un carácter jurídico. El representante de Indonesia señaló a este respecto, en representación del Grupo de países no alineados, el 11 de abril de 1995, en Nueva York, que tales actos «no satisfacen la solicitud de larga data de los países no alineados» (véase S/PV.3514, págs. 18 y 19), entendiéndose, como lo indicara en esa misma fecha el representante de la República Islámica del Irán que «[d]ichas garantías deben ser en la forma de un instrumento negociado, internacional y jurídicamente vinculante» (ibíd., pág. 7), criterio que sigue siendo mantenido por los países no alineados miembros del Grupo de los 21 en la Conferencia de Desarme.

La cuestión que se plantea es si estas declaraciones comprometen o no desde el punto de vista jurídico a los Estados que la formulan aunque estén llenas de reservas y condicionamientos que debilitan su alcance y su contenido o si, distintamente, se trata de simples posturas políticas que sólo pueden comprometer la responsabilidad política internacional del Estado en caso de incumplimiento.

Conviene subrayar la importancia de distinguir el valor jurídico de tales actos y su efectividad dados los condicionamientos que se incorporan en tales declaraciones, lo cual, lamentablemente, no ha sido abordado y menos aún definido en el ámbito de la Conferencia de Desarme.

Estas declaraciones, formuladas públicamente, con un objeto preciso, dirigidas a un grupo de Estados no poseedores de armas nucleares y generando una expectativa en los destinatarios, y probablemente motivando algunas actitudes o comportamiento por parte de éstos, podrían ser compromisos jurídicos internacionales de los Estados declarantes. La ambigüedad en cuanto a su naturaleza es precisamente una de las características de estas declaraciones que deberán examinarse con el mayor cuidado, lo que fortalece aún más la necesidad de establecer reglas precisas que puedan regular el funcionamiento de tales actos jurídicos internacionales del Estado.

[12] *Essais nucléaires (Australie* c. *France)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 253, y *Essais nucléaires (Australie* c. *Nouvelle-Zélande)*, fallo, ibíd., pág. 457. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), págs. 133 y 134, respectivamente.

[13] *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 554. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 223.

[14] *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 267, párr. 43, y pág. 472, párr. 46 (véase la nota 12 *supra*).

[15] *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 573, párr. 39 (véase la nota 13 *supra*).

[16] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Suiza, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 40; Italia, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 40; y Portugal 20.ª sesión (A/C.6/53/SR.20), párr. 31.

32. El examen de los actos jurídicos elaborados por las organizaciones internacionales en el contexto del estudio de los actos jurídicos unilaterales resulta complejo ya que abarcaría no sólo los actos emanados de sus órganos, lo que obliga al examen de las competencias y de las reglas de adopción de los mismos, sino también, lo que es igualmente complejo, los actos del funcionario encargado de representar a la organización en sus relaciones internacionales que, unilaterales en su forma, pueden ser autónomos y contener obligaciones autónomas a su cargo, en sus relaciones con los Estados, otras organizaciones o la comunidad internacional en su conjunto.

33. Si bien es cierto que la organización internacional, representada por el más alto funcionario administrativo, puede, en la generalidad de los casos, celebrar tratados con uno o varios Estados o con otra organización internacional, no podría ser menos cierto que la organización, representada por ese funcionario y de acuerdo con sus reglas internas, pueda formular actos unilaterales de naturaleza jurídica que sin duda se podrían considerar relacionados con la categoría de actos que estudia ahora la Comisión.

34. Otra cuestión que deberá considerarse en su momento, en relación con los actos formulados por una organización internacional, es la dificultad que se plantea por la no existencia de un régimen jurídico común a las organizaciones internacionales, es decir, un derecho constitucional general de las organizaciones internacionales aunque, es cierto, se pueden reconocer ciertos principios comunes, así como reconocer también la existencia del derecho de las Naciones Unidas o de alguna organización internacional en particular. Debe igualmente reconocerse que existen regímenes particulares comunes, al menos dentro del sistema de las Naciones Unidas, muy importantes en la práctica como los relativos a la función pública internacional o a las pensiones de las Naciones Unidas.

35. La diversidad de las reglas, especialmente las relacionadas con el funcionamiento, las competencias de los órganos y las reglas de adopción de las recomendaciones y decisiones —resoluciones— de éstos, hace la cuestión aún más difícil. Existen incertidumbres terminológicas y ambigüedades conceptuales y de naturaleza que hacen que el mundo de estos actos sea difícil de aprehender, identificar y sistematizar[17].

Los razonamientos que se efectúan en relación con los actos del Estado y que se apoyan en el principio de la soberanía, no pueden ser traslados pura y simplemente a los actos de las organizaciones internacionales; hay que tener en cuenta la competencia limitada de las organizaciones así como el hecho de que dichos actos afectan a los Estados ya como miembros de la organización (actos autonormativos), ya como sujetos autónomos (actos heteronormativos); la oponibilidad de los actos unilaterales de las organizaciones depende de una serie de elementos más complejos que los de los actos unilaterales de los Estados[18].

36. Esto no podría significar, sin embargo, que se excluyen los actos jurídicos formulados por el Estado en el ámbito de organizaciones y de conferencias internacionales, como pudiera ser el caso de las declaraciones unilaterales formuladas por escrito por algunos Estados en la Conferencia de Desarme sobre las garantías negativas de seguridad[19].

37. En todo caso, como lo señalaran algunas delegaciones en la Sexta Comisión en 1998, la CDI no debería descartar en forma definitiva la posibilidad de considerar en el futuro tales actos, aunque ahora se centre en el examen de los actos jurídicos unilaterales del Estado.

[17] Arbuet Vignali, Jiménez de Aréchaga y Puceiro Ripoll, *Derecho internacional público*, pág. 276.

[18] Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *Droit international public*, pág. 356.

[19] Véase la nota 11 *supra*.

CAPÍTULO II

La definición del acto jurídico (declaración) unilateral del Estado

A.—Proyecto de artículo

38. El Relator Especial propone el siguiente artículo:

Artículo 2.—Acto jurídico unilateral del Estado

A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por acto jurídico (declaración) unilateral la manifestación autónoma inequívoca de voluntad formulada públicamente por uno o varios Estados, en relación con otro u otros Estados, con la comunidad internacional en general o una organización internacional, con la intención de adquirir obligaciones jurídicas en el plano internacional.

B.—Comentario

39. En la Convención de Viena de 1969 se incluye un artículo relativo a los términos empleados que no son definiciones sobre los diversos términos que se emplean en la Convención, entre ellos el «tratado».

40. La precisión del término «acto unilateral del Estado» que se habrá de utilizar a lo largo del proyecto, debe ser clara, lo que requiere una disposición para precisar el sentido del término.

41. El proyecto de artículos sobre actos unilaterales, independientemente de si será necesario o no precisar otros términos en un artículo específico, como el artículo 2 de la Convención de Viena 1969, debe contener una disposición específica en la que se precise el sentido del término «acto unilateral», sin que ello pudiere ser una definición concreta, como tampoco lo es el apartado *a*, párrafo 1 del artículo 2, de la Convención de Viena de 1969, en relación con el tratado.

42. En el primer informe presentado sobre el tema[20] el Relator Especial intentó separar el acto formal del acto material, para concluir que la declaración era el acto jurídico formal que podía ser objeto más fácilmente de la elaboración de reglas específicas para regular su funcionamiento. En efecto, el Relator Especial afirmó que la forma más frecuente de formular actos unilaterales, cualquiera que fuere su contenido y alcance, era a través de una declaración formal. Se dijo entonces que así como el tratado era, en el contexto del derecho convencional internacional, el instrumento más común mediante el cual los Estados se comprometen en el plano jurídico internacional, la declaración es, en el contexto del derecho de los actos unilaterales, el instrumento mediante el cual éste adquiere con mayor frecuencia compromisos en el plano internacional, opinión que fue compartida por algunos representantes en la Sexta Comisión, en 1988[21].

43. Esta afirmación, sin embargo, no fue compartida por todos, señalando algunos que la misma era restrictiva y que sustituir el término «acto unilateral» por «declaración unilateral» podía permitir la exclusión de algunos actos específicos. El observador de Suiza, en particular, indicó en la Sexta Comisión que el acto (unilateral) tomará, lo más frecuentemente, pero quizás no siempre, la forma de una declaración. La expresión «declaración» le parecía indebidamente restrictiva, por lo que prefería el término «acto»[22]. El representante de Francia, por su parte, indicó que era necesario evitar una definición demasiado amplia o abstracta del acto unilateral y que, por lo contrario, no era necesario fijar límites demasiado estrechos al tema[23].

