A/CN.4/SER.A/2008/Add.1 (Part 1)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2008

Volumen II
Primera parte

Documentos del sexagésimo período de sesiones

NACIONES UNIDAS

A/CN.4/SER.A/2008/Add.1 (Part 1)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2008

Volumen II
Primera parte

Documentos del sexagésimo período de sesiones

NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 2014

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… 2007*).

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 60.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/2008/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.13.V.3
ISBN: 978-92-1-333450-8
e-ISBN: 978-92-1-056646-9

ISSN 0497-9885

ÍNDICE

Página

Abreviaturas y siglas iv

Nota referida a las citas v

Vacantes imprevistas en la Comisión (artículo 11 del estatuto) (tema 1 del programa) 1
Documento A/CN.4/602. Nota de la Secretaría 1

Reservas a los tratados (tema 2 del programa) 3
Documento A/CN.4/600. Decimotercer informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial 3

Responsabilidad de las organizaciones internacionales (tema 3 del programa) 17
Documento A/CN.4/597. Sexto informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, preparado por el Sr. Giorgio Gaja, Relator Especial 17
Documento A/CN.4/593 y Add.1. Comentarios y observaciones recibidos de las organizaciones internacionales 33

Recursos naturales compartidos (tema 4 del programa) 41
Documento A/CN.4/591. Quinto informe sobre recursos naturales compartidos: acuíferos transfronterizos, del Sr. Chusei Yamada, Relator Especial 41
Documento A/CN.4/595 y Add.1. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos acerca del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos 55

Efectos de los conflictos armados en los tratados (tema 5 del programa) 85
Documento A/CN.4/589. Cuarto informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados: Procedimiento de suspensión y terminación, del Sr. Ian Brownlie, Relator Especial 85
Documento A/CN.4/592 y Add.1. Comentarios y observaciones recibidos de las organizaciones internacionales 95
Documento A/CN.4/L.721. Nota del Presidente del Grupo de Trabajo sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados: Proyecto de artículo 8 103

Expulsión de extranjeros (tema 6 del programa) 107
Documento A/CN.4/594. Cuarto informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial 107

Obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) (tema 7 del programa) 121
Documento A/CN.4/603. Tercer informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial 121
Documento A/CN.4/599. Información y observaciones recibidas de los Gobiernos 137

Protección de las personas en casos de desastre (tema 8 del programa) 149
Documento A/CN.4/598. Informe preliminar sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial 149

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (tema 9 del programa) 163
Documento A/CN.4/601. Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, del Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Relator Especial 163

Lista de documentos del 60.º período de sesiones 201

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ASEAN	Asociación de Naciones de Asia Sudoriental
BERD	Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Comunidad Europea
CEPE	Comisión Económica para Europa
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
FICR	Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja
FMI	Fondo Monetario Internacional
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OCAH	Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios, de las Naciones Unidas
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIPC-INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMI	Organización Marítima Internacional
OMS	Organización Mundial de la Salud
OUA	Organización de la Unidad Africana
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNITAR	Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones

*

* *

C.I.J. Mémoires	CIJ, *Mémoires, plaidoiries et documents*
C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
C.I.J. Resúmenes 1948-1991	*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)
C.I.J. Resúmenes 1992-1996	*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)
C.I.J. Resúmenes 1997-2002	*Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1997-2002* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.03.V.12)
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); *Plaidories, exposés oraux et documents* (n.os 52 a 88, a partir de 1931)

AFDI	*Annuaire français de droit international* (París)
AJIL	*American Journal of International Law* (Washington D. C.)
BYBIL	*The British Year Book of International Law* (Londres)

ILM	*International Legal Materials* (Washington D. C.)
ILR	*International Legal Reports* (Cambridge)
RSA	Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*

*

* *

En el presente volumen, 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.4/602

Nota de la Secretaría

[Original: inglés]
[3 de junio de 2008]

1. A raíz de la renuncia del Sr. Ian Brownlie, con efecto a partir del 8 de agosto de 2008, ha quedado una vacante en la Comisión de Derecho Internacional.

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

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

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

Artículo 2

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

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

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

Artículo 8

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

3. El mandato del miembro que ha de ser elegido por la Comisión expirará a fines de 2011.

RESERVAS A LOS TRATADOS

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/600

Decimotercer informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial*

[Original: francés]
[20 de mayo de 2008]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		3
Obras citadas en el presente informe		4
	Párrafos	
REACCIONES A LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS	1-55	4
A. Las declaraciones interpretativas (el régimen general)	6-48	5
1. La reacción positiva – la aprobación	8-12	6
2. La reacción negativa – la oposición	13-23	6
3. La recalificación	24-31	9
4. El silencio	32-41	11
5. Las reglas aplicables a la formulación de una aprobación, una oposición o una recalificación de una declaración interpretativa	42-48	13
B. Las declaraciones interpretativas condicionales	49-55	14

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (Nueva York, 31 de marzo de 1953)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 193, n.º 2613, pág. 149.
Convenio europeo de extradición (París, 13 de diciembre de 1957)	Ibíd., vol. 359, n.º 5146, pág. 273. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 136, 8 de junio de 1982, pág. 15454.
Convención sobre la plataforma continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 499, n.º 7302, pág. 311.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 993, n.º 14531, pág. 3.
Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco) (y Protocolos adicionales I y II, en anexo) (México D.F., 14 de febrero de 1967)	Ibíd., vol. 634, n.º 9068, pág. 282, y vol. 1894, págs. 335 a 337.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Convenio MARPOL) (Londres, 2 de noviembre de 1973), modificado por el Protocolo de 1978 (Londres, 17 de febrero de 1978)	Ibíd., vol. 1341, n.º 22484, pág. 226.
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Ibíd., vol. 1035, n.º 15410, pág. 191.

* El Relator Especial quisiera expresar su sincero agradecimiento a Daniel Müller, autor de «Article 20» y «Article 21», por su inestimable ayuda en la elaboración del presente informe.

	Fuente
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 el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1582, n.º 27627, pág. 303.
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 sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Ibíd., vol. 1577, n.º 27531, pág. 102.
Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (Estrasburgo, 1.º de febrero de 1995)	Ibíd., vol. 2151, n.º 37548, pág. 243.
Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 15 de diciembre de 1997)	Ibíd., vol. 2149, n.º 37517, pág. 318.

Obras citadas en el presente informe

BUZZINI, Gionata Piero

«Abstention, silence et droit international général», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXXVIII, n.º 2 (2005), págs. 342 a 382.

DROST, Heinrich

«Grundfragen der Lehre vom internationalen Rechtsgeschäft», en D. S. Constantopoulos y H. Wehberg (eds.), *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie: Festschrift für Rudolf Laun zu seinem siebzigsten Geburtstag*, Hamburgo, Girardet, 1953, págs. 213 a 221.

HORN, Frank

Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties, La Haya, T.M.C. Asser Instituut, 1988 (tesis, Universidad de Uppsala).

MCNAIR, Lord

The Law of Treaties, Oxford, Clarendon Press, 1961.

MCRAE, D. M.

«The legal effect of interpretative declarations», BYBIL 1978, vol. 49, págs. 155 a 173.

MÜLLER, Daniel

«Article 20», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. I, Bruselas, Bruylant, 2006, págs. 797 a 882.

«Article 21», en Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. I, Bruselas, Bruylant, 2006, págs. 883 a 934.

ROUSSEAU, Charles

Droit international public, vol. I, Introduction et Sources, París, Sirey, 1970.

SALMON, Jean (ed.)

Dictionnaire de droit international public, Bruselas, Bruylant, 2001.

SAPIENZA, Rosario

Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali, Milán, Giuffrè, 1996.

Reacciones a las declaraciones interpretativas

1. El esquema general provisional del estudio[1] no menciona la cuestión de las reacciones de los Estados y las organizaciones internacionales a las declaraciones interpretativas. Ello se debe a que no se había previsto inicialmente estudiarlas junto con las reservas; sólo posteriormente surgió el interés en un estudio paralelo de las reservas y las declaraciones interpretativas[2].

2. Ni la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969) ni la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (en adelante, la Convención de Viena de 1986) mencionan las declaraciones interpretativas —a las que sólo se hacía referencia muy fugazmente en los trabajos preparatorios de esas Convenciones[3]— y guardan silencio, evidentemente, sobre las reacciones a las declaraciones interpretativas, la forma que pueden revestir, su procedimiento, o sus efectos. Esto, al igual que la escasa frecuencia o la incertidumbre de la práctica en la materia, obligan a seguir un enfoque diferente del adoptado para el examen de la cuestión de las objeciones a las reservas y las aceptaciones de las reservas[4]. Como la Comisión ya ha

[1] Segundo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario… 1996*, vol. II (primera parte), pág. 50, documento A/CN.4/477 y Add.1, párr. 37. Véase también el séptimo informe, *Anuario… 2002*, vol. II (primera parte), pág. 9, documento A/CN.4/526 y Add.1 a 3, párr. 18.

[2] Véase el quinto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario… 2000*, vol. II (primera parte), pág. 190, documento A/CN.4/508 y Add.1 a 4, párrs. 217 y 218.

[3] Véase el tercer informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), págs. 255 y 256, documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párrs. 64 a 68.

[4] Véase el duodécimo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/584, párr. 3.

tenido ocasión de comprobar en el marco de sus trabajos sobre las declaraciones interpretativas:

> El hecho de que no exista ninguna disposición relativa a las declaraciones interpretativas en las Convenciones […] de 1969 y 1986 y la escasez o la relativa incertidumbre de la práctica en ese ámbito no permite que sean examinadas separadamente. Sólo puede procederse por analogía (o por oposición) en relación con las propias reservas, poniendo, por supuesto, especial cuidado en distinguir las declaraciones interpretativas condicionales de las que no tienen tal carácter[5].

3. Con respecto a estas observaciones, no hay que olvidar las diferencias entre las reservas y las declaraciones interpretativas, que no tienen por fin producir los mismos efectos jurídicos sobre el tratado: en efecto, en virtud de la definición de la «reserva», ésta tiene por fin «excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización»[6], en tanto que una declaración interpretativa, de conformidad al proyecto de directriz 1.2, tiene por objeto «precisar o aclarar el sentido o el alcance que ese Estado o esa organización internacional atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones»[7].

4. Los efectos jurídicos que la reserva, por una parte, y la declaración interpretativa, por otra parte, tienen por objeto producir son en consecuencia diferentes y no tienen, en efecto, el mismo impacto sobre el tratado: en tanto que la reserva, por definición, tiene por objeto modificar o excluir completamente los efectos jurídicos de una disposición del tratado o del tratado en su totalidad sobre determinados aspectos de su aplicación al Estado o a la organización que formula la reserva, una declaración interpretativa no tiene (o por lo menos no tiene abiertamente) la pretensión de modificar los efectos jurídicos del tratado con respecto a su autor; su objetivo es solamente aclarar su sentido. Esta diferencia esencial[8] justifica y de hecho impone que las normas que rigen las reacciones a las declaraciones interpretativas no sean un simple calco de las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 relativas a las aceptaciones de las reservas y las objeciones a las reservas (véase la sección A *infra*).

5. Esto es mucho menos evidente en lo que respecta a las declaraciones interpretativas condicionales, que conviene distinguir claramente de las declaraciones interpretativas «simples»[9]. En virtud del proyecto de directriz 1.2.1, una declaración interpretativa condicional es una declaración unilateral «por la cual [su autor] condiciona su consentimiento en obligarse por el tratado a una interpretación específica del tratado o de alguna de sus disposiciones»[10]. Aunque las declaraciones interpretativas condicionales no producen en consecuencia un efecto jurídico diferente de las declaraciones interpretativas «simples», se caracterizan por el hecho de que su autor «no se limita a formular una interpretación, sino que supedita a ella su consentimiento en obligarse por el tratado», lo que «las asemeja [a las declaraciones interpretativas condicionales] a las reservas»[11]. Sin embargo, esto no significa que el régimen de las reacciones a las declaraciones interpretativas deba ser idéntico al de las reacciones (aceptaciones y objeciones) a las reservas. Sólo puede considerarse una hipótesis de trabajo que es preciso verificar (véase la sección B *infra*)[12].

A. Las declaraciones interpretativas (el régimen general)

6. La exclusión de las declaraciones interpretativas de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 tiene por consecuencia que los artículos 19 a 23 de esas Convenciones no sean aplicables a las reacciones a las declaraciones interpretativas, de conformidad con las posiciones adoptadas por la doctrina dominante, que hace hincapié en la diferencia del régimen jurídico aplicable a este respecto a las reservas, por un parte, y a las declaraciones interpretativas, por otra parte[13]. Esta diferencia se ha analizado a fondo en la «objeción» de Etiopía a la declaración del Yemen relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar:

> la declaración [del Yemen], que no constituye una reserva, dado que el artículo 309 de la Convención no admite esas reservas, se hace en virtud del artículo 310 de la Convención y no se rige en consecuencia por las disposiciones de los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados relativas a la aceptación de las reservas y de las objeciones a las reservas[14].

7. Sin embargo, como ocurre en el caso de las reservas, una declaración interpretativa puede lógicamente dar lugar a tres tipos de reacciones de los Estados y de las organizaciones internacionales interesadas:

a) Una reacción positiva, por la cual su autor indica, expresa o implícitamente, su acuerdo con la interpretación unilateral propuesta por el Estado o la organización que formula la declaración interpretativa (véanse los párrafos 8 a 12 *infra*);

b) Una reacción negativa, por la cual su autor manifiesta su desacuerdo con la interpretación propuesta por el Estado o la organización que formula la declaración interpretativa, o expresa su oposición a la calificación misma de «declaración interpretativa», entre otras cosas, porque considera que ésta constituye, en realidad, una reserva (véanse los párrafos 13 a 23 *infra*);

c) El silencio, es decir, la ausencia de toda manifestación expresa de aprobación o de oposición (véanse los párrafos 32 a 41 *infra*).

---

[5] *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 48, comentario general de la sección 2.4 (Procedimiento relativo a las declaraciones interpretativas). En lo que concierne a la distinción, véanse los proyectos de directrices 1.2 y 1.2.1 y sus comentarios en *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 103 y ss.

[6] Véanse los proyectos de directrices 1.1 (*Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 108) y 1.1.1 (*Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 97).

[7] *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 98.

[8] Ibíd., proyecto de directriz 1.3 (Distinción entre reservas y declaraciones interpretativas).

[9] Véase el párrafo 2 *supra.*

[10] *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 98.

[11] Ibíd., pág. 110, párr. 1 del comentario al proyecto de directriz 1.2.1.

[12] Ibíd., pág. 112, párr. 14 del comentario al proyecto de directriz 1.2.1.

[13] Véase, en especial, McRae, «The legal effect of interpretative declarations», pág. 166; Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, pág. 244, y Sapienza, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, pág. 274.

[14] *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 31 décembre 2006*, ST/LEG/SER.E/25 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.07.V.3), vol. II, cap. XXI.6.

En el caso de las declaraciones interpretativas o de las que se presentan como tales es posible también una cuarta reacción, que no concierne específicamente al contenido de la declaración sino a su calificación (véanse los párrafos 24 a 31 *infra*).

1. La reacción positiva – la aprobación

8. La práctica de los Estados en materia de reacción positiva a las declaraciones interpretativas parece casi inexistente. Sin embargo, se puede encontrar entre los tratados multilaterales depositados en poder del Secretario General el texto de una reacción positiva de Israel a una declaración formulada por Egipto[15] con respecto a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar:

> La preocupación del Gobierno de Israel en lo que respecta al derecho del mar consiste esencialmente en asegurar la mayor libertad de navegación y de sobrevuelo en todas partes, y en particular a través de los estrechos utilizados para la navegación internacional.
>
> A este respecto, el Gobierno de Israel declara que el régimen de navegación y sobrevuelo confirmado por el Tratado de paz de 1979 entre Egipto e Israel [Tratado de paz entre la República Árabe de Egipto y el Estado de Israel (Washington D. C., 26 de marzo de 1979), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1136, n.º 17813, pág. 100 y vol. 1138, n.º 17855, pág. 59], en el que las partes consideran que el estrecho de Tirana y el golfo de Aqaba son vías de agua internacionales abiertas a todas las naciones para el disfrute sin trabas de la libertad de navegación y de sobrevuelo, que no puede suspenderse, es aplicable a esas zonas. Además, por ser plenamente compatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el régimen del Tratado de paz seguirá prevaleciendo y será aplicable a dichas zonas.
>
> El Gobierno de Israel entiende que la declaración de la República Árabe de Egipto formulada en oportunidad de su ratificación [de dicha Convención] es compatible con la declaración que antecede[16].

Se desprende de esta declaración que Israel considera que la interpretación de Egipto refleja correctamente el sentido del capítulo III de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. La interpretación de Egipto queda de algún modo confirmada por la «declaración aprobatoria» y motivada de Israel.

9. Cabe mencionar también la reacción de Noruega a una declaración de Francia sobre el Protocolo de 1978 que modifica el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Convenio MARPOL):

> [E]l Gobierno de Noruega ha tomado debida nota de la comunicación, que se considera una declaración del Gobierno de Francia y no una reserva a las disposiciones de la Convención, con las consecuencias jurídicas que tendría una reserva de ese carácter, si las reservas al anexo I fueran admisibles[17].

Se podría interpretar esta declaración en el sentido de que Noruega acepta la declaración de Francia en razón de que no se trata de una reserva.

10. Estos ejemplos muy raros muestran que puede ocurrir que un Estado o una organización internacional exprese su acuerdo con una interpretación específica propuesta por otro Estado u otra organización internacional en su declaración interpretativa. Esta coincidencia en las respectivas interpretaciones de dos o más partes está de hecho expresamente prevista en el apartado *a* del párrafo 3 del artículo 31 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que prevé que, para los efectos de la interpretación de un tratado:

> Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
>
> *a*) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.

11. Sin embargo, no es necesario precisar en la etapa actual del estudio el efecto jurídico que puede producir la expresión de un acuerdo de este tipo con la declaración interpretativa. Basta constatar que no se podría confundir con la aceptación de una reserva, entre otras cosas porque, en virtud del párrafo 4 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, ésta tiene por consecuencia la entrada en vigor del tratado para el Estado que formula la reserva, lo que no ocurre evidentemente en el caso de una reacción positiva a una declaración interpretativa. Para subrayar las diferencias entre una y otras, conviene no recurrir al mismo término. El término «aprobación», que expresa la idea de acuerdo o aquiescencia sin por lo tanto prejuzgar el efecto jurídico que se producirá efectivamente[18], podría utilizarse para designar una reacción positiva a una declaración interpretativa.

12. Teniendo en cuenta estas consideraciones, un proyecto de directriz 2.9.1 redactado de esta forma podría encabezar la sección 2.9 sobre las reacciones a las declaraciones interpretativas con la definición de la expresión «aprobación de una declaración interpretativa»:

«**2.9** *Redacción de las reacciones a las declaraciones interpretativas*

2.9.1 *Aprobación de una declaración interpretativa*

Se entiende por ‘aprobación’ de una declaración interpretativa una declaración unilateral hecha por un Estado o una organización internacional en reacción a una declaración interpretativa de un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional por la cualel Estado o la organización internacional expresa su acuerdo con la interpretación propuesta de esa declaración.»

2. La reacción negativa – la oposición

13. Los ejemplos de reacciones negativas a una declaración interpretativa, es decir, del desacuerdo expresado por un Estado o una organización internacional con respecto a la interpretación enunciada en una declaración interpretativa, aunque menos excepcionales, no son menos

---

[15] «Las disposiciones del Tratado de Paz entre Egipto e Israel formalizado en 1979 relativas específicamente al paso por el estrecho de Tirana y el golfo de Aqaba se enmarcan en el régimen general de las aguas de los estrechos de que trata la parte III de la Convención, en el que se estipula que el régimen general no afectará la condición jurídica de las aguas que forman los estrechos y se prevén ciertas obligaciones en lo que respecta a la seguridad y el mantenimiento del orden en el Estado ribereño del estrecho» (ibíd.).

[16] Ibíd. Se trata, de hecho, de la aprobación a la vez de la calificación y del contenido de la declaración de Egipto. Teniendo en cuenta la redacción de las declaraciones, cabe preguntarse si no se hicieron a raíz de una concertación diplomática.

[17] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1341, n.º 22484, pág. 330. Véase también la declaración de Francia en ibíd., pág. 323.

[18] Véase Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, págs. 74 y 75 (Aprobación, 1).

esporádicos. La reacción del Reino Unido a la declaración interpretativa de la República Árabe Siria[19] relativa al artículo 52 de la Convención de Viena de 1969 es un ejemplo:

El Reino Unido no considera que la interpretación del artículo 52 propuesta por el Gobierno sirio refleja con exactitud las conclusiones a que llegó la Conferencia de Viena con respecto a la coacción; la Conferencia resolvió esta cuestión adoptando al respecto una declaración que forma parte del Acta Final[20].

14. Las diferentes convenciones sobre el derecho del mar han generado igualmente reacciones negativas a las declaraciones interpretativas formuladas con respecto a ellas. En oportunidad de la ratificación de la Convención sobre la plataforma continental, el Canadá declaró «[q]ue no puede aceptar la declaración de la República Federal de Alemania relativa al párrafo 1 del artículo 5»[21]. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en virtud de sus artículos 309 y 310, que prohíben las reservas pero autorizan las declaraciones interpretativas, ha dado lugar a un número considerable de «declaraciones interpretativas», que han suscitado igualmente numerosas reacciones negativas por parte de los demás Estados contratantes. Por ejemplo, en su comunicación de 22 de febrero de 1994, Túnez afirma que en la declaración de Malta:

los artículos 74 y 83 de la Convención se interpretan en el sentido de que, en ausencia de acuerdos sobre la delimitación de la zona económica exclusiva, de la plataforma continental o de otras zonas marítimas, la búsqueda de una solución equitativa parte del supuesto de que el límite será la línea media, es decir, la línea cuyos puntos son equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.

El Gobierno considera que esa interpretación no se ajusta en modo alguno al espíritu y la letra de las disposiciones de esos artículos, que no prevén la aplicación automática de la línea media para la delimitación de la zona económica exclusiva o de la plataforma continental[22].

Se puede encontrar otro ejemplo muy claro en la declaración de Italia sobre la declaración interpretativa de la India relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar:

Italia desea reiterar la declaración que formuló en oportunidad de la firma de la Convención y confirmó en oportunidad de su ratificación, según la cual «los derechos del Estado ribereño de la zona no incluyen el derecho de ser notificado de los ejercicios o maniobras militares ni de autorizarlos». Con arreglo a la declaración formulada por Italia en oportunidad de la ratificación de la Convención, esta declaración constituye una respuesta a todas las declaraciones anteriores y futuras de otros Estados relativas a las cuestiones a que se refiere[23].

15. Es posible encontrar igualmente ejemplos en la práctica de los Estados miembros del Consejo de Europa. Así pues, la Federación de Rusia, haciendo referencia a numerosas declaraciones en relación con el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, formuladas por otros Estados partes, en las que se precisa el sentido que debe darse al término «minoría nacional», declaró que:

considera que nadie está facultado para introducir unilateralmente en las reservas y declaraciones formuladas en oportunidad de la firma o de la ratificación del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales una definición del término «minoría nacional», que no figura en el Convenio Marco. En opinión de la Federación de Rusia, las tentativas de excluir del ámbito de aplicación del Convenio Marco a las personas que residen de forma permanente en el territorio de los Estados partes en el Convenio Marco y que han sido privadas arbitrariamente de la nacionalidad que tenían anteriormente son contrarias a la finalidad del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales[24].

16. El ejemplo de la declaración de Italia sobre la declaración interpretativa de la India (párr. 14 *supra*) muestra además que, en la práctica, los Estados que reaccionan negativamente a una declaración interpretativa formulada por otro Estado o por otra organización internacional proponen con frecuencia en la misma oportunidad otra interpretación que consideran «más correcta». Esta práctica de un rechazo «constructivo» fue seguida igualmente por Italia en su declaración en reacción a las declaraciones interpretativas de varios otros Estados al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación:

El Gobierno de Italia expresa sus objeciones a las declaraciones formuladas en oportunidad de la firma por los Gobiernos de Colombia, el Ecuador, México, el Uruguay y Venezuela, así como a otras declaraciones de tenor similar que podrían hacerse en el futuro, y considera que ninguna disposición del presente Convenio debe interpretarse en el sentido de que limita los derechos de navegación reconocidos por el derecho internacional. En consecuencia, los Estados partes no tienen la obligación de notificar a ningún otro Estado ni de obtener su autorización para el simple paso por el mar territorial o para el ejercicio de la libertad de navegación en la zona económica exclusiva por un buque que enarbola su pabellón y lleva una cargamento de desechos peligrosos[25].

Otros Estados que hicieron una declaración interpretativa comparable a la de Italia no consideraron necesario reaccionar de la misma manera que el Gobierno de Italia, y se limitaron a guardar silencio[26].

17. Además, la práctica ha dado igualmente lugar a reacciones que a primera vista parecen indicar menos claramente un rechazo. Se trata de casos en que un Estado parece aceptar la interpretación propuesta a condición que esté en conformidad con una interpretación

---

[19] Esta declaración dice:

«D) El Gobierno de la República Árabe Siria interpreta la disposición del artículo 52 como sigue:

'El término amenaza o uso de la fuerza utilizado en este artículo se aplica igualmente al empleo de coacción económica, política, militar y psicológica y a todos los tipos de coacción por la que se obliga a un Estado a formalizar un tratado en contra de sus deseos o sus intereses'» (*Traités multilatéraux...* (nota 14 *supra*), cap. XXIII.1).

[20] Ibíd.

[21] Ibíd., cap. XXI.4. La declaración interpretativa de Alemania dice como sigue: «La República Federal de Alemania declara que, en su opinión, el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención garantiza el ejercicio de los derechos de pesca en las aguas suprayacentes de la plataforma continental en las condiciones en que esos derechos se han ejercido generalmente hasta el presente» (ibíd.).

[22] Ibíd., cap. XXI.6, nota 19. La declaración de Malta dice en su parte pertinente como sigue:

«El Gobierno de Malta interpreta los artículos 74 y 83 en el sentido de que, a falta de acuerdos sobre la delimitación de la zona económica exclusiva, de la plataforma continental o de otras zonas marítimas, la búsqueda de una solución equitativa parte del supuesto de que el límite será la línea media, es decir, una línea cuyos puntos son equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de Malta y de los demás Estados en situación análoga» (ibíd.).

[23] Ibíd.

[24] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2152, n.º 37548, pág. 297.

[25] *Traités multilatéraux...* (nota 14 *supra*), cap. XXVII.3.

[26] Sobre la cuestión del silencio, véanse los párrafos 32 a 41 *infra*.

complementaria. Son un buen ejemplo las condiciones a que han subordinado Alemania, Austria y Turquía su consentimiento a la declaración interpretativa de Polonia del Convenio europeo de extradición[27]. Así pues, Alemania consideró:

que la declaración de Polonia relativa al apartado *a* del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio, con arreglo a la cual las personas a las que se concede asilo en Polonia se consideran en pie de igualdad con los nacionales de Polonia, sólo sería compatible con el objeto y el fin del Convenio si Polonia no excluye la extradición de esas personas a un Estado distinto del Estado respecto del cual se concedió el asilo[28].

18. Varios Estados occidentales reaccionaron de manera comparable a la declaración formulada por Egipto en oportunidad de la ratificación del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas[29]. Considerando que la declaración de Egipto «pretende ampliar el ámbito de aplicación del Convenio»[30] — con lo que queda excluida la calificación de reserva—Alemania declaró que:

considera que el Gobierno de la República Árabe de Egipto sólo tiene derecho a hacer esa declaración unilateralmente con respecto a sus propias fuerzas armadas y entiende que la declaración en cuestión sólo tiene efecto obligatorio para las fuerzas armadas de la República Árabe de Egipto. El Gobierno de la República Federal de Alemania considera que esa declaración unilateral no puede aplicarse a las fuerzas armadas de otros Estados partes sin su consentimiento expreso. El Gobierno de la República Federal de Alemania declara en consecuencia que se opone a que la declaración de Egipto se interprete de esa manera con respecto a las fuerzas armadas distintas de las fuerzas de la República Árabe de Egipto y, en particular, a que se aplique a las fuerzas armadas de la República Federal de Alemania[31].

19. En el marco del Protocolo de 1978 que modifica el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Convenio MARPOL), una declaración del Canadá relativa a las aguas del Ártico fue asimismo objeto de reacciones condicionales. Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Grecia, Italia, los Países Bajos, Portugal y el Reino Unido declararon que:

toma[n] nota de esta declaración del Canadá y considera[n] que debe leerse de conformidad con los artículos 57, 234 y 236 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En particular, el Gobierno de ... recuerda que el artículo 234 de la Convención se aplica dentro de los límites de la zona económica exclusiva o de una zona similar delimitada de conformidad con el artículo 57 de la Convención y que las leyes y reglamentaciones contempladas en el artículo 234 tendrán debidamente en cuenta la navegación y la protección y preservación del medio marino sobre la base de los mejores datos científicos disponibles[32].

20. La declaración de la República Checa sobre la declaración interpretativa de Alemania[33] relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, concerniente a la parte X, se sitúa en una perspectiva algo diferente en el sentido de que es difícil determinar si se trata de una oposición a la interpretación defendida por Alemania o de una recalificación de su declaración de reserva:

El Gobierno de la República Checa, habiendo examinado la declaración formulada por la República Federal de Alemania el 14 de octubre de 1994 relativa a la interpretación de las disposiciones de la parte X [de dicha Convención], que se refiere al derecho de acceso de los países sin litoral al mar y desde el mar y a la libertad de tránsito, declara que la declaración [mencionada] de la República Federal de Alemania no puede interpretarse en lo que respecta a la República Checa de manera que contradiga las disposiciones de la parte X de la Convención[34].

21. Estas «aceptaciones condicionales» no constituyen «aprobaciones» en el sentido del proyecto de directriz 2.9.1 y deben considerarse como reacciones negativas. En efecto, los autores de esas declaraciones no aprueban la interpretación propuesta y dan en cambio otra que, según ellos, es la única que se ajusta al tratado.

22. Todos los ejemplos muestran que la reacción negativa a una declaración interpretativa puede adoptar varias formas: puede consistir en un rechazo puro y simple de la interpretación formulada en la declaración o en una contrapropuesta de interpretación de la disposición o las disposiciones en litigio, o incluso en una tentativa de limitar el alcance de la declaración inicial, interpretada a su vez. En todos los casos, los Estados o las organizaciones internacionales que reaccionan quieren impedir o limitar el alcance o los efectos jurídicos de la declaración interpretativa en el tratado, su aplicación o su interpretación. A este respecto, la reacción negativa es así comparable en alguna medida a las objeciones a las reservas, aunque sin producir los mismos efectos. Así pues, un Estado o una organización internacional no podría oponerse a la entrada en vigor del tratado entre ese Estado o esa organización y el autor de la declaración interpretativa con el pretexto de que está en desacuerdo con la interpretación que da este último. La reacción negativa es considerada por su autor como una medida de salvaguardia, una protesta contra el establecimiento de una interpretación del

---

[27] La declaración del 15 de junio de 1993 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1862, n.º 5146, pág. 474) dice:

«La República de Polonia declara, de conformidad con el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 6, que no consentirá en ningún caso en la extradición de sus propios nacionales.

La República de Polonia declara que, para los fines del presente Convenio y de conformidad con el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 6, las personas a las que se ha concedido asilo en Polonia serán tratadas como nacionales de Polonia.»