44. A juicio del Relator Especial, la definición del acto unilateral debería girar en torno al acto formal, es decir, en torno a la declaración como acto genérico que es distinto al acto material que la declaración puede contener. Se trata de separar el *instrumentum* del *negotium* que puede ser, este último, variado, lo que plantea algunas dificultades para establecer reglas comunes aplicables a todos los tipos de *negotia* posibles.

45. Sin embargo, dada las diferencias de opinión que existen por ahora en cuanto a la aceptación del acto formal como genérico, el Relator Especial utilizará el término «acto jurídico unilateral» como sinónimo de la expresión «declaración unilateral». Esta asimilación, es cierto, no responde enteramente a la realidad, sino más bien a una cuestión de carácter práctico que podría ser superada una vez que se determine si, en efecto, además de la declaración como acto formal existen otros actos y si las reglas que se pueden elaborar para regular su funcionamiento se pueden hacer en consideración de todos esos actos.

46. El acto jurídico (declaración) unilateral autónomo o puramente unilateral fue definido en el primer informe como «una manifestación autónoma de voluntad clara e inequívoca, hecha explícitamente y de forma pública por un Estado, con el objeto de establecer una relación jurídica, en particular, crear obligaciones internacionales a su cargo, en relación con un tercer Estado que no ha participado en su elaboración, sin que resulte necesaria su aceptación por ese tercer Estado o comportamientos ulteriores de éste que pudieran significar tal aceptación»[24].

47. En la Sexta Comisión se apoyó la idea de que el acto unilateral es una expresión autónoma (inequívoca) de voluntad del Estado que produce efectos jurídicos internacionales[25]. Igualmente se hizo referencia a la autonomía del acto unilateral en el sentido de que podía producir efectos jurídicos de acuerdo con el derecho internacional sin que fuera necesario para ello la aceptación o cualquier otra reacción de uno o más Estados o sujetos de derecho internacional a los que estuviese dirigido[26], observaciones que el Relator Especial considera muy importantes para la elaboración de la definición de tal acto.

48. Para fundamentar la redacción de este artículo, el Relator Especial cree conveniente referirse, aunque brevemente, a los elementos que considera constitutivos de la definición del acto jurídico unilateral del Estado.

49. En el primer informe se insistió en que la manifestación de voluntad debía ser inequívoca y pública. La intención del Estado que formula el acto es fundamental para determinar la naturaleza del acto y el alcance del compromiso que se pretende adquirir con el mismo, lo que coincide con varios fallos de la CIJ[27] y con la opinión general de la doctrina internacional.

50. Es esencial que el Estado formule el acto (declaración) en forma adecuada, es decir, inequívoca y pública. Los términos «inequívoca» y «pública» responden a la necesidad de limitar los actos unilaterales a aquellos que se formulan con la intención de adquirir obligaciones de carácter jurídico y evitar que actos distintos puedan ser adjudicados al Estado, a la vez que responde al necesario enfoque restrictivo que debe mantenerse para la formulación y la interpretación de estos actos jurídicos del Estado. La CIJ señaló, en relación con la interpretación en particular, que «cuando los Estados hacen declaraciones que limitan su libertad de acción futura, se impone una interpretación restrictiva»[28].

51. El autor del acto debe expresar de manera inequívoca su voluntad de crear una norma jurídica que comporte una obligación a su cargo y derechos en beneficio de

[20] Véase la nota 1 *supra*.

[21] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Austria, 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párr. 10; Venezuela, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párrs. 27 y 28; y Bahrein 21.ª sesión (A/C.6/53/SR.21), párr. 14.

[22] Ibíd., declaración de Suiza, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 40.

[23] Ibíd., declaración de Francia, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 55.

[24] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/486, párr. 170.

[25] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Francia, 16.ª sesión (A/C.6/53/SR.16), párr. 56; Suiza, 17.ª sesión (A/C.6/53/SR.17), párr. 38; y Alemania, Venezuela y Túnez, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párrs. 21, 27 y 59, respectivamente.

[26] Ibíd., declaraciones de Venezuela y Túnez, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párrs. 27 y 59, respectivamente.

[27] *Essais nucléaires (Australie* c. *France)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 267, párrs. 43 y 44, y *Essais nucléaires (Australie* c. *Nouvelle-Zélande)*, fallo, ibíd., pág. 472, párr. 46.

[28] *Essais nucléaires (Australie* c. *France)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 267, párr. 44, y *Essais nucléaires (Australie* c. *Nouvelle-Zélande)*, fallo, ibíd., pág. 473, párr. 47.

otros sujetos[29]. Esa voluntad, además, debe ser expresada libremente, en tanto voluntad normativa no viciada de su autor, como se verá más adelante cuando se examine el consentimiento del Estado autor.

52. El objeto claro y muy preciso de la declaración es fundamental a la determinación de la intención de comprometerse y de adquirir una obligación por parte del Estado que la formula. Es necesario, ante todo, que el objeto del compromiso unilateral sea suficientemente preciso, tal como lo indica la CIJ en sus fallos en los casos *Essais nucléaires*[30].

53. La licitud del objeto es igualmente esencial en la determinación del acto unilateral del Estado, cuestión que será examinada luego cuando se consideren las condiciones de validez del acto.

54. El acto debe, por otra parte, estar revestido de la publicidad adecuada para que pueda surtir efectos. En ese sentido, aunque se abordará más adelante con mayor detenimiento, el Relator Especial recuerda que cuando se examinó el tema en la Comisión en 1998, se indicó que la publicidad, según por lo menos una decisión judicial, no constituía una condición previa de la eficacia jurídica del acto unilateral y que, por ejemplo, en el caso de la promesa, podía comprometer jurídicamente al Estado que la formulaba, aunque se hiciera a puerta cerrada[31]. Se agregó entonces que la publicidad estaba relacionada con la prueba de su existencia y con la identificación de su beneficiario.

55. Sin embargo, a juicio del Relator Especial la publicidad del acto constituye un elemento definitorio del mismo. El acto unilateral, en ese sentido, debe ser formulado públicamente, es decir, debe hacerse del conocimiento del Estado destinatario, como lo indicó la CIJ en los ya referidos fallos de 1974 en los casos *Essais nucléaires*. El acto del Estado adquiere su tenor y su forma definitiva, efectivamente, cuando el mismo se hace público o del conocimiento de por lo menos el Estado o Estados destinatarios. De lo contrario, el acto estaría desprovisto de valor jurídico.

56. La declaración puede, ciertamente, haber sido formulada *erga omnes*, lo que hace que la misma no sea necesariamente dirigida a un Estado en particular, como se aprecia en lo indicado por la Corte en los fallos arriba mencionados en el caso *Essais nucléaires (Australie* c. *France)*[32].

57. En todos los casos, el acto unilateral debe ser formulado en relación con un destinatario preciso, sea uno o varios Estados o toda la comunidad internacional y no *in vacuo*. La CIJ, en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, no consideró la declaración formulada por la Junta de Reconstrucción Nacional de Nicaragua a la OEA como un compromiso jurídico, precisando que debía ser muy prudente «ante una declaración unilateral privada de destinatario preciso»[33].

58. Por otra parte, debe precisarse que el acto unilateral (declaración) puede ser formulado por uno o varios Estados, en una manifestación única de voluntad, sea mediante un acto individual, colectivo o concertado, en relación con otro u otros sujetos que no han participado en su elaboración, lo que fundamenta la apreciación de que se trata de un acto heteronormativo.

59. Esta situación debe distinguirse también de la planteada con la adopción de los acuerdos denominados colaterales, a que se refieren los artículos 34 y siguientes de la Convención de Viena de 1969, a los cuales se hizo amplia referencia en el primer informe[34].

60. En la definición se utiliza el término «formulada», al referirse al nacimiento del acto, por considerar que es más apropiado que «elaborada», utilizado más frecuentemente en el derecho convencional y en relación con los actos concertados.

61. En la definición se precisa que se trata de una manifestación de voluntad autónoma que solamente puede contener obligaciones a cargo del o los Estados que la formula, toda vez que un Estado no puede imponer obligaciones a otros Estados sin su consentimiento, lo que responde al principio establecido de derecho internacional *pacta tertius nec nocent nec prosunt*.

62. Desde luego, se trata de los actos unilaterales autónomos o independientes de normas jurídicas preexistentes pues, como se señaló en el primer informe sobre este tema, un Estado puede adoptar actos unilaterales en el ejercicio de un poder acordado por una norma convencional o consuetudinaria preexistente, como sería el caso, entre otros, de los actos jurídicos unilaterales adoptados en relación con el establecimiento de la zona económica exclusiva que, de origen interno, producen efectos en el ámbito internacional, en particular, obligaciones a terceros Estados que no han participado en la elaboración de este acto. Estos actos, desde luego, se ubican fuera del ámbito de los actos puramente unilaterales, ubicándoseles dentro de la esfera convencional.

63. En la definición no se hace mención expresa al hecho de que tales actos unilaterales no requieren la aceptación del sujeto destinatario, ni cualquier otro comportamiento que pudiere significar aceptación de la parte de ese sujeto, por cuanto, a pesar de haber incluido tal aceptación en la definición anterior, se entiende que tales actos se caracterizan precisamente por ello, lo que haría inútil una precisión expresa en el proyecto de artículo sobre la definición.

64. Finalmente, en cuanto a la forma de la expresión del consentimiento por el Estado, el Relator Especial

[29] Sicault, «Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public», pág. 665.

[30] *Essais nucléaires (Australie* c. *France)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 267, párr. 43, y *Essais nucléaires (Australie* c. *Nouvelle-Zélande)*, fallo, ibíd., pág. 474, párr. 51.

[31] *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 59 y 60, párr. 171.

[32] Fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 269, párr. 50.

[33] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fondo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 132, párr. 261. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 210.

[34] Véase la nota 1 *supra*.

debe señalar que no parece necesario en la definición del acto unilateral (declaración) precisar si se trata de actos o declaraciones escritas u orales, toda vez que debe entenderse que la forma de expresión no reviste importancia en cuanto a la intención de comprometerse. El Estado —su agente— puede comprometerse mediante una declaración escrita u oral. En este sentido, la CIJ en sus fallos antes mencionados de 1974 en los casos *Essais nucléaires* señaló que:

> En lo que se refiere a la forma, es conveniente destacar que no es éste el dominio en el cual el derecho internacional imponga reglas estrictas o especiales. Que una declaración sea verbal o escrita, no supone ninguna diferencia esencial, pues tales enunciados realizados en circunstancias particulares pueden constituir un compromiso en derecho internacional, sin tener necesariamente que estar consignados por escrito. La forma no es, pues, una cuestión decisiva[35].

[35] *Essais nucléaires (Australie* c. *France)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, págs. 267 y 268, párr. 45, y *Essais nucléaires (Australie* c. *Nouvelle-Zélande)*, fallo, ibíd., pág. 473, párr. 48.

CAPÍTULO III

La capacidad para formular actos jurídicos unilaterales

A.—Proyecto de artículo

65. El Relator Especial propone el siguiente artículo:

Artículo 3.—La capacidad del Estado

Todo Estado tiene la capacidad de formular actos jurídicos unilaterales.

B.—Comentario

66. Las condiciones fundamentales que se exigen para la validez de un acto jurídico son la imputabilidad del acto a un sujeto de derecho y el respeto de las reglas relativas a la formación de la voluntad. Es importante reiterar que el procedimiento de elaboración del acto es regulado por el derecho interno, pero que la validez de sus efectos interesan al derecho internacional.

67. Cuando se elaboró el proyecto de la Convención de Viena de 1969, la Comisión debatió con mucho cuidado el proyecto de artículo sobre la capacidad para concluir tratados, tomando en cuenta no sólo el informe del Relator Especial, sino las opiniones de los Estados. Luego de un largo debate, se concluyó en la redacción del artículo 4 de la Convención que, sencillamente, recoge el principio según el cual todo Estado tiene la capacidad de concluir tratados, basado a su vez en el principio de la igualdad jurídica y la soberanía de los Estados.

68. En el caso del proyecto de artículos sobre actos unilaterales, tomando como base la discusión en la Comisión, se ha considerado conveniente presentar un artículo igualmente sencillo en el que simplemente se refleje la capacidad del Estado de formular actos (declaraciones) jurídicos unilaterales, lo que evitaría celebrar nuevamente el debate llevado a cabo entonces sobre esta cuestión.

69. Esta disposición, como el artículo 6 de la Convención de Viena de 1969, debe estar limitada a los Estados. Es importante recordar que originalmente, se planteó en la Comisión, cuando se elaboró el proyecto de Convención, una redacción que abarcaba «a otros sujetos de derecho internacional» y la cuestión de la capacidad de las entidades en el Estado federal. El debate en la Comisión planteó, en un momento, incluso la supresión de una disposición sobre la capacidad del Estado, como en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, lo que no se planteó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, celebrada en Viena del 2 de marzo al 14 de abril de 1961.

70. La inclusión de este artículo no fue necesaria en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas pero sí fue considerada importante cuando se elaboró la Convención de Viena de 1969. Ahora, pareciera que incluir una disposición de esta naturaleza en el presente proyecto de artículos es necesario. Tal como lo señaló el Sr. El-Erian en 1965 en el seno de la Comisión:

> En el proyecto de artículos sobre las relaciones diplomáticas no se reguló la capacidad para establecer relaciones diplomáticas debido al contexto distinto en que se planteó la cuestión; hubo una discusión sobre si el establecimiento de relaciones diplomáticas constituía un derecho o era un atributo de la personalidad internacional[36].

Por su parte, el Relator Especial sobre el tema del derecho de los tratados, Sir Humphrey Waldock, destacó en su primer informe[37] que la cuestión de la capacidad asume una importancia mucho mayor cuando se trata del derecho de los tratados que cuando se trata de las relaciones diplomáticas, por lo que era importante y conveniente mantener una disposición en ese sentido[38].

[36] *Anuario… 1965*, vol. I, 779.ª sesión, pág. 28, párr. 54.

[37] *Anuario… 1962*, vol. II, pág. 31, documento A/CN.4/144.

[38] Ibíd., vol. I, 640.ª sesión, pág. 69, párr. 2.

CAPÍTULO IV

Representantes del Estado para formular actos unilaterales

A.—Proyecto de artículo

71. El Relator Especial propone el siguiente artículo:

Artículo 4.—Representantes del Estado para formular actos unilaterales

1. El Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores son considerados representantes del Estado para formular actos unilaterales en su nombre.

2. También se considerará que una persona representa a un Estado para formular actos unilaterales en su nombre si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos.

3. También serán considerados representantes del Estado los jefes de misión diplomática ante el Estado de acreditación y los representantes acreditados del Estado en una conferencia internacional o ante una organización internacional o de uno de sus órganos, en relación con las competencias de la conferencia, la organización o uno de los órganos de ésta.

B.—Comentario

72. La operación convencional es por su propia naturaleza compleja, distinta a la que corresponde a los actos unilaterales del Estado. La adopción, la decisión del Estado de consentir en vincularse por un tratado, la notificación internacional de esa decisión y la entrada en vigor, son las etapas fundamentales de la operación convencional, mientras que en el ámbito de los actos unilaterales del Estado, la formulación de los mismos se basa en la intención unilateral de comprometerse y adquirir obligaciones unilaterales en el plano internacional. La formulación del acto unilateral que nos ocupa pudiera ser considerada, en ese sentido, menos rígida.

73. El Estado está representado en el plano internacional por los órganos competentes para ello. El derecho internacional determina en qué condiciones estos órganos pueden comprometer al Estado frente a otros Estados u otros sujetos de derecho internacional e indica los privilegios e inmunidades necesarios para el ejercicio de sus funciones internacionales. El derecho interno reglamenta, dentro de su ámbito, las correspondientes competencias[39]. En efecto, la expresión del consentimiento del Estado está regulado por el derecho interno, mientras que los efectos del acto jurídico que se contrae o se formula, estarían regulados por el derecho internacional, cuestión que es importante subrayar previo al examen de este artículo.

74. El acto unilateral deber ser hecho (formulado) por un órgano habilitado para actuar en nombre del Estado en el ámbito del derecho internacional, sea en general, sea en una esfera particular o en una materia determinada. Es necesario, para que el acto contenga obligaciones para el Estado, que el órgano del cual emana tenga el poder de comprometer al Estado en el plano internacional[40].