[28] Ibíd., pág. 476. Véase también la reacción idéntica de Austria a la declaración interpretativa de Rumania (ibíd., vol. 2045, n.º 5146, pág. 202).

[29] La «reserva» de Egipto dice: «El Gobierno de la República Árabe de Egipto declara que se considerará obligado por el párrafo 2 del artículo 19 del Convenio en la medida en que las fuerzas armadas de un Estado no violen en el ejercicio de sus funciones las normas y principios del derecho internacional» (*Traités multilatéraux…* (nota 14 *supra*), cap. XVIII.9).

[30] Ibíd.

[31] Ibíd. Véanse también las declaraciones comparables de los Estados Unidos, los Países Bajos y el Reino Unido (ibíd.) y el Canadá (ibíd., nota 6).

[32] Para el texto de la declaración del Canadá, véase OMI, *Status of multilateral conventions and instruments in respect of which the International Maritime Organization or its Secretary-General performs depositary or other functions (as of 31 December 2007)*, pág. 106.

[33] La declaración de Alemania dice en su parte pertinente: «En lo que respecta a la reglamentación de la libertad de tránsito de que disfrutan los Estados sin litoral, el tránsito a través del territorio de los Estados de tránsito no debe atentar contra la soberanía de esos Estados. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 125, los derechos y facilidades estipulados en la parte X no menoscaban en modo alguno la soberanía y los intereses legítimos de los Estados de tránsito. El Estado de tránsito y el Estado sin litoral deben en cada caso llegar a un acuerdo sobre el contenido preciso de la libertad de tránsito. En ausencia de ese acuerdo sobre las condiciones y modalidades del ejercicio del derecho de acceso, el tránsito de las personas y los bienes a través del territorio alemán se rige solamente por la legislación nacional, en especial en lo que respecta a los medios de transporte y al uso de la infraestructura» (*Traités multilatéraux…* (nota 14 *supra*), cap. XXI.6).

[34] Ibíd., nota 13.

tratado que podría oponérsele y contra la cual trata de «dejar constancia» porque no la considera conveniente[35].

23. Se podría utilizar por esta razón el término «oposición»[36] para designar estas reacciones negativas ante una declaración interpretativa, con preferencia a «objeción», aunque a veces se ha recurrido a esta expresión en la práctica[37]. Sobre el modelo seleccionado para la definición de las objeciones[38], el proyecto de directriz 2.9.2 podría definir esa oposición a una declaración interpretativa por la intención y por los efectos que espera obtener su autor, de la manera siguiente:

«**2.9.2** *Oposición a una declaración interpretativa*

Se entiende por 'oposición' a una declaración interpretativa una declaración unilateral formulada por un Estado o una organización internacional en reacción a una declaración interpretativa relativa a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional por la cual su autor rechaza la interpretación propuesta en la declaración interpretativa o propone otra interpretación distinta de la contenida en ésta con el fin de excluir o limitar sus efectos.»

3. La recalificación

24. Como se indica en el tercer informe sobre las reservas a los tratados, la designación o calificación de una declaración unilateral como «reserva» o «declaración interpretativa» por su autor no es pertinente para la calificación de esa declaración unilateral[39], aunque puede ser un indicador útil[40]. Esto es lo que quiere decir la frase «cualquiera que sea su enunciado o denominación» en los proyectos de directrices 1.1 (tomado del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986) y 1.2 de la Guía de la práctica.

25. En la práctica, los Estados interesados no vacilan con frecuencia en reaccionar a las declaraciones unilaterales presentadas como interpretativas por sus autores, considerándolas expresamente como reservas[41]. Esas reacciones, que cabría denominar «recalificaciones» en razón de su objeto, se distinguen claramente de la aprobación y de la oposición porque no se refieren (necesariamente) al contenido de la declaración unilateral en cuestión sino más bien a su forma y al régimen jurídico aplicable.

26. Son numerosos los ejemplos de este fenómeno. Cabe citar:

a) La reacción de los Países Bajos a la declaración interpretativa de Argelia relativa a los párrafos 3 y 4 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

> El Gobierno de los Países Bajos considera que [dicha declaración interpretativa] debe considerarse como una reserva [al Pacto]. Sobre la base del texto y de la historia de este Pacto, la reserva relativa a los párrafos 3 y 4 del artículo 13 formulada por el Gobierno de Argelia es incompatible con el objeto y el espíritu del Pacto. El Gobierno de los Países Bajos considera en consecuencia que esta reserva es inaceptable y formula oficialmente su objeción[42].

b) Las reacciones de numerosos Estados a la declaración formulada por el Pakistán sobre el mismo Pacto en que, después de largas motivaciones, concluyen que:

> En consecuencia el Gobierno [...] considera que las declaraciones mencionadas constituyen reservas incompatibles con el objeto y el fin del Pacto.
>
> El Gobierno de ... presenta en consecuencia una objeción a las reservas formuladas por el Gobierno de la República Islámica del Pakistán con respecto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta objeción no impide la entrada en vigor del Pacto entre la República Federal de Alemania y la República Islámica del Pakistán[43].

c) Las reacciones de numerosos Estados a la declaración formulada por Filipinas con respecto a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar:

> considera que la declaración formulada por el Gobierno de Filipinas en oportunidad de la firma de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y confirmada posteriormente en oportunidad de la ratificación de dicha Convención contiene de hecho reservas y excepciones a la Convención, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 309 de dicha Convención[44].

d) La recalificación expresada por México, en la que se consideraba que:

> la tercera declaración [formalmente calificada como interpretativa] formulada por el Gobierno de los Estados Unidos de América [...]

---

[35] En este sentido, véase McNair, *The Law of Treaties*, págs. 430 y 431.

[36] En el *Dictionnaire de droit international public*, el término «protesta» se define como el «[a]cto por el cual uno o varios sujetos de derecho internacional manifiestan su voluntad de no reconocer la validez o la oponibilidad de actos, conductas o pretensiones emanantes de terceros» (Salmon, *op. cit.*, pág. 907).

[37] Véase, por ejemplo la reacción de Italia a las declaraciones interpretativas de Colombia, el Ecuador, México, el Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (nota 25 *supra*). La reacción del Canadá a la declaración interpretativa de Alemania relativa a la Convención sobre la plataforma continental (nota 21 *supra*) ha sido también registrada por el Secretario General en la categoría de «objeción».

[38] Véase el proyecto de directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas) y sus comentarios, *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 438.

[39] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), pág. 286, párr. 275. Véanse igualmente los proyectos de directrices 1.1 (Definición de reservas) y 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) (*Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 97 y 98).

[40] El proyecto de directriz 1.3.2 (Enunciado y denominación) dispone a este efecto: «El enunciado o la denominación que se den a una declaración unilateral proporcionan un indicio acerca del efecto jurídico perseguido. Esto ocurre, en particular, cuando un Estado o una organización internacional formula varias declaraciones unilaterales a propósito de un mismo tratado y denomina a algunas de ellas reservas y a otras declaraciones interpretativas». Para esta disposición y su comentario, véase *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 116 a 118.

[41] Los tribunales y órganos encargados de la supervisión de los tratados no vacilan tampoco en recalificar una declaración interpretativa como reserva (véase ibíd., págs. 117 y 118, párrs. 5 a 7 del comentario al proyecto de directriz 1.3.2). Sin embargo, esto no guarda relación con la cuestión de la *formulación* de las reacciones, y no parece en consecuencia útil volver a ocuparse de ella.

[42] *Traités multilatéraux...* (nota 14 *supra*), vol. I, cap. IV.3. Véase también la objeción de Portugal (ibíd.) y la objeción de los Países Bajos a la declaración de Kuwait (ibíd.).

[43] Ibíd. Véanse también las objeciones expresadas por Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Letonia, Noruega, los Países Bajos, el Reino Unido y Suecia.

[44] Ibíd., vol. II, cap. XXI.6, objeciones de Belarús. Véanse también las reacciones en los mismos términos o en el mismo espíritu de Australia, Bulgaria, la Federación de Rusia y Ucrania (ibíd.).

constituye una pretensión unilateral de justificación, no prevista en la Convención [de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas] de la denegación de asistencia judicial a un Estado que la solicita, contrariamente a los objetivos de la Convención[45].

e) La reacción de Alemania a una declaración en la cual el Gobierno de Túnez indicó que no adoptaría, en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, «ninguna decisión legislativa o reglamentaria en violación de la Constitución de Túnez» (ibíd., cap. IV.11, nota 54):

La República Federal de Alemania considera que la primera de las declaraciones formuladas por la República de Túnez constituye una reserva que restringe la aplicación de la primera oración del artículo 4[46].

f) Las reacciones de 19 Estados a la declaración del Pakistán relativa al Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, por la cual se precisaba que «nada de lo dispuesto en el Convenio se aplicará a la lucha, incluida la lucha armada, por la realización del derecho a la libre determinación librada contra la ocupación o la dominación extranjera»[47]. Por ejemplo:

El Gobierno de Austria considera que esta declaración constituye una reserva encaminada a limitar unilateralmente el ámbito de aplicación del Convenio y es en consecuencia contraria a su objetivo y su propósito[48].

g) Las reacciones de Alemania y los Países Bajos a la declaración de Malasia formulada en oportunidad de la adhesión a la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, por la que se subordina la aplicación del artículo 7 de esa Convención a la legislación nacional de Malasia:

El Gobierno de la República Federal de Alemania considera que, al subordinar la interpretación y la aplicación del artículo 7 de la Convención a la legislación nacional, el Gobierno de Malasia introduce una reserva general e imprecisa que hace imposible determinar claramente la forma en que se propone modificar las obligaciones que se desprenden de la Convención. El Gobierno de la República Federal de Alemania presenta en consecuencia una objeción a esa declaración, que considera que constituye una reserva incompatible con el objetivo y el propósito de la Convención. Esta objeción no impedirá la entrada en vigor de la Convención entre la República Federal de Alemania y Malasia[49].

h) La reacción de Suecia a la declaración de Bangladesh por la que se subordina la aplicación del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer a su conformidad con la Constitución de Bangladesh:

A este respecto, el Gobierno de Suecia recuerda que, según un principio bien establecido del derecho de los tratados internacionales, el nombre dado a una declaración por la que se excluye o modifica el efecto jurídico de determinadas disposiciones de un tratado no es determinante en lo que respecta a si constituye o no una reserva al tratado. El Gobierno de Suecia considera en consecuencia, en ausencia de más aclaraciones, que las declaraciones formuladas por el Gobierno de Bangladesh constituyen en sustancia reservas a la Convención.

El Gobierno de Suecia observa que la declaración relativa al artículo III es de carácter general, al indicar que Bangladesh aplicará este artículo de conformidad con las disposiciones pertinentes de su Constitución. El Gobierno de Suecia estima que esta declaración da lugar a dudas en cuanto al compromiso de Bangladesh con el objetivo y el propósito de la Convención y recuerda que, con arreglo al principio bien establecido de derecho internacional, las reservas incompatibles con el objetivo y el propósito de un tratado no son admisibles[50].

27. Se desprende de estos ejemplos que la recalificación consiste en considerar que una declaración unilateral presentada como «declaración interpretativa» es en realidad una «reserva», con todos los efectos jurídicos que ello entraña. Así pues, la recalificación tiene por fin modificar el régimen jurídico de la declaración unilateral en la relación entre el Estado o la organización que formula la declaración unilateral y el Estado o la organización «que recalifica». Por regla general, estas declaraciones, que están en la mayoría de los casos ampliamente motivadas[51], se basan esencialmente en los criterios de distinción entre las reservas y las declaraciones interpretativas[52].

28. El proyecto de directriz 2.9.3 se basa en la práctica de los Estados y define en consecuencia la «recalificación»:

«**2.9.3** *Recalificación de una declaración interpretativa*

1. Se entiende por 'recalificación' una declaración unilateral formulada por un Estado o una organización internacional como reacción a una declaración relativa a

[45] Ibíd., vol. I, cap. VI.19.

[46] Ibíd., cap. IV.11.

[47] Ibíd., vol. II, cap. XVIII.9.

[48] Ibíd. Véanse las reacciones similares o en el mismo espíritu de Alemania, Australia, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Francia, España, Estados Unidos, India, Israel, Italia, Japón, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Reino Unido y Suecia (ibíd.). Véanse también las reacciones de Alemania y los Países Bajos a la declaración unilateral de Malasia (ibíd.).

[49] Ibíd., cap. XVIII.7.

[50] Ibíd., cap. XVI.1. Véase también la declaración idéntica de Noruega (ibíd.).

[51] Para un ejemplo especialmente notable, véanse las reacciones a la declaración interpretativa del Pakistán al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párr. 26, apdo. *b supra* y nota 43 *supra*).

[52] Véanse los proyectos de directrices 1.3 a 1.3.3 (*Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 98):

«1.3 Distinción entre reservas y declaraciones interpretativas

La calificación de una declaración unilateral como reserva o declaración interpretativa es determinada por el efecto jurídico que aquella tiene por objeto producir.

1.3.1 Método de aplicación de la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas

Para determinar si una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional respecto de un tratado es una reserva o una declaración interpretativa, corresponde interpretar la declaración de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, a la luz del tratado a que se refiere. Se tendrá debidamente en cuenta la intención del Estado o de la organización internacional de que se trate en el momento en que se formuló la declaración.

1.3.2 Enunciado y denominación

El enunciado o la denominación que se den a una declaración unilateral proporciona un indicio acerca del efecto jurídico perseguido. Esto ocurre, en particular, cuando un Estado o una organización internacional formula varias declaraciones unilaterales a propósito de un mismo tratado y denomina a algunas de ellas reservas y a otras declaraciones interpretativas.

1.3.3 Formulación de una declaración unilateral cuando una reserva está prohibida

Cuando un tratado prohíbe las reservas respecto del conjunto de sus disposiciones o de algunas de ellas, se presumirá que una declaración unilateral formulada al respecto por un Estado o por una organización internacional no constituye una reserva, salvo que aquélla tenga por objeto excluir o modificar el efecto jurídico de determinadas disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al autor de esa declaración.»

un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional en calidad de declaración interpretativa, en virtud de la cual su autor desea que esta última declaración se considere una reserva y se trate en consecuencia.

2. [Cuando hacen una recalificación, los Estados y las organizaciones internacionales [tienen en cuenta] [aplican] los proyectos de directriz 1.3 a 1.3.3.].»

29. Los ejemplos citados muestran que, en la práctica, los Estados combinan casi siempre la recalificación y la objeción a la reserva. Sin embargo, cabe señalar que no es lo mismo recalificar una declaración interpretativa como reserva y formular una objeción a la reserva así «recalificada». No obstante, hay que destacar el hecho de que incluso en el caso de una reserva «disfrazada» (de declaración interpretativa) que, desde el punto de vista jurídico, ha sido siempre una reserva, siguen siendo plenamente aplicables las normas de procedimiento y de formulación que se desprenden de esta Guía de la práctica. Esto implica claramente que los Estados que quieren hacer una recalificación *y* una objeción deben respetar las normas y plazos procesales aplicables a la recalificación[53] *y* a la objeción[54], lo que reduce en principio el plazo para la formulación de esa «declaración mixta» al plazo previsto en el párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y el proyecto de directriz 2.6.13[55]. Transcurrido ese plazo, la objeción ya no puede surtir sus efectos jurídicos y la reserva recalificada debe considerarse aceptada[56].

30. Es esta la razón por la cual en el proyecto de directriz 2.9.3, párr. 1 *in fine*, se precisa que el Estado o la organización internacional debe tratar la reserva recalificada como tal.

31. En cuanto al párrafo 2, aunque consagra la práctica habitual, extrae las consecuencias lógicas de las normas ya aprobadas por la Comisión en lo que concierne a la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas. Parece útil hacer aquí esta aclaración, más por razones de comodidad que de pura lógica, ya que esta norma se refiere a las normas de fondo que permiten hacer la distinción más que a su formulación propiamente dicha. Esta es la razón por la cual la disposición figura entre corchetes.

4. El silencio

32. La práctica estudiada pone de relieve la importancia del papel que asignan los Estados al silencio en lo que concierne a las declaraciones interpretativas. Las reacciones positivas, e incluso negativas, expresas son, en efecto, extremadamente raras. Cabe preguntarse entonces si es posible deducir de ese silencio un consentimiento de la interpretación propuesta por el Estado o la organización internacional que hace la declaración interpretativa.

33. En el caso de las reservas, el silencio, con arreglo a la presunción del párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, equivale a consentimiento. La CIJ constató ya en su opinión consultiva *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, de 1951, «el peso muy considerable asignado al consentimiento tácito de las reservas»[57] y en los trabajos de la Comisión se asignó desde un primer momento un papel importante a la aceptación tácita[58]. El Sr. Waldock justificó el principio de la aceptación tácita señalando que:

> Es cierto [...] que con arreglo al sistema flexible que ahora se propone, la aceptación o el rechazo por un Estado particular de una reserva hecha por otro concierne primordialmente a sus relaciones entre sí, de modo que la cuestión de determinar la situación de una reserva puede no ser tan urgente como en el sistema del consentimiento unánime. No obstante, parece muy poco conveniente que un Estado, absteniéndose de hacer un comentario a una reserva, pueda mantener más o menos indefinidamente una actitud equívoca por lo que toca a las relaciones entre él y el autor de la reserva[59].

34. En lo que respecta a las declaraciones interpretativas simples (por oposición a las declaraciones condicionales), estas preocupaciones no tienen razón de ser. En efecto, por definición, la declaración interpretativa tiene solamente por fin «precisar o aclarar el sentido o el alcance que el declarante atribuye a un tratado o a algunas de sus disposiciones» (párr. 3 *supra*), pero no condiciona de ninguna manera el consentimiento de su autor al tratado[60]. El hecho de que los demás Estados u organizaciones internacionales den o no su consentimiento a la interpretación enunciada en la declaración no influye de ninguna manera en la situación jurídica del autor con respecto al tratado; pasa a ser o sigue siendo parte contratante de una u otra manera. El silencio prolongado de otras partes no tiene ningún efecto sobre la calidad de parte del Estado o de la organización que formula una declaración interpretativa: no puede impedirle pasar a ser parte, ni seguir siendo parte contrariamente a lo que podría ocurrir en el caso de las reservas en virtud del apartado *c* del párrafo 4 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 si la presunción del párrafo 5 del mismo artículo no existiera.

35. Si no fuera posible proceder por analogía con las reservas, se seguiría planteando la cuestión de determinar si, en ausencia de una reacción expresa, existe una presunción a favor de la aprobación o de la oposición de las declaraciones interpretativas. Sin embargo, en realidad, la respuesta a esta cuestión sólo puede ser negativa. Es en efecto inconcebible que el silencio por sí mismo pueda producir ese efecto jurídico. Se podría aplicar muy bien aquí lo que observó Buzzini en sus estudios sobre el silencio ante una violación de una norma de derecho internacional: «El silencio como tal no dice nada porque es capaz de 'decir' demasiadas cosas a la vez»[61].

36. El silencio puede expresar tanto un acuerdo como un desacuerdo con la interpretación propuesta. Los Estados pueden considerar que no es necesario responder a la declaración interpretativa en razón de que su posición

---

[53] Véanse los párrafos 42 a 48 *infra*.

[54] Véase el undécimo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, párrs. 87 a 144.

[55] Ibíd., párr. 128, proyecto de directriz 2.6.13.

[56] Ibíd., párr. 143, proyecto de directriz 2.6.15.

[57] *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 21; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 25.

[58] Véase Müller, «Article 20», págs. 814 y 815, párrs. 31 y 32.

[59] Primer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario… 1962*, vol. II, pág. 77, documento A/CN.4/144 y Add.1, párr. 15 del comentario al artículo 18.

[60] La situación es obviamente diferente en lo que respecta a las declaraciones interpretativas condicionales. Véanse los párrafos 49 a 55 *infra*.

[61] «Abstention, silence et droit international général», pág. 382.

se refleja correctamente en esta última, o pueden estimar que, desde su punto de vista, esa interpretación es errónea pero es inútil proclamarlo porque, según ellos, no podría de todos modos ser sostenida por un tercero imparcial en caso de litigio. Es imposible decidir entre las dos proposiciones.

37. Esta parece ser, por lo demás, la posición de la doctrina más autorizada. Según Horn:

> Las declaraciones interpretativas deben tratarse como interpretaciones propuestas unilateralmente y deben regirse en consecuencia solamente por los principios aplicables a la interpretación. La norma general es que no se puede oponer una interpretación unilateral a ninguna otra parte en el tratado. La inacción por parte de los Estados interesados no constituye automáticamente una aceptación; es solamente uno de muchos factores acumulativos que conjuntamente pueden demostrar aquiescencia. La institución del *estoppel* puede pasar a ser pertinente, aunque ello requeriría una prueba más explícita de la voluntad de los Estados de aceptar la interpretación[62].

38. Aunque el silencio como tal no puede entonces considerarse como una aprobación o una oposición, que no es posible presumir, se desprende igualmente de la posición de Horn que el silencio puede en algunas condiciones transformarse en aquiescencia de conformidad con los principios de la buena fe, y más particularmente en el marco de la interpretación de los tratados, con arreglo al apartado *b* del párrafo 3 del artículo 31 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, en que se prevé la posibilidad de tener en cuenta, en la interpretación de los tratados «[t]oda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado». El concepto mismo de aquiescencia no es desconocido en el derecho de los tratados: la Convención de Viena de 1969 prevé en su artículo 45 que:

> Un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 46 a 50 o en los artículos 60 a 62, si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado:
>
> […]
>
> *b*) Se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso.

El artículo 45 de la Convención de Viena de 1986 retoma esta disposición adaptándola al caso específico de las organizaciones internacionales.

39. Sin embargo, esta disposición no define la «conducta» en cuestión, y parece extremadamente difícil, o imposible, determinar por adelantado las circunstancias en que un Estado o una organización debe hacer una protesta expresa para evitar que se considere que ha dado su aquiescencia a una declaración interpretativa o a una práctica que se ha cristalizado a partir de esa declaración[63]. En otras palabras, es especialmente difícil determinar cuándo y en qué circunstancias precisas el silencio equivale a consentimiento[64]. Como subrayó la Comisión del Límite entre Eritrea y Etiopía:

> La naturaleza y el alcance de la conducta susceptible de producir una modificación del tratado son, evidentemente, una cuestión que debe determinar el tribunal en cada caso. La decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Temple* [*de Préah Vihéar]* es en términos generales pertinente a este respecto. En ese caso, tras identificar una conducta de una parte que cabía razonablemente esperar que la otra parte rechazara expresamente si hubiera estado en desacuerdo con ella, la Corte concluyó que esta última no podía ya impugnar la validez y el efecto de la conducta de la primera. Este proceso se ha descrito de varias maneras con términos tales como *estoppel*, preclusión, aquiescencia o acuerdo implícito o tácito. Sin embargo, en cada caso, los ingredientes son los mismos: un acto, una conducta o una omisión de una parte o bajo la autoridad de una parte que indica su opinión sobre el contenido de la norma jurídica aplicable (de origen contractual o consuetudinario); el conocimiento, real o que puede inferirse razonablemente, de la otra parte de esa conducta u omisión, y el hecho de que esta última no rechazara o se disociara dentro de un plazo razonable de la posición adoptada por la primera[65].

40. Parece así imposible proporcionar en abstracto directrices claras para determinar en qué casos un Estado que guarda silencio ha podido crear por su mutismo un efecto de aquiescencia o de *estoppel*. Esto sólo puede determinarse caso por caso en función de las circunstancias particulares.

41. Los proyectos de directrices 2.9.8 y 2.9.9 retoman los principios deducidos de la práctica de los Estados. El primero precisa sin ambigüedad que la presunción del párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no tiene razón de ser en lo que concierne al silencio que guarda un Estado o una organización internacional ante una declaración interpretativa, y no puede equivaler por sí mismo ni a aprobación ni a oposición. El segundo señala a la atención de los destinatarios de la Guía de la práctica el hecho de que, aunque en principio el silencio no equivale a aprobación o aquiescencia de una declaración interpretativa, puede ocurrir que se considere en algunas circunstancias que el Estado que guarda silencio ha manifestado su aquiescencia a la declaración por su comportamiento o por la ausencia de comportamiento en relación con la declaración interpretativa.

«**2.9.8** *Ausencia de presunción de aprobación o de oposición*

La aprobación o la oposición a una declaración interpretativa no se presume.

2.9.9 *El silencio ante una declaración interpretativa*

1. El consentimiento de una declaración interpretativa no puede ser resultado únicamente del silencio de un Estado o de una organización internacional ante una declaración interpretativa relativa a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional.

---

[62] Horn, *op. cit.*, pág. 244; véase también McRae, *loc. cit.*, pág. 168.

[63] Véase, en particular, Rousseau, *Droit international public*, pág. 430, n.º 347.

[64] En ese sentido, véase Drost, «Grundfragen der Lehre vom internationalen Rechtsgeschäft», pág. 218, quien señala que «[l]a cuestión de saber cuándo puede considerarse el silencio como aceptación depende de las circunstancias. La respuesta sólo puede ser positiva si, según las circunstancias de hecho, por ejemplo, después de una notificación previa, el silencio no puede interpretarse como una simple situación objetiva sino como la expresión concluyente de la voluntad subyacente».

[65] CPA, decisión relativa a los límites fronterizos entre Eritrea y Etiopía de 13 de abril de 2002, Naciones Unidas, RSA, vol. XXV (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E/F.05.V.5), pág. 111, párr. 3.9. Véase también la célebre opinión individual del magistrado Alfaro en el caso *Temple de Préah Vihéar*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1962*, pág. 40. Véase asimismo, *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 81.

2. Sin embargo, en algunas circunstancias particulares, se puede considerar que un Estado o una organización ha manifestado su aquiescencia a una declaración interpretativa en razón, según el caso, de su silencio o de su comportamiento.»

5. Las reglas aplicables a la formulación de una aprobación, una oposición o una recalificación de una declaración interpretativa

42. Aunque las reacciones a las declaraciones interpretativas difieren marcadamente de la aceptación de las reservas o de las objeciones a las reservas, parece oportuno darles en la medida de lo posible abundante publicidad, dejando en claro que ni los Estados ni las organizaciones internacionales tienen una obligación jurídica a este respecto[66], y que el efecto jurídico que pueden esperar de ellas dependerá en gran parte de la difusión que se les dé. Sin entrar a analizar en esta etapa estos efectos jurídicos (combinados con los de la declaración inicial) sobre la interpretación y la aplicación del tratado en cuestión, huelga decir que estas declaraciones unilaterales pueden desempeñar un papel en la vida del tratado; esa es su razón de ser y es con ese fin que los Estados y las organizaciones internacionales recurren a ellas. La CIJ subrayó la importancia de estas declaraciones en la práctica:

> La interpretación de los instrumentos jurídicos dada por las partes en ellos, aunque no es concluyente para determinar su sentido, tiene un gran valor probatorio cuando en esa interpretación una de las partes reconoce sus obligaciones en virtud de un instrumento[67].

43. En su estudio sobre las declaraciones unilaterales, Sapienza subrayó igualmente la importancia de las reacciones a las declaraciones interpretativas que:

> aportarán una contribución útil a la solución [de un diferendo]. Las declaraciones serán aún más útiles para el intérprete cuando no existe un diferendo, y hay simplemente un problema de interpretación[68].

44. Pese a la utilidad innegable de las reacciones a las declaraciones interpretativas no sólo para el intérprete y el juez sino también para permitir que los demás Estados y organizaciones internacionales interesados determinen su propia posición con respecto a la declaración, la Convención de Viena de 1969 no exige la comunicación. Como se ha indicado en el marco del estudio de la forma y de la comunicación de las propias declaraciones interpretativas:

> No parece haber motivo alguno para aplicar las normas relativas a la comunicación de las reservas al caso de las meras declaraciones interpretativas, que pueden formularse oralmente, y que resultaría paradójico exigir, entonces, que se comunicaran formalmente a los demás Estados u organizaciones internacionales interesados. Si no procede hacer dicha comunicación, el autor de la declaración corre el riesgo de que ésta no tenga el efecto previsto, aunque ese es otro problema. Por consiguiente, no parecería necesario hacer precisión alguna sobre este punto en la Guía de la práctica[69].

45. No hay ninguna razón para adoptar un enfoque diferente en lo que respecta a las reacciones a esas declaraciones interpretativas y no sería tampoco oportuno imponerles un formalismo más estricto que a las declaraciones interpretativas a las que responden. Sin embargo, se impone el mismo *caveat*: si los Estados o las organizaciones internacionales no aseguran una publicidad adecuada a sus reacciones a una declaración interpretativa, se exponen a que los efectos esperados no se produzcan. Si los autores de las reacciones desean que su posición se tenga en cuenta en la aplicación del tratado, en particular en el caso de un diferendo, tendrán probablemente interés en:

a) Formular la reacción por escrito, para satisfacer a la vez las exigencias de la seguridad jurídica y permitir la notificación;

b) Motivar la reacción, como se desprende de la práctica antes descrita[70]; los Estados generalmente exponen, a veces de manera muy detallada, los motivos que, en su opinión, justifican su aprobación, su protesta o su recalificación. Esas motivaciones no son solamente útiles para el intérprete, y pueden al mismo tiempo alertar al Estado o la organización internacional que formula la declaración interpretativa sobre los puntos considerados problemáticos en su declaración y llevarlos eventualmente a revisar su declaración o a retirarla; esto constituye, en materia de declaraciones interpretativas, el equivalente del «diálogo de las reservas»;

c) Seguir para esas declaraciones el mismo procedimiento de comunicación y de notificación aplicable a la comunicación y a la notificación de las demás declaraciones relativas a los tratados (reservas, objeciones u aceptaciones).

46. Aunque reconoce la conveniencia de esas recomendaciones, el Relator Especial vacila en proponer un proyecto de directriz que las retome, porque la Comisión no ha adoptado disposiciones equivalentes en el caso de las propias declaraciones interpretativas. Si la Comisión considera de todos modos, que sería útil incluir un proyecto de directriz en ese sentido en la Guía de la práctica, se podrían formular solamente recomendaciones, a imagen de las adoptadas, por ejemplo, en lo que respecta a la motivación de las reservas[71] y a las objeciones a las reservas[72]. En esta hipótesis, la disposición podría inspirarse en las concernientes al procedimiento aplicable a los demás tipos de declaraciones relativas a un tratado —que es de hecho, muy uniforme—, es decir, los proyectos de directrices 2.1.1 a 2.1.7 en el caso de las reservas, 2.4.1 y 2.4.7 en lo que respecta a las declaraciones interpretativas, y 2.6.7, 2.6.9 y 2.6.10, por una parte, y 2.8.3 a 2.8.5 por otra parte, en lo que atañe, respectivamente, a las objeciones a las reservas y a su aceptación expresa[73]:

---

[66] *Anuario… 2001*, vol. II (primera parte), pág. 169, documento A/CN.4/518 y Add.1 a 3, párr. 130.

[67] *Statut international du Sud-Ouest africain*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1950*, págs. 135 y 136; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 17.

[68] *Op. cit.*, pág. 275.

[69] Véase la nota 66 *supra*.

[70] Véanse los párrafos 13 a 20 y 26 *supra*.

[71] Véase *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/586.

[72] Véase el undécimo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, párrs. 110 y 111.

[73] En los dos últimos casos, los proyectos mencionados tienen los números que figuran en los informes undécimo y duodécimo sobre las reservas a los tratados (véase ibíd., párrs. 87 a 98 y 105 a 111 y *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/584, párrs. 45 a 56); es posible que esa numeración sea modificada por el Comité de Redacción.