75. La estructura del artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 debe guiar la redacción de este artículo del proyecto sobre los actos unilaterales, con algunas especificidades a las que conviene hacer alguna referencia. En la Convención—vale precisar, en el artículo 7 sobre los plenos poderes—, se examinó en forma separada del artículo 46 (proyecto de artículo 31) relativo a las disposiciones de derecho interno relacionadas con la competencia para concluir tratados y del artículo 47 (proyecto de artículo 32) relativo a la restricción particular de la facultad de expresar el consentimiento de un Estado, a pesar de que aparentemente, como señalaron algunos miembros de la Comisión entonces[41] estaban estrechamente relacionados. En realidad, como indicaron otros en esa misma oportunidad[42], se trata de cuestiones completamente diferentes: el artículo 7 (proyecto de artículo 4) trata de los poderes del órgano que negocia, mientras que los artículos 46 y 47 (proyectos de artículos 31 y 32) se refieren a la validez de un tratado a propósito de la competencia para concluir tratados, lo cual es establecido por las reglas internas.

76. Un criterio restrictivo, es cierto, como se ha señalado, debe imponerse cuando se trata de los actos unilaterales del Estado, particularmente en lo que respecta a su elaboración, su interpretación y sus efectos.

77. En el derecho convencional, los compromisos internacionales y las obligaciones que se derivan de ellos, surgen de negociaciones generalmente complejas de las que se derivan beneficios mutuos, en las que, también por lo general, las partes involucradas plantean la aplicación de la reciprocidad en cuanto a tales beneficios. En el caso de los actos unilaterales, el Estado que se compromete y asume determinadas obligaciones adopta un acto en cuya formulación sólo participa él, lo que hace de este acto un acto particular.

78. El Estado, debe igualmente precisarse, recurre a la modalidad de la formulación de los actos unilaterales, particularmente, cuando las circunstancias así lo exigen, cuando una negociación con otro u otros sujetos de derecho internacional se presenta difícil, como fue el caso de las declaraciones unilaterales formuladas por el Gobierno de Francia en los casos *Essais nucléaires*[43] que, por lo demás, como lo señaló la CIJ, conforman un todo.

---

[39] Podestá Costa y Ruda, *Derecho internacional público*.

[40] Skubiszewski, «Les actes unilatéraux des États», pág. 243, párr. 47.

[41] *Anuario… 1965*, vol. I, 780.ª sesión, declaraciones de los Sres. Yasseen, pág. 34, párr. 29, y pág. 36, párrs. 53 y 54, y Rosenne, pág. 34, párr. 30.

[42] Ibíd., declaraciones de los Sres. Ago, págs. 34 y 36, párrs. 31 y 60, respectivamente, y Amado, pág. 34, párr. 32.

[43] Véase la nota 12 *supra*.

Igual situación se plantea en el caso de las declaraciones formuladas por los Estados poseedores de armas nucleares, las cuales contienen garantías negativas de seguridad dirigidas a los Estados no poseedores de armas nucleares[44].

79. El Estado sólo puede ser comprometido en el plano internacional por sus representantes, tal como se entienden en derecho internacional, es decir, aquellas personas que por su investidura u otras circunstancias estarían habilitados para ello.

80. En el caso de los actos unilaterales debe reconocerse, en primer lugar, al igual que en el contexto del derecho de los tratados, la presunción de que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores pueden comprometer al Estado en sus relaciones externas, lo que confirma la doctrina, la jurisprudencia internacional y la misma Comisión, cuando elaboró el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados.

81. La Comisión, en su informe a la Asamblea General en 1966, indicó, al comentar el proyecto de artículo 6 del proyecto sobre el derecho de los tratados que se convirtió en el artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 que:

> En el *párrafo 2*[*] se enumeran tres categorías de casos en que se considera en derecho internacional que una persona representa a su Estado sin tener que presentar un instrumento de plenos poderes. En esos casos, por consiguiente, los demás representantes están facultados para confiar en la capacidad de la persona interesada para representar a su Estado, sin tener que pedir pruebas de la misma[45].

La capacidad de estas personas es inherente al cargo que ejercen, lo cual es aceptado por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica, y recogido en la Convención, en el artículo citado arriba.

82. La habilitación del Ministro de Relaciones Exteriores de un Estado para comprometer al Estado en el plano internacional ha sido confirmada no sólo por la doctrina sino por los tribunales internacionales, como por ejemplo, en el caso *Statut juridique du Groënland oriental*, cuando la CPJI indicó que «una contestación verbal dada [...] por el Ministro de Relaciones Exteriores de aquel gobierno [...] en un asunto que caía bajo su competencia obliga al país al cual pertenece el Ministro»[46].

83. Igual afirmación se hace en cuanto al Presidente y al Jefe de Gobierno o Primer Ministro que tienen, indudablemente, la capacidad de comprometer al Estado sin plenos poderes. La CIJ, en el caso *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, confirmó esa presunción fundamental de las relaciones internacionales cuando indicó que:

> De acuerdo al derecho internacional es indudable que existe, en relación con todo Jefe de Estado, la presunción de que puede actuar en nombre del Estado en sus relaciones internacionales (véase, por ejemplo, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 7, párr. 2, apdo. *a*)[47].

84. Además del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores, otros funcionarios de alto nivel del Estado pueden formular actos unilaterales y comprometer jurídicamente al Estado en ámbitos o áreas específicas de interés para los Estados interesados.

85. El carácter técnico de determinadas cuestiones puede permitir que personas distintas a las señaladas anteriormente puedan estar habilitadas para comprometer al Estado en relación a esas áreas. Estos órganos están, como señala Cahier, provistos de plenos poderes que permiten a los otros Estados saber que tienen la capacidad de comprometer al Estado que representan[48].

86. La CIJ ha considerado en varias oportunidades actos y comportamientos de funcionarios del Estado adoptando posiciones interesantes sobre su representatividad. Así, por ejemplo, en el caso *Temple de Préah Vihéar*, la Corte, consideró algunos actos emanados de algunos funcionarios para decidir a qué Estado pertenecía el templo[49]. En el caso *Golfe du Maine* la Corte consideró que una carta emanada de uno de sus funcionarios de la Oficina de Administración de Tierras del Ministerio del Interior de los Estados Unidos en relación con un asunto técnico no constituía una declaración oficial del Gobierno de los Estados Unidos relativa a las fronteras marítimas internacionales de dicho país[50].

87. En los casos *Essais nucléaires*, la CIJ concluyó que las declaraciones del Presidente de la República

> y las de los miembros del Gobierno francés que actuaban bajo su autoridad, incluso la última declaración efectuada por el Ministro de la Defensa (del 11 de octubre de 1994) debían ser consideradas como conformando un todo. Por consiguiente, cualquiera haya sido su forma, deben considerarse que constituyen un compromiso del Estado, dadas su intención y las circunstancias en las cuales se produjeron[51].

88. No parece haber dudas en cuanto a que en el ámbito de los actos unilaterales existen ciertos altos funcionarios, distintos al Jefe de Estado o de Gobierno y al Ministro de Relaciones Exteriores, habilitados permanentemente para comprometer al Estado en las materias específicas de sus competencias.

89. Sin separarnos del carácter restrictivo que se debe dar a los actos unilaterales, parece necesario que tales funcionarios puedan representar al Estado en determinadas áreas de las relaciones internacionales, como serían los funcionarios nacionales que participan en negociaciones internacionales relacionadas con el aprovechamiento y el uso de los espacios comunes.

---

[44] Véase la nota 11 *supra*.

[45] *Anuario… 1966*, vol. II, pág. 212, documento A/6309/Rev.1, parte II, párr. 4 del comentario al artículo 6.

[46] *Statut juridique du Groënland oriental, 1933, C.P.J.I. série A/B n.º 53*, pág. 71.

[47] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 622. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 123.

[48] *Loc. cit.*, pág. 243.

[49] *Temple de Préah Vihéar*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1962*, págs. 25, 30 y 31. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 81.

[50] *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, fallo, *C.I.J. Recueil 1984*, págs. 307 y 308, párr. 139. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, pág. 177.

[51] *Essais nucléaires (Australie* c. *France)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 269, párr. 49, y *Essais nucléaires (Australie* c. *Nouvelle-Zélande)*, fallo, ibíd., pág. 474, párr. 51.

90. La práctica internacional no ha sido examinada con el mayor detenimiento, y menos en forma sistemática, para determinar que los actos de determinados altos funcionarios pueden comprometer al Estado. No parece fácil determinar si los Estados admiten, en la esfera convencional al menos, que el Estado adquiera compromisos mediante la formulación de actos distintos al acuerdo suscrito por personas habilitadas según la Convención de Viena de 1969.

91. Sin duda, como lo ha señalado la misma Comisión, la confianza en las relaciones internacionales es fundamental para el mantenimiento de relaciones armoniosas y la paz y la seguridad internacionales. Las declaraciones que formulan los funcionarios en esas áreas determinadas deberían garantizar al otro u otros sujetos de derecho internacional destinatarios la confianza necesaria en sus relaciones mutuas.

92. En ese sentido, pueden comprometer al Estado los representantes que los Estados interesados reconocen como sus representantes en determinadas áreas, lo que debe excluir, en consideración del carácter restrictivo ya aludido de estos actos unilaterales, los actos realizados por funcionarios que no tienen tal capacidad. Se puede entonces aceptar que representantes del Estado de un nivel determinado y en esferas igualmente determinadas pueden, por esa facultad implícita permanente, comprometer al Estado. Tal sería el caso de funcionarios de alto nivel: ministros y representantes especiales técnicos en determinadas áreas, como pudiere ser el caso de los ministros o altos funcionarios que actúan en negociaciones de interés común, como las relacionadas con los espacios y recursos comunes.

93. Éste es quizás uno de los aspectos cruciales que debe decidirse para establecer las personas habilitadas para comprometer al Estado en sus relaciones externas y adquirir obligaciones a cargo del Estado que representan. Si bien se puede considerar cierta categoría de personas, también deben excluirse aquellas que se considere que no tienen el poder implícito permanente antes señalado.

94. Los titulares de ministerios técnicos cuentan generalmente con atribuciones en las relaciones exteriores relacionadas con los ámbitos de su competencia (comercio exterior, transporte y comunicaciones, salud, trabajo, entre otros): en resumen, muchos de los órganos del Estado participan hoy en la conducción de las relaciones exteriores y esta situación se refleja (necesariamente) en el ámbito de los actos unilaterales[52].

95. El principio de la buena fe es importante en relación con los actos formulados por personas que se entiende están implícitamente habilitados para comprometer al Estado. Salvo en los casos en los cuales la violación de las normas internas es manifiesta y concierne a una regla de importancia fundamental —señala Skubiszewski— el destinatario del acto unilateral puede invocar el principio de la buena fe considerando al órgano como competente[53].

96. Siguiendo la estructura del artículo 7 de la Convención de Viena de 1969, se contempla en este proyecto de artículo que estarían habilitados para comprometer al Estado los representantes del Estado ante otro Estado o ante una organización internacional en relación con ellos, el representante del Estado ante una conferencia, así como determinadas personas, si se deduce de la práctica de los Estados interesados o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a dichas personas representantes del Estado para esos efectos.

97. La cuestión de los plenos poderes en el caso de los actos unilaterales debe enfocarse de una manera diferente a como se lo hace en el derecho de los tratados. Si bien es cierto que el Estado otorga plenos poderes a determinadas personas para que lo representen en la conclusión de un tratado, es decir, para habilitarlo para ello —por lo que es en consecuencia competente para comprometerlo en relación con una determinada negociación—, en el contexto de los actos unilaterales debe entenderse en sentido distinto toda vez que los plenos poderes no se extenderían para que una persona represente al Estado en la elaboración de un tratado, sino más bien para que una persona tenga la capacidad en un contexto más amplio, es decir, en el marco de una negociación o fuera de ella, pero, en todo caso, en relación con una cuestión determinada. El Estado otorgaría implícitamente plenos poderes permanentes a un funcionario para que conduzca las relaciones externas sobre una determinada cuestión.

98. Si bien en el derecho de los tratados es esencial la extensión de plenos poderes en determinados casos, para poder comprometer al Estado en el ámbito de los actos unilaterales la referencia a tales poderes no parece necesaria.

99. Las circunstancias por las que se formula el acto unilateral y la forma como nace el mismo y las obligaciones que de él se derivan, generalmente a través de una declaración, difieren sustancialmente, como se dijo, de la operación convencional. La especificidad de los actos unilaterales objeto de examen ahora por la Comisión hace que los plenos poderes no sean considerados en la habilitación de la persona que pueda representar o actuar a nombre del Estado.

[52] Skubiszewski, *loc. cit.*, pág. 243.

[53] Ibíd.

CAPÍTULO V

La confirmación ulterior de un acto formulado sin autorización

A.—Proyecto de artículo

100. El Relator Especial propone el siguiente artículo:

Artículo 5.—Confirmación ulterior de un acto unilateral formulado sin autorización

Un acto unilateral formulado por una persona que, conforme al artículo 4, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin al Estado y comprometerlo en el plano internacional, no surtirá efectos jurídicos, a menos que sea confirmado expresamente por ese Estado.

B.—Comentario

101. En el artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 se precisan las personas habilitadas para comprometer al Estado en el plano internacional, bien por la investidura de la misma, bien por que surge de la práctica tal habilitación, o bien porque se le han asignado plenos poderes para ello, cuestión que fue referida arriba, a excepción de los plenos poderes que parecieran no justificarse en el contexto de los actos unilaterales del Estado.

102. En el artículo 8 de la Convención de Viena de 1969 se plantea la posibilidad de que un Estado pueda confirmar ulteriormente, implícita o explícitamente, un acto relativo a la conclusión de un tratado cuando el mismo es realizado por una persona distinta a las que se hace referencia en el artículo 7 de la Convención.

103. En la Comisión, cuando se elaboró el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, se plantearon cuestiones importantes relativas a la vinculación entre el derecho internacional y el derecho interno y se concluyó que la elaboración del acto era regida por el derecho interno, aunque su formulación interesaba al derecho internacional. En el ámbito de los actos unilaterales, los principios y conceptos que fundamentan la Convención de Viena de 1969 siguen siendo aplicables aunque, como se ha mencionado, la cuestión debe examinarse con un enfoque más restrictivo dadas las características ya señaladas, tan particulares, de esta categoría de actos jurídicos del Estado.

104. En relación con esos actos deben considerarse dos situaciones diferentes. En primer lugar, cuando el acto es formulado por una persona no habilitada para comprometer al Estado y cuando, aunque el acto es formulado por una persona habilitada para representar al Estado en el ámbito internacional, ésta actúa más allá de sus competencias. Si bien se trata de dos situaciones diferentes, la cuestión de base es la misma: actuación de una persona no habilitada para comprometer al Estado para la formulación de un determinado acto.

105. Cuando se discutió en la Comisión el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, un miembro indicó que la validez de un acto formulado por un órgano no habilitado era dudosa, pero si ni el gobierno ni el parlamento manifiestan su disconformidad inmediatamente después de enterarse de la existencia del tratado, éste es confirmado implícitamente[54]. En el derecho de los tratados, la norma pareciera justificarse más que en el contexto de los actos unilaterales.

106. Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, Venezuela presentó un proyecto de enmienda[55], en que señalaba que un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 6, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos a menos que sea ulteriormente confirmado expresamente por ese Estado. Al ser rechazada la propuesta, se resolvió la cuestión y se decidió, tal como figura en el artículo 8 de la Convención de 1969, que el acto puede ser confirmado tanto implícita como explícitamente.

107. En el contexto de los actos unilaterales pareciera conveniente, dadas sus características, que el mismo sea confirmado expresamente para que pueda producir efectos jurídicos, lo que garantiza aún más la intención real del Estado que formula el acto, otorgando una mayor seguridad en las relaciones internacionales, que está siempre a la base de la elaboración del proyecto de artículos. La forma expresa de la confirmación evita, sin duda, malos entendidos en cuanto a la voluntad del Estado que formula el acto. Ciertamente, un acto anulable no puede ser sino confirmado en forma expresa como bien lo indicara un representante en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados[56].

108. En el proyecto de artículo que se comenta, se precisa también que se trata de una persona no autorizada «para comprometerlo [al Estado] en el plano internacional», lo que no es el caso, aunque se pueda deducir, de la Convención de Viena de 1969.

---

[54] *Anuario… 1963*, vol. I, 674.a sesión, declaración del Sr. Verdross, pág. 3, párr. 7.

[55] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, Períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.5), informe sobre la labor realizada por la Comisión Plenaria en el primer período de sesiones de la Conferencia, documento A/CONF.39/14, pág. 131, párr. 82, apdo. *c*.

[56] Ibíd., *Primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.68.V.7), 14.ª sesión de la Comisión Plenaria, pág. 85, párr. 5, declaración del Sr. Carmona (Venezuela).