«**2.9.5** *Forma escrita de la aprobación, la oposición y la recalificación*

La aprobación, la oposición y la recalificación de una declaración interpretativa deben formularse por escrito.

2.9.6 *Exposición de motivos de la aprobación, la oposición y la recalificación*

La aprobación, la oposición y la recalificación de una declaración interpretativa deberán, en lo posible, indicar los motivos por los cuales se formulan.

2.9.7 *Formulación y comunicación de la aprobación, de la oposición y de la recalificación*

La formulación y la comunicación de la aprobación, la oposición y la recalificación de una declaración interpretativa deben hacerse, *mutatis mutandis*, de conformidad con los proyectos de directrices 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5, 2.1.6 y 2.1.7.»

47. En lo que respecta a los plazos, las reacciones a las declaraciones interpretativas pueden hacerse en principio en cualquier momento. En efecto, la interpretación acompaña toda la vida del tratado y no parece haber razón para limitar las reacciones a las declaraciones interpretativas a ningún plazo, en tanto que las propias declaraciones no están por regla general (y salvo disposición en contrario) sujetas a ningún plazo[74].

48. Por otra parte, y las reacciones a las declaraciones interpretativas se parecen a este respecto a las aceptaciones y a las objeciones a las reservas, los Estados contratantes y las organizaciones internacionales contratantes y los Estados y las organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en un tratado deben poder manifestar una reacción expresa a una declaración interpretativa por lo menos desde el momento en que tienen conocimiento de ella, quedando entendido que recae sobre el autor de la declaración la responsabilidad de darle (o no) difusión[75], y las reacciones de los Estados o de las organizaciones internacionales no contratantes no producirán necesariamente el mismo efecto jurídico que las formuladas por una parte contratante (y no producirán evidentemente ningún efecto) mientras el Estado o la organización internacional que ha hecho la declaración no haya expresado su consentimiento en obligarse. Parece entonces muy lógico que el Secretario General haya aceptado la comunicación de la oposición de Etiopía a la declaración interpretativa del Yemen relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar pese a que Etiopía no ha ratificado la Convención[76].

«**2.9.4** *Facultad de formular una aprobación, una protesta o una recalificación*

Pueden formular en todo momento la aprobación, la oposición y la recalificación de una declaración interpretativa todos los Estados contratantes y todas las organizaciones internacionales contratantes, así como también todos los Estados y todas las organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado.»

B. Las declaraciones interpretativas condicionales

49. Las declaraciones interpretativas condicionales se distinguen de las declaraciones interpretativas «simples» por su efecto potencial sobre la entrada en vigor del tratado. La particularidad de estas declaraciones interpretativas condicionales reside en efecto en el hecho de que su autor condiciona su consentimiento en obligarse por el tratado a la interpretación propuesta. Si esta condición no se cumple, y si los demás Estados y organizaciones internacionales partes en el tratado no consienten en esta interpretación, el autor de la declaración interpretativa considera que no está obligado por el tratado, por lo menos con respecto a las partes en el tratado que la contestan. La declaración formulada por Francia en oportunidad de la firma[77] del Protocolo Adicional II del Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco) proporciona un ejemplo especialmente claro[78]:

> En caso en que la declaración interpretativa formulada por el Gobierno de Francia sea impugnada en todo o en parte por una o más Partes Contratantes en el Tratado o en el Protocolo II, esos instrumentos carecerán de efecto en las relaciones entre la República Francesa y el Estado o Estados que los impugnen[79].

50. Como se recordó antes[80], esta particularidad hace que las declaraciones interpretativas se asemejen mucho más a las reservas que a las declaraciones interpretativas «simples». El comentario de la directriz 1.2.1 (Declaraciones interpretativas condicionales) subraya a este respecto:

> Por consiguiente, parece muy probable que el régimen jurídico de las declaraciones e interpretaciones condicionales se asemeje mucho más al de las reservas, *particularmente por lo que respecta a las reacciones que se esperan de las demás partes contratantes en el tratado**, que a las normas aplicables a las simples declaraciones interpretativas[81].

51. La condicionalidad de esa declaración interpretativa impone en efecto un régimen de reacción más ordenado y más seguro que el aplicable a las declaraciones interpretativas «simples». Conviene conocer con certeza y dentro de un plazo razonable la posición de los demás Estados partes en cuanto a la interpretación propuesta a fin de que el Estado o la organización que formula la declaración interpretativa condicional pueda pronunciarse sobre su situación jurídica con respecto al tratado; ¿es o no parte? Estas cuestiones se plantean en las mismas condiciones que en lo que respecta a las reservas a los tratados, para las cuales las reacciones, la aceptación y la objeción, se enmarcan en un régimen jurídico muy formal y rígido que tiene por objetivo principal determinar lo más rápidamente posible el estatuto jurídico del Estado o de la organización que formula la reserva. Esta preocupación se expresa, por otra parte, no solamente en el relativo

---

[74] Véase *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 107 a 109, párrs. 21 a 32 del comentario al proyecto de directriz 1.2.

[75] Véase la nota 66 *supra*.

[76] Véase la nota 14 *supra*.

[77] La declaración fue confirmada en oportunidad de la ratificación, el 22 de marzo de 1974 (véase Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 936, n.º 9068, pág. 420).

[78] Véase también *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 110, párr. 3 del comentario al proyecto de directriz 1.2.1.

[79] Véase la nota 77 *supra*.

[80] Véase el párrafo 5 *supra*.

[81] *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 112, párr. 14 del comentario.

formalismo prescrito sino también en el establecimiento de una presunción de aceptación después de la expiración de un plazo determinado dentro del cual otro Estado u otra organización internacional no ha expresado su desacuerdo —su objeción— a la reserva[82].

52. Se desprende de esto que el procedimiento aplicable a las reacciones a una declaración interpretativa condicional debe seguir las mismas normas aplicables a las aceptaciones de las reservas y a las objeciones a las reservas, incluso en lo que respecta a la presunción de aceptación. Sin embargo, puede haber dudas en cuanto al plazo de 12 meses prescrito en el párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 que, como ya se ha explicado, no se inspira probablemente en el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, las razones que llevaron al Sr. Waldock a proponer esta solución parecen válidas y aplicables *mutatis mutandis* al caso de las declaraciones interpretativas condicionales. Como explicó el Sr. Waldock:

> Pero hay, según se cree, buenas razones para proponer la adopción de este período más largo [de 12 meses]. En primer lugar, una cosa es ponerse de acuerdo en un período más corto para los efectos de un tratado particular cuyo contenido se conoce y otra, algo distinta, es ponerse de acuerdo en ese período como regla general aplicable a todo tratado que no establezca una norma a ese respecto. Por consiguiente, a los Estados les resultará más fácil aceptar un plazo general para manifestar sus objeciones, si el período que se propone es más prolongado[83].

53. Se plantea, no obstante, un problema de terminología. El paralelismo relativo constatado hasta aquí entre las declaraciones interpretativas condicionales y las reservas permite, en efecto, pensar que las reacciones a esas declaraciones podrían utilizar el mismo vocabulario y denominarse «aceptaciones» y «objeciones». Sin embargo, la definición de las objeciones a las reservas no parece adaptarse al caso de una reacción que expresa el desacuerdo de un Estado o de una organización internacional con una declaración interpretativa condicional de otro Estado o de otra organización internacional. El proyecto de directriz 2.6.1 contiene, en efecto, una definición de las objeciones a las reservas que se basa esencialmente en el efecto previsto por su autor: según esta definición, se entiende por objeción una declaración unilateral «por la que el primer Estado o la primera organización se propone excluir o modificar los efectos jurídicos de la reserva o excluir la aplicación del tratado en su conjunto, en sus relaciones con el Estado o la organización autor de la reserva»[84].

54. Es ciertamente difícil determinar categóricamente en la etapa actual de los trabajos sobre la Guía de la práctica, y sin que la Comisión se haya pronunciado sobre los efectos jurídicos de una declaración interpretativa condicional sobre el tratado, si la «objeción» a esa declaración cabe dentro de esa definición. Pueden plantearse serias dudas sobre el fundamento de la asimilación terminológica de las reacciones negativas a una declaración interpretativa condicional a las objeciones a las reservas. Por definición, esa reacción no puede ni modificar ni excluir el efecto jurídico de la declaración interpretativa condicional como tal (cualquiera que sea ese efecto jurídico); lo único que podría hacer consistiría en excluir el Estado o la organización internacional del círculo de las partes en el tratado. La negativa a aceptar la interpretación *condicional* propuesta tiene por consecuencia que la condición para el consentimiento a vincularse no se cumpla. Además, no es al autor de la reacción negativa sino al autor de la declaración interpretativa condicional a quien corresponde extraer las consecuencias del rechazo.

55. El Relator Especial considera en consecuencia que, por el momento, es prudente dejar en suspenso la cuestión de la terminología hasta que la Comisión se haya pronunciado definitivamente sobre los efectos de las declaraciones interpretativas condicionales y sobre su eventual asimilación a las reservas.

«**2.9.10** *Reacciones a las declaraciones interpretativas condicionales*

Las directrices 2.6 a 2.8.12 son aplicables *mutatis mutandis* a las reacciones de los Estados y de las organizaciones internacionales a las declaraciones interpretativas condicionales.»

[82] Véase el proyecto de directriz 2.4.8 (Formulación tardía de una declaración interpretativa condicional): «Un Estado o una organización internacional no podrá formular una declaración interpretativa condicional relativa a un tratado después de haber manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, a menos que ninguna de las demás partes contratantes se oponga a la formulación tardía de esa declaración» (*Anuario… 2003*, vol. II (segunda parte), pág. 75).

[83] *Anuario… 1962*, vol. II, pág. 77, párr. 16 del comentario al artículo 18.

[84] *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 437.

RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/597

Sexto informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales[*], preparado por el Sr. Giorgio Gaja, Relator Especial

[Original: inglés]
[1.º de abril de 2008]

ÍNDICE

				Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe				17
Obras citadas en el presente informe				18
INTRODUCCIÓN			1-5	19
Capítulo				
I.	INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL		6-40	19
	Proyecto de artículo 46.	Invocación de responsabilidad por un Estado o una organización internacional lesionados	10	20
	Proyecto de artículo 47.	Notificación de la reclamación por el Estado o la organización internacional lesionados	14	21
	Proyecto de artículo 48.	Pérdida del derecho a invocar la responsabilidad	14	21
	Proyecto de artículo 49.	Pluralidad de entidades lesionadas	23	23
	Proyecto de artículo 50.	Pluralidad de entidades responsables	27	23
	Proyecto de artículo 51.	Invocación de responsabilidad por una entidad distinta de un Estado lesionado o una organización internacional lesionada	40	25
II.	CONTRAMEDIDAS		41-66	26
	Proyecto de artículo 52.	Objeto y límites de las contramedidas	48	27
	Proyecto de artículo 53.	Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas	52	28
	Proyecto de artículo 54.	Proporcionalidad	55	28
	Proyecto de artículo 55.	Condiciones del recurso a las contramedidas	55	28
	Proyecto de artículo 56.	Terminación de las contramedidas	55	29
	Proyecto de artículo 57.	Medidas adoptadas por entidades distintas de un Estado lesionado o una organización internacional lesionada	66	31

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 294, n.º 4300, pág. 3. Véase también la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º C325, 29 de diciembre de 2006.
Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (Viena, 22 de marzo de 1985)	Ibíd., vol. 1513, n.º 26164, pág. 371.

[*] El Relator Especial agradece la asistencia recibida para la elaboración del presente informe de Stefano Dorigo (doctor de la Universidad de Pisa), Paolo Palchetti (profesor adjunto de la Universidad de Macerata) y Gerhard Thallinger (magíster en derecho de la Universidad de Nueva York).

Obras citadas en el presente informe

ALVAREZ, J. E.

«International organizations: accountability or responsibility?», *Canadian Council of International Law, 35th Annual Conference on Responsibility of Individuals, States and Organizations, Ottawa, 27 October 2006* (http://www.asil.org).

AMERASINGHE, C. F.

Principles of the Institutional Law of International Organizations, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

AMRALLAH, Borhan

«The international responsibility of the United Nations for activities carried out by U.N. peace-keeping forces», *Revue égyptienne de droit international*, vol. 32 (1976), págs. 57 a 82.

ARSANJANI, Mahnoush H.

«Claims against international organizations: *quis custodiet ipsos custodes?*», *Yale Journal of World Public Order*, vol. 7, n.º 2 (segundo trimestre de 1981), págs. 131 a 176.

ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

«Accountability of international organisations», *Report of the Seventy-First Conference held in Berlin, 16–21 August 2004*, Londres, 2004, págs. 164 a 234.

CANÇADO TRINDADE, A. A.

«Exhaustion of local remedies and the law of international organizations», *International Law Review*, vol. 57 (1979), págs. 81 a 123.

DAVÌ, Angelo

Comunità europee e sanzioni economiche internazionali, Nápoles, Jovene, 1993.

DE VISSCHER, Paul

«Observations sur le fondement et la mise en œuvre du principe de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies», *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. XXXX (1963), págs. 165 a 191.

EAGLETON, Clyde

«International organization and the law of responsibility», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1950–I*, París, Sirey, vol. 76, págs. 319 a 425.

EHLERMANN, Claus-Dieter

«Communautés européennes et sanctions internationales: une réponse à J. Verhoeven», *Revue belge de droit international*, vol. XVIII (1984–1985), págs. 96 a 112.

GRAMLICH, Ludwig

«Diplomatic protection against acts of intergovernmental organs», *German Yearbook of International Law*, vol. 27 (1984), págs. 386 a 428.

HELISKOSKI, Joni

Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States, La Haya, Kluwer, 2001.

KLEIN, Eckart

«Sanctions by international organizations and economic communities», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 30 (1992), págs. 101 a 113.

KLEIN, Pierre

La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens, Bruselas, Bruylant, 1998.

MENG, Werner

«Internationale Organisationen im völkerrechtlichen Deliktsrecht», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 45 (1985), págs. 324 a 371 (resumen en inglés, pág. 355).

O'KEEFFE, David y Henry G. SCHERMERS (eds.)

Mixed Agreements, Deventer, Kluwer, 1983.

PALCHETTI, Paolo

«Reactions by the European Union to breaches of erga omnes obligations», en Enzo Cannizzaro (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, págs. 219 a 230.

PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel

«Les organisations internationales et le droit de la responsabilité», *Revue générale de droit international public* (París), vol. XCII (1988), págs. 63 a 102.

PITSCHAS, Christian

Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten, Berlín, Duncker & Humblot, 2001.

REY ANEIROS, Adela

Una aproximación a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

RITTER, Jean-Pierre

«La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale», AFDI, vol. 8 (1962), págs. 427 a 456.

RIVIER, Raphaële y Philippe LAGRANGE

«Travaux de la Commission du droit international (cinquante-huitième session) et de la Sixième Commission (soixante et unième session)», AFDI, vol. 52 (2006), págs. 305 a 350.

SCHERMERS, Henry G. y Niels M. BLOKKER

International Institutional Law: Unity within Diversity, 3.ª ed. rev., La Haya, Martinus Nijhoff, 1995.

SIMMONDS, R.

Legal Problems Arising from the United Nations Military Operations in the Congo, La Haya, Martinus Nijhoff, 1968.

STURMA, Pavel

«La participation de la Communauté européenne à des 'sanctions' internationales», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n.º 366 (marzo de 1993), págs. 250 a 264.

TOMUSCHAT, Christian

«Kommentierung des Artikel 210», en Hans von der Groeben, Jochen Thiesing y Claus-Dieter Ehlermann (eds.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1997, vol. 5, págs. 17 a 60.

VACAS FERNÁNDEZ, Félix

La responsabilidad internacional de Naciones Unidas: fundamento y principales problemas de su puesta en práctica, Madrid, Dykinson, 2002.

VERHOEVEN, Joe

«Protection diplomatique, épuisement des voies de recours et juridictions européennes», *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruselas, Bruylant, 2007, págs. 1511 a 1528.

«Communautés européennes et sanctions internationales», *Revue belge de droit international*, vol. XVIII, 1984–1985, págs. 79 a 95.

WELLENS, Karel

Remedies against International Organisations, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Introducción

1. En su labor relativa a la responsabilidad de las organizaciones internacionales, la Comisión de Derecho Internacional ha aprobado hasta ahora 45 proyectos de artículos[1]. Éstos conforman la primera parte, «El hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional» (arts. 1 a 30) y la segunda parte, «Contenido de la responsabilidad internacional de una organización internacional» (arts. 31 a 45).

2. Muchos de esos artículos han sido objeto de comentarios después de su aprobación provisional, especialmente en los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre el informe de la CDI y en observaciones presentadas por escrito por los Estados y las organizaciones internacionales. Además, se han examinado algunos artículos en la práctica judicial. Los artículos 3 y 5 fueron considerados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos decisiones recientes, primero en *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvege*[2] y luego en *Berić et autres c. Bosnie-Herzégovine*[3]. El artículo 5 y el comentario conexo fueron mencionados en la Cámara de los Lores del Reino Unido en su fallo recaído en *Regina (on the application of Al-Jedda)* v. *Secretary of State for Defence*[4].

3. Como observó el Relator Especial en su quinto informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales y por las razones ahí señaladas[5], se debe dar a la Comisión la oportunidad, antes de completar su primera lectura del presente proyecto, de revisar los textos aprobados provisionalmente, atendidas las observaciones que se hayan formulado. El informe siguiente contendrá un examen amplio de esos comentarios y contendrá algunas propuestas para revisar algunos artículos. El mismo informe se referirá además a todas las cuestiones pendientes y propondrá unas pocas disposiciones generales que se habrán de incluir en la cuarta parte. Una de esas cuestiones restantes es la cuestión de la existencia de normas especiales que puedan tener en cuenta las características particulares de ciertas organizaciones.

4. En el presente informe se siguen examinando asuntos relacionados con la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales siguiendo la pauta general que la Comisión adoptó en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos intencionalmente ilícitos[6] (en adelante, el proyecto sobre la responsabilidad del Estado). En la tercera parte de ese proyecto de artículos se consideran los «Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado»[7]; en la parte correspondiente del presente informe se examinan cuestiones relativas a los modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales. Después de la introducción se incluyen dos capítulos, titulados respectivamente «Invocación de la responsabilidad de una organización internacional» y «Contramedidas».

5. Algunos críticos del proyecto de artículos actual han utilizado como mantra el refrán de que la Comisión básicamente está reemplazando la expresión «Estado» por «organización internacional» en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado[8]. Puede resultar útil por lo tanto recordar una vez más que ni el Relator Especial ni la Comisión han comenzado sobre la base de una presunción de que las soluciones adoptadas con respecto a los Estados deban aplicarse también a las organizaciones internacionales: el Relator Especial lo dijo ya en su primer informe[9]. Toda la cuestión se iba a examinar sobre la base de sus propios fundamentos, y así se ha hecho. Solamente cuando una cuestión relativa a la responsabilidad de las organizaciones internacionales parecía ser paralela a una que ya se había examinado respecto de los Estados, y no habiendo razón alguna para determinar una norma diferente, se adoptó una solución idéntica. Huelga decir que algunas de las conclusiones de la Comisión pueden parecer dudosas. El Relator Especial no desea desalentar las críticas informadas y las sugerencias de mejoras de parte de ningún comentarista. La labor actual es colectiva, y su propósito es preparar un texto que resulte útil en las relaciones internacionales.

[1] El texto de los proyectos de artículos aprobados hasta ahora se reproduce en *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 343.

[2] Decisión de 2 de mayo de 2007 [GC], n.os 71412/01 y 78166/01, párrs. 29 a 33 y 121 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guía práctica sobre la admisibilidad*, 2010, pág. 43). Mencionaron esta decisión en la Sexta Comisión, Dinamarca, en nombre de los cinco países nórdicos (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 102 y Grecia, ibíd., 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párrs. 9 y 10). El Relator Especial ya lo había recordado durante los debates celebrados en la CDI en su 59.º período de sesiones (*Anuario… 2007*, vol. I, 2932.ª sesión).

[3] Decisión de 16 de octubre de 2007, n.os 36357/04 y otros, párrs. 8, 9 y 28, CEDH 2007-XII; en español, véase *Guía práctica sobre la admisibilidad* (nota 2 *supra*), pág. 42.

[4] Cámara de los Lores 58, fallo de 12 de diciembre de 2007 [2007], *The Weekly Law Reports*, vol. 2, pág. 31 (por Lord Bingham de Cornhill).

[5] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/583, párrs. 3 a 6.

[6] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76.

[7] Ibíd., pág. 29.

[8] La observación más reciente corresponde a Rivier y Lagrange, «Travaux de la Commission du droit international et de la Sixième Commission», pág. 335, que incluso presumen la existencia de una decisión de la CDI de alinear el nuevo texto con el del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

[9] *Anuario… 2003*, vol. II (primera parte), págs. 119 y 120, documento A/CN.4/532, párr. 11.

Capítulo I

Invocación de la responsabilidad de una organización internacional

6. Se examina en este informe el modo de hacer efectiva la responsabilidad de una organización internacional sólo en la medida en que pueda invocar esa responsabilidad un Estado u otra organización internacional. Por cuanto, con arreglo al artículo 36 del proyecto actual, las obligaciones internacionales enunciadas en la segunda parte sólo

se refieren a la violación de una obligación de derecho internacional que una organización internacional debe a un Estado, a otra organización internacional o a la comunidad internacional en su conjunto[10], parece innecesario especificar en la tercera parte que el alcance de los artículos sobre la aplicación de la responsabilidad es igualmente limitado. Se adoptó el mismo criterio al preparar el proyecto sobre la responsabilidad del Estado. En ese proyecto no se incluye en la tercera parte disposición alguna que indique que sólo se trata la aplicación de la responsabilidad en la medida en que invoque esa responsabilidad otro Estado. Podría interpretarse que esa limitación del alcance de la tercera parte está implícita en el artículo 33[11], que corresponde al artículo 36 del proyecto actual.

7. En la mayoría de los casos sólo puede invocar la responsabilidad una entidad que pudiera considerarse lesionada. La determinación de si puede considerarse lesionado a un Estado difícilmente puede diferir según si la entidad responsable sea un Estado o una organización internacional. De esta manera, la definición de «Estado lesionado» en el artículo 42 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado[12] es aplicable claramente también cuando un Estado invoca la responsabilidad de una organización internacional.

8. La posibilidad de que una organización internacional invoque en tanto entidad lesionada la responsabilidad de un Estado fue afirmada por la CIJ en su opinión consultiva *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, cuando la Corte dictaminó que se había determinado que la Organización tiene capacidad para hacer reclamaciones en el plano internacional[13]. Lo que la Corte dijo respecto de una reclamación de reparación por las Naciones Unidas puede extenderse a todas las organizaciones internacionales que posean personalidad jurídica cuando se viole una obligación que se les deba, ya se trate de que la deba un Estado u otra organización internacional.

9. Los criterios para definir si una entidad ha sido lesionada por un hecho internacionalmente ilícito de un Estado o de una organización internacional no parecen depender del carácter de esa entidad. De ahí que tendría que considerarse que una organización internacional ha resultado lesionada en las mismas condiciones que un Estado. Esto significaría que una organización internacional podría invocar la responsabilidad de otra organización internacional en los tres casos siguientes: en primer lugar, cuando la obligación violada se deba a esa organización individualmente; en segundo lugar, cuando se deba a varias entidades entre las cuales se incluya esa organización, o a la comunidad internacional en su conjunto si la violación afecta especialmente a esa organización; en tercer lugar, cuando se debe a varias entidades entre las cuales figura esa organización, o a la comunidad internacional en su conjunto, y la violación cambia radicalmente la posición de todas las entidades a las que se debe la obligación. Si bien los casos segundo y tercero son por lo general raros, y puede resultar difícil encontrar ejemplos pertinentes relativos a organizaciones internacionales, el hecho de que las organizaciones internacionales puedan resultar lesionadas en esas condiciones no se puede excluir. Por lo tanto, es necesario incluir también los casos segundo y tercero en la definición de organizaciones internacionales lesionadas.

10. Por lo tanto, la definición de la entidad lesionada debe consistir en una adaptación de la definición correspondiente en el artículo 42 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado[14]. Se sugiere el texto siguiente:

«***Proyecto de artículo 46. Invocación de responsabilidad por un Estado o una organización internacional lesionados***

Un Estado o una organización internacional tendrán derecho como parte lesionada a invocar la responsabilidad de otra organización internacional si la obligación violada existe en relación con:

a) ese Estado o con la primera organización internacional a título individual;

b) un grupo de partes, incluidos ese Estado o la primera organización internacional, o con la comunidad internacional en su conjunto, y la violación de la obligación:

i) afecta especialmente a ese Estado o a esa organización internacional, o

ii) es de tal índole que cambia sustancialmente la situación de todas las partes a las que se debe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de la obligación.»

11. Si bien las normas de derecho interno de un Estado determinan el órgano estatal competente para hacer valer la reclamación, en el caso de una organización internacional habría que hacer referencia a las normas de la organización[15]. Esas normas determinarán también si en algunos casos existe la obligación de que el órgano competente presente una reclamación[16]. Tendrán que aplicarse además las normas de la organización a fin de determinar si una organización renunció a una reclamación o accedió a que se pusiera término a una reclamación. Por cuanto la exigencia de que se evalúe la conducta de la organización según sus normas pertinentes tiene aplicación general, parece preferible no hacer referencia concreta a las normas de la organización en la tercera parte. Esto sería coherente además con el hecho de que el proyecto sobre la responsabilidad del Estado no se refiere a la cuestión del órgano estatal que se debe considerar competente para presentar una reclamación o para renunciar a ella. Sería extraño que la Comisión se refiriera a esta cuestión por primera vez en el presente contexto.

---

[10] Véase la nota 1 *supra*.

[11] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 28.

[12] Ibíd., pág. 29.

[13] *C.I.J. Recueil 1949*, págs. 184 y 185; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 10.

[14] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 29.

[15] En el párrafo 4 del artículo 4 del proyecto actual (nota 1 *supra*), figura una definición de las «reglas de la organización».

[16] Arsanjani, «Claims against international organizations: *Quis custodiet ipsos custodes*», pág. 147, planteó la cuestión de si la organización internacional tiene la obligación de presentar reclamaciones internacionales en representación de su personal lesionado.

12. En el capítulo I de la tercera parte del proyecto sobre la responsabilidad del Estado se incluyen algunas normas procesales de carácter general. Dos de ellas se refieren a las modalidades que debe seguir un Estado al invocar la responsabilidad de otro Estado con respecto a la notificación de las reclamaciones (art. 43) y la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad (art. 45)[17]. Si bien esos artículos sólo consideran las reclamaciones que los Estados puedan presentar contra otros Estados, nada del contenido de esos artículos sugiere que lo que disponen no resulte aplicable además con respecto a la invocación por un Estado de la responsabilidad de una organización internacional.

13. La situación de las organizaciones internacionales no difiere de la de los Estados con respecto a la notificación de las reclamaciones y la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad. Por tanto, parece razonable extender a las organizaciones internacionales las mismas normas relativas a los Estados del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

14. El texto de los artículos 43 y 45 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado debe adaptarse al considerar la invocación de la responsabilidad de una organización internacional a fin de abarcar el caso en que la entidad reclamante sea un Estado u otra organización internacional. En consecuencia, el texto del proyecto de artículos sería el siguiente:

«***Proyecto de artículo 47. Notificación de la reclamación por el Estado o la organización internacional lesionados***

1. El Estado lesionado que invoque la responsabilidad de una organización internacional notificará su reclamación a esa organización.

2. La organización internacional lesionada que invoque la responsabilidad de otra organización internacional notificará su reclamación a esa organización.

3. El Estado o la organización internacional lesionados podrán especificar en particular:

a) el comportamiento que debería observar la organización internacional para poner fin al hecho ilícito, si ese hecho continúa;

b) la forma que debería adoptar la reparación de conformidad con las disposiciones de la segunda parte.»

«***Proyecto de artículo 48. Pérdida del derecho a invocar la responsabilidad***

La responsabilidad de la organización internacional no podrá ser invocada:

a) si el Estado o la organización internacional lesionados han renunciado válidamente a la reclamación;

b) si, en razón del comportamiento del Estado o de la organización internacional lesionados, debe entenderse que han dado válidamente aquiescencia a la extinción de la reclamación.»

15. El proyecto sobre la responsabilidad del Estado incluye, entre los dos artículos anteriormente examinados, un artículo sobre la admisibilidad de las reclamaciones (art. 44)[18] que se refiere a cuestiones relativas a la protección diplomática[19]. Raramente se verifica el ejercicio por un Estado de la protección diplomática contra una organización internacional. Sin embargo, no es inconcebible, en particular con respecto a una organización que administra un territorio o que usa la fuerza.

16. En el caso de que un Estado ejerza la protección diplomática contra una organización internacional el primer requisito será el de la nacionalidad de la reclamación. La cuestión más problemática sería la necesidad de agotar los recursos locales. A este respecto hay diversidad de opiniones, y la que prevalece es que la norma de los recursos locales es aplicable cuando la organización en cuestión prevé recursos apropiados y efectivos[20].

[17] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y 30.

[18] Ibíd., pág. 29.

[19] La Comisión definió la protección diplomática como «la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad» (*Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea *c.* República Democrática del Congo), excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 2007*, párr. 39). La CIJ consideró que esa definición, que figura en el artículo 1 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática (*Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 49) refleja el derecho internacional consuetudinario.

[20] Varios autores apoyaron la aplicabilidad de la norma de los recursos locales a las reclamaciones dirigidas por los Estados contra las organizaciones internacionales: Ritter, «La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale», págs. 454 y 455; De Visscher, «Observations sur le fondement et la mise en oeuvre du principe de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies», pág. 174; Simmonds, *Legal Problems Arising from the United Nations Military Operations in the Congo*, pág. 238; Amrallah, «The international responsibility of the United Nations for activities carried out by the U.N. peace-keeping forces», pág. 67; Gramlich, «Diplomatic protection against acts of intergovernmental organs», pág. 398 (más cautelosamente); Schermers y Blokker, *International Institutional Law: Unity within Diversity*, párr. 1858; Pierre Klein, *La responsabilité des organisations internationals dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, págs. 534 y ss.; Pitschas, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten*, pág. 250; y Wellens, *Remedies against International Organizations*, págs. 66 y 67. La Asociación de Derecho Internacional expresó la misma opinión en «Accountability of international organisations», pág. 213. Eagleton, «International organization and the law of responsibility», pág. 395, consideró que la norma de los recursos locales no sería aplicable a una reclamación contra las Naciones Unidas, pero solamente porque las Naciones Unidas no cuentan con un sistema judicial ni con otro medio de «reparación local» como normalmente tienen los Estados. Cançado Trindade, «Exhaustion of local remedies and the law of international organizations», pág. 108, señala que, cuando se presenta una reclamación de daños contra una organización internacional, no está excluida la aplicación de la norma, pero es posible que el derecho se desarrolle aquí en direcciones diferentes. Pérez González, «Les organisations internationales et le droit de la responsabilité», pág. 71, expresó la opinión de que debía aplicarse la norma de los recursos locales en forma flexible. Amerasinghe, *Principles of the International Law of International Organizations*, pág. 486, consideró que, por cuanto las organizaciones internacionales no tienen jurisdicción sobre los individuos en general, es dudoso que puedan suministrar recursos internos apropiados. De esta manera resulta difícil ver la forma en que sería aplicable la norma de los recursos locales. Comparte esta opinión, que ya se había expresado en la primera edición del mismo libro, Vacas Fernández, *La responsabilidad internacional de Naciones Unidas*: *fundamento y principales problemas de su puesta en práctica*, págs. 139 y 140.

17. Se pueden hallar algunos casos en la práctica en que se invocó la norma de los recursos locales respecto de recursos existentes dentro de la UE. Aunque esta práctica se refiere a reclamaciones dirigidas a Estados miembros se puede deducir que si se hubiera invocado la responsabilidad de la UE se habría exigido el agotamiento de los recursos existentes dentro de la UE. Uno de esos ejemplos en la práctica fue una intervención hecha por los Estados miembros de la UE por el Director General de Servicios Jurídicos de la Comisión Europea ante el Consejo de la OACI en relación con una controversia entre esos Estados y los Estados Unidos respecto de medidas adoptadas para reducir el ruido originado por los aviones. Los Estados miembros de la UE sostuvieron que la reclamación de los Estados Unidos sería inadmisible ya que los recursos relacionados con la reglamentación controvertida de la CE no se habían agotado por cuanto la medida en ese momento estaba sujeta a reclamación pendiente ante los tribunales nacionales de los Estados miembros de la UE y el Tribunal de Justicia Europeo[21].

18. Otro ejemplo está constituido por el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Bosphorus*[22], asunto que se refiere a una supuesta violación de derechos humanos como consecuencia de la aplicación en Irlanda de un reglamento de la CE. Al concluir que no había recursos que el demandante hubiera dejado de agotar, el Tribunal incluyó una consideración de los recursos disponibles dentro de la UE[23].

19. Cuando una organización internacional presenta una reclamación en nombre de uno de sus agentes, ya sea contra un Estado u otra organización internacional, resulta claro que no es aplicable el requisito de la nacionalidad. La norma de los recursos locales podría resultar pertinente sólo en la medida en que la reclamación de la organización se refiriera también a daños causados a uno de sus agentes en tanto particular[24]. La CIJ reconoció el derecho de una organización a presentar una reclamación de ese tipo en su opinión consultiva *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*[25]. No obstante, es claro que es bastante difícil que una organización internacional presente este tipo de reclamación contra otra organización internacional.

20. El hecho de que puedan surgir cuestiones de admisibilidad con respecto a la nacionalidad y los recursos locales, también con respecto a las reclamaciones presentadas contra organizaciones internacionales no implica que el proyecto de artículos deba incluir una disposición semejante al artículo 44 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado[26]. Esa disposición constituye esencialmente un recordatorio de las dos principales condiciones para el ejercicio de la protección diplomática. Se refiere a una categoría de reclamaciones que reviste importancia considerable en las relaciones entre Estados. Por cuanto la pertinencia práctica de la protección diplomática con respecto a la responsabilidad del Estado no encuentra paralelo en este contexto, bien puede omitirse una disposición sobre la admisibilidad de las reclamaciones en el presente proyecto. Esto no implicaría que los requisitos de nacionalidad de la reclamación y agotamiento de los recursos internos no fueran siempre pertinentes cuando se presentara una reclamación contra una organización internacional.

21. Siguiendo la pauta del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, se debe tratar a continuación el asunto de una pluralidad de entidades lesionadas. Con respecto a una pluralidad de Estados lesionados una disposición de ese proyecto de artículos (art. 46) dice que «[c]uando varios Estados sean lesionados por el mismo hecho internacionalmente ilícito, cada Estado lesionado podrá invocar separadamente la responsabilidad del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito»[27]. Lo que se dice acerca de una pluralidad de Estados lesionados por otro Estado claramente puede extenderse al caso en que la entidad responsable sea una organización internacional en lugar de un Estado.

22. El mismo criterio debe seguirse cuando las entidades lesionadas sean organizaciones internacionales, que pueden resultar lesionadas por sí solas o conjuntamente con algunos Estados. Esos Estados probablemente serán miembros de una organización lesionada, pero es posible que no sean miembros. La existencia de una pluralidad de entidades lesionadas dependería, en primer término, de si la obligación violada se debe a: *a*) dos o más organizaciones, o *b*) una o más organizaciones y a uno o más Estados[28] y, además, de si se cumplen las condiciones establecidas para determinar si la entidad resulta lesionada por la violación de la obligación.

23. Se desprende de ello que el contenido de la disposición correspondiente del proyecto sobre la responsabilidad del Estado puede utilizarse como modelo con las adaptaciones necesarias a estos efectos. Se propone el texto siguiente con la intención de abarcar diversos casos: el de dos o más Estados lesionados, que resulten lesionadas dos o más organizaciones internacionales, y que uno o más Estados y una o más organizaciones internacionales resulten lesionadas.

---

[21] Declaraciones y observaciones orales sobre la respuesta presentada por los Estados Unidos (15 de noviembre de 2000), *Anuario… 2004*, vol. II (primera parte), pág. 40, documento A/CN.4/545, anexo, apéndice 18.

[22] *Bosphorus Hava Yollarõ Turizm ve Ticary Anonim Şirkyi (Bosphorus Airways) c. Irlande* [GC], n.º 45036/98, CEDH 2005-VI, párr. 105; véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guía práctica sobre la admisibilidad*, 2010, pág. 44.

[23] Ibíd., fallo de 30 de junio de 2005.

[24] La norma de los recursos locales no es aplicable respecto de las reclamaciones relativas a daños provocados a los agentes en la medida en que afecten al Estado o la organización internacional respectivos por cuanto esos asuntos son ajenos a la esfera de la protección diplomática. Destaca este argumento Verhoeven, «Protection diplomatique, épuisement des voies de recours et juridictions européennes», pág. 1517.

[25] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 184.

[26] El texto del artículo 44 (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 29), mencionado en el párrafo 15 *supra*, es el siguiente:

«La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

a) si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones;

b) si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas».

[27] Ibíd., pág. 30.

[28] Esto puede ocurrir, por ejemplo, respecto de ciertos acuerdos mixtos concertados por la CE y algunos de sus Estados miembros (o todos ellos) con uno o más Estados no miembros cuando las obligaciones debidas a la CE y a sus miembros no se hayan separado (véase O'Keeffe y Schermers, *Mixed Agreements*, y Heliskoski, *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States*).

«***Proyecto de artículo 49. Pluralidad de entidades lesionadas***

Cuando varias entidades sean lesionadas por el mismo hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional cada Estado u organización internacional lesionado podrá invocar separadamente la responsabilidad de la organización internacional que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.»

24. Cuando una organización internacional es responsable de un hecho internacionalmente ilícito otra entidad puede también ser responsable del mismo hecho. En el artículo 47 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado se ha previsto la posibilidad de una pluralidad de Estados responsables[29]. La posibilidad de una pluralidad de entidades responsables es incluso más probable cuando una de ellas es una organización internacional, dada la existencia de diversos casos en que esto puede ocurrir. En particular hay varios casos en que, tanto una organización como sus miembros o algunos de ellos, puede incurrir en responsabilidad por el mismo hecho internacionalmente ilícito. Los artículos 28 y 29 del presente proyecto se refieren a algunos de esos casos[30]. Se presenta otro caso cuando tanto la organización como sus miembros han contraído conjuntamente la misma obligación respecto de un tercero y se viola esa obligación[31].

25. Con respecto a una pluralidad de Estados responsables, el proyecto sobre la responsabilidad del Estado contiene tres asuntos igualmente pertinentes cuando una de las entidades responsables es una organización internacional. El primero es que pueda invocarse la responsabilidad de cada entidad respecto del hecho. Es necesario aclarar este asunto, atendida la declaración que se hace en el artículo 29 del presente proyecto en el sentido de que, en las condiciones en él previstas, cuando un miembro de una organización es responsable se presume que esa responsabilidad «tiene carácter subsidiario»[32]. El concepto de subsidiariedad implica, en este contexto, que la responsabilidad del miembro podría invocarse solamente si se ha invocado la responsabilidad de la organización en primer término y en vano o con escaso resultado.

26. Los asuntos segundo y tercero que figuran en el artículo 47 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado son en general aplicables también al caso en que una de las entidades responsables es una organización internacional: la parte lesionada no tiene derecho a «recibir una indemnización superior al daño que ese Estado haya sufrido»; la entidad que aportó la reparación puede tener derecho a recurrir contra las otras entidades responsables. Respecto de estos argumentos importa poco cuál sea la entidad responsable.

27. Si bien el artículo 47 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado constituye la base para la redacción de un texto parece necesario introducir unas pocas adaptaciones. Hay que prever la posibilidad de que dos o más organizaciones sean responsables o de que una o más organizaciones sean responsables junto con uno o más Estados. Además, es necesario cubrir la cuestión de la subsidiariedad. Finalmente, el texto será ligeramente más claro si, a diferencia del artículo 47 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, se especifica la entidad que puede tener derecho a recurrir. La redacción del texto propuesto es la siguiente:

«***Proyecto de artículo 50. Pluralidad de entidades responsables***

1. Cuando una organización internacional y uno o más Estados u otras organizaciones sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, podrá invocarse la responsabilidad de cada entidad en relación con ese hecho. No obstante, si la responsabilidad de una entidad es solamente subsidiaria, podrá invocarse solamente en la medida en que la invocación de la responsabilidad principal no haya dado como resultado la reparación.

2. El párrafo 1:

a) no autoriza a un Estado u organización internacional lesionado a recibir una indemnización superior al daño que haya sufrido;

b) se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho que la entidad que haga la reparación tenga a recurrir contra las otras entidades responsables.»

28. Las entidades lesionadas en los términos del artículo 46 del actual proyecto no son las únicas que podrán invocar la responsabilidad. De acuerdo con el artículo 48 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado hay dos casos en que un Estado que no sea un Estado «lesionado» podrá invocar la responsabilidad[33]. El Estado en cuestión tendría derecho a pedir la cesación del hecho internacionalmente ilícito y el cumplimiento de la obligación de reparación «en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada» (art. 48, párr. 2, apdo *b*). El primer caso previsto en el artículo 48 es que «la obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo» (párr. 1, apdo. *a*).

29. A los efectos de invocar la responsabilidad en las circunstancias descritas, el hecho de que la obligación en cuestión haya sido violada por una organización internacional en lugar de un Estado parece no ser importante. Ni parece pertinente que el grupo de entidades al que se deba la obligación incluya una organización internacional. Parece razonable que en este último caso las organizaciones internacionales podrán invocar la responsabilidad en las mismas condiciones aplicables a los Estados.

30. Un ejemplo en la práctica de una reclamación hecha por un Estado no lesionado contra una organización internacional está constituido por el asunto *Comunidades Europeas —Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*[34]. Un Grupo Especial

[29] *Anuario… 2001*, vol II (segunda parte), pág. 30.

[30] Véase la nota 1 *supra*.

[31] Los acuerdos mixtos mencionados en la nota 28 *supra* constituyen también un ejemplo a estos efectos cuando no se han separado las obligaciones de la CE y las de sus miembros.

[32] Véase la nota 1 *supra*.

[33] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 30.

[34] WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/MEX, WT/DS27/R/USA, WT/DS27/R/GTM y WT/DS27/R/HND (22 de mayo de 1997), cap. VII. Reproducido en OMC, *Dispute Settlement Reports 1997*, vols. II y III (Cambridge, Cambridge University Press).

de la OMC decidió que, aunque los Estados Unidos «no tenían un derecho o interés reconocido jurídicamente»[35] en el asunto, la potencialidad de su interés en el comercio de bienes y servicios y su interés en una decisión de si el régimen de las Comunidades Europeas no se ajustaba a los requisitos de las normas de la OMC eran suficientes por sí mismos para determinar la existencia de un derecho a iniciar un procedimiento de solución de controversias de la OMC[36]. El Grupo Especial se remitió a una nota de una disposición del proyecto sobre la responsabilidad del Estado aprobado en primera lectura que incluía en su definición de «Estado lesionado», si el derecho infringido por el hecho de un Estado deriva de un tratado multilateral, se consideraría Estado lesionado a todo Estado parte en el tratado multilateral si se determina que el derecho está previsto expresamente en ese tratado para la protección de los intereses colectivos de los Estados partes[37].

31. El segundo caso en que, según el artículo 48, párr. 1, apdo. *b*, del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, los Estados no lesionados pueden pedir la cesación de la violación y el cumplimiento de la obligación de reparación es aquel en que «la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto»[38]. El hecho de que la violación haya sido cometida por una organización internacional en lugar de un Estado no puede constituir una diferencia en cuanto al derecho de los Estados no lesionados a invocar la responsabilidad. Como se indicó a este respecto en la observación de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas, no parece haber razón alguna para que los Estados, a diferencia de otras organizaciones internacionales, no puedan invocar la responsabilidad de una organización internacional[39].

32. Una cuestión más difícil es si una organización internacional tendría derecho a invocar la responsabilidad de otra organización internacional por la violación de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto.

33. La práctica no es muy indicativa a este respecto. Esto no se debe solamente a que la práctica se refiere a medidas adoptadas por organizaciones internacionales con respecto a Estados. Las organizaciones por lo general responden a las violaciones cometidas por sus miembros y actúan sobre la base de sus normas respectivas. Esto no implica que las organizaciones internacionales tengan un derecho más general a invocar la responsabilidad en el caso de la violación de una obligación que se deba a la comunidad internacional en su conjunto. La práctica más significativa a este respecto parece ser la de la UE, que con frecuencia ha señalado que no miembros han violado obligaciones que se deben a la comunidad internacional en su conjunto. Por ejemplo, una Posición Común del Consejo de 26 de abril de 2000 se refiere a violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos en Myanmar/Birmania[40]. En la mayoría de los casos, este tipo de declaración de la UE desembocó en la aprobación de medidas económicas contra el Estado supuestamente responsable. Se examinarán esas medidas en el capítulo siguiente. A los efectos actuales es importante señalar que no es del todo claro si invocaban la responsabilidad conjuntamente los Estados miembros de la UE o si lo hacía la UE como organización separada.

34. Hay escasa bibliografía relativa a la cuestión de si una organización internacional tendría derecho a invocar responsabilidad en el caso de violación de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto. Las publicaciones se centran por lo general en la UE; las opiniones parecen estar divididas, aunque la mayoría de los autores da una opinión favorable[41].

35. En el informe que presentó a la Asamblea General en 2007 la Comisión pidió observaciones sobre la pregunta siguiente:

> El artículo 48 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos dispone que, en caso de la violación por un Estado de una obligación que existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto, los Estados pueden reclamar al Estado responsable la cesación del hecho internacionalmente ilícito y el cumplimiento de la obligación de reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada. Si la violación de una obligación que existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto fuera cometida por una organización internacional, ¿podrían las demás organizaciones o algunas de ellas formular una reclamación análoga?[42].

36. Las opiniones que se expresaron en la Sexta Comisión eran claramente favorables a una respuesta positiva. Si bien algunos Estados dieron una respuesta incondicional en ese sentido[43], un mayor número de Estados consideraron que sólo ciertas organizaciones tendrían derecho a invocar la responsabilidad: las organizaciones con mandato para proteger los intereses generales de la comunidad internacional[44]. Compartieron esta última opinión dos organizaciones internacionales en sus

---

[35] Ibíd., párr. 7.47.

[36] Ibíd., párr. 7.50.

[37] Ibíd., nota 361. El texto citado se reproduce en *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 68, art. 40, párr. 2, apdo. *f*.

[38] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 30.

[39] Documento A/CN.4/593 y Add.1, secc. F.1 (reproducido en el presente volumen).

[40] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 122, 24 de mayo de 2000, pág. 1.

[41] La opinión de que por lo menos ciertas organizaciones internacionales podrían invocar responsabilidad en el caso de violación de un obligación *erga omnes* figura en una publicación de Ehlermann, «Communautés européennes et sanctions internationales – une réponse à J. Verhoeven», págs. 104 y 105; Eckart Klein, «Sanctions by international organizations and economic communities», pág. 110; Davì, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, pág. 496 y ss.; Tomuschat, «Kommentierung des Artikel 210», págs. 28 y 29; Pierre Klein, *op. cit*., págs. 401 y ss.; y Rey Aneiros, *Una aproximación a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales*, pág. 166. Sostuvieron la posición contraria Verhoeven, «Communautés européennes et sanctions internationales», págs. 89 y 90, y Sturma, «La participation de la Communauté européenne à des 'sanctions' internationales», pág. 258. Según Palchetti, «Reactions by the European Union to breaches of erga omnes obligations», pág. 226, «[e]l papel de la Comunidad parece ser solamente el de hacer cumplir los derechos que se deben a sus Estados miembros».

[42] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 30, apdo. *a*.

[43] Véanse las intervenciones de Malasia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 75; Hungría, ibíd., 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 16; Chipre, ibíd., párr. 38 y Bélgica, ibíd., párr. 90.

[44] En ese sentido, intervinieron Argentina, ibíd., 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 64; Dinamarca, en nombre de los cinco países nórdicos, ibíd., párr. 100; Italia, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 40; Japón, ibíd., párr. 100; Países Bajos, 20.ª sesión (A/C.6/62/SR.20),

observaciones por escrito. La Organización para la Prohibición de las Armas Químicas declaró:

> En el caso de las organizaciones internacionales la facultad de invocar la responsabilidad por la violación de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto podría depender del alcance de actividades de la organización tal como se hayan definido en su documento constitutivo. En consecuencia, toda organización internacional «interesada» puede tener derecho a invocar la responsabilidad y a reclamar la cesación del hecho ilícito en la medida que afecte a su mandato tal como esté enunciado en su documento constitutivo[45].

La Comisión Europea expresó una opinión semejante:

> Por cuanto la comunidad internacional en su conjunto no puede actuar por su propia cuenta a falta de instituciones centralizadas, corresponde a cada miembro de esa comunidad adoptar medidas en contra del infractor en representación de la comunidad y en su interés. La Comisión Europea considera que ese derecho corresponde en principio a todos los miembros de la comunidad internacional, incluidas las organizaciones internacionales en tanto sujetos de derecho internacional. No obstante, al mismo tiempo se encomienda a las organizaciones internacionales en sus estatutos que realicen funciones concretas y protejan ciertos intereses solamente. En los casos en los que las obligaciones violadas se relacionen con asuntos que no correspondan a las facultades y funciones de la organización, no existe ninguna razón vinculante por la cual se les permita adoptar medidas descentralizadas para reclamar el cumplimiento. Por ejemplo, difícilmente es concebible que una organización técnica de transporte pudiera sancionar una alianza militar por una violación de una garantía fundamental del derecho internacional humanitario que se pudiera deber a la comunidad internacional en su conjunto[46].

37. Si se sigue esta lógica la posibilidad de que una organización internacional invoque la responsabilidad por la violación de una obligación respecto de la comunidad internacional dependería del contenido de la obligación violada y de su relación con el mandato de esa organización. Este derecho no dependería necesariamente del hecho de que la organización internacional sea miembro de la comunidad internacional. Podría considerarse que los Estados que son miembros de la organización se lo han delegado. Este criterio parecería ajustarse a la siguiente declaración formulada por la CIJ en su opinión consultiva *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*:

> Las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional que, a diferencia de los Estados, no tienen competencia general. Las organizaciones internacionales se rigen por el «principio de la especialidad», es decir, que los Estados les confieren facultades cuando las crean, y sus límites son una función del interés común cuya promoción esos Estados les confían[47].

38. A fin de determinar la oportunidad en que una organización internacional que no hubiera sido lesionada tendría derecho a invocar la responsabilidad de otra organización internacional por la violación de una obligación respecto de la comunidad internacional se podría usar una redacción semejante a la del apartado *a* del párrafo 1 del artículo 22 para determinar la oportunidad en que una organización internacional podría invocar la necesidad como circunstancia excluyente de la ilicitud[48].

39. Como cuestión de redacción, si bien el artículo 48 del proyecto de la responsabilidad del Estado puede servir de modelo básico, habría que introducir varios cambios a fin de distinguir entre el derecho que los Estados tienen de invocar la responsabilidad y el derecho más limitado de las organizaciones internacionales. En el último párrafo, dada la ausencia en el proyecto de una disposición sobre la admisibilidad de las reclamaciones, se eliminaría una ambigüedad del texto del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. A los efectos actuales basta con extender a los Estados o las organizaciones internacionales no lesionados la aplicabilidad de las dos disposiciones relativas a la notificación de las recomendaciones y la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad.

40. Por lo tanto se propone el texto siguiente:

«*Proyecto de artículo 51. Invocación de responsabilidad por una entidad distinta de un Estado lesionado o una organización internacional lesionada*

1. Todo Estado u organización internacional que no sea un Estado lesionado o una organización internacional lesionada tendrá derecho a invocar la responsabilidad de una organización internacional de conformidad con el párrafo 4 si la obligación violada existe con respecto a un grupo de entidades del que el Estado o la organización invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo.

2. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de una organización internacional de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 si la obligación violada existe con respecto a la comunidad internacional en su conjunto.

3. Toda organización internacional que no sea una organización lesionada tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otra organización internacional de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 si la obligación violada existe con respecto a la comunidad internacional en su conjunto y si se ha conferido a la organización que invoca la responsabilidad la función de proteger los intereses de la comunidad internacional en que se fundamenta esa obligación.

4. Todo Estado u organización internacional que tenga derecho a invocar la responsabilidad con arreglo a los párrafos anteriores podrá reclamar a la organización internacional responsable:

a) la cesación del hecho internacionalmente ilícito así como seguridades y garantías de su no repetición de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33;

b) el cumplimiento de la obligación de reparación de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte en interés del Estado o de la organización internacional lesionados o de los beneficiarios de la obligación violada.

5. Los requisitos para la invocación de la responsabilidad por un Estado lesionado o una organización internacional lesionada previstos en los artículos 47 y 48 serán aplicables en el caso de la invocación de la responsabilidad por un Estado o una organización internacional con derecho a hacerlo en virtud de lo dispuesto en los párrafos anteriores.»

párr. 39; Federación de Rusia, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 70 y Suiza, ibíd., párr. 85.

[45] Documento A/CN.4/593 y Add.1, secc. F.1 (reproducido en el presente volumen).

[46] Ibíd., secc. F.2.

[47] *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 78, párr. 25; véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 105.

[48] Véase la nota 1 *supra*.

Capítulo II

Contramedidas

41. En el contexto de esta parte es necesario examinar las contramedidas en cuanto se puedan adoptar contra una organización internacional responsable de un hecho internacionalmente ilícito. Aunque la práctica pertinente es escasa, las contramedidas constituyen un aspecto importante de las medidas para hacer efectiva la responsabilidad que no se puede desconocer en el presente proyecto. Además, sería difícil encontrar una razón convincente para eximir a las organizaciones internacionales de ser afectadas por contramedidas[49].

42. En la práctica relativa a la OMC figuran algunos ejemplos de contramedidas adoptadas por ciertos Estados contra las Comunidades Europeas con la autorización del Órgano de Solución de Diferencias: por ejemplo, el Canadá en 1999 en respuesta a la omisión de las Comunidades Europeas de aplicar una decisión relativa a la carne canadiense producida con hormonas de crecimiento[50]. En el asunto, *Estados Unidos – Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas*, un Grupo Especial de la OMC consideró que la suspensión de concesiones u otras obligaciones que había autorizado el Órgano de Solución de Diferencias consistía «esencialmente en medidas de retorsión»[51]. El Grupo Especial no distinguió entre contramedidas adoptadas contra un Estado y las adoptadas contra una organización internacional al observar:

> En el derecho internacional general, la retorsión (denominada también represalias o contramedidas) ha sufrido modificaciones importantes a lo largo del siglo XX, especialmente como resultado de la prohibición del empleo de la fuerza (*jus ad bellum*). En virtud del derecho internacional, estos tipos de contramedidas están actualmente sujetas a ciertos requisitos, como los indicados por la Comisión de Derecho Internacional en su obra sobre la responsabilidad del Estado (proporcionalidad, etc., véase el artículo 43 del Proyecto). Sin embargo, en la OMC las contramedidas, las medidas de retorsión y las represalias están estrictamente reguladas y sólo pueden llevarse a cabo en el marco de la OMC/ESD[52].

43. Estos ejemplos tomados de la práctica confirman que los Estados lesionados en general pueden adoptar contramedidas respecto de una organización internacional responsable en las mismas condiciones aplicables a las contramedidas adoptadas respecto de un Estado responsable. No obstante, es necesario condicionar esa conclusión. En el caso de que un Estado lesionado se proponga adoptar contramedidas respecto de una organización responsable en la que sea miembro ese Estado es probable que las normas de la organización impongan nuevas restricciones o incluso que prohíban las contramedidas en ese caso. Por ejemplo, cuando dos Estados miembros de las Comunidades Europeas sostuvieron que su incumplimiento de una obligación impuesta en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se justificaba por cuanto el Consejo de esa organización había cometido anteriormente una violación, el Tribunal de Justicia Europeo declaró

> que […] a excepción de los supuestos expresamente previstos, el sistema del Tratado supone la prohibición de que los Estados miembros practiquen la autotulela jurídica;
>
> que el incumplimiento de las obligaciones que incumben al Consejo no puede, por tanto, dispensar a los demandados del cumplimiento de sus obligaciones[53].

El hecho de que esté prohibido a los miembros adoptar contramedidas encuentra una razón en el sistema existente de recursos judiciales de las Comunidades Europeas. No obstante, puede haber restricciones con respecto a otras organizaciones internacionales incluso si no se prevén recursos semejantes en la organización en cuestión.

44. Desde luego una organización internacional lesionada recurre rara vez a las contramedidas contra una organización internacional responsable. No obstante, no hay ninguna razón para que una organización internacional lesionada no cuente con un instrumento tan significativo para inducir a una entidad responsable a cumplir las obligaciones enunciadas en la segunda parte. Como se observó respecto de los Estados, las normas de la organización responsable pueden limitar el recurso a las contramedidas por una organización lesionada que sea miembro de la primera organización. Además, también las normas de la organización lesionada pueden afectar la posibilidad de que esa organización adopte contramedidas contra una organización responsable cuando ésta es miembro de la primera organización. Aparte de esas posibilidades, habría que considerar si la situación de una organización internacional lesionada es en general idéntica a la de un Estado lesionado o si, como dijo la Comisión en una solicitud de observaciones de los Estados y las organizaciones internacionales, las organizaciones internacionales encuentran otras limitaciones además de las enumeradas en los artículos 49 a 53 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado[54].

45. Varios Estados expresaron en la Sexta Comisión la opinión de que no debía hacerse distinción alguna entre organizaciones internacionales lesionadas y Estados no

---

[49] Según Alvarez, «International organizations: accountability or responsibility?», págs. 33 y 34, toda la labor de la Comisión respecto de la responsabilidad de las organizaciones internacionales pasaría a ser «un desastre, si, por ejemplo, la disposición prevista de la CDI respecto de las contramedidas relativas a los hechos ilícitos de las organizaciones internacionales ofrecería nuevas justificaciones a quienes, como algunos miembros del Congreso de los Estados Unidos, desde hace mucho tiempo se sienten inclinados a 'sancionar' a las Naciones Unidas, por ejemplo, reteniendo las cuotas de los Estados Unidos». No está claro a qué hecho internacionalmente ilícito cometido por las Naciones Unidas que hubiera lesionado a los Estados Unidos se refiere el autor. Ni queda claro si sugiere que, aunque habría que considerar las contramedidas como medidas admisibles en contra de las organizaciones internacionales en derecho internacional, la Comisión debería abstenerse de decirlo por razones tácticas.

[50] Véase www.international.gc.ca.

[51] Informe del Grupo Especial (WT/DS165/R) de 17 de julio de 2000), párr. 6.23.

[52] Ibíd., nota 100. La referencia del Grupo Especial a la labor de la Comisión se refiere a la primera lectura del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

[53] Sentencia de 13 de noviembre de 1964, *Comisión de la Comunidad Económica Europea* c. *Gran Ducado de Luxemburgo y Reino de Bélgica*, asuntos acumulados 90/63 y 91/63, *Recopilación de jurisprudencia*, pág. 133.

[54] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 30, apdo. *b*.

lesionados a este respecto[55]. Algunos Estados, si bien reconocieron en principio que una organización internacional podía adoptar contramedidas al igual que un Estado, destacaron la necesidad de que la organización actuara dentro de los límites de su mandato[56]. Un Estado sostuvo que debía haber, como requisito adicional para que una organización internacional adoptara contramedidas, una estrecha relación con el derecho protegido por la obligación[57]. Otro Estado observó que cuando las organizaciones internacionales adoptan contramedidas, recurren principalmente al incumplimiento de las obligaciones en virtud de un tratado, pero ese Estado no presumía que hubiera una restricción correspondiente a la posibilidad de recurrir a las contramedidas[58].

46. Las normas de la organización determinarán el tipo de contramedidas que se puedan adoptar y el órgano de la organización competente para adoptarlos. Como ya se observó anteriormente (párr. 11) con respecto a la presentación y retiro de las reclamaciones, no es necesario indicar en el proyecto examinado que la conducta de una organización internacional se rige por sus normas. Cabe esperar que una organización internacional actúe de manera consecuente con sus propias normas. No obstante, en el caso de que una organización no aplique sus propias normas al adoptar contramedidas, la consecuencia jurídica no será necesariamente que se debiera considerar ilícita la contramedida. Habría que distinguir la posición de la organización con respecto a sus miembros de la que tiene con respecto a los que no son miembros. Con respecto a los que no sean miembros el hecho de que una organización internacional adopte contramedidas en infracción de sus propias normas no hace que la contramedida sea necesariamente ilícita. Por el contrario, con respecto a los miembros, por cuanto las normas de la organización son aplicables en las relaciones entre la organización y sus miembros, esas normas dispondrían la consecuencia de su infracción respeto de la licitud de la contramedida.

47. En el presente contexto es necesario introducir pocos cambios, aparte de algún cambio de redacción, en el artículo 49 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado[59], que describe el objeto y los límites de las contramedidas. A los efectos del presente proyecto el texto de los párrafos 1 y 2 ha de modificarse a fin de abarcar las contramedidas que un Estado o una organización internacional lesionados pueden adoptar contra una organización internacional responsable. No es necesario cambiar nada en el párrafo 3. Parece útil agregar dos nuevos párrafos a ese artículo inicial a fin de destacar la función de las normas de la organización para limitar o excluir las contramedidas en las relaciones entre una organización internacional y sus miembros. Uno de los párrafos se referiría a las normas de la organización responsable y el otro a las normas de la organización que invocara la responsabilidad.

48. Se sugiere el texto siguiente:

«*Proyecto de artículo 52. Objeto y límites de las contramedidas*

1. El Estado o la organización internacional sólo podrán tomar contramedidas contra una organización internacional responsable de un hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducir a esa organización a cumplir las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte.

2. Las contramedidas se limitarán al incumplimiento temporario de obligaciones internacionales que el Estado o la organización internacional que toma tales medidas tenga con la organización internacional responsable.

3. En lo posible, las contramedidas se tomarán en forma que permita la reanudación del cumplimiento de esas obligaciones.

4. En los casos en que una organización internacional sea responsable de un hecho internacionalmente ilícito, un miembro de esa organización lesionado podrá adoptar contramedidas respecto de la organización solamente si ello es compatible con las normas de esa organización.

5. En los casos en que una organización internacional responsable de un hecho internacionalmente ilícito sea miembro de la organización internacional lesionada esta organización podrá adoptar contramedidas con respecto a su miembro solamente si ello es compatible con las normas de la organización lesionada.»