CAPÍTULO VI

La validez del acto jurídico unilateral: la manifestación del consentimiento y las causas de nulidad

A.—Proyectos de artículos

109. El Relator Especial propone los siguientes proyectos de artículos:

Artículo 6.—La manifestación del consentimiento

El consentimiento del Estado en obligarse mediante la formulación de un acto unilateral se manifiesta por su representante cuando en su nombre formula una declaración, exenta de vicios, con la intención de comprometerlo en el plano internacional y de asumir para el Estado obligaciones en relación con otro u otros sujetos de derecho internacional.

Artículo 7.—Nulidad del acto unilateral

Un Estado puede invocar la nulidad de un acto unilateral:

***a*) Si el consentimiento del Estado en formular tal acto se ha manifestado sobre la base de un error de hecho o de una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de su formulación y ese hecho o esa situación constituyeran una base esencial de su consentimiento para vincularse por tal acto. Lo anterior no se aplicará si el Estado contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueran tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de error;**

***b*) Si el Estado ha sido inducido a formular tal acto por la conducta fraudulenta de otro Estado;**

***c*) Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un acto unilateral ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado;**

***d*) Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un acto unilateral ha sido obtenida por coerción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él;**

***e*) Si la formulación del acto unilateral ha sido obtenida por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas;**

***f*) Si el acto unilateral, en el momento de su formulación, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional;**

***g*) Si el consentimiento del Estado en obligarse por un acto unilateral ha sido manifestado en violación manifiesta de una norma de importancia fundamental de su derecho interno.**

B.—Comentario

110. La Comisión, en su informe presentado a la Asamblea General en 1998, indicó en relación con la labor futura del Relator Especial que «[t]ambién podría avanzar en el examen del tema concentrándose en los aspectos referentes a [...] las condiciones de validez de los actos unilaterales (las declaraciones)»[57]. Durante la discusión del informe de la CDI sobre este tema en la Sexta Comisión, en 1998, algunos representantes señalaron también que la CDI debía concentrarse, en el futuro, en los aspectos relacionados con la elaboración y las condiciones de validez de los actos unilaterales[58].

111. Para que un acto jurídico, en general, sea válido en derecho internacional y pueda producir efectos jurídicos, deben reunirse ciertas condiciones: en primer lugar, que el acto sea imputable a un sujeto de derecho internacional y que el representante del Estado tenga la capacidad para representarlo, es decir, que esté habilitado para comprometerlo en el plano internacional, lo cual, como se ha indicado arriba, está regulado por las normas internas, particularmente, de derecho constitucional, cuestión que fue examinada cuando se comentaron los proyectos de artículos 3 y 4.

112. Al igual que en el derecho de los tratados, el nacimiento del acto jurídico unilateral del Estado se fundamenta en la manifestación de la voluntad, la cual debe estar exenta de vicios. El acto jurídico, como es bien sabido, sólo puede surtir efectos cuando es válido. En caso de invalidez, el acto unilateral puede ser declarado nulo, y en consecuencia, no produce efectos jurídicos, tal como se recoge en el párrafo 2 del artículo 69 de la Convención de Viena de 1969, relativo a las consecuencias de la nulidad de un tratado.

113. La manifestación de la voluntad debe ser formulada, además, en forma adecuada, lo que se relaciona con su publicidad, al menos para el sujeto o los sujetos de derecho internacional que son destinatarios o beneficiarios del mismo, aunque para algunos, ello estaría en relación con la prueba de la existencia del acto y no con su propia existencia.

114. Por otra parte, para que ese acto tenga validez jurídica y pueda producir efectos jurídicos, es fundamental que su objeto sea lícito, cuestión que se relaciona con la aceptación de la existencia de un orden público internacional y con las normas imperativas o de *jus cogens*, como se verá más adelante.

115. Sin duda, el objeto lícito de los actos jurídicos unilaterales del Estado debe estar conforme a las normas del denominado orden público internacional o, como lo denomina Scelle[59], derecho común internacional, para que puedan ser considerados válidos y puedan en consecuencia

---

[57] *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 63, párr. 200.

[58] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Austria, 15.ª sesión (A/C.6/53/SR.15), párr. 10, y Rumania, 18.ª sesión (A/C.6/53/SR.18), párr. 3.

[59] Scelle, *Précis de droit des gens : principes et systématique*, págs. 15 y ss., citado en Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *op. cit.*, pág. 200.

surtir efectos jurídicos. Debe indicarse que no toda la doctrina coincide en aceptar la existencia de un orden jurídico superior. Así, por ejemplo, Rousseau, al indicar que la cuestión de la exigencia de la licitud del acto ocupa solamente un lugar secundario en la teoría del derecho internacional, anota que «el derecho convencional vale por sí mismo, sin referencia a un orden supra, meta o extrajurídico cualquiera»[60].

116. Por otra parte, para que el acto jurídico unilateral del Estado, en particular, sea válido «debe estar siempre conforme a las reglas de fondo del derecho internacional aplicables a la materia de que se trata. [...] [L]os actos unilaterales no pueden derogar el derecho internacional general y, menos aún, las obligaciones asumidas por sus autores»[61].

117. La manifestación de voluntad del autor del acto jurídico es, como se indicó, fundamental para la creación del acto y básica en cuanto a los efectos que se intenta producir con tal acto. La manifestación de voluntad es tan importante que parte de la doctrina define al acto jurídico como una manifestación de voluntad, lo que justifica la importancia que se da a los vicios que pueden invalidarlo y a la interpretación del mismo.

118. En el contexto del derecho de los tratados, los modos de expresión del consentimiento de vincularse por un tratado se contemplan en los artículos 11 y siguientes de la Convención de Viena de 1969, precisando que el Estado puede manifestar su consentimiento mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que consideren los Estados.

119. La cuestión de la manifestación de la voluntad en el caso de los actos unilaterales del Estado es igualmente esencial, siendo fundamental el momento de la manifestación, es decir, cuándo el autor manifiesta mediante una declaración su intención de comprometerse y de adquirir obligaciones a su cargo. El momento, desde luego, debe observarse en un sentido amplio, asimilándolo al proceso de su formulación, el contexto, lo que responde a las reglas de interpretación aceptadas y reflejadas en la Convención de Viena de 1969.

120. La manifestación de la voluntad y la intención del Estado de comprometerse y de adquirir obligaciones a su cargo son indisociables. El representante del Estado puede manifestar la voluntad en ese sentido en su nombre, con la intención de comprometer al Estado en el plano jurídico internacional, pues de lo contrario se estaría ante actos que deben excluirse del ámbito del presente estudio, como ya se ha señalado en varias ocasiones.

121. La intención es fundamental para la interpretación del acto del Estado y, aunque esa cuestión se abordará más adelante, debe señalarse que si bien es cierto que en la Convención de Viena de 1969 se indica que un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, éstos serán entendidos en un sentido particular si se establece que esa era la intención de las partes (art. 31).

122. La manifestación de la voluntad expresa la intención del autor de dar nacimiento a una obligación jurídica. Si esta intención no existe, como bien lo dice Jacqué, no hay acto jurídico[62]. El autor del acto debe manifestar la intención de asumir una obligación frente al destinatario.

123. La CIJ ha considerado en varias ocasiones la intención como elemento fundamental de la interpretación, como un principio fundamental universalmente reconocido y aplicable tanto en derecho interno como en derecho internacional[63]. En el caso *Essais nucléaires (Australie* c. *France)*, la Corte señaló:

> Cuando el Estado autor de la declaración entiende estar vinculado con arreglo a esos términos, esa intención confiere carácter de compromiso jurídico a su toma de posición, ya que en adelante se consideró que el Estado interesado tiene derecho a seguir una línea de conducta que se avenga con esa declaración. Un compromiso de esa índole, expresado públicamente con la intención de vincularse [...] tiene carácter obligatorio[64].

Y, más adelante, la Corte señala en esa misma decisión:

> De ese modo, cualquiera que haya podido ser la forma en que se expresaron, conviene considerar que esas declaraciones constituyen un compromiso del Estado, dada la intención con que se formularon y las circunstancias en que tuvieron lugar[65].

124. Se puede decir que se está ante una voluntad de crear un acto jurídico:

> desde el momento en que el objetivo a alcanzar por el destinatario del acto es suficientemente preciso como para poder caracterizar todo comportamiento que no se ajuste a la norma. Es esa condición la que determina que estemos ante una norma jurídica y no ante un simple deseo político[66].

125. La intención de comprometerse debe ser clara e inequívoca y formulada además, como se verá, en forma adecuada. La intención es un término «que se ha utilizado en relación con la interpretación de actos jurídicos y que designa lo que el autor o los autores de un determinado acto se han propuesto en realidad acordar, realizar, obtener o evitar, ya sea que se manifieste en el propio acto o en otros aspectos»[67].