49. Las contramedidas adoptadas en contra de una organización internacional implican por definición el incumplimiento por el Estado lesionado o la organización internacional lesionada de una de sus obligaciones, es decir, una conducta que, salvo por la violación anterior, lesionaría a la organización responsable. En el caso de que el Estado lesionado o la organización internacional lesionada no tuvieran obligación de adoptar una conducta determinada, esa conducta en sí misma sería lícita y, por lo tanto, no podría considerarse como una contramedida.

50. El artículo 50 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado[60] contiene una lista de obligaciones que un Estado no podrá violar lícitamente al adoptar contramedidas respecto de otro Estado. Se trata de medidas que deben respetarse por su importancia incluso en los casos en que un Estado ha resultado anteriormente lesionado por una violación. La importancia de las obligaciones en cuestión no cambia según el sujeto al que se deban; la mayoría de ellas puede caracterizarse en todo caso como obligaciones

[55] Véanse las intervenciones de Dinamarca, en nombre de los cinco países nórdicos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 101; Japón, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 100; Países Bajos, 20.ª sesión (A/C.6/62/SR.20), párr. 40 y Bélgica, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 91.

[56] Así lo declaró la Federación de Rusia, ibíd., 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 71. Asimismo, Suiza, ibíd., párr. 86, se refirió al «mandato» de la organización y al «fin» con el que se hubiera creado la organización. Se pueden asemejar estas observaciones a la sugerencia de Malasia, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 75, de que la CDI considerara si se debían imponer limitaciones adicionales habida cuenta del carácter y la capacidad jurídica de las organizaciones internacionales.

[57] Véase la intervención de la Argentina, ibíd., 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 64.

[58] Observación de Italia, ibíd., 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 41.

[59] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 30.

[60] Ibíd., pág. 30.

respecto de la comunidad internacional en su conjunto. Por ello la lista es claramente pertinente además cuando un Estado lesionado se propone adoptar contramedidas respecto de una organización internacional.

51. Dada la importancia de las obligaciones que figuran en la lista, parecerían ser aplicables restricciones semejantes también a las organizaciones internacionales lesionadas, aunque algunas de las obligaciones mencionadas en la lista sean escasamente pertinentes respecto de la mayoría de las organizaciones. Esto es particularmente el caso de la obligación relativa a la «inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares» (art. 50, párr. 2, apdo. *b*). Sin duda las organizaciones internaciones tienen un interés más importante y paralelo que también debería tomarse en cuenta en el presente contexto. En el comentario relativo al artículo 50 se explica que esa restricción procura proteger a los agentes diplomáticos y consulares del riesgo de ser objeto de contramedidas a las que podrían estar expuestos en otro caso[61]. Existe un riesgo semejante para los agentes de las organizaciones internacionales, lo que también puede decirse de los locales, archivos y documentos de las organizaciones internacionales. Esos términos y el término «agente» son suficientemente amplios para incluir a toda misión que una organización internacional pueda enviar, de manera permanente o temporal, a otra organización o a otro Estado. Por lo tanto parece razonable modificar la restricción del párrafo 2, apdo. *b*, y referirse a la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos de la organización internacional responsable.

52. Es necesario adaptar la redacción del párrafo 2 del artículo 50 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. El texto que incluye el cambio propuesto en el párrafo anterior podría ser el siguiente:

«Proyecto de artículo 53. Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas

1. Las contramedidas no afectarán:

a) la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas;

b) las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales;

c) las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias;

d) otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general.

2. El Estado o la organización internacional que tome contramedidas no quedará exenta del cumplimiento de las obligaciones que le incumban:

a) en virtud de cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable entre el Estado o la organización internacional lesionada y la organización internacional responsable;

b) de respetar la inviolabilidad de los agentes de la organización internacional responsable y de los locales, archivos y documentos de esa organización.»

53. Al examinar las condiciones y modalidades de las contramedidas que un Estado lesionado se proponga tomar contra un Estado responsable, en los artículos 51 a 53 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado[62] se han incorporado ciertos principios de carácter general. El artículo 51 impone el requisito de la proporcionalidad; el artículo 52 se refiere a las condiciones procesales para recurrir a las contramedidas; de manera algo evidente en el artículo 53 se considera la terminación de las contramedidas. Los principios incorporados en esos artículos parecen ser igualmente pertinentes cuando un Estado o una organización internacional lesionados adoptan contramedidas respecto de una organización internacional responsable. Además, un régimen uniforme de las cuestiones previstas en esos artículos, ya sea que se tomen en contra de un Estado responsable o de una organización internacional responsable, tendría ventaja práctica. De esta manera, los elementos tal vez innovadores que el artículo 52 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado introduce con respecto a las condiciones procesales para recurrir las contramedidas deberían ampliarse también a las contramedidas que se adopten contra una organización internacional.

54. La CIJ reafirmó el requisito de la proporcionalidad en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. La Corte estaba considerando una medida adoptada por un Estado contra otro, pero hizo una evaluación más general de la proporcionalidad indicando que una consideración importante es que el efecto de una contramedida debe ser conmensurado con el daño sufrido, tomando en cuenta los derechos en cuestión[63]. El requisito de la proporcionalidad puede revestir particular importancia cuando adopta contramedidas una organización internacional dada la participación posible de todos sus miembros. Como observó Bélgica, la transposición de ese requisito a las organizaciones internacionales impediría que la adopción de contramedidas por una organización internacional ejerciera un efecto excesivamente destructivo[64].

55. El artículo 51 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado puede reproducirse sin cambios. Los artículos 52 y 53 necesitan cierto grado de adaptación. Se proponen los textos siguientes:

«Proyecto de artículo 54. Proporcionalidad

Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión.

[61] Ibíd., pág. 143, párr. 15.

[62] Ibíd., pág. 30.

[63] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría/Eslovaquia), fallo, *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 56, párr. 85; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 1.

[64] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 92.

Proyecto de artículo 55. Condiciones del recurso a las contramedidas

1. Antes de tomar contramedidas el Estado o la organización internacional lesionados:

a) requerirá a la organización internacional responsable, de conformidad con el artículo 47, que cumpla las obligaciones que le incumben en virtud de la segunda parte;

b) notificará a la organización internacional responsable cualquier decisión de tomar contramedidas y ofrecerá negociar con esa organización.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado *b* del párrafo 1, el Estado o la organización internacional lesionados podrán tomar las contramedidas urgentes que sean necesarias para preservar sus derechos.

3. No podrán tomarse contramedidas, y, en caso de haberse tomado, deberán suspenderse sin retraso injustificado, si:

a) el hecho internacionalmente ilícito ha cesado, y

b) la controversia ha sido sometida a una corte o un tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes.

4. No se aplicará el párrafo 3 si la organización internacional responsable no aplica de buena fe los procedimientos de solución de controversias.

Proyecto de artículo 56. Terminación de las contramedidas

Se pondrá fin a las contramedidas tan pronto como la organización internacional responsable haya cumplido sus obligaciones en relación con el hecho internacionalmente ilícito de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte.»

56. Surgen dos cuestiones diferentes con respecto a las medidas que podrán adoptar contra una organización internacional responsable un Estado o una organización internacional que no hayan resultado lesionados en los términos del artículo 46. La primera cuestión que se examinará es paralela a la cuestión considerada en el artículo 54 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado[65]. Esta disposición indica que el capítulo relativo a las contramedidas no prejuzga acerca del derecho que un Estado pueda tener para adoptar «medidas lícitas» cuando tenga derecho a invocar la responsabilidad internacional aunque no sea un Estado lesionado. Esta disposición se refiere a la categoría de Estados mencionada en el artículo 51 del presente proyecto.

57. Por cuanto el artículo 54 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado es una disposición que no prejuzga claramente, se excedería del objeto del presente estudio si se intentara ir más allá al conocer las medidas que podría adoptar contra una organización internacional responsable un Estado que, aunque no hubiera resultado lesionado, tuviera derecho a invocar la responsabilidad internacional. La única opción a este respecto consiste en reiterar lo que se dijo en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado. No obstante, se puede señalar que, en la medida en que esas medidas sean en sí mismas lícitas, no habría necesidad alguna de disponer que no se ha afectado el derecho a adoptar esas medidas.

58. El artículo 51 del proyecto actual prevé la posibilidad de que en ciertas condiciones también una organización internacional, aunque no haya resultado lesionada en los términos del artículo 46, pueda invocar la responsabilidad de otra organización internacional. En la práctica hay varios ejemplos de medidas tomadas contra un Estado responsable por una organización internacional que no ha resultado lesionada. Esta práctica se origina principalmente en la UE. Por ejemplo, después de la declaración anteriormente mencionada (párr. 33) respecto de «violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos en Birmania», el Consejo de la UE prohibió el «suministro a Birmania/Myanmar de equipamiento que pueda usarse para la represión interna o el terrorismo»[66]. En algunos casos las medidas adoptadas por la UE no se ajustaban a sus obligaciones respecto del Estado responsable y se consideraron justificadas como consecuencia de una violación anterior de una obligación internacional por ese Estado[67].

59. Sería difícil dar un ejemplo de medidas adoptadas por una organización internacional contra otra organización internacional en circunstancias semejantes. Esto no implica necesariamente que la disposición «que no prejuzga» no debe incluir una referencia a las medidas adoptadas por las organizaciones internacionales que no hayan resultado «lesionadas» en los términos del artículo 46 del proyecto actual. La posibilidad de que una organización internacional adopte contramedidas respecto de otra organización internacional no se puede excluir. Además, la UE afirmó recientemente el derecho de una organización internacional a adoptar contramedidas contra otra organización internacional en situaciones en que la primera tenga la función estatutaria de proteger los intereses básicos de la obligación violada por la segunda. La UE definió esta obligación como una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto[68]. De esta manera no se puede considerar totalmente remota la posibilidad de que una organización internacional que no haya sido lesionada por la violación de una obligación de ese tipo adopte medidas en contra de otra organización internacional que se considere responsable de la violación. Esto confirma que sería preferible incluir a las organizaciones internacionales entre las entidades cuyo derecho de

[65] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 30.

[66] Véase la nota 40 *supra*.

[67] Este fue, por ejemplo, el caso de parte del Reglamento (CEE) n.º 877/82 del Consejo, de 16 de abril de 1982, que suspende la importación de todos los productos originarios de la Argentina, *Journal officiel des Communautés européennes*, n.º L 102, 16 de abril de 1982, pág. 1. La posición de que las organizaciones internacionales pueden adoptar contramedidas también cuando no resulten «lesionadas» en respuesta a la violación de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto fue defendida por Ehlermann, *loc. cit.*, págs. 104 y 105; Pierre Klein, *op. cit.*, pág. 401, y Rey Aneiros, *op. cit.*, pág. 166.

[68] Documento A/CN.4/593 y Add.1, secc. F.2 (reproducido en el presente volumen).

adoptar «medidas lícitas» no se considera menoscabada por el capítulo relativo a las contramedidas.

60. La segunda cuestión que se ha de examinar en el presente contexto tiene un carácter diferente. Se refiere a la situación de los miembros de una organización internacional que han transferido a esa organización competencia respecto de ciertos asuntos y que, como resultado, pueden hallar que no tienen capacidad para adoptar contramedidas efectivas. El Tribunal de Justicia Europeo describió esta situación con respecto a las represalias dentro del sistema de la OMC de la manera siguiente:

> [S]i no existiera una cooperación estrecha, en caso de que un Estado miembro, en la esfera de sus competencias, hubiera sido debidamente autorizado a adoptar medidas de retorsión, pero considerara que éstas serían ineficaces si se adoptaran en los ámbitos cubiertos por el AGCS [Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios] o el ADPIC [Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio], no dispondría según el derecho comunitario de la facultad de adoptar medidas de retorsión en el ámbito del comercio de mercancías, puesto que, en cualquier caso, esta materia es competencia exclusiva de la Comunidad en virtud del artículo 113 [actual 133] del Tratado. A la inversa, a falta de tal cooperación estrecha, si la Comunidad obtuviera el derecho de retorsión en el ámbito de las mercancías, pero se considerara incapaz de ejercerlo, se hallaría jurídicamente ante la imposibilidad de adoptar medidas de retorsión en los ámbitos cubiertos por el AGCS y el ADPIC que son competencia de los Estados[69].

Por cuanto la CE y sus Estados miembros adquirieron, de conformidad con los acuerdos de la OMC, derechos y obligaciones por separado que reflejan sus respectivas esferas de competencia con arreglo al derecho comunitario, la situación prevista por el Tribunal de Justicia Europeo ha pasado a ser realidad. Ocurre también en la situación inversa de un Estado parte en los acuerdos de la OMC que se propone adoptar contramedidas por una violación cometida por la CE o por uno o más de sus Estados miembros. Surgió el tema, aunque no se examinó, en el asunto *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, cuando el Ecuador fue autorizado para suspender ciertas obligaciones respecto de los Estados miembros por una violación cometida por la CE[70].

61. Puede surgir una cuestión semejante cuando un Estado o una organización internacional no lesionados, pero con derecho a invocar responsabilidad, se propongan adoptar medidas contra la organización internacional responsable. No obstante, atendido el hecho de que el derecho a adoptar medidas en esas circunstancias está previsto en una disposición «que no prejuzga», no es necesario indagar si los Estados o las organizaciones internacionales estarían en situación de pedir a una organización internacional de la que fueran miembros que adoptara medidas contra la organización responsable o si una organización internacional podría pedir en ese caso a sus miembros que adoptaran medidas.

62. La posibilidad de que una organización internacional adopte contramedidas en representación de sus miembros que hayan resultado lesionados se ha examinado principalmente con respecto a organizaciones con fuerte grado de interacción económica entre sus miembros, en particular, con respecto a la UE[71]. Cuando la creación de una organización de ese tipo implica la transferencia de una competencia exclusiva a la organización respecto de cuestiones económicas, sus miembros estarían en situación de no poder recurrir a contramedidas, o al menos, contramedidas efectivas cuando resultaran lesionados. Es difícil presumir que, al transferir a una organización una competencia exclusiva respecto de asuntos económicos, los Estados se propusieran renunciar a toda posibilidad de recurrir a contramedidas relativas a esas materias. Esto implicaría que un miembro lesionado podría adoptar medidas por intermedio de la organización al pedir a la organización que adopte medidas en su nombre. La organización accedería entonces a esa solicitud o se negaría a actuar de conformidad con sus propias normas. Con respecto a las medidas que una organización puede adoptar en esas circunstancias, el requisito de proporcionalidad, enunciado en el artículo 54, tendría importancia fundamental.

63. Para definir qué organizaciones internacionales tendrían derecho a adoptar contramedidas en representación de sus miembros, puede remitirse al concepto de organización de integración económica regional. Se utilizó este concepto en el artículo 13 del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono[72] y en algunos tratados posteriores. Si la idea de remitirse a las organizaciones de integración económica regional es aceptable, tendría que incluirse una definición en el artículo 2, que se refiere al uso de términos.

64. Si bien hay razones que justifiquen que se permita a un miembro lesionado de una organización internacional adoptar contramedidas por conducto de la organización, parece haber escasa justificación para admitir la posibilidad de que una organización pueda adoptar contramedidas ajenas a su esfera de competencia por conducto de sus miembros.

65. También en la situación inversa sería difícil admitir que un Estado lesionado pudiera adoptar medidas contra una organización internacional cuando la responsabilidad correspondiera, no a la organización sino a uno de sus miembros. Si se considerara que el Estado lesionado puede dirigirse a la organización en circunstancias en que sólo uno de sus miembros es responsable, el Estado que adopte contramedidas, como resultado de su libre elección, puede afectar a una organización internacional que no ha cometido una violación. Son aplicables consideraciones semejantes en el caso de un Estado lesionado que se proponga dirigirse a un miembro de una organización internacional cuando sólo esa organización es responsable.

---

[69] Dictamen 1/94, *Recopilación de Jurisprudencia 1994*, pág. I-5267, en el párr. 109.

[70] Véase el párrafo 30 *supra*. Heliskoski, *op. cit.*, págs. 220 y 221, analizó este caso en relación con el aspecto que se examina.

[71] Pierre Klein, *op. cit.*, págs. 400 y 401, consideró que, atendido el grado de integración de una organización internacional, la transferencia de poderes justificaría que la organización adoptara contramedidas cuando hubiera resultado lesionado un Estado miembro. Véanse opiniones semejantes en Ehlermann, *op. cit.*, pág. 106, y Meng, «Internationale Organisationen im völkerrechtlichen Deliktsrecht», págs. 350 a 354. Según Verhoeven, «Communautés européennes…», págs. 88 a 90, una organización internacional no tendría derecho entonces a adoptar medidas pero podría *aplicarlas*.

[72] El párrafo 6 del artículo 1 contiene la definición siguiente: «Por 'organización de integración económica regional' se entiende una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada que tenga competencia respecto de asuntos regidos por el Convenio o por sus protocolos y que haya sido debidamente autorizada, según sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar, aprobar o adherirse al respectivo instrumento».

66. Las dos cuestiones consideradas pueden tratarse en dos párrafos distintos de la manera siguiente:

«***Proyecto de artículo 57. Medidas adoptadas por entidades distintas de un Estado lesionado o una organización internacional lesionada***

1. Este capítulo no prejuzga acerca del derecho de cualquier Estado u organización internacional, facultado con arreglo al párrafo 1 del artículo 51 para invocar la responsabilidad de una organización internacional, a tomar medidas lícitas contra esa organización internacional a fin de asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés de la parte lesionada o de los beneficiarios de la obligación violada.

2. En los casos en que un Estado lesionado o una organización internacional lesionada hayan transferido competencia respecto de ciertas materias a una organización de integración económica regional de la cual sea miembro, la organización, cuando se lo solicite el miembro lesionado, podrá tomar en su representación las contramedidas relativas a esas materias contra una organización internacional responsable.»

RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/593 y Add.1

Comentarios y observaciones recibidos de las organizaciones internacionales

[Original: francés/inglés]
[31 de marzo y 28 de abril de 2008]

ÍNDICE

Página

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento 34

Párrafos

INTRODUCCIÓN 1-2 34

COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES 34

A. Observaciones generales 34

1. Comisión Europea 34

2. OMI 34

B. Contenido de la responsabilidad de una organización internacional: principios generales 34

1. Comisión Europea 34

2. Organización para la Prohibición de las Armas Químicas 35

3. OMS 35

C. Reparación de los daños: consideraciones generales 35

1. Comisión Europea 35

2. Organización para la Prohibición de las Armas Químicas 36

3. OMS 36

D. Proyecto de artículo 43. Medidas para asegurar el cumplimiento efectivo de la obligación de reparación 36

1. Comisión Europea 36

2. OMI 36

3. OIM 37

4. Organización para la Prohibición de las Armas Químicas 37

5. OMS 37

6. OMC 37

E. Violaciones graves de las obligaciones derivadas de normas imperativas de derecho internacional general 37

Comisión Europea 37

F. Cuestiones concretas planteadas en el capítulo III.D del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones 38

1. Invocación de la responsabilidad de una organización internacional en el caso de una violación cometida por otra organización de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto 38

a) Comisión Europea 38

b) OIM 38

c) Organización para la Prohibición de las Armas Químicas 38

d) OMS 38

e) OMC 38

2. Recurso a las contramedidas de una organización internacional 39

a) Comisión Europea 39

b) OIM 39

c) Organización para la prohibición de las armas químicas 39

d) OMS 39

e) OMC 40

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	Fuente
Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados (Nueva York, 21 de noviembre de 1947)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 33, n.º 521, pág. 261.
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.
Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Marrakech, 15 de abril de 1994)	Ibíd., vols. 1867 a 1869, n.º 31874, pág. 3.

Introducción

1. En su 55.º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión de Derecho Internacional pidió a la Secretaría que distribuyera anualmente a las organizaciones internacionales las partes de su informe pertinentes al tema «Responsabilidad de las organizaciones internacionales» para que formularan observaciones[1]. En cumplimiento de esa solicitud se invitó a algunas organizaciones internacionales a que presentaran sus comentarios respecto de la parte pertinente de los informes de la Comisión correspondientes a 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007[2]. Más recientemente la Comisión recabó comentarios sobre el capítulo VIII de su informe correspondiente a 2007[3] y sobre las cuestiones que revestían particular interés indicadas en los párrafos 29 y 30 de ese informe[4].

2. Al 15 de abril de 2008 se habían recibido comentarios por escrito de las seis organizaciones internacionales siguientes (las fechas de presentación figuran entre paréntesis): Comisión Europea (18 de febrero 2008); OIM (15 de abril de 2008); OMC (18 de febrero de 2008); OMI (14 de diciembre de 2007); OMS (28 de marzo de 2008), y Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (11 de enero de 2008). A continuación se reproducen los comentarios, reagrupados por temas, siguiendo el orden alfabético inglés.

[1] *Anuario… 2003*, vol. II (segunda parte), pág. 20, párr. 52.

[2] Los comentarios recibidos por escrito de las organizaciones internacionales antes del 1.º de mayo de 2007 figuran en *Anuario… 2004*, vol. II (primera parte), pág. 19, documento A/CN.4/545; *Anuario… 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/556; *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/568 y Add.1, y *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/582.

[3] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte). El texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobados provisionalmente hasta ese momento por la Comisión figura en ibíd., párr. 343. El texto de los proyectos de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 59.º período de sesiones figuran en ibíd., párr. 344.

[4] Ibíd. El texto de los párrafos 29 y 30 del informe correspondiente a 2007 es el siguiente:

«29. La Comisión agradecería que los gobiernos y las organizaciones internacionales hicieran comentarios y observaciones sobre los proyectos de artículos 31 a 45, en particular sobre el proyecto de artículo 43, relativo a la obligación de los miembros de una organización internacional responsable de adoptar, de conformidad con las reglas de la organización, todas las medidas apropiadas para proporcionar a la organización los medios para cumplir efectivamente su obligación de reparar.

30. La Comisión también agradecería recibir las opiniones de los gobiernos y las organizaciones internacionales acerca de las dos cuestiones siguientes, que se examinarán en el próximo informe:

a) El artículo 48 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos dispone que, en caso de la violación por un Estado de una obligación que existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto, los Estados pueden reclamar al Estado responsable la cesación del hecho internacionalmente ilícito y el cumplimiento de la obligación de reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada. Si la violación de una obligación que existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto fuera cometida por una organización internacional, ¿podrían las demás organizaciones o algunas de ellas formular una reclamación análoga?

b) Si una organización internacional lesionada pretende recurrir a contramedidas, ¿encontraría otras limitaciones además de las enumeradas en los artículos 49 a 53 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos?».

Comentarios y observaciones recibidos de las organizaciones internacionales

A. Observaciones generales

1. Comisión Europea

Al igual que en años anteriores la Comisión Europea expresa algunas preocupaciones en cuanto a la conveniencia de subsumir todas las organizaciones internacionales en los términos de este proyecto, atendido el muy diverso carácter de las organizaciones internacionales, de lo cual la propia CE constituye un ejemplo.

2. OMI

En general no resulta clara la forma en que los proyectos de disposición serían aplicables a las actividades realizadas por esta organización (preparación de tratados y cooperación técnica). A falta de situaciones hipotéticas que indicaran la aplicación de las disposiciones, resulta difícil ofrecer más comentarios concretos acerca de las consecuencias que tiene para la OMI en tanto organización internacional.

B. Contenido de la responsabilidad de una organización internacional: principios generales

1. Comisión Europea

1. La Comisión Europea apoya plenamente los principios generales relativos al contenido de la responsabilidad internacional. Al igual que a los Estados, incumbe a las organizaciones internacionales la obligación de poner fin al hecho ilícito y de ofrecer seguridades apropiadas de

que no se repetirá, así como de reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. En particular, la práctica de solución de controversias de la CE demuestra el reconocimiento de la responsabilidad internacional por incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

2. Por ejemplo, la CE responde en forma rutinaria a las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC con el fin de ajustar las medidas de la Comunidad a las obligaciones que derivan para ella de los acuerdos cubiertos en cumplimiento de las normas consagradas en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias[1]. Como corolario, la CE pide a sus asociados en la OMC que dejen de aplicar medidas de represalia en su contra una vez que se ajuste la legislación interna a las exigencias de la OMC. A solicitud de la CE un grupo de la OMC presentó recientemente dos informes en que se aclaraban las normas pertinentes vinculantes para todos los miembros de la OMC a este respecto en los casos de continuación de la suspensión[2].

3. Además, el consentimiento de la CE respecto del artículo 6 del anexo IX de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, acerca de la «Responsabilidad» demuestra la aceptación del principio de la reparación íntegra. No obstante, hasta ahora no se ha dado cuenta de jurisprudencia respecto de la interpretación de esa disposición. Actualmente una solicitud de Chile contra la CE en el caso *Conservation et exploitation durable des stocks d'espadon (Chili-Communauté Européenne)*[3] se encuentra suspendida hasta el 31 de diciembre de 2008[4].

2. Organización para la Prohibición de las Armas Químicas

1. Los artículos 31 a 45 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales se refieren a las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional.

2. El texto del proyecto de artículos acepta el argumento de que la organización internacional que comete un hecho internacionalmente ilícito tendría tres obligaciones principales: en primer lugar, la obligación de cumplir la obligación violada no ha sido afectada; en segundo lugar, la organización internacional debe poner fin a la comisión del acto ilícito, y en tercer lugar, debe dar seguridad y garantías de que no se repetirá ese hecho.

3. En lo que respecta a los proyectos de artículos 33, apdo. *b*, y 40, con el fin de dar seguridades y garantías apropiadas de que no se repetirá el hecho, podría exigirse a la organización que diera pruebas convincentes, en su caso, de su compromiso de velar por que el hecho internacionalmente ilícito no vuelva a suceder. Se puede hacer referencia en este punto al caso *LaGrand*[1], en que la CIJ declaró, en el contexto de la falta de cumplimiento por un Estado de sus obligaciones consulares, que «no basta con una excusa»[2]. La CIJ consideró que si un Estado, en las actuaciones ante la Corte, se refiere reiteradamente a actividades sustantivas que esté realizando a fin de dar cumplimiento a ciertas obligaciones derivadas de un tratado, se entiende que esto expresa un compromiso de llevar a buen fin los esfuerzos a ese respecto[3]. Esta consideración debe ser pertinente en el presente contexto en cuanto a las seguridades y garantías de que no se repetirá el hecho tanto de parte de organizaciones internacionales como de Estados.

3. OMS

1. En lo que respecta al párrafo 2 del proyecto de artículo 35, se señala que las normas de la organización podrían afectar al contenido de la responsabilidad de una organización internacional respecto de sus Estados y organizaciones miembros. La OMS concuerda con esa declaración; sin embargo, además de la aplicación de las normas de la organización, la OMS cree que hay un principio más general que excluye por la vía de la preclusión (*estoppel*) a los miembros de la organización que han votado en favor de una decisión que autoriza o pide a la organización que realice ciertas actividades de reclamar sobre la base de las actividades de la organización en respuesta a esa solicitud por constituir un incumplimiento de las obligaciones internacionales de la organización.

2. En el párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 36 se señala que un ejemplo de una responsabilidad de una organización internacional respecto de las entidades que no son Estados y de otras organizaciones es el del incumplimiento de normas de derecho internacional relativas al empleo. La OMS entiende que esa declaración está poco definida y es excesivamente amplia. Como ya lo observó la OMS en su contribución anterior, así como lo han hecho otras organizaciones, la OMS no puede compartir la opinión de que las normas que rigen el empleo de los funcionarios de una organización son normas de derecho internacional. Esa observación no cuenta con apoyo en la práctica y no se ajusta al carácter interno de esas normas dentro del ordenamiento jurídico de la organización como tal.

C. Reparación de los daños: consideraciones generales

1. Comisión Europea

1. Al debatir el proyecto de artículo 34, sobre la reparación, el Relator Especial señala que el principio fundamental de la reparación íntegra, tal como se expresó en el fallo *Usine de Chorzów*[1] de la CPJI, debía aplicarse

[1] Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, anexo 2.

[2] Informes del Grupo Especial de 31 de marzo de 2008, *Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – hormonas*, WT/DS 320R; *Canadá – Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – hormonas*, WT/DS 321R.

[3] *TIDM Recueil 2000*, pág. 148.

[4] Ibíd., *2005-2007*, ordenanza de 30 de noviembre de 2007, pág. 128.

[1] Caso *LaGrand*, fallo, *C.I.J. Recueil 2001*, pág. 466. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 200.

[2] Ibíd., pág. 512, párr. 123.

[3] Ibíd., págs. 512 y 513, párr. 124.

[1] *Usine de Chorzów,* fondo, fallo n.º 13, *1928, C.P.J.I. série A n.º 17*, pág. 47.

igualmente a las organizaciones internacionales. El Relator Especial sostiene que «[s]ería absurdo eximir a las organizaciones internacionales de tener que hacer frente a la reparación por sus hechos internacionalmente ilícitos» ya que «[e]llo equivaldría a decir que las organizaciones internacionales tienen derecho a hacer caso omiso de las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional» (*Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/583, párr. 22).

2. Si bien el resultado es desde luego obvio, cabe preguntarse acerca de la argumentación básica. Al parecer la obligación de indemnizar surge también para una organización internacional en primer lugar como consecuencia de su incumplimiento de obligaciones por cuanto se les permitió participar en las relaciones internacionales en tanto sujetos de derecho internacional. Es decir, la obligación de indemnizar por los hechos ilícitos corresponde a la capacidad de actuar con arreglo al derecho internacional: quien no tiene facultades carece de responsabilidad. Desde este punto de vista sería en realidad absurdo que una categoría de agentes (los Estados) enfrentaran consecuencias jurídicas más graves por los hechos internacionalmente ilícitos que otra categoría de agentes (las organizaciones internacionales). En consecuencia, la justificación de la obligación de reparar corresponde al carácter y la función del derecho internacional en tanto sistema jurídico encaminado a regular la conducta de sus sujetos de manera no discriminatoria.

2. Organización para la Prohibición de las Armas Químicas

1. Los artículos 34 a 40 se refieren a la indemnización de los daños. Como se prevé en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[1], el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales también dispone tres formas de indemnización de un acto internacionalmente ilícito: restitución, indemnización y satisfacción.

2. El texto del proyecto de artículos apoya el argumento de que la responsabilidad primordial de la organización internacional que comete la violación en cuestión consiste en restablecer la situación anterior a la violación. Sin embargo, cuando la restitución es materialmente imposible o fuera de proporción, la organización puede pagar indemnización, ya sea moral o material. El párrafo 1 del proyecto de artículo 40 dispone que la organización internacional responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligada a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho «en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización». Al parecer hay un orden de prioridad entre las tres formas de reparación previstas en el proyecto de artículo, a saber, restitución, indemnización y satisfacción. En consecuencia, cuando no es posible la restitución la organización que ha cometido la violación indemnizará, y si no es posible indemnizar, la consecuencia jurídica de la violación será la satisfacción.

[1] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76.

3. OMS

En el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 34 se indica que las organizaciones internacionales a veces pagan indemnizaciones *ex gratia* como resultado de la renuencia a admitir su propia responsabilidad internacional como base de las reparaciones. Si bien esa observación puede ser correcta en general, cabe señalar que la OMS ha otorgado indemnizaciones con carácter *ex gratia* en circunstancias en que no había un fundamento jurídico para pagar indemnización de acuerdo con las normas aplicables de la organización pero se consideró que correspondía pagar indemnización por razones humanitarias o equitativas. De esta manera, esos pagos no son una forma de llegar a una solución para evitar el reconocimiento de responsabilidad, sino como pagos voluntarios que no se relacionan con la responsabilidad de la organización. Los ejemplos que existen a este respecto son pagos por lesiones o por fallecimientos de voluntarios que participan en campañas de vacunas contra la poliomielitis coordinadas por la OMS. En esos casos no había una obligación contractual de que la OMS pagara indemnización por las lesiones y se hicieron pagos por razones de carácter humanitario.

D. Proyecto de artículo 43. Medidas para asegurar el cumplimiento efectivo de la obligación de reparación

El proyecto de artículo 43, en la forma en que lo aprobó provisionalmente la Comisión en su 59.º período de sesiones, es el siguiente:

Artículo 43. Medidas para asegurar el cumplimiento efectivo de la obligación de reparación

Los miembros de la organización internacional responsable tienen que adoptar, de conformidad con las reglas de la organización, todas las medidas apropiadas para proporcionar a la organización los medios para cumplir efectivamente las obligaciones que le incumben en virtud del presente capítulo.

1. Comisión Europea

Si bien el principio es aceptable y la redacción parece satisfactoria, surge la cuestión de si el nuevo proyecto de artículo está correctamente situado. Actualmente, como proyecto de artículo 43, figura al final del capítulo II sobre la reparación de los daños. En ese capítulo se examinan principalmente formas de reparación, intereses y circunstancias atenuantes. Sin embargo, la obligación adicional de los Estados miembros puede también considerarse como un principio general que corresponde al capítulo I. Si se toma en cuenta esa opinión, correspondería insertar más apropiadamente el texto del proyecto de artículo 43 como nuevo párrafo 3 del proyecto de artículo 34. En consecuencia, se justificaría una ligera modificación de la redacción: la referencia al «presente capítulo» sobre el proyecto de artículo 43 tendría que eliminarse si la disposición se cambiara al capítulo I.

2. OMI

Los artículos propuestos ampliarían los términos del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos [*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76] al proyecto de

responsabilidad de las organizaciones internacionales. La disposición fundamental respecto de la cual se piden comentarios (el proyecto de artículo 43) se refiere a «medidas para asegurar el cumplimiento efectivo de la obligación de reparación». La OMI entiende que ese artículo sería efectivo en un caso en que la organización internacional en cuestión hubiera violado una organización internacional (es decir cuando un hecho de un órgano o agentes de la organización «no está en conformidad con lo que de ella exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación»). Como cuestiones límite la OMI desea aclarar: *a*) qué procedimiento se utilizaría para determinar que hubiera tenido lugar una violación de una obligación; *b*) la forma en que se determinaría el monto o la forma de reparación, y *c*) qué relación tendría esa situación con la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados (que se menciona en el párrafo 1 del comentario al artículo 39 en el contexto de las actividades en el Congo en el decenio de 1960, pero no de forma explicativa en relación con el proyecto de artículos).

3. OIM

Sin duda, la inclusión del artículo 43 se justifica en el proyecto; en cambio, merece examinarse exactamente dónde. En aras de la concisión del proyecto de artículos, lo más lógico sería añadirlo como un segundo o tercer párrafo al artículo 34.

4. Organización para la Prohibición de las Armas Químicas

Con respecto al proyecto de artículo 43, si bien es conveniente, en opinión de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas la inclusión en el proyecto de artículos de una obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas apropiadas para dar a la organización los medios de cumplir efectivamente sus obligaciones constituiría un desarrollo progresivo del derecho internacional. En ese caso sería útil considerar en qué consistirían esas medidas apropiadas, especialmente si no se hace referencia a ellas en los documentos constitutivos de la organización. Esas medidas podrían incluir la facultad de la organización de exigir contribuciones a los Estados miembros cuando se considere necesario, y la referencia expresa de una obligación de parte de los Estados miembros de cooperar financieramente para permitir que la obligación repare en forma apropiada los hechos ilícitos por ella cometidos.

5. OMS

La OMS apoya la inclusión del proyecto de artículo 43 con el texto aprobado por el Comité de Redacción. Si bien los miembros de una organización internacional no tienen en principio responsabilidad residual por los hechos de esa organización, en la práctica las organizaciones internacionales pueden hallarse sin los recursos financieros necesarios para pagar reparación en caso de una violación de sus obligaciones internacionales. Esa situación depende en gran medida del modo de financiación de las organizaciones internacionales, mediante cuotas prorrateadas entre los miembros, así como mediante contribuciones voluntarias en general destinadas a gastos especiales. Por consiguiente, resulta ciertamente útil un artículo de carácter expositivo que recuerde a los miembros su compromiso de permitir que la organización cumpla sus obligaciones internacionales.

6. OMC

1. Con respecto al proyecto de artículo 43, relativo a una obligación de miembros de una organización internacional responsable de tomar, con arreglo a las normas de esa organización, todas las medidas apropiadas a fin de suministrar a la organización los medios para cumplir efectivamente su obligación de hacer reparación, la OMC tiene algunas observaciones con respecto a los comentarios que figuran en el informe de la Comisión.

2. La OMC tiende a apoyar el texto actual de proyecto y no el propuesto en la nota 441[1]. Esto se refiere principalmente al carácter de la OMC, impulsada por los miembros, con arreglo a lo cual su Director General y la Secretaría tienen facultades limitadas para iniciar cualquier medida de la OMC fuera de las facultades limitadas de aplicación que le delegan los miembros. En opinión de la OMC, una obligación, por ejemplo, de pagar indemnización financiera a un Estado o a otra organización internacional requeriría el consentimiento previo de sus miembros. Una obligación que vinculara directamente a los miembros de la OMC, probablemente, en el caso de un hecho ilícito cometido por la organización, daría mayores garantías de que se tomaran medidas para indemnizar por las consecuencias del hecho ilícito. Si bien la OMC tiene presente el contenido del comentario, en particular los párrafos 6 y 7, se preocupa también que la expresión «de conformidad con las reglas de la organización» que figura en el proyecto de artículo 43 se pudiera invocar para limitar las obligaciones de los miembros si la obligación de reparar las consecuencias de los hechos ilícitos no se prevé expresamente en las normas internas de la organización.

E. Violaciones graves de las obligaciones derivadas de normas imperativas de derecho internacional general

Comisión Europea

1. El Relator Especial sostiene que las organizaciones internacionales deben enfrentar las mismas consecuencias que los Estados cuando su hecho internacionalmente ilícito constituye una violación grave de las obligaciones derivadas de normas imperativas de derecho internacional general. En realidad, por las mismas razones que la Comisión Europea ha enunciado anteriormente, este paralelismo es teóricamente sólido.

2. A este respecto, resulta difícil determinar si el proyecto de artículos debe destacar concretamente la obligación de los Estados miembros de una organización

[1] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), nota 441, que dice: «El texto siguiente fue propuesto, debatido y apoyado por algunos miembros: ‘La organización internacional responsable adoptará todas las medidas apropiadas de conformidad con sus reglas para que sus miembros proporcionen a la organización los medios para cumplir efectivamente las obligaciones que le incumben en virtud del presente capítulo’».

internacional de poner fin a la violación de la organización. Sería difícil formular una norma igualmente aplicable a todos los miembros de una organización internacional, aunque solamente los que participan en una institución pudieran dar remedio apropiado si esa institución hubiera hecho suyo el hecho internacionalmente ilícito. De esta manera, el Relator Especial tiene buenas razones para no tratar de definir en el proyecto de artículos una obligación concreta que pudieran tener los miembros de la organización responsable (*Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/583, párr. 58) y dejar esta cuestión entregada a las normas de la organización.

3. Finalmente, las organizaciones internacionales (al igual que los Estados) tienen una obligación de no reconocer como lícita una situación creada por una violación grave (párrafo 2 del proyecto de artículo 45). A este respecto el Relator Especial menciona correctamente la declaración de la CE y sus Estados miembros formulada en 1991[2]. Cabe señalar que se trata de una declaración conjunta de la organización internacional y de sus miembros (y no sólo de los Estados miembros, como señala erróneamente el Relator Especial (véase *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/583, párr. 64)) con respecto a los hechos particulares del momento. Por consiguiente, también forma parte de la práctica de la CE en tanto organización internacional.

F. Cuestiones concretas planteadas en el capítulo III.D del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones

1. Invocación de la responsabilidad de una organización internacional en el caso de una violación cometida por otra organización de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto

a) *Comisión Europea*

1. En el caso de una violación de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto cometida por una organización internacional, otras organizaciones internacionales deben tener derecho en principio a reclamar que la organización responsable cese de cometer el hecho internacionalmente ilícito y que cumpla la obligación de reparación en interés de los lesionados o del beneficiario de la obligación violada.

2. Véanse también las observaciones respecto de las contramedidas.

b) *OIM*

En principio, el artículo 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 30, párr. 76), podría reproducirse en el proyecto relativo a la responsabilidad de las organizaciones internacionales; no obstante, convendría que la Comisión ilustrara sus observaciones con ejemplos concretos.

c) *Organización para la Prohibición de las Armas Químicas*

1. De conformidad con el artículo 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 30, párr. 76), sólo el Estado «lesionado» puede reclamar la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, así como el cumplimiento de la obligación de reparación. Los Estados que no sean el Estado lesionado, por el contrario, no pueden reclamar la reparación en la forma de restitución o indemnización. En opinión de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas, la situación de las organizaciones internacionales es bastante diferente y su posición es más limitada que la de los Estados. En el caso de las organizaciones internacionales la facultad de invocar la responsabilidad por la violación de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto podría depender del alcance de las actividades de la organización tal como se hayan definido en su documento constitutivo. En consecuencia, toda organización internacional «interesada» puede tener derecho a invocar la responsabilidad y a reclamar la cesación del hecho ilícito en la medida en que afecte su mandato tal como esté enunciado en su documento constitutivo. En cuanto a reclamar reparación, la organización interesada estaría en condiciones de reclamar restitución o indemnización sólo en el caso de que se pudiera considerar «lesionada».

2. Además, la cuestión sólo se refiere a la capacidad de otras organizaciones internacionales de invocar la responsabilidad de una organización internacional. No obstante, no parece haber ninguna razón para que los Estados —a diferencia de otras organizaciones internacionales— no puedan también invocar la responsabilidad de una organización internacional.

d) *OMS*

Es difícil, en primer lugar, imaginar una organización internacional que viole una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto en los términos del artículo 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 30, párr. 76). Si ello ocurriera, sin embargo, que las organizaciones internacionales pudieran o no reclamar la cesación del hecho, la no repetición y el cumplimiento de la obligación, depende de las normas vigentes de las organizaciones en cuestión. A diferencia de los Estados, las organizaciones internacionales son entidades funcionales establecidas por sus miembros para realizar ciertas funciones previstas en sus normas en beneficio del interés común. Que puedan realizar ciertas acciones o no, incluso como respuesta a violaciones de obligaciones internacionales como las previstas en el artículo 48, dependerá de la aplicación de esas normas, lo que desde luego incluye decisiones adoptadas por sus órganos rectores competentes. La OMS observa que otras organizaciones han hecho comentarios semejantes con respecto al proyecto de artículo 45.

e) *OMC*

1. Con respecto a la cuestión planteada en el párrafo 30, apdo. *a*, del informe de la Comisión

[2] *Boletín de las Comunidades Europeas*, vol. 24, n.º 12 (1991), págs. 120 y 121.

correspondiente a 2007 de si a una violación de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto cometida por una organización internacional (véase más arriba) daría a las demás organizaciones o algunas de ellas derecho a reclamar la cesación del hecho internacionalmente ilícito y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada, la OMC formula las breves observaciones que figuran a continuación.

2. Si bien, desde el punto de vista jurídico, no hay una razón concreta en este contexto para no aplicar a las organizaciones internacionales el régimen aplicable a los Estados, a la OMC le preocupan las consecuencias que una norma semejante al artículo 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 30, párr. 76) pudiera tener sobre la realización de sus funciones por las organizaciones internacionales y sobre su supervivencia en caso de violación del derecho internacional en la realización de esas funciones. De hecho se correría el riesgo de múltiples reclamaciones de reparación que podrían afectar la disposición de esas organizaciones internacionales a iniciar nuevas medidas en contextos jurídicamente complejos por riesgo de exponerse a numerosas reclamaciones jurídicas. Además, las reclamaciones múltiples de reparación podrían distraer los recursos de las organizaciones internacionales de su mandato inicial.

3. En general, la OMC considera que, por cuanto habitualmente se crean organizaciones internacionales para lograr objetivos comunes, ya sean las circunstancias en que se consideran responsables o las condiciones en que puedan ser objeto de reclamaciones de reparación o de contramedidas deben ser más limitadas que en el caso de la violación de obligaciones internacionales por los Estados. No obstante, dado el grado actual de generalidad del proyecto de artículos, tal vez no resulte fácil hacerlo.

2. Recurso a las contramedidas de una organización internacional

a) *Comisión Europea*

1. El derecho a adoptar contramedidas en contra de una violación de una obligación internacional debida a la comunidad internacional en su conjunto está estrechamente vinculado a la idea de la aplicación descentralizada del derecho internacional. Por cuanto la comunidad internacional en su conjunto no puede actuar por su propia cuenta a falta de instituciones centralizadas, corresponde a cada miembro de esa comunidad adoptar medidas en contra del infractor en representación de la comunidad y en su interés. La Comisión Europea considera que ese derecho corresponde en principio a todos los miembros de la comunidad internacional, incluidas las organizaciones internacionales en tanto sujetos de derecho internacional. No obstante, al mismo tiempo se encomienda a las organizaciones internacionales en sus estatutos que realicen funciones concretas y protejan ciertos intereses solamente. En los casos en los que las obligaciones violadas se relacionen con asuntos que no correspondan a las facultades y funciones de la organización, no existe ninguna razón vinculante por la cual se les permita adoptar medidas descentralizadas para reclamar el cumplimiento. Por ejemplo, difícilmente es concebible que una organización técnica de transporte pudiera sancionar una alianza militar por una violación de una garantía fundamental del derecho internacional humanitario que se pudiera deber a la comunidad internacional en su conjunto. Por lo tanto, parece conveniente limitar el derecho de una organización internacional a adoptar contramedidas respecto de otra organización internacional a situaciones en que la primera tenga la función estatutaria de proteger el interés que fundamenta la obligación violada por la segunda.

2. Como conclusión, la CE considera que una organización internacional lesionada que se proponga recurrir a la adopción de contramedidas debe tropezar con una restricción adicional de las enumeradas en los artículos 49 a 53 del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 30, párr. 76), a saber, que sólo puede recurrir a las contramedidas cuando tenga la función estatutaria de proteger el interés en que se fundamenta la obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto que fue violada.

b) *OIM*

En lo que respecta a la cuestión de las contramedidas, la posibilidad de que una organización internacional tenga recurso a la adopción de contramedidas debería estar subordinada a la estipulación de ese derecho en el instrumento constitutivo de la organización y otras normativas explícitas aprobadas por su órgano rector. El recurso al concepto de facultades implícitas para justificar la aplicación de contramedidas podría prestarse a abusos, salvo que se trate de contramedidas cuya existencia se reconozca en el derecho internacional consuetudinario y cuya invocación se haga extensiva a las organizaciones internacionales.

c) *Organización para la prohibición de las armas químicas*

No tiene observaciones en este momento.

d) *OMS*

Las organizaciones internacionales en principio estarían sometidas a las mismas limitaciones que los Estados, como se desprende de los artículos 49 a 53 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 30, párr. 76), en cuanto a su recurso a las contramedidas. Tras decir eso en general, ciertas disposiciones parecen en la práctica ser escasamente pertinentes a las organizaciones internacionales, en particular las del artículo 50 sobre las obligaciones que pueden no verse afectadas por la adopción de contramedidas. Las organizaciones internacionales difícilmente parecen estar en condiciones de violar esas obligaciones, atendidos su particular situación, el carácter de su mandato y los mecanismos de supervisión a los que están sometidos.

e) *OMC*

Respecto de la cuestión planteada en el párrafo 30, apdo. *b* del informe de la Comisión correspondiente a 2007 en lo que respecta a las contramedidas (véase más arriba), la OMC observará simplemente que, en algunos casos, la organización internacional misma no estará en condiciones de adoptar contramedidas, sino que simplemente permitirá que sus miembros adopten esas contramedidas. En algunos casos esas contramedidas pueden violar las obligaciones de los miembros con arreglo a las normas de la organización internacional y pueden requerir derogación especial. Incluso cuando se permiten en un tratado determinado las contramedidas pueden violar otras obligaciones internacionales, con lo que existe la posibilidad de generar responsabilidad para la organización que haya autorizado esas contramedidas y los Estados que las hayan aplicado. En general, la OMC considera que no es función de las organizaciones internacionales adoptar contramedidas respecto de otras organizaciones internacionales si esto distrae sus recursos de su mandato inicial.

RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/591

Quinto informe sobre recursos naturales compartidos: acuíferos transfronterizos, del Sr. Chusei Yamada, Relator Especial

[Original: inglés]
[21 de febrero de 2008]

ÍNDICE

			Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe			42
		Párrafos	
INTRODUCCIÓN		1-3	42
Capítulo			
I.	RELACIÓN ENTRE LA LABOR DE LOS ACUÍFEROS TRANSFRONTERIZOS Y LA LABOR SOBRE EL PETRÓLEO Y EL GAS NATURAL	4-6	42
II.	FORMA FINAL DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS	7-9	43
III.	PROYECTO DE ARTÍCULOS REVISADO PARA SU EXAMEN EN SEGUNDA LECTURA	10-41	44
	A. Título	11	44
	B. Artículo 1. Ámbito de aplicación	12-14	44
	C. Artículo 2. Términos empleados	15-19	45
	D. Artículo 3. Soberanía de los Estados del acuífero	20	46
	E. Artículo 4. Utilización equitativa y razonable	21	46
	F. Artículo 5. Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable	22	46
	G. Artículo 6. Obligación de no causar daño sensible a otros Estados del acuífero	23-25	47
	H. Artículo 7. Obligación general de cooperar	26	47
	I. Artículo 8. Intercambio regular de datos e información	27	47
	J. Artículo 9. Protección y preservación de ecosistemas	28	48
	K. Artículo 10. Zonas de recarga y descarga	29	48
	L. Artículo 11. Prevención, reducción y control de la contaminación	30-32	48
	M. Artículo 12. Vigilancia	33	48
	N. Artículo 13. Gestión	34	48
	O. Artículo 14. Actividades proyectadas	35	48
	P. Artículo 15. Cooperación científica y técnica con los Estados en desarrollo	36	49
	Q. Artículos 16 (Situaciones de emergencia), 17 (Protección en tiempo de conflicto armado), 18 (Datos e información relativos a la defensa o la seguridad nacionales) y 19 (Acuerdos y arreglos bilaterales y regionales)	37	49
	R. Otros artículos	38	49
IV.	RECONOCIMIENTOS	42	50
Anexo.	El derecho de los acuíferos transfronterizos		51

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1833, n.º 31363, pág. 3.
Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Ibíd., vol. 1936, n.º 33207, pág. 269. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 81, 4 de abril de 2000, pág. 13849.
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.

Introducción

1. En su 58.º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura 19 proyectos de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos y los correspondientes comentarios y decidió transmitirlos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos, para que éstos formularan a su vez comentarios y observaciones, con la petición de que los presentaran al Secretario General antes del 1.º de enero de 2008. Además, la Comisión recabó las opiniones de los gobiernos sobre la forma final del proyecto de artículos[1].

2. Durante los debates que la Sexta Comisión de la Asamblea General celebró sobre los informes de la CDI en 2006 y 2007, 45 gobiernos formularon comentarios y observaciones orales. Veintitrés de ellos lo hicieron en ambos años. El Secretario General ha recibido comentarios y observaciones escritos de ocho gobiernos, dos de los cuales no habían hecho anteriormente ninguna exposición oral. En consecuencia, la Comisión dispone actualmente de los comentarios y observaciones de un total de 47 gobiernos. Los miembros de la Comisión elegidos en 2006 también hicieron comentarios sobre el proyecto de artículos[2]. El Relator Especial manifiesta su agradecimiento por esos comentarios y observaciones.

3. En opinión del Relator Especial, los comentarios y observaciones de los gobiernos eran favorables y de apoyo en general y alentaban a la Comisión a proceder a la segunda lectura sobre la base de los textos del proyecto de artículos aprobados en primera lectura, al tiempo que se sugerían algunas revisiones, adiciones o supresiones en el proyecto de artículos, así como mejoras en los comentarios. En consecuencia, el Relator Especial tiene el propósito de centrarse en la propuesta del proyecto de artículos revisado del presente informe con miras a su aprobación en segunda lectura.

[1] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 26, 72 y 73.

[2] Véase *Anuario… 2007*, vol. I, sesiones 2930.ª y 2931.ª.

Capítulo I

Relación entre la labor de los acuíferos transfronterizos y la labor sobre el petróleo y el gas natural

4. En espera de los comentarios y observaciones de los gobiernos sobre el proyecto de artículos aprobado en primera lectura y los correspondientes comentarios, la Comisión, en su 59.º período de sesiones, de 2007, se ocupó de la cuestión de la relación entre la labor sobre los acuíferos transfronterizos y la labor sobre el petróleo y el gas natural, cuestión ésta que se había planteado frecuentemente en la CDI, así como en la Sexta Comisión. En su cuarto informe sobre recursos naturales compartidos: aguas subterráneas transfronterizas[3], el Relator Especial llegó a la conclusión de que, aunque había algunas semejanzas entre los acuíferos no recargables y las condiciones naturales del petróleo y el gas natural, la mayoría de las normas que había que preparar respecto del petróleo y el gas natural no serían directamente aplicables a los acuíferos. En consecuencia, recomendó que la Comisión prosiguiera y terminara la segunda lectura del proyecto de artículos sobre el derecho de acuíferos transfronterizos independientemente de su posible futura labor sobre el petróleo y el gas natural. Su recomendación fue bien acogida por la Comisión[4].

5. En sus comentarios y observaciones orales y escritos, los gobiernos también se ocuparon de ese aspecto. La gran mayoría de los gobiernos que los habían formulado estaban de acuerdo con la sugerencia de que, en algunos aspectos, el derecho sobre los acuíferos transfronterizos se abordase independientemente de la futura labor de la Comisión sobre las cuestiones relativas al petróleo y el gas natural[5]. Esos aspectos incluían los siguientes: el

[3] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/580.

[4] Véase ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 177.

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Suecia, en nombre de los países nórdicos, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 31; India, ibíd., párr. 38; Argentina, ibíd., párr. 57; Guatemala, ibíd., párr. 72; Estados Unidos, ibíd., párr. 88; Malasia, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 8; Canadá, ibíd., párr. 18; Hungría, ibíd., párr. 39; Rumania, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 18; México,

hecho de que las diferencias eran más importantes que las semejanzas entre los acuíferos y el petróleo y el gas natural; los acuíferos satisfacían más de la mitad de las necesidades de agua dulce de la humanidad y eran el recurso básico para el mantenimiento de la humanidad; los problemas que planteaba la ordenación de los acuíferos, incluidos los efectos sobre el medio ambiente, así como las consideraciones comerciales, eran muy diferentes de los problemas que planteaban el petróleo y el gas natural; si bien el petróleo y el gas natural eran estratégicamente importantes para la economía y el desarrollo social, no constituían una «necesidad humana vital»; la prospección, la exploración y la explotación de los recursos energéticos eran una tarea compleja; la reunión y evaluación de la práctica de los Estados sobre el petróleo y el gas natural consumirían relativamente largo tiempo; el proyecto de artículos sobre los acuíferos no se aplicaría necesariamente al petróleo y el gas natural; y, finalmente, la labor sobre los acuíferos sería útil para determinar la dirección, el contenido y valor posibles de la labor que la Comisión podría llevar a cabo en el futuro en lo concerniente al petróleo y el gas natural. No obstante, un gobierno consideró que no eran convincentes los argumentos expuestos por la Comisión para mantener esa separación[6]. Otro gobierno sugirió que se aplazara la adopción de una decisión definitiva sobre la aprobación de textos separados de proyectos de artículos[7]. Otro, que estaba de acuerdo con la labor independiente sobre los acuíferos en la segunda lectura, destacó que sería difícil evitar en el futuro la influencia de la labor sobre un conjunto de artículos relacionados con una categoría de recursos respecto de otra y que era importante no rechazar *a priori* posibles vínculos en el desarrollo de la labor respecto de varios recursos[8].

6. Aunque estaban de acuerdo en que la labor sobre los acuíferos transfronterizos estuviera separada de la labor sobre el petróleo y el gas natural, muchos gobiernos manifestaron sus opiniones sobre la labor relativa al petróleo y al gas natural. Esas opiniones iban desde el apoyo a la iniciación prioritaria de la labor sobre el petróleo y el gas natural por parte de la Comisión a la oposición a que la Comisión realizara tal labor. El Relator Especial no tiene el propósito de examinar la cuestión en el presente informe, ya que puede aplazarse hasta que se ultime la labor sobre los acuíferos.

ibíd., párr. 10; República Democrática del Congo, ibíd., párr. 30; Grecia, ibíd., párr. 41; Cuba, ibíd., párr. 68; Federación de Rusia, ibíd., párr. 81; Japón, ibíd., párr. 91; República Árabe Siria, ibíd., párr. 93; Portugal, ibíd., párr. 104; Israel, ibíd., párr. 109; Brasil, ibíd., párr. 110; Nueva Zelandia, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 14; Indonesia, ibíd., párr. 33; República Islámica del Irán, ibíd., párr. 44; Tailandia, ibíd., párr. 56, Venezuela, ibíd., párr. 62; Turquía, ibíd., párr. 65, y Polonia, 26.ª sesión (A/C.6/62/SR.26), párr. 18.

[6] Países Bajos, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 44, y comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. A.9.

[7] Uruguay, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 68.

[8] Polonia, ibíd., 26.ª sesión (A/C.6/62/SR.26), párrs. 19 y 20.

Capítulo II

Forma final del proyecto de artículos

7. En respuesta a la petición de la Comisión, muchos gobiernos también manifestaron sus opiniones sobre la forma final del proyecto de artículos. Las opiniones eran divergentes. Algunos gobiernos eran partidarios de una convención marco por considerar que ésta resultaría más útil que una convención modelo, una resolución no vinculante o simplemente un informe de la Comisión[9]. No obstante, algunos gobiernos señalaron que, en caso de que se optara por una convención marco, sería necesario proceder con precaución para que dicha convención no sustituyese a los acuerdos bilaterales o regionales vigentes ni limitase la flexibilidad de que disponían los Estados para concertar tales acuerdos[10]. Otros gobiernos eran partidarios de una declaración no vinculante de la Asamblea General en la que se expusieran principios generales que orientaran a los Estados para preparar acuerdos regionales; un conjunto de principios en concepto de recomendaciones que constituirían una declaración autorizada de las normas internacionales y las mejores prácticas que habían de seguirse y producirían efectos prácticos en los planos bilateral y regional; o un instrumento no vinculante en forma de directrices o un conjunto de principios modelo[11]. Para algunos gobiernos, la aprobación de una convención, particularmente si no era ratificada o no contaba con un apoyo generalizado, podría reducir paradójicamente la utilidad del proyecto de artículos. No obstante, otros gobiernos señalaron que no debería adoptarse apresuradamente una decisión definitiva sobre la forma, decisión que debería aplazarse hasta después de la segunda lectura[12]. Otro gobierno manifestó que la aprobación de un instrumento no vinculante desde el punto de vista jurídico podía ser considerado un primer paso para el establecimiento de un régimen adecuado a los efectos de la utilización de todos los recursos naturales compartidos[13].

8. Las posiciones de los gobiernos seguían divididas; a este respecto, el Relator Especial ha observado que algunos de ellos ya no son partidarios de una convención

[9] Argentina, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 57; República Checa, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. W.3, párr. 1, y *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 57; Hungría, ibíd., párr. 39, y Portugal, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 104.

[10] Estados Unidos, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 88.

[11] China, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 61; Uruguay, ibíd., párr. 68; Estados Unidos, ibíd., párr. 88; Canadá, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 18; Israel, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 109; Brasil, ibíd., párr. 110; Nueva Zelandia, 25.ª sesión (A/C.6/SR.25), párr. 15, y Turquía, ibíd., párr. 65.

[12] Guatemala, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 71; Malasia, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 9, y Polonia, 26.ª sesión (A/C.6/62/SR.26), párr. 20.

[13] Países Bajos, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 48 y comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. W.6.

jurídicamente vinculante, sino de un documento no vinculante. El Relator Especial considera que el objetivo final de la Comisión debería ser preparar una convención jurídicamente vinculante, ya que el derecho sobre los acuíferos transfronterizos es el complemento de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y la cuestión de los acuíferos es tan importante o incluso más importante para la humanidad que las aguas de superficie. No obstante, no sería realista esperar que ese objetivo pueda alcanzarse en un período de tiempo razonablemente breve, ya que falta el consenso al respecto de la comunidad internacional. Además, se reconoce que el proceso de codificación de una convención es ahora más largo que en los decenios de 1950 y 1960 aun cuando exista un consenso. Habida cuenta de la crisis mundial de los recursos hídricos, es necesario adoptar medidas urgentes. Sería más práctico que los Estados afectados hicieran frente a la situación concertando acuerdos bilaterales o regionales sobre la base de los principios consignados en el proyecto de artículos.

9. Así pues, el Relator Especial considera que lo mejor es que la Comisión siga el enfoque de dos etapas que adoptó en 2001 respecto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[14]. En consecuencia, el Relator Especial propone que la Comisión examine el siguiente proyecto de recomendación a la Asamblea General:

«La Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su Estatuto, recomendar a la Asamblea General que:

a) Tome nota del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos en una resolución y adjunte a ella como anexo el proyecto de artículos;

b) Recomiende que los Estados adopten medidas bilaterales o regionales apropiadas con los Estados afectados a los efectos de una adecuada gestión de los acuíferos transfronterizos sobre la base de los principios enunciados en el proyecto de artículos;

c) Considere también ulteriormente, teniendo en cuenta la importancia del tema, la posibilidad de convocar una conferencia de negociación encargada de examinar el proyecto de artículos con miras a ultimar una convención.»

[14] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 25 y 26, párrs. 72 y 73.

Capítulo III

Proyecto de artículos revisado para su examen en segunda lectura

10. Teniendo en cuenta los comentarios y observaciones de los gobiernos, el Relator Especial propone el proyecto de artículos revisado que figura en el anexo del presente informe para que sea examinado en segunda lectura por la Comisión. Al examinar los comentarios y observaciones de los gobiernos, el Relator Especial atribuyó más importancia a los presentados por escrito y oralmente en 2007 que a los presentados oralmente en 2006. Los textos del proyecto de artículos en primera lectura se formularon de manera que no prejuzgara su forma final. No obstante, los textos revisados están formulados en forma de convención, ya que el proyecto de recomendación dirigido a la Asamblea General (véase el párrafo 9 *supra)* prevé la posibilidad de una convención. La totalidad de los textos revisados del proyecto de artículos se reproduce en el anexo del presente informe. Buena parte de los comentarios y observaciones de los gobiernos se refieren a tales comentarios. Los textos revisados de los comentarios se presentarán a la Comisión tan pronto como ésta haya aprobado los textos definitivos del proyecto de artículos.