126. La imprecisión, es igualmente importante destacar, no puede significar ausencia de intención, cuestión que se relaciona directamente con el grado de la obligación, si ese pudiere ser el término aceptable. Una vez más se plantea la cuestión de la naturaleza de la obligación, es decir, si se trata de una obligación de comportamiento o de conducta, o de una obligación de resultado, lo que la doctrina

---

[60] Rousseau, *Droit international public*, págs. 142 y 143.

[61] Skubiszewski, *loc. cit*., pág. 242, párr. 44.

[62] Jacqué, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, pág. 121.

[63] *Sud-Ouest africain*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1966*, opinión separada del magistrado Van Wyk, págs. 84 y 85; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1964*, opinión en disidencia del magistrado Armand-Ugon, pág. 123, y *Certains emprunts norvégiens*, fallo, *C.I.J. Recueil 1957*, pág. 9. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*, págs. 17, 104 y 55, respectivamente.

[64] *Essais nucléaires (Australie* c. *France)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 267, párr. 43.

[65] Ibíd., pág. 269, párr. 49.

[66] Jacqué, *op. cit.*, pág. 127.

[67] *Dictionnaire de la terminologie internationale*, publicado bajo los auspicios de la Union académique internationale (París, Recueil Sirey, 1960), pág. 341.

trata con profundidad[68]. La cuestión de las obligaciones internacionales es examinada con gran detenimiento por la Comisión en el contexto del tema de la responsabilidad internacional, que de una manera importante guarda relación con el derecho de los tratados y con el derecho de los actos unilaterales, particularmente cuando el Estado se comporta de una manera diferente a la que exige la obligación que asume por algunos de estos actos.

127. Las obligaciones que asume el Estado mediante un acto unilateral pueden ser de comportamiento, es decir, aquellas que determinan el comportamiento o la conducta que debe asumir el Estado, sin prejuzgar sobre el resultado, o de resultado, dejando al Estado la libertad de escoger los medios que ha de emplear para obtener ese resultado.

128. La intención, siempre necesariamente clara para que pueda ser la base del compromiso del Estado, puede ser expresa o implícita, lo que corresponde determinar al órgano que se ocupe de su interpretación. En ese sentido, deben recordarse los fallos de la CIJ en los casos *Essais nucléaires*, en los cuales la Corte infiere que la intención del Estado autor de las declaraciones era comprometerse desde el punto de vista jurídico, en el plano internacional[69].

129. La manifestación del consentimiento debe estar exenta de vicios, cuestión que se recoge expresamente en los artículos 48 a 52 de la Convención de Viena de 1969.

130. La cuestión de la validez del acto jurídico obliga al Relator Especial a considerar el examen del régimen de la nulidad de los actos jurídicos en derecho internacional, fundamental para determinar la validez del acto y sus efectos jurídicos.

131. Sin duda, las reglas aplicables a los actos convencionales pueden ser en gran medida aplicables a los actos jurídicos unilaterales del Estado, por lo que los comentarios sobre este proyecto de artículo deben considerar las reglas establecidas sobre la materia en relación con los actos convencionales, con especial referencia a los tratados, según la Convención de Viena de 1969.

132. En el caso de los actos unilaterales, el error, el dolo, la corrupción del representante de un Estado, la coacción ejercida sobre un Estado o su representante y las normas imperativas de derecho internacional o de *jus cogens*, deben ser igualmente considerados en este ámbito, aunque probablemente en condiciones distintas, lo que corresponde a la especificidad de tales actos.

133. En primer lugar, el Estado puede invocar la nulidad del acto unilateral cuando el mismo ha sido formulado sobre la base de un error de hecho o de una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de su formulación, si ello constituía una base esencial del consentimiento, cuestión que fue ampliamente discutida cuando se elaboró la Convención de Viena de 1969.

134. Un Estado no puede invocar el error de hecho cuando por su conducta ha facilitado tal error, como lo recoge la Convención de Viena de 1969 en el párrafo 2 del artículo 48, lo que había sido antes considerado por la CIJ como un principio bien establecido de derecho internacional[70].

135. Por otra parte, tal como en la Convención de Viena de 1969, un Estado podrá invocar la nulidad de un acto si es inducido por la conducta fraudulenta de otro Estado a formular tal acto. A pesar de lo raro de tal situación en relación con los tratados[71] y de las dudas expresadas por el Relator Especial, Sir Humphrey Waldock, sobre la incorporación del dolo como causa de nulidad de un tratado, la Convención lo incluye como tal en el artículo 49. El Relator Especial indicó entonces que tenía dudas en cuanto a la posibilidad del dolo en relación con los tratados, puesto que si bien la posibilidad existe realmente, nunca se había producido un caso concreto de dolo que induzca a un Estado a consentir en un tratado[72].

136. El dolo como causal de nulidad, a pesar de ciertas dudas, debe estar incluido en este proyecto de artículo. Si la situación puede plantearse en el ámbito de los tratados, es posible también que la misma pueda surgir en relación con la formulación de un acto unilateral. El dolo puede incluso ser por omisión, cuando un Estado, conociendo ciertas realidades, no las comunica, y ello induce al Estado a formular un acto jurídico.

137. El Estado podrá invocar la nulidad del acto unilateral cuando ese acto ha sido formulado por medio de la corrupción del representante de un Estado o cuando el mismo ha sido formulado mediante coacción sobre el representante de un Estado o amenaza contra el Estado dirigida por otro u otros Estados. Sin duda, estas causales de nulidad, previstas en los artículos 50 a 52 de la Convención de Viena de 1969, son igualmente aplicables a los actos unilaterales del Estado. En todos esos casos, los actos formulados son nulos, lo que también plantea la cuestión de si trata de actos nulos de nulidad absoluta o de nulidad relativa.

138. El acto unilateral será igualmente nulo si el mismo es formulado bajo la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, cuestión que se plantea en los mismos términos en la Convención de Viena de 1969.

139. Un acto unilateral será igualmente nulo cuando es contrario a normas propias anteriores o a una norma imperativa o de *jus cogens*, entendida ésta como una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional como tal, como se recoge en la Convención de Viena de 1969, definición que ha causado un interesante debate doctrinal.

140. Algunas normas de derecho internacional pueden ser derogadas por las partes, lo que es admitido por el derecho internacional. Pero es igualmente aceptable que algunas de ellas no lo pueden ser. Si bien son difíciles de identificar, las mismas, sin duda alguna, han venido apareciendo gradualmente, en beneficio de la organización de la sociedad internacional, después que la cuestión

[68] Véase, por ejemplo, Reuter, «Principes de droit international public», pág. 472.

[69] Véase la nota 12 *supra*.

[70] *Temple de Préah Vihéar*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1962*, pág. 26.

[71] Rousseau, *op. cit.*, pág. 147.

[72] Véase *Anuario… 1963*, vol. I, 678.ª sesión, pág. 29, párr. 3.

se planteara cuando se elaboraba la Convención de Viena de 1969. Se trata de la distinción entre normas de *jus dispositivum* y de *jus cogens*. Estas últimas constituyen una limitación a la facultad de formular actos jurídicos unilaterales, como algunas que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas y otras contenidas en convenciones fundamentales, como las relativas a la esclavitud y al genocidio, entre muchas otras. Se trata de normas imperativas de derecho internacional general que no permiten excepción alguna[73].

[73] Ibíd., 683.ª sesión, declaración del Sr. Ago, pág. 70, párr. 74.

141. Finalmente, el hecho de que un acto sea formulado contrariamente a normas de derecho interno —en concreto, normas de derecho constitucional— puede invalidar el acto si el Estado invoca su nulidad. No cabe duda de que la norma recogida en el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 es enteramente aplicable a los actos unilaterales. El representante del Estado, como se indicó arriba, debe estar habilitado para representar al Estado en sus relaciones internacionales y, además, el acto que formula no puede contradecir normas constitucionales. En efecto, el representante que formula el acto debe actuar dentro del ámbito de sus competencias para que éste pueda surtir efectos jurídicos.

CAPÍTULO VII

Un comentario acerca de las reservas y las condiciones, en relación con el acto unilateral y sobre la inexistencia del acto unilateral

142. La formulación de reservas y el establecimiento de condiciones son posibles en relación con los tratados. Sin embargo, ello no pareciera ser posible en el ámbito de la formulación de actos jurídicos unilaterales del Estado.