A. Título

11. Se propuso que el título pasara a ser el siguiente: «Proyecto sobre el derecho de los acuíferos internacionales compartidos»[15]. Se recordó que la palabra «compartidos» había sido objeto de intensos debates, ya que algunos Estados con acuíferos habían considerado que la palabra en cuestión podía entrañar una propiedad conjunta de los acuíferos. También se formularon objeciones a la palabra «internacionales», ya que podía indicar una internacionalización de los acuíferos. La Comisión aprobó la palabra «transfronterizos» para disipar las aprehensiones, ya que la palabra en cuestión únicamente se refería a aspectos físicos. La utilización de la palabra «*transboundary*» en inglés resulta muy apropiada y no se requiere ninguna revisión del título. No obstante, el Relator Especial es consciente de algunas dificultades que plantea la traducción de esa palabra a otros idiomas, particularmente al árabe. Se pide que se haga un esfuerzo para encontrar una traducción adecuada.

B. Artículo 1. Ámbito de aplicación

12. Se propuso que la parte introductoria de ese artículo se modificara para que pasara a ser la siguiente: «El objetivo del presente proyecto de artículos es regular lo siguiente»[16]. Esa versión propuesta daría lugar a ambigüedad. Debería mantenerse la actual parte introductoria, que es la usual. Se manifestó la opinión de que el proyecto de artículos no abordaba adecuadamente la situación de un acuífero o un sistema acuífero que cruzara fronteras internacionales, pero que no tuviera ninguna conexión hidráulica con los recursos de agua de superficie o la conexión hidráulica fuese únicamente con un río o lago ubicado en su totalidad dentro de un único país[17]. Los artículos 1 y 2, que han de leerse conjuntamente, deben dejar claro que el proyecto de artículos se aplica a todos los acuíferos y

[15] República Árabe Siria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 93.

[16] Arabia Saudita, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. C.4, párr. 1.

[17] Indonesia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 34.

sistemas acuíferos que son transfronterizos, independientemente de que estén vinculados o no a aguas de superficie. No obstante, el Relator Especial tiene el propósito de exponer varios casos ilustrativos en los comentarios.

13. Algunos gobiernos manifestaron preocupación en relación con el apartado *b*. Temían que esa redacción fuese excesivamente amplia e impusiera restricciones innecesarias a las actividades en la zona de los acuíferos. Se sugirió que la Comisión limitara las actividades pertinentes a las que pudieran tener «un gran impacto» o que se suprimiera el apartado si no fuera viable delimitar tales actividades[18]. Se considera que el apartado *b* es el elemento esencial de la ordenación adecuada de los acuíferos por parte de los científicos especializados en las aguas subterráneas y los administradores. No debería suprimirse. No obstante, el Relator Especial tiene el propósito de delimitar las actividades pertinentes de manera detallada en los comentarios a fin de disipar la preocupación de los gobiernos. Además, se sugirió que se incluyera una referencia a las actividades de los Estados que no eran Estados del acuífero y que pudieran tener un impacto en los acuíferos[19]. En opinión del Relator Especial, en los proyectos de artículos ulteriores sobre los derechos y obligaciones de los Estados debería especificarse claramente quiénes son los autores de las actividades.

14. Se propuso que se agregara el nuevo apartado siguiente: «*d*) al establecimiento de prioridades con respecto a la utilización de las aguas subterráneas sistemas acuíferos compartidos;»[20]. El Relator Especial considera que el propósito de quien formuló esa propuesta era establecer una disposición sobre la prioridad respecto de la utilización. Sería difícil decidir acerca de la prioridad entre los diferentes tipos de utilización *a priori*. Debería decidirse de conformidad con el proyecto de artículo 5. Se formuló otra observación en el sentido de que el ámbito de aplicación parecía referirse únicamente a los recursos de agua dulce y debería señalarse claramente que quedaban excluidos los recursos de agua salada[21]. Es cierto que el Relator Especial se ha referido exclusivamente hasta el momento a los recursos de agua dulce. No obstante, hay algunos casos de utilización de acuíferos de agua salobre (agua salada) en casos muy limitados en que el agua salada se extrae y se desaliniza y el agua se utiliza para riego. Esto se explicará en el comentario. Por otra parte, se sugirió que se repitiera el adjetivo «transfronterizos» después de las palabras «sistema acuíferos» en todo el proyecto de artículos[22]. El Relator Especial considera que queda claro el objetivo de aplicar el adjetivo «transfronterizo» a las palabras «acuífero» y «sistema acuífero».

[18] China, ibíd., *sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 6, y Brasil, ibíd., párr. 85, e ibíd., *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 110.

[19] México, ibíd., *sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 34.

[20] Arabia Saudita, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. C.4, párr. 2.

[21] Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 41.

[22] Países Bajos, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. D.6, párr. 1.

C. Artículo 2. Términos empleados

15. Se propuso que se modificara el apartado *a* para que por «acuíferos» se entendiera «una formación geológica subterránea permeable que contenga agua confinada o no confinada sustentada o cubierta por una capa menos permeable y el agua contenida en la zona saturada de la formación»[23]. El Relator Especial reconoce la importancia de los acuíferos confinados que existen en la región del país que formuló la propuesta, lo que parece haber impulsado a éste a incluir las palabras «sustentada » y «cubierta». La definición actual de acuífero abarca todos los acuíferos confinados. Además, es de destacar que la formación geológica siempre ha de estar sustentada por una capa menos permeable para que exista un acuífero. Hay muchas formas de definir un acuífero. En opinión del Relator Especial, la actual definición es científica y técnicamente correcta, además de precisa desde el punto de vista jurídico. De todos modos, el Relator Especial propone que en el apartado *a* se suprima la palabra «subterránea» después de las palabras «formación geológica», ya que, por su propia naturaleza, la formación geológica únicamente existe en las zonas subterráneas, aun cuando parte de ella pudiera estar en contacto con la superficie de la tierra.

16. En relación con el apartado *d*, un gobierno señaló que se entendía que los acuíferos, especialmente en la forma de agua subterránea confinada, también podían encontrarse en zonas bajo la jurisdicción o el control de Estados fuera de sus territorios y que cuando la Comisión considerase la aplicación del proyecto de artículos a todos los recursos naturales compartidos durante la segunda lectura del proyecto de artículos, sería inevitable revisar la definición de «Estado del acuífero» y examinar la aplicación del proyecto de artículos a los recursos naturales compartidos que podían encontrarse bajo las plataformas continentales de los Estados, particularmente en el caso del petróleo y el gas[24]. En opinión del Relator Especial, el hecho de hacer extensiva la aplicación a las plataformas continentales entrañaría complicaciones, razón por la que se oponía a esa sugerencia. Si un acuífero transfronterizo entre el Estado A y el Estado B se extiende a las plataformas continentales de ambos Estados o del Estado A o el Estado B, en este caso ambos Estados podrían ser considerados Estado del acuífero de conformidad con la definición actual de Estado del acuífero. Si un acuífero nacional del Estado A se extiende a la plataforma continental del Estado A y al mismo tiempo a la del Estado B o si un acuífero se encuentra únicamente dentro de las plataformas continentales de ambos Estados, ningún Estado tendría la consideración de Estado del acuífero. ¿Debería aplicarse el proyecto de artículos al acuífero en el último caso? En primer lugar, los acuíferos están ubicados principalmente en territorios terrestres. Esos acuíferos pueden llegar a extenderse más allá de los mares territoriales, pero es un caso bastante infrecuente. Las acumulaciones rocosas que se encuentran exclusivamente en las plataformas continentales suelen contener petróleo y gas natural y, en algunos casos, agua salobre. Así pues, si la Comisión hiciese extensivo el ámbito de aplicación a las plataformas continentales, estaría vinculando de hecho la labor sobre los acuíferos transfronterizos con la labor relacionada con el petróleo y el gas natural.

[23] Arabia Saudita, comentario escrito, ibíd., sec. D.8.

[24] Países Bajos, comentario escrito, ibíd., sec. D.6, párr. 2.

17. El Relator Especial desea proponer el nuevo apartado siguiente en relación con la definición de «utilización», que aparece en todo el proyecto de artículos:

«*d* bis) la utilización de los acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos incluye la retirada de agua, calor y minerales, el almacenamiento y la eliminación;».

Este nuevo apartado incluye únicamente los medios más conocidos y actualmente utilizados y no es exhaustivo. Por lo que se refiere al almacenamiento y la eliminación, hay, por ejemplo, una nueva técnica para utilizar un acuífero para la retención del carbono en el tratamiento de desechos. Según esa técnica, la responsabilidad de determinar lo que constituye un «almacenamiento» y una «eliminación» aceptables corresponde a los Estados del acuífero afectados. Se entiende que muchos Estados disponen de normas que prohíben la inyección de desechos tóxicos y radiactivos y otros desechos peligrosos. En los comentarios deberían precisarse tales conceptos.

18. En relación con los apartados *f* y *g*, un gobierno propuso que se agregaran las palabras «la parte del» antes de las palabras «área de captación» en el apartado *f* y que al final del apartado *g* se agregaran las palabras siguientes: «o donde el sistema de flujo ascendente mantiene la capa freática cerca de la superficie de manera permanente»[25]. El Relator Especial entiende que el objetivo de las propuestas era aclarar que la zona de recarga era donde la filtración a través de la tierra era importante o donde el agua de superficie contribuía directamente a los acuíferos y que la zona de descarga podía existir sin que hubiera agua en la superficie. Se trata de aclaraciones técnicas bastante detalladas y que podían explicarse adecuadamente en los comentarios.

19. En varios proyectos de artículos se utilizan palabras similares, como «un impacto», «daño grave», «afectar», «efectos nocivos importantes» y «efectos perjudiciales». Esas palabras se han escogido cuidadosamente y deben interpretarse en el contexto del proyecto de artículos en que se utilizan. Su significado concreto se precisará en los comentarios.

D. Artículo 3. Soberanía de los Estados del acuífero

20. Algunos gobiernos intentaron reforzar los aspectos de la soberanía mediante una referencia directa a la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, mediante una nueva redacción, a saber, «Cada Estado del acuífero ejercerá su soberanía inherente sobre la parte de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo ubicado dentro de su territorio a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1 de conformidad con el presente proyecto de artículos», o mediante la supresión de la última oración del artículo[26]. Otros señalaron que la soberanía se regía también por las normas y principios generalmente aceptados de derecho internacional y subrayaron el principio de la cooperación entre Estados y el principio conexo de la mitigación[27]. El Relator Especial considera que la actual relación pone de manifiesto el equilibrio que existe entre las diferentes posiciones.

E. Artículo 4. Utilización equitativa y razonable

21. Algunos gobiernos subrayaron el concepto de la sostenibilidad y propusieron, a este respecto, que se utilizaran las palabras «uso equitativo y sostenible» en lugar de las palabras «uso equitativo y razonable»[28]. No es apropiado aplicar el concepto de sostenibilidad a los acuíferos, ya que las aguas de los acuíferos no recargables no son recursos renovables e incluso las aguas de los acuíferos recargables reciben únicamente una fracción de la recarga por comparación con el volumen total de las aguas almacenadas en tales acuíferos. En relación con el apartado *c*, se propuso que las palabras «las necesidades actuales y futuras» se sustituyeran por las palabras «las necesidades de las generaciones actuales y futuras»[29]. Esa modificación podría ampliar indebidamente el período de tiempo. Asimismo en relación con el apartado *c*, se propuso que se suprimieran las palabras «fuentes alternativas de agua» ya que las fuentes subterráneas y las fuentes de agua de superficie no podían considerarse de manera alternativa entre sí y ya formaban parte del plan de utilización[30]. El Relator Especial entiende que ese argumento es correcto cuando un Estado establece un plan general de utilización para la totalidad de sus recursos hídricos. No obstante, debe destacarse que el plan de utilización del apartado *c* se refiere únicamente al acuífero transfronterizo, excluidos los acuíferos nacionales y los ríos internacionales y otras fuentes de agua que no están vinculadas al acuífero transfronterizo. En consecuencia, al establecer ese plan surge la necesidad de tener en cuenta las fuentes alternativas de agua. Se sugirió que se agregase un nuevo apartado *e* que estipulase que «ningún Estado podrá asignar, arrendar o vender en todo o en parte a ningún otro Estado, sea o no un Estado del acuífero, su derecho a utilizar un acuífero transfronterizo»[31]. El Relator Especial considera que debe dejarse que los Estados decidan sobre esa cuestión.

F. Artículo 5. Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable

22. Se sugirió que se modificara el apartado *c* del párrafo 1 en los términos siguientes: «la compatibilidad de una determinada forma de utilización con las características naturales del acuífero o sistema acuífero dentro de cada Estado»; y que se agregara un nuevo apartado que tuviera en cuenta «la superficie, la extensión, el espesor

[25] Hungría, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 12.

[26] Brasil, ibíd., *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 110; Venezuela, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 63; Cuba, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 65; Turquía, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. E.6, y China, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 5.

[27] Portugal, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. E.5, y *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 69, y Federación de Rusia, 18.ª sesión (A/C.6/61/SR.18), párr. 69.

[28] Cuba, ibíd., *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 64; República Árabe Siria, ibíd., párr. 95, y México, ibíd., *sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 35.

[29] Cuba, ibíd., *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 66.

[30] Turquía, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. F.9.

[31] Arabia Saudita, comentario escrito, ibíd., sec. F.7, párr. 2.

y las características del acuífero y la dirección del flujo del agua subterránea»[32]. La nueva versión propuesta del apartado *c* del párrafo 1 se refiere más bien a la cuestión de la prioridad entre las diferentes modalidades de utilización y no se ajusta al objetivo que persigue ese apartado, razón por la que guarda más relación con el párrafo 2. Esa prioridad no podría asignarse a una modalidad particular de utilización *a priori*. La última propuesta podría precisarse en los comentarios al apartado *c* del párrafo 1. Se sugirió que se suprimiera el apartado *g* del párrafo 1 por la misma razón que se había sugerido que se suprimieran las palabras «fuentes alternativas de agua» en el apartado *c* del artículo 4[33]. En este caso, es de aplicación la misma observación que hizo el Relator Especial en relación con la sugerencia que figura en el párrafo 21 *supra*. Además, se sugirió que se agregase otro factor en relación con cualesquiera otras actividades existentes y planificadas y sus efectos, habida cuenta de que el proyecto de artículos abarcaría actividades distintas de la utilización de los acuíferos[34]. Las otras actividades se regulan en los proyectos de artículos 6, 10 y 14. A juicio del Relator Especial es bastante difícil considerar la pertinencia directa de tales actividades a los efectos de determinar la utilización equitativa y razonable de los acuíferos. No obstante, si son pertinentes, el apartado *b* del párrafo 1 puede abarcar este caso. Se sugirieron modificaciones en el texto para aclarar el apartado *d* del párrafo 1 y las «necesidades humanas vitales» del párrafo 2[35]. El Relator Especial considera que tales aspectos se aclararían mejor en los comentarios.

G. Artículo 6. Obligación de no causar daño sensible a otros Estados del acuífero

23. Algunos gobiernos reiteraron sus objeciones a los requisitos demasiado estrictos que se establecían para que un daño fuera «sensible». Otros Estados señalaron que deberían aclararse las palabras «alcance de la obligación», «daños sensibles», «impacto», «medidas apropiadas» y «la autoridad que deba decidir las medidas que hayan de adoptarse»[36]. Esas palabras deberían precisarse en los comentarios. Otro gobierno propuso el siguiente texto alternativo para el artículo 6:

1. Al utilizar un acuífero o sistema acuífero transfronterizo en sus territorios, los Estados del acuífero adoptarán la diligencia debida para prevenir que se cause daño sensible a otros Estados del acuífero.

2. Al emprender actividades diferentes de la utilización de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo que tengan o puedan tener un impacto en ese acuífero o sistema acuífero transfronterizo, los Estados se abstendrán de causar daño sensible a través de ese acuífero o sistema acuífero a otros Estados del acuífero.

3. Cuando, no obstante, se cause daño sensible a otro Estado del acuífero, los Estados del acuífero cuyas actividades causen tal daño intentarán, en consulta con el Estado afectado, eliminar o mitigar ese daño, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones de los proyectos de artículos 4 y 5[37].

El Relator Especial considera que ese nuevo texto debilitaría las obligaciones que ha de contener el artículo.

24. Un gobierno sugirió que el sujeto del párrafo 2 del proyecto de artículo 6 fueran todos los Estados y no los Estados del acuífero[38]. El Relator Especial considera que el caso en que un Estado que no sea del acuífero pueda causar daño a Estados del acuífero a través de un acuífero transfronterizo se limitaría al caso en que una zona de recarga o de descarga estuviese ubicada en ese Estado que no es del acuífero. Dicho caso ya se regula en el proyecto de artículo 10.

25. Algunos gobiernos lamentaron la omisión de una disposición sobre la indemnización en el párrafo 3 del proyecto de artículo 6[39]. Un gobierno deseaba que hubiese una disposición expresa sobre el daño irreversible, la obligación compensatoria del Estado que causa el daño, el método de indemnización y la designación de la autoridad competente a tal efecto[40]. Dado que las opiniones de los gobiernos difieren sobre esa cuestión, el Relator Especial se propone precisar el marco jurídico pertinente de esa cuestión en los comentarios.

H. Artículo 7. Obligación general de cooperar

26. Un gobierno sugirió que en el párrafo 1 se suprimieran las palabras «buena fe», dado que podían hacer temer que los Estados pudieran adoptar de buena fe medidas que no se negociaran con la otra parte y que pudieran tener efectos perjudiciales para las necesidades de la otra parte[41]. La «buena fe» se incorpora en este caso no como un elemento de excepción para eludir la obligación de cooperación y encuentra un equivalente en el párrafo 1 del artículo 8 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. En relación con el párrafo 2 del proyecto de artículo 7, se formularon sugerencias opuestas en el sentido de sustituir el término «procurarán» por «deberán», y modificar el párrafo 1 para que su texto fuera el siguiente: «los Estados del acuífero considerarán de manera favorable la posibilidad de establecer mecanismos conjuntos de cooperación»[42]. El Relator Especial sugiere que el texto se mantenga como está.

I. Artículo 8. Intercambio regular de datos e información

27. No se formularon comentarios ni observaciones que requirieran modificar el proyecto de artículo.

---

[32] Ibíd., sec. G.8, párr. 1.

[33] Turquía, comentario escrito, ibíd., sec. G.10.

[34] Países Bajos, comentario escrito, ibíd., sec. G.6.

[35] Grecia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 34, y Malasia, ibíd., párr. 48.

[36] Portugal, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. D.7, párr. 1; Suecia, en nombre de los países nórdicos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 31; Uruguay, ibíd., *sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 80; Grecia, ibíd., 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 35, y Rumania, 19.ª sesión (A/C.6/61/SR.19), párr. 59.

[37] Turquía, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. H.9, párr. 2.

[38] Países Bajos, comentario escrito, ibíd., sec. H.7, párr. 2.

[39] Ibíd., párr. 1, y *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 10, y Cuba, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 11.

[40] Arabia Saudita, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. H.8.

[41] República Checa, comentario escrito, ibíd., sec. I.3, párr. 1.

[42] Ibíd., párr. 2, y China, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 6.

J. Artículo 9. Protección y preservación de ecosistemas

28. Se sugirió que se ampliara el alcance de este proyecto de artículo para que no abarcara exclusivamente a los Estados del acuífero, sino a todos los Estados[43]. Ese artículo tiene por objeto proteger los ecosistemas no solamente dentro de los acuíferos, sino también los ecosistemas ubicados fuera de ellos. El Relator Especial tiene previsto presentar una aclaración sobre el alcance de los últimos ecosistemas con objeto de que pueda adoptarse una decisión acerca de si ha de exigirse que los Estados que no son del acuífero hayan de proteger tales ecosistemas. Además, se sugirió que, al final del artículo, se agregasen las palabras «prestando especial interés a las necesidades humanas básicas»[44]. El Relator Especial considera que las excepciones a las obligaciones de este artículo deben regirse por las normas generales del derecho internacional, a saber, las circunstancias que excluyen la ilicitud, que en un caso particular podrían incluir la necesidad humana básica de agua.

K. Artículo 10. Zonas de recarga y descarga

29. No se formularon comentarios ni observaciones que exigieran la modificación de ese proyecto de artículo.

L. Artículo 11. Prevención, reducción y control de la contaminación

30. En este caso, se repitió el comentario de que los requisitos del «daño sensible» eran demasiado estrictos (véase el párrafo 23 *supra*)[45]. Un gobierno sugirió que se hiciera una referencia a los procedimientos que deberían adoptar los Estados en caso de problemas de calidad del agua y propuso que se incluyeran las palabras «adoptarán todas las medidas necesarias para», que irían seguidas de las palabras «prevenir, reducir y controlar»[46]. El Relator Especial considera que la redacción existente está más clara, ya que establece la obligación de prevenir, reducir y controlar la contaminación, y que todas las medidas procesales se explicarían mejor en los comentarios. Otro gobierno sugirió que se ampliara el alcance de este proyecto de artículo para que no incluyera solamente a los Estados del acuífero, sino a todos los Estados[47]. El Relator Especial se pregunta si los Estados que no son del acuífero y en cuyos territorios no hay ninguna zona de recarga o de descarga de un acuífero transfronterizo de otros Estados han de desempeñar algún papel para prevenir, reducir o controlar la contaminación de ese acuífero.

31. En relación con la segunda oración de ese artículo, se sugirió que las palabras «un criterio de precaución» se sustituyeran por las palabras «un principio de precaución»[48] y que se ampliara la aplicación del «principio de precaución» a la utilización mediante un texto revisado a cuyo tenor «[l]os Estados del acuífero aplicarán el principio de precaución en la utilización de los acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos»[49]. El Relator Especial expondrá casos en que el «criterio de precaución» y el «principio de precaución» se utilizan en diferentes convenciones, al tiempo que definirá qué se entiende por esas palabras. A juicio del Relator Especial, la utilización del acuífero *per se* no es peligrosa y no debería entrañar necesariamente el recurso a un criterio de precaución.

32. A fin de hacer más hincapié en el «criterio de precaución», el Relator Especial propone modificar la segunda oración de ese artículo en los términos siguientes:

«Los Estados del acuífero adoptarán un criterio de precaución en vista de la incertidumbre acerca de la naturaleza y la extensión de los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos.»

M. Artículo 12. Vigilancia

33. Se propuso modificar las dos primeras oraciones en los términos siguientes: «Los Estados del acuífero vigilarán su acuífero o sistema acuífero transfronterizo. Dentro de lo posible, realizarán esas actividades de vigilancia conjuntamente con otros Estados del acuífero interesados y en colaboración con las organizaciones internacionales competentes»[50]. El Relator Especial considera que esa propuesta no está justificada. Además, se sugirió que se añadiera una cláusula en la que se indicara que los Estados del acuífero, en consulta entre ellos, deberían formular los objetivos de las actividades de vigilancia y sobre la base de esos objetivos adoptar una decisión acerca del sistema y los parámetros de vigilancia[51]. A juicio del Relator Especial, esa idea podría precisarse en los comentarios.

N. Artículo 13. Gestión

34. No se formularon comentarios ni observaciones que exigieran una modificación de ese proyecto de artículo.

O. Artículo 14. Actividades proyectadas

35. Se sugirió que el párrafo 2 se pusiera en consonancia con el párrafo 1 haciendo una referencia expresa a los «efectos ambientales»[52]. Se destacó que la evaluación que se exigía en el párrafo 1 se limitaba a los posibles efectos en otros Estados y podría ser más limitada que una evaluación del impacto ambiental. La notificación que ha de hacerse de conformidad con el párrafo 2 ha de estar acompañada de esa evaluación, así como de una evaluación del impacto ambiental en caso de que se disponga de ésta. El mismo gobierno propuso establecer la obligación de abstenerse de realizar

---

[43] Países Bajos, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. K.2.

[44] Turquía, comentario escrito, ibíd., sec. K.3.

[45] Suecia, en nombre de los países nórdicos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 31.

[46] Portugal, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. M.6.

[47] Países Bajos, comentario escrito, ibíd., sec. M.5, párr. 1.

[48] Véase la nota 45 *supra*.

[49] Países Bajos, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. M.5, párr. 2.

[50] Turquía, comentario escrito, ibíd., sec. N.2.

[51] Tailandia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 55.

[52] Países Bajos, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. P.6.

actividades proyectadas durante la consulta y las negociaciones entre los Estados afectados[53]. Cabe recordar que, en general, se prefiere establecer requisitos procesales más sencillos que los que figuran en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El establecimiento de un período de tiempo en el que no se han de realizar las actividades proyectadas no sería justo a menos que ese plazo fuera acompañado de límites temporales para otras acciones y omisiones, tales como responder a la notificación, y celebrar consultas y negociaciones, así como otros requisitos procesales. Asimismo en relación con este aspecto, otro gobierno propuso que se agregara la frase siguiente: «Si no se llegara a un acuerdo en un plazo razonable, el Estado que notifica podrá ejercer su derecho soberano a realizar su actividad proyectada, haciendo todo lo posible para reducir sus efectos adversos»[54]. Asimismo en relación con este aspecto, se manifestó la opinión de que esa disposición permitiría que los Estados afectados vetasen actividades proyectadas en otros Estados; que los Estados afectados deberían tener el derecho a consultar con los Estados de las actividades proyectadas incluso aunque no se les notificaran los planes; y que podría establecerse un régimen jurídico para las actividades abarcadas únicamente con el consentimiento del Estado de las actividades proyectadas[55]. A juicio del Relator Especial, a falta de normas establecidas sobre este aspecto en relación con los acuíferos, tales exigencias procesales han de ser una facultad discrecional de los Estados afectados. La definición de «efecto negativo sensible» solicitada por algunos gobiernos[56] será examinada en los comentarios.

P. Artículo 15. Cooperación científica y técnica con los Estados en desarrollo

36. Se sugirió que la palabra «incluirá» de la segunda oración del encabezamiento se sustituyera por las palabras «podría incluir», ya que la palabra «incluirá» entrañaba una obligación[57]. En la oración en cuestión figura una lista no exhaustiva de diferentes tipos de cooperación. Podría modificarse para que su texto pasara a ser el siguiente: «esa cooperación podría incluir, entre otros aspectos».

Q. Artículos 16 (Situaciones de emergencia), 17 (Protección en tiempo de conflicto armado), 18 (Datos e información relativos a la defensa o la seguridad nacionales) y 19 (Acuerdos y arreglos bilaterales y regionales)

37. No se formularon comentarios ni observaciones que exigieran una modificación de esos cuatro proyectos de artículos.

[53] Ibíd.

[54] Turquía, comentario escrito, ibíd., sec. P.7.

[55] Etiopía, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR/14), párr. 90; Jordania, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 14, y Federación de Rusia, 18.ª sesión (A/C.6/61/SR.18), párr. 69.

[56] Portugal, comentario escrito, documento A/CN.4/595 y Add.1 (reproducido en el presente volumen), sec. D.7, párr. 1.

[57] Turquía, comentario escrito, ibíd., sec. Q.6.

R. Otros artículos

38. Si el proyecto de artículos pasa a ser finalmente una convención, tal como se prevé en el proyecto de recomendación a la Asamblea General (véase el párrafo 9 *supra)*, el proyecto debería incluir un artículo sobre la relación con otros acuerdos. El Relator Especial propone el siguiente proyecto de artículo en relación con otros convenios para que lo examine la Comisión.

«Artículo 20. Relación con otros convenios y acuerdos internacionales

1. El presente proyecto de artículos no modificará los derechos y obligaciones de los Estados Partes cuando dimanen de otros convenios y acuerdos internacionales compatibles con el presente proyecto de artículos y no afecten al disfrute por otros Estados Partes de sus derechos o al cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con el presente proyecto de artículos.

2. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1, cuando los Estados Partes en el presente proyecto de artículos sean también Partes en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, las disposiciones de dicha Convención en relación con los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos se aplicarán únicamente en la medida en que sean compatibles con las disposiciones del presente proyecto de artículos.»

39. El párrafo 1 tiene por objeto definir la relación entre el presente proyecto de artículos y otros convenios y acuerdos internacionales que regulan los acuíferos transfronterizos, así como los que regulan principalmente asuntos distintos de los acuíferos transfronterizos, pero que tienen una aplicación limitada a los acuíferos transfronterizos. Como ejemplo del último caso cabe mencionar el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, concertado bajo los auspicios de la CEPE. Otro ejemplo es el artículo 194 de la Convención sobre el Derecho del Mar (Medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino) y, en particular, el apartado *a* de su párrafo 3, relativo a la contaminación desde fuentes terrestres. También pueden ser pertinentes muchos acuerdos sobre el medio ambiente. Si las disposiciones del presente proyecto de artículos y las de otros instrumentos internacionales son compatibles, no habría ningún problema en llevar a cabo una aplicación paralela. No obstante, si se produce algún conflicto, no sería procedente establecer una norma general sobre prioridad. La adopción de una decisión sobre la prioridad únicamente sería posible después de que se examinaran íntegramente las disposiciones pertinentes. Así pues, el Relator Especial preparó este proyecto de artículos sobre la base del párrafo 2 del artículo 311 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Los acuerdos bilaterales y regionales regulados por el proyecto de artículo 12 también están abarcados por este párrafo. Muchos gobiernos señalaron que el proyecto de artículos no debería afectar a los acuerdos vigentes. El Relator Especial se propone señalar en los comentarios que los Estados partes en esos acuerdos deberían considerar la posibilidad de armonizarlos con

los principios básicos del presente proyecto de artículos y que cuando las partes juzguen que es necesario realizar un ajuste en aplicación de las disposiciones del proyecto debido a las características especiales y a la utilización de un determinado acuífero o sistema acuífero transfronterizo, consultarán entre sí con miras a negociar de buena fe a los efectos de concertar un acuerdo beneficioso para todas las partes.

40. El párrafo 2 se refiere a los acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos que están vinculados hidráulicamente a los cursos de agua internacionales sometidos al presente proyecto de artículos y a la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El proyecto de artículos se centra exclusivamente en los acuíferos, en tanto que la Convención se refiere a las aguas de superficie y su pertinencia respecto de los acuíferos es marginal. En caso de que surgiera un conflicto, prevalecería el presente proyecto de artículos, dado que ha sido formulado para regular exclusivamente los acuíferos transfronterizos y constituye un complemento de la Convención.

41. Se sugirió que se incluyera un mecanismo de solución de controversias en caso de que el texto adoptase la forma de una convención[58]. El Relator Especial sugiere que se deje que el asunto de la solución de controversias sea resuelto por la conferencia negociadora. Si bien el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias en relación con los acuíferos es de suma importancia, las controversias que puedan surgir en la vida real guardarían relación principalmente con la interpretación y aplicación de las disposiciones de un acuerdo bilateral o regional respecto de un determinado acuífero. La disposición sobre la solución de controversias en el marco del proyecto de artículos podría consistir en una breve declaración de principios. El preámbulo y las cláusulas finales serían decididos por la conferencia negociadora.

[58] República de Corea, comentario escrito, ibíd., sec. W.5, párr. 1.

Capítulo IV

Reconocimientos

42. Además de la asistencia y del apoyo valiosos de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, el Relator Especial sigue recibiendo asesoramiento científico y técnico de la UNESCO, particularmente de su grupo de expertos enviado a Tokio en enero de 2008[59]; asistencia jurídica y administrativa del Ministerio de Relaciones Exteriores del Japón; y apoyo de los especialistas y expertos jurídicos del grupo de estudio establecido por el Ministerio sobre el tema de los recursos naturales compartidos[60]. La UNESCO invitó al Relator Especial a dos de sus seminarios regionales, uno para los Estados europeos, celebrado en París, en mayo de 2007, y otro para los Estados americanos, copatrocinado por el Gobierno del Canadá, celebrado en Montreal en septiembre de 2007, donde el Relator Especial tuvo el privilegio de entrevistarse con expertos de las diferentes regiones y tomar parte en un viaje de observación de la gestión de los acuíferos transfronterizos. El Relator Especial desea aprovechar la oportunidad para expresar su sincero agradecimiento por las valiosas contribuciones recibidas.

[59] Alice Aureli y Raya Stephan, de la UNESCO, Gabriel Eckstein de la Texas Tech University School of Law, Shammy Puri, de la Asociación Internacional de Hidrogeólogos, Lloyd Woosley, de United States Geological Survey, y Stefano Burchi, de la FAO.

[60] Kazuhiro Nakatani, de la Universidad de Tokio, Mariko Kawano, de la Universidad de Waseda, Itsuko Nakai, de la Universidad de Konan, Mari Koyano, de la Universidad de Hokkaido, Hiroyuki Banzai, de la Universidad de Surugadai, Tadashi Mori, de la Universidad Metropolitana de Tokio, Yasuhiro Shigeta, de la Universidad de Kyoto, Jun Tsuruta, de la Academia de Seguridad Marítima, Naoki Iwatsuki, de la Universidad de Rikkyo, y Junko Iwaishi, de la Universidad de Sofía.

ANEXO

EL DERECHO DE LOS ACUÍFEROS TRANSFRONTERIZOS

PARTE I

INTRODUCCIÓN

Artículo 1. Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículos se aplica:

a) a la utilización de los acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos;

b) a otras actividades que tengan o puedan tener un impacto en esos acuíferos y sistemas acuíferos, y

c) a las medidas de protección, preservación y gestión de esos acuíferos y sistemas acuíferos.

Artículo 2. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) por «acuífero» se entenderá una formación geológica subterránea permeable portadora de agua, sustentada en una capa menos permeable y el agua contenida en la zona saturada de la formación;

b) por «sistema acuífero» se entenderá una serie de dos o más acuíferos que estén conectados hidráulicamente;

c) por «acuífero transfronterizo» o «sistema acuífero transfronterizo» se entenderá, respectivamente, un acuífero o sistema acuífero, algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;

d) por «Estado del acuífero» se entenderá un Estado en cuyo territorio se encuentre parte de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo;

d bis) la utilización de los acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos incluye la retirada de agua, calor y minerales, el almacenamiento y la eliminación;

e) por «acuífero recargable» se entenderá un acuífero que recibe un volumen significativo de recarga hídrica contemporánea;

f) por «zona de recarga» se entenderá la zona que contribuye agua a un acuífero, consistente en el área de captación del agua pluvial y el área por la que esa agua fluye hasta un acuífero por escurrimiento sobre el terreno e infiltración a través del suelo;

g) por «zona de descarga» se entenderá la zona por la que el agua procedente de un acuífero fluye hasta sus puntos de salida, tales como un curso de agua, lago, oasis, humedal u océano.

PARTE II

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3. Soberanía de los Estados del acuífero

Cada Estado del acuífero tiene soberanía sobre la parte de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo ubicada dentro de su territorio. El Estado del acuífero ejercerá su soberanía de acuerdo con el presente proyecto de artículos.

Artículo 4. Utilización equitativa y razonable

Los Estados del acuífero utilizarán un acuífero o sistema acuífero transfronterizo con arreglo al principio de la utilización equitativa y razonable, como sigue:

a) utilizarán el acuífero o sistema acuífero transfronterizo de una manera compatible con la distribución equitativa y razonable de los beneficios obtenidos entre los Estados del acuífero de que se trate;

b) tratarán de elevar al máximo los beneficios a largo plazo derivados del uso del agua contenida en él;

c) elaborarán, individual o conjuntamente, un plan general de aprovechamiento, teniendo en cuenta las necesidades presentes y futuras, así como las fuentes alternativas de agua, de los Estados del acuífero, y

d) no utilizarán un acuífero o sistema acuífero transfronterizo recargable hasta un grado que impida la continuación de su funcionamiento efectivo.

Artículo 5. Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable

1. La utilización de manera equitativa y razonable de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo de conformidad con el proyecto de artículo 4 requiere que se tengan en cuenta todos los factores pertinentes, incluyendo entre ellos:

a) la población que depende del acuífero o del sistema acuífero en cada Estado del acuífero;

b) las necesidades económicas, sociales y de otro tipo, presentes y futuras, de los Estados del acuífero involucrados;

c) las características naturales del acuífero o sistema acuífero;

d) la contribución a la formación y recarga del acuífero o sistema acuífero;

e) la utilización actual y potencial del acuífero o sistema acuífero;

f) los efectos que la utilización del acuífero o del sistema acuífero en uno de los Estados del acuífero produzca en otros Estados del acuífero involucrados;

g) la existencia de alternativas respecto de una utilización particular actual y proyectada del acuífero o sistema acuífero;

h) el desarrollo, la protección y la conservación del acuífero o sistema acuífero y los costos de las medidas que se hayan de adoptar a tales efectos;

i) la función desempeñada por el acuífero o sistema acuífero en el ecosistema con él relacionado.

2. El peso que se asigne a cada factor será determinado en función de su importancia con respecto a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo determinado en comparación con la de otros factores pertinentes. Para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable, se considerarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base de todos esos factores. No obstante, al ponderar las diferentes utilizaciones de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo, se prestará especial atención a las necesidades humanas vitales.

Artículo 6. Obligación de no causar daño sensible a otros Estados del acuífero

1. Al utilizar un acuífero o sistema acuífero transfronterizo en sus territorios, los Estados del acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir que se cause daño sensible a otros Estados del acuífero.

2. Al emprender actividades diferentes de la utilización de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo que tengan o puedan tener un impacto en ese acuífero o sistema acuífero transfronterizo, los Estados del acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir que se cause daño sensible a través de este acuífero o sistema acuífero a otros Estados del acuífero.

3. Cuando no obstante se cause daño sensible a otro Estado del acuífero, los Estados del acuífero cuyas actividades causen tal daño deberán adoptar, en consulta con el Estado afectado, todas las medidas apropiadas para eliminar o mitigar ese daño, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones de los proyectos de artículos 4 y 5.

Artículo 7. Obligación general de cooperar

1. Los Estados del acuífero cooperarán sobre la base de la igualdad soberana, la integridad territorial, el desarrollo sostenible, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización razonable y equitativa y una protección adecuada de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo.

2. A los fines del párrafo 1, los Estados del acuífero procurarán establecer mecanismos conjuntos de cooperación.

Artículo 8. Intercambio regular de datos e información

1. De conformidad con el proyecto de artículo 7, los Estados del acuífero intercambiarán regularmente los datos y la información que estén fácilmente disponibles sobre la condición del acuífero o sistema acuífero transfronterizo, en particular los de carácter geológico, hidrogeológico, hidrológico, meteorológico y ecológico y los relativos a la hidroquímica del acuífero o sistema acuífero, así como las previsiones correspondientes.

2. En los casos en que la naturaleza y la extensión de algunos acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos no se conozcan suficientemente, los Estados del acuífero harán todo lo posible para reunir y producir, teniendo en cuenta las prácticas y normas existentes, los datos e información más completos con relación a ese acuífero o a esos sistemas acuíferos. Lo harán de manera individual o conjunta y, en los casos pertinentes, con organizaciones internacionales o por su intermedio.

3. El Estado del acuífero al que otro Estado del acuífero pida que proporcione datos e información relativos al acuífero o sistemas acuíferos que no estén fácilmente disponibles hará lo posible para atender esta petición. El Estado al que se formule la solicitud podrá condicionar su cumplimiento a que el Estado solicitante pague los costos razonables de la recopilación y, cuando proceda, el procesamiento de esos datos o información.

4. Los Estados del acuífero harán todo lo posible, cuando corresponda, para reunir y procesar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los otros Estados del acuífero a los que sean comunicados.

Parte III

PROTECCIÓN, PRESERVACIÓN Y GESTIÓN

Artículo 9. Protección y preservación de ecosistemas

Los Estados del acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los ecosistemas que estén situados en sus acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos o dependan de los mismos, incluyendo medidas para garantizar que la calidad y cantidad de agua retenida en el acuífero o sistema acuífero, así como la vertida en las zonas de descarga, sean suficientes para proteger y preservar esos ecosistemas.

Artículo 10. Zonas de recarga y descarga

1. Los Estados del acuífero identificarán las zonas de recarga y descarga de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, dentro de esas zonas, adoptarán medidas especiales para reducir al mínimo los impactos perjudiciales de los procesos de recarga y descarga.

2. Todos los Estados en cuyo territorio se encuentre, en todo o en parte, una zona de recarga o descarga y que no sean Estados del acuífero en lo que respecta a ese acuífero o sistema acuífero, cooperarán con los Estados del acuífero para proteger el acuífero o sistema acuífero.

Artículo 11. Prevención, reducción y control de la contaminación

Los Estados del acuífero, individual y, cuando corresponda, conjuntamente, prevendrán, reducirán y controlarán la contaminación de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo, inclusive en el proceso de recarga, que pueda causar daño sensible a otros Estados del acuífero. En vista de la incertidumbre acerca de la naturaleza y la extensión de los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos y su vulnerabilidad a la contaminación, los Estados del acuífero adoptarán un criterio de precaución.

Artículo 12. Vigilancia

1. Los Estados del acuífero vigilarán su acuífero o sistema acuífero transfronterizo. Dentro de lo posible, realizarán esas actividades de vigilancia conjuntamente con otros Estados del acuífero interesados o, cuando proceda, en colaboración con las organizaciones internacionales competentes. Sin embargo, cuando las actividades de vigilancia no se realicen conjuntamente, los Estados del acuífero intercambiarán entre ellos los datos resultantes de la vigilancia.

2. Los Estados del acuífero utilizarán criterios y metodologías convenidos o armonizados para la vigilancia de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo. Procurarán determinar los parámetros básicos que serán objeto de vigilancia conforme a un modelo conceptual convenido del acuífero o sistema acuífero. Entre esos parámetros deberían incluirse los relativos a la condición del acuífero o sistema acuífero enumerados en el párrafo 1 del proyecto de artículo 8 y también los relativos a su utilización.

Artículo 13. Gestión

Los Estados del acuífero elaborarán y ejecutarán planes para la adecuada gestión de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo de conformidad con las disposiciones del presente proyecto de artículos. A petición de cualquiera de ellos, celebrarán consultas respecto de la gestión del acuífero o sistema acuífero transfronterizo. Siempre que resulte apropiado se establecerá un mecanismo conjunto de gestión.

Parte IV

ACTIVIDADES QUE AFECTEN A OTROS ESTADOS

Artículo 14. Actividades proyectadas

1. Cuando un Estado tenga motivos razonables para estimar que una determinada actividad proyectada en su territorio puede afectar a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, con ello, causar un efecto negativo sensible a otro Estado, aquel Estado, en cuanto sea factible, evaluará los posibles efectos de esa actividad.

2. Antes de que un Estado ejecute o permita ejecutar actividades proyectadas que puedan afectar a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, por tanto, causar un efecto negativo sensible a otro Estado, lo notificará oportunamente al mismo. Esa notificación irá acompañada de los datos técnicos y la información disponibles, incluido todo estudio del impacto ambiental, para que el Estado notificado pueda evaluar los efectos posibles de las actividades proyectadas.

3. Si no se ponen de acuerdo en cuanto al posible efecto de las actividades proyectadas, el Estado que notifica y el Estado notificado deberán celebrar consultas y, en caso necesario, negociaciones con el objeto de llegar a una solución equitativa de la situación. Podrán recurrir a un órgano independiente de determinación de los hechos para realizar una evaluación imparcial de los efectos de las actividades proyectadas.

Parte V

DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 15. Cooperación científica y técnica con los Estados en desarrollo

Los Estados, actuando directamente o por intermedio de las organizaciones internacionales competentes, promoverán la cooperación científica, educativa, técnica y en otros campos con los Estados en desarrollo para la protección y gestión de los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos. Esa cooperación incluirá, entre otros aspectos:

a) formar al personal científico y técnico;

b) facilitar su participación en los programas internacionales pertinentes;

c) proporcionarles el equipo y los servicios necesarios;

d) aumentar su capacidad para fabricar tal equipo;

e) brindar asesoramiento y desarrollar servicios para programas de investigación, vigilancia, educación y otros;

f) brindar asesoramiento y desarrollar servicios para minimizar los efectos perjudiciales de las principales actividades que puedan afectar a los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos;

g) preparar evaluaciones de impacto ambiental.

Artículo 16. Situaciones de emergencia

1. A los efectos del presente proyecto de artículo, por «emergencia» se entenderá una situación que resulte súbitamente de causas naturales o de un comportamiento humano y que constituya una amenaza inminente de causar daño grave a los Estados del acuífero u otros Estados.

2. Cuando una emergencia afecte a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, con ello, constituya una amenaza inminente para los Estados, se aplicarán las siguientes normas:

a) el Estado en cuyo territorio se origine la emergencia:

i) la notificará, sin demora y por los medios más rápidos de que disponga, a los demás Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones internacionales competentes;

ii) tomará inmediatamente, en cooperación con los Estados que puedan resultar afectados y, cuando proceda, las organizaciones internacionales competentes, todas las medidas posibles que requieran las circunstancias para prevenir, mitigar y eliminar todo efecto perjudicial de dicha emergencia;

b) los Estados prestarán cooperación científica, técnica, logística y de otra índole a otros Estados que sufran una emergencia. Dicha cooperación podrá incluir la coordinación de las acciones y las comunicaciones internacionales de emergencia, así como el suministro de personal especializado, equipos y provisiones para responder a emergencias, expertos científicos y técnicos y asistencia humanitaria.

3. Cuando una emergencia constituya una amenaza para las necesidades humanas vitales, los Estados del acuífero, no obstante lo dispuesto en los proyectos de artículos 4 y 6, podrán adoptar las medidas que sean estrictamente necesarias para responder a esas necesidades.

Artículo 17. Protección en tiempo de conflicto armado

Los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas gozarán de la protección que les confieren los principios y normas del derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado internacional y no internacional y no serán utilizados en violación de esos principios y normas.

Artículo 18. Datos e información relativos a la defensa o la seguridad nacionales

Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de artículos obliga a ningún Estado a proporcionar datos e información cuya confidencialidad sea esencial para su defensa o seguridad nacionales. No obstante, ese Estado cooperará de buena fe con otros Estados para proporcionar toda la información que sea posible según las circunstancias.

Artículo 19. Acuerdos y arreglos bilaterales y regionales

A los efectos de la gestión de un determinado acuífero o sistema acuífero transfronterizo, los Estados del acuífero procurarán concertar acuerdos o arreglos bilaterales o regionales entre sí. Dichos acuerdos o arreglos se podrán concertar respecto de todo un acuífero o sistema acuífero o de cualquiera de sus partes, o de un proyecto, programa o utilización determinados, salvo en la medida en que el acuerdo o arreglo pueda afectar negativamente, en grado significativo, a la utilización del agua de dicho acuífero o sistema acuífero por parte de otro u otros Estados del acuífero sin el expreso consentimiento de éstos.

Artículo 20. Relación con otros convenios y acuerdos internacionales

1. El presente proyecto de artículos no modificará los derechos y obligaciones de los Estados Partes cuando dimanen de otros convenios y acuerdos internacionales compatibles con el presente proyecto de artículos y no afecten al disfrute por otros Estados Partes de sus derechos o al cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con el presente proyecto de artículos.

2. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1, cuando los Estados Partes en el presente proyecto de artículos sean también Partes en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, las disposiciones de dicha Convención en relación con los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos se aplicarán únicamente en la medida en que sean compatibles con las disposiciones del presente proyecto de artículos.

RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/595 y Add.1

Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos acerca del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos

[Original: árabe/español/francés/inglés]
[26 de marzo y 7 de mayo de 2008]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento		58
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1-2	58
COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE LOS GOBIERNOS		58
A. Comentarios generales		58
1. Brasil		58
2. Canadá		59
3. Colombia		59
4. Cuba		59
5. República Checa		59
6. Finlandia		60
7. Alemania		61
8. Israel		61
9. Países Bajos		61
10 Polonia		62
11. Portugal		62
12. República de Corea		63
13. Arabia Saudita		63
14. Serbia		64
15. Suiza		64
16. Estados Unidos		64
B. Título		66
Iraq		66
C. Proyecto de artículo 1. Ámbito de aplicación		66
1. Brasil		66
2. Israel		66
3. Países Bajos		66
4. Arabia Saudita		66
D. Proyecto de artículo 2. Términos empleados		67
1. Brasil		67
2. Colombia		67
3. Alemania		67
4. Hungría		67
5. Iraq		67
6. Países Bajos		67
7. Portugal		67
8. Arabia Saudita		68
9. Suiza		68

E. Proyecto de artículo 3. Soberanía de los Estados del acuífero 68
1. Austria 68
2. Brasil 68
3. Cuba 68
4. Israel 68
5. Portugal 68
6. Turquía 68
F. Proyecto de artículo 4. Utilización equitativa y razonable 69
1. Austria 69
2. Cuba 69
3. Alemania 69
4. Iraq 69
5. Israel 69
6. Polonia 70
7. Arabia Saudita 70
8. Suiza 70
9. Turquía 70
G. Proyecto de artículo 5. Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable 70
1. Brasil 70
2. Cuba 70
3. Alemania 70
4. Iraq 71
5. Israel 71
6. Países Bajos 71
7. Polonia 72
8. Arabia Saudita 72
9. Suiza 72
10. Turquía 72
H. Proyecto de artículo 6. Obligación de no causar daño sensible a otros Estados del acuífero 72
1. Brasil 72
2. Colombia 72
3. Cuba 72
4. Finlandia 72
5. Hungría 73
6. Israel 73
7. Países Bajos 73
8. Arabia Saudita 74
9. Turquía 74
I. Proyecto de artículo 7. Obligación general de cooperar 74
1. Austria 74
2. Brasil 74
3. República Checa 74
4. Alemania 74
5. Israel 74
6. Polonia 74
7. Arabia Saudita 75
J. Proyecto de artículo 8. Intercambio regular de datos e información 75
1. Austria 75
2. Brasil 75
3. Colombia 75
4. Suiza 75
K. Proyecto de artículo 9. Protección y preservación de ecosistemas 75
1. Israel 75
2. Países Bajos 75
3. Turquía 76
L. Proyecto de artículo 10. Zonas de recarga y descarga 76
1. Austria 76
2. Brasil 76
3. Israel 76
4. Polonia 76
M. Proyecto de artículo 11. Prevención, reducción y control de la contaminación 76
1. Austria 76
2. Brasil 76

3. Finlandia 77
4. Hungría 77
5. Países Bajos 77
6. Polonia 77
7. Portugal 77
8. Arabia Saudita 77
9. Suiza 77
N. Proyecto de artículo 12. Vigilancia 77
1. Brasil 77
2. Turquía 78
O. Proyecto de artículo 13. Gestión 78
1. Austria 78
2. Brasil 78
3. Alemania 78
P. Proyecto de artículo 14. Actividades proyectadas 78
1. Brasil 78
2. Colombia 78
3. Cuba 79
4. República Checa 79
5. Israel 79
6. Países Bajos 79
7. Turquía 79
Q. Proyecto de artículo 15. Cooperación científica y técnica con los Estados en desarrollo 79
1. Brasil 79
2. Colombia 79
3. Israel 79
4. Polonia 79
5. Arabia Saudita 80
6. Turquía 80
R. Proyecto de artículo 16. Situaciones de emergencia 80
1. Austria 80
2. Brasil 80
3. Cuba 80
4. Israel 80
5. Países Bajos 81
6. Polonia 81
7. Arabia Saudita 81
S. Proyecto de artículo 17. Protección en tiempo de conflicto armado 81
1. Austria 81
2. Brasil 81
T. Proyecto de artículo 18. Datos e información relativos a la defensa o la seguridad nacionales 81
1. Brasil 81
2. Finlandia 81
3. Israel 81
U. Proyecto de artículo 19. Acuerdos y arreglos bilaterales y regionales 82
1. Austria 82
2. Brasil 82
3. Países Bajos 82
4. Arabia Saudita 82
5. Suiza 82
V. Nuevos proyectos de artículos y reordenación del proyecto de artículos 82
1. Iraq 82
2. Suiza 83
W. Forma definitiva 83
1. Brasil 83
2. Canadá 83
3. República Checa 83
4. Finlandia 84
5. República de Corea 84
6. Países Bajos 84
7. Polonia 84
8. Portugal 84
9. Suiza 84

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	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. 331.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1833, n.º 31363, pág. 3.
Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Ibíd., vol. 1936, n.º 33207, pág. 269. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado* n.º 81, 4 de abril de 2000, pág. 13849.
Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)	Ibíd., vol. 1760, n.º 30619, pág. 79.
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.

Introducción

1. En su 58.º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura el proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos[1]. En el párrafo 73 de su informe la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su Estatuto, pedir al Secretario General que transmitiera el proyecto de artículos a los gobiernos para que hicieran comentarios y observaciones, con la petición de que los presentaran al Secretario General antes del 1.º de enero de 2008. En el párrafo 26 del informe la Comisión observó que recibiría con agrado los comentarios y observaciones de los gobiernos acerca de todos los aspectos del proyecto de artículos, sus comentarios y observaciones sobre los comentarios al proyecto de artículos y sus opiniones sobre la forma definitiva del proyecto. El Secretario General envió una nota de fecha 27 de noviembre de 2006 por la que transmitía el proyecto de artículos a los gobiernos. En el párrafo 5 de su resolución 61/34, de 4 de diciembre de 2006, y en el párrafo 6 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, la Asamblea General señaló a la atención de los gobiernos la importancia que revestía para la Comisión conocer sus opiniones sobre el proyecto de artículos.

2. Al 7 de mayo de 2008 se habían recibido respuestas de los siguientes Estados: Alemania, Arabia Saudita, Austria, Brasil, Canadá, Colombia, Cuba, Estados Unidos, Finlandia, Hungría, Iraq, Israel, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República de Corea, Serbia y Turquía. Las respuestas se han clasificado por temas, siguiendo el orden alfabético inglés, comenzando por los comentarios de carácter general y continuando con una ordenación artículo por artículo.

[1] El texto del proyecto de artículos figura en *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 75, y el texto del proyecto de artículos con sus comentarios en ibíd., párr. 76.

Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos

A. Comentarios generales

1. Brasil

1. El Brasil expresa su reconocimiento por la labor realizada por la Comisión en el examen de una cuestión tan compleja e importante. También desea expresar su agradecimiento al Relator Especial, Sr. Chusei Yamada, y al Grupo de Trabajo presidido por el Sr. Enrique Candioti por su eficiente labor, que hizo posible que la primera lectura se llevara a cabo en un plazo relativamente corto.

2. La primera contribución de la Comisión, cuyo proyecto de artículos deberá guiar los futuros trabajos de la Asamblea General sobre la materia, debería ser el establecimiento de un conjunto de principios genéricos. Esos principios deberían ser suficientemente flexibles y equilibrados para que los Estados en los que están ubicados los acuíferos transfronterizos puedan basar en ellos su cooperación con miras a hacer el mejor uso de esos acuíferos de una forma equitativa y acorde con las características específicas de cada uno de ellos. Corresponde a los Estados establecer, según proceda, sus propios instrumentos y mecanismos, teniendo en cuenta las situaciones particulares y las diferentes realidades regionales. Dada la diversidad de situaciones y realidades regionales, en el proyecto de artículos debe reconocerse la primacía de los acuerdos regionales como forma más apropiada para regular la cooperación en lo que se refiere a los acuíferos transfronterizos.

3. Los trabajos de la Comisión y de la Asamblea General deben dirigirse hacia el establecimiento de principios genéricos que puedan guiar a los Estados en la negociación de acuerdos regionales de una naturaleza más específica. Al hacerlo así, la Comisión y la Asamblea General evitarán el riesgo que supondría elaborar un texto que no consiguiera un amplio consenso entre los Estados por ser demasiado ambicioso y contener demasiados detalles técnicos y jurídicos. Además, un texto más flexible y abierto podría contribuir a fomentar la sensibilización en torno al tema y elevar la prioridad de la cuestión en la agenda de

los Estados, alentándolos a negociar acuerdos regionales. En opinión del Brasil, el proyecto de artículos refleja un cuidadoso equilibrio entre el principio de la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales ubicados en territorios bajo su jurisdicción y la obligación de no causar daño sensible a esos recursos. Es imperativo mantener ese equilibrio y evitar la imposición de excesivas restricciones a las actividades legítimas de los Estados.

2. Canadá

El Canadá agradece el valioso trabajo de la Comisión en su examen de posibles opciones para la elaboración de un instrumento internacional que pueda aplicarse a los acuíferos transfronterizos. En algunos aspectos, en particular en su aplicación del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* como base de una obligación de no causar daños transfronterizos, la Comisión refuerza la posición de ese principio como uno de los fundamentos del derecho internacional consuetudinario.

3. Colombia

1. El proyecto de artículos presentado por la Comisión aborda los aspectos relevantes para los recursos hídricos subterráneos transfronterizos, así como para los deberes y derechos de los Estados de conservarlos y preservarlos. Representa una propuesta de marco regulatorio que asegure un manejo integrado y armónico de los recursos hídricos para la conservación, manejo y aprovechamiento de los acuíferos transfronterizos.

2. Los resultados de las acciones propuestas en el proyecto serán de gran importancia y utilidad para los Estados con acuíferos y recursos naturales compartidos, puesto que generarán información fundamental para priorizar acciones y realizar una gestión ambientalmente adecuada de esos recursos.

3. No obstante, en opinión de Colombia es importante tener en cuenta los siguientes aspectos: deberá realizarse una profunda revisión jurídica que permita determinar la compatibilidad del proyecto de artículos con las disposiciones de la legislación nacional vigente sobre la materia, como la Ley N.º 191 de 1995 (por medio de la cual se dictan disposiciones sobre zonas de frontera)[1] y el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente[2], los decretos reglamentarios y los acuerdos multilaterales y bilaterales que regulan las relaciones de Colombia respecto de esos recursos.

4. Para dar cumplimiento a lo expuesto en los artículos 4, 5, 8, 9, 11, 12, 13 y 14, se requiere inicialmente que cada Estado asuma el compromiso de identificar, delimitar y evaluar el estado actual, la capacidad (oferta) y disponibilidad (viabilidad del aprovechamiento) de los acuíferos presentes en sus fronteras. A ese respecto, es importante determinar si sería posible contar con un mecanismo financiero o de cooperación internacional para que los Estados puedan asumir ese compromiso.

5. Para dar cumplimiento coherente a lo propuesto en los proyectos de artículos 1 y 14, en lo referente a otras actividades, sería necesario iniciar un proceso de unificación de los requerimientos, condiciones y términos de referencia respecto a las obras o intervenciones que requieran licencia o permisos ambientales, en lo referente a acuíferos y zonas de recarga de aguas subterráneas.

6. En relación con la propuesta sobre el intercambio regular de datos e información entre los Estados con jurisdicción en un acuífero transfronterizo, inicialmente sería necesario iniciar un proceso de elaboración de protocolos y formatos de captura de información que permitan que los datos e información se complementen y aporten un valor añadido, y así tener los insumos necesarios para desarrollar acciones de planificación y manejo en forma conjunta entre los países.

7. Llama la atención el hecho de que en el proyecto de artículos, al referirse a los daños que se generen o puedan llegar a generarse sobre los acuíferos, se empleen calificativos como «sensible», «grave» o «significativo». A ese respecto, sería conveniente aclarar el significado y alcance de esos términos, por lo que convendría que en el proyecto de artículos se definiera el alcance de ese concepto, como base para determinar en qué casos habrán de generarse los efectos jurídicos previstos en el proyecto de artículos.

4. Cuba

1. No es suficiente emplear la expresión «utilización equitativa y razonable» en diferentes partes del proyecto de artículos, toda vez que al derecho ambiental se ha incorporado cada vez con más fuerza la expresión «sostenible», como se señala en el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Por tanto, Cuba considera que sería más apropiado emplear la expresión «utilización equitativa y sostenible».

2. Cuba desea también expresar su reconocimiento al Relator Especial por el trabajo realizado en la preparación de los cuatro informes examinados por la Comisión y, en particular, por su propuesta de analizar el tema de manera gradual, comenzando con las aguas subterráneas transfronterizas. Asimismo, hace extensivo ese reconocimiento al Sr. Enrique Candioti, Presidente del Grupo de Trabajo sobre los recursos naturales compartidos, por la labor desempeñada en la preparación del proyecto de artículos.

5. República Checa

1. La República Checa aprecia el resultado de los debates celebrados hasta la fecha por la Comisión que han dado lugar al proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos. La República Checa opina que ese texto podría servir en el futuro como base para la negociación de acuerdos bilaterales o multilaterales detallados sobre los acuíferos transfronterizos. El proyecto de artículos representa un equilibrio entre los principios de la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales, su utilización equitativa y razonable, su preservación y protección y la obligación de no causar daño sensible.

---

[1] *Diario Oficial* 41.903, de 23 de junio de 1995.

[2] Ibíd., 34.243, de 27 de enero de 1975.

2. No obstante, la República Checa desearía formular varias observaciones acerca del proyecto de artículos, en particular en relación con los proyectos de artículos 7 y 14 (véase más adelante).

6. Finlandia

1. Cabe señalar que el proyecto de artículos adolece de un enfoque demasiado tímido. Las obligaciones en materia de protección del medio ambiente establecidas en el proyecto de artículos, por ejemplo, siguen siendo modestas en comparación con las que figuran en el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, de la CEPE. Aunque el Convenio de la CEPE no se ha utilizado como documento de referencia en la preparación del proyecto de artículos, es uno de los muy pocos instrumentos internacionales de ámbito regional en el que se ha desarrollado adecuadamente un marco para la cooperación en materia de aguas subterráneas y que podría servir como modelo para la ulterior preparación del proyecto presentado por la Comisión.

2. La Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación constituye también un ejemplo, aunque no totalmente alentador. Durante las negociaciones de esa Convención, el proyecto de artículos presentado por la Comisión sólo pudo reforzarse en algunos aspectos y, en relación con muchas cuestiones conflictivas, se hizo referencia al texto de la Comisión como un compromiso. Resultó sorprendente que los Estados no estuviesen dispuestos a aceptar, en forma de instrumento jurídicamente vinculante, los principios que habían adoptado, por ejemplo, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992. La Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación no ha conseguido más que un pequeño número de ratificaciones.

3. El proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos se basa en gran medida en los principios adoptados en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, concebidos esencialmente para regular las aguas superficiales. En el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, el término «aguas transfronterizas» incluye tanto las aguas superficiales como las subterráneas que demarcan, cruzan o están situadas en la frontera entre dos o más Estados. No obstante, hay motivos para considerar las características específicas de las aguas subterráneas de forma independiente en lugar de inclinarse demasiado hacia la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Cabe destacar también que las cuestiones ambientales relacionadas con las aguas subterráneas son de una naturaleza completamente distinta a las relativas al gas y el petróleo, por lo que no pueden aplicarse los mismos principios. La Comisión debe tenerlo en cuenta si, en el futuro, decide abordar el examen del gas y el petróleo.

4. Hoy día, muchos convenios ambientales internacionales se redactan bajo la forma de convenios marco. La cooperación en el seno de esos convenios se rige y se desarrolla por las reuniones de las partes y los órganos subsidiarios. De ese tipo de cooperación han surgido diferentes tipos de regímenes en los convenios. En el marco de varios convenios