143. Si bien es cierto que el Estado puede formular reservas o ciertas condiciones cuando realiza un acto unilateral, en esos casos, no se estaría más ante el acto unilateral autónomo que interesa a la Comisión en estos momentos. Por su propia naturaleza, esos actos unilaterales tendrían que ser ubicados dentro de la esfera convencional. En efecto, al entrar en juego la aceptación de las reservas o de las condiciones, esos actos no son más autónomos en el sentido en que se entiende en este proyecto. La aceptación necesaria de las reservas o de las condiciones por el Estado destinatario hace de esos actos convencionales. La cuestión es importante. Sin embargo, se ha estimado conveniente no adoptar una posición definitiva sobre ello hasta tanto no se haya concluido el examen de las reservas, tema que fue estudiado por la Comisión separadamente.

144. Otra cuestión importante que se plantea en el derecho de los actos unilaterales, que debe ser considerada en el presente proyecto, es la relativa a la inexistencia del acto. No se trata de si un acto es válido o no, tampoco de si un acto puede o no ser objeto de nulidad por las razones que se expresaron arriba.

145. La cuestión del objeto de los tratados debe ser vista desde dos ángulos: en primer lugar, en cuanto a la licitud del objeto, que guarda relación con la nulidad y, en segundo lugar, en cuanto a la existencia del objeto. Un acto unilateral simplemente es inexistente cuando su objeto no existe.

146. También debe decirse que un acto es inexistente cuando el mismo no es formulado en forma adecuada, una cuestión intrínseca a su propia existencia aunque, es cierto, ello puede fortalecer la prueba de que tal acto ha sido formulado. Un acto realizado secretamente está desprovisto de todo valor jurídico. Para que tal acto pueda surtir efectos jurídicos, el mismo debe ser conocido necesariamente por el Estado o los Estados destinatarios o beneficiarios. Tal como lo señala Sicault «es una condición indispensable porque, mientras un sujeto de derecho se guarde para él un compromiso unilateral, puede modificarlo como quiera»[74], cuestión que, sin embargo, tiene ciertas restricciones, debe precisarse desde ahora, en el contexto de los actos unilaterales del Estado.

[74] Sicault, *loc. cit.*, pág. 671.

CAPÍTULO VIII

Los trabajos futuros del Relator Especial

147. El Relator Especial podría, si así lo decide la Comisión, elaborar un tercer informe y abordar todo lo relativo al respeto, la aplicación y la interpretación de los actos unilaterales, así como lo relacionado con la posibilidad de que el autor del acto pueda enmendar, revocar o suspender la aplicación de estos actos, siguiendo así las recomendaciones que presentara el Grupo de Trabajo en 1997[75].

148. En relación con el respeto debería elaborarse una disposición relacionada con el principio *acta sunt servanda*, referida antes en el primer informe[76], en el que se examinó el carácter obligatorio de estos actos del Estado.

149. En cuanto a la aplicación, se podría abordar la cuestión de la irretroactividad de los actos unilaterales, su alcance territorial y la relación entre un acto unilateral y obligaciones anteriormente asumidas por el Estado que lo formula.

150. Se abordaría también todo lo relacionado con la interpretación de ese acto, siguiendo en gran medida las reglas generales aplicables a los actos convencionales y la posibilidad y las condiciones para que un Estado pueda modificar, enmendar o revocar los actos unilaterales, cuestión que difiere sustancialmente de lo que se plantea en el derecho de los tratados.

---

[75] *Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 68, párrs. 214 a 216.

[76] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/486, párr. 157.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 51.º PERÍODO DE SESIONES

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/478/Rev.1	Cuarto informe sobre las reservas a los tratados, por el Sr. Alain Pellet, Relator Especial, anexo: Bibliografía	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/492	Responsabilidad de los Estados: comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos	Ídem.
A/CN.4/493 [y Corr.1]	La nacionalidad en relación con la sucesión de Estados: comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos	Ídem.
A/CN.4/494 y Add.1 y 2	Provisión de vacantes imprevistas (artículo 11 del estatuto): nota de la Secretaría	Ídem.
A/CN.4/495	Programa provisional	Mimeografiado. El programa definitivo figura en *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 16.
A/CN.4/496	Resumen por temas, preparado por la Secretaría, del debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo tercer período de sesiones	Mimeografiado.
A/CN.4/497	La nacionalidad en relación con la sucesión de Estados: memorando de la Secretaría	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/498 y Add.1 a 4	Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. James Crawford, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/499	Cuarto informe sobre las reservas a los tratados, por el Sr. Alain Pellet, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/500 y Add.1	Segundo informe sobre los actos unilaterales de los Estados, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/501	Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas), por el Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/L.572	La nacionalidad en relación con la sucesión de Estados: informe del Grupo de Trabajo	Mimeografiado.
A/CN.4/L.573	La nacionalidad en relación con la sucesión de Estados: título y texto de los proyectos de artículos aprobados en segunda lectura por el Comité de Redacción	Texto reproducido en *Anuario... 1999*, vol. I, acta resumida de la 2579.ª sesión, págs. 88 a 91, párr. 4.
A/CN.4/L.574 [y Corr.3 y 4]	Responsabilidad de los Estados. Títulos y textos de los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción: artículos 16 a 26 *bis* (capítulo III), 27 a 28 *bis* (capítulo IV) y 29 a 35 (capítulo V)	Ídem, acta resumida de la 2605.ª sesión, págs. 294 a 296, párr. 4.

A/CN.4/L.575	Las reservas a los tratados. Título y texto de los proyectos de directrices aprobados por el Comité de Redacción: directrices 1.1.1 [1.1.4], 1.1.5 [1.1.6], 1.1.6, 1.2, 1.2.1 [1.2.4], 1.2.2 [1.2.1], 1.3 [1.3.1], 1.3.1 [1.2.2], 1.3.2 [1.2.3], 1.4, 1.4.1 [1.1.5], 1.4.2 [1.1.6], 1.4.3 [1.1.7], 1.4.4 [1.2.5], 1.4.5 [1.2.6], 1.5, 1.5.1 [1.1.9], 1.5.2 [1.2.7], 1.5.3 [1.2.8] y 1.6	Ídem, acta resumida de la 2597.ª sesión, págs. 229 y 230, párr. 1.
A/CN.4/L.576	Informe del Grupo de Trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes	Mimeografiado. Véase el texto aprobado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento n.º 10* (A/54/10), anexo. El texto definitivo figura en *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 158.
Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/L.577 y Add.1	Informe del Grupo de Planificación: Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación	Mimeografiado.
A/CN.4/L.578 [y Corr.1]	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 51.º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Ídem. Véase el texto aprobado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento n.º 10* (A/54/10). El texto definitivo figura en *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 15.
A/CN.4/L.579	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 51.º período de sesiones)	Ídem, pág. 18.
A/CN.4/L.580	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem, pág. 20.
A/CN.4/L.581 y Add.1	Ídem: capítulo IV (La nacionalidad en relación con la sucesión de Estados)	Ídem, pág. 21.
A/CN.4/L.582 y Add.1 a 4	Ídem: capítulo V (Responsabilidad de los Estados)	Ídem, pág. 51.
A/CN.4/L.583 y Add.1 a 5	Ídem: capítulo VI (Las reservas a los tratados)	Ídem, pág. 95.
A/CN.4/L.584 y Add.1	Ídem: capítulo VII (Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes)	Ídem, pág. 135.
A/CN.4/L.585 y Add. 1	Ídem: capítulo VIII (Actos unilaterales de los Estados)	Ídem, pág. 137.
A/CN.4/L.586	Ídem: capítulo IX [Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)]	Ídem, pág. 149.
A/CN.4/L.587 y Add.1	Ídem: capítulo X (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem, pág. 151.
A/CN.4/L.588	Actos unilaterales de los Estados: informe del Grupo de Trabajo	Mimeografiado.
A/CN.4/L.589	Programa de trabajo a largo plazo: informe provisional del Grupo de Trabajo	Ídem.
A/CN.4/SR.2565 a A/CN.4/SR.2611	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2565.ª a 2611.ª	Ídem. El texto definitivo figura en *Anuario... 1999*, vol. I.

كيفية الحصول على منشورات الامم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الامم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع انحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب الى : الامم المتحدة ،قسم البيع في نيويورك او في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

United Nations publication
Sales No. S.02.V.10 (Part 1)
ISSN 0497-9885

Printed at United Nations, Geneva–GE.09-60064–October 2009–370

ISBN 978-92-1-333323-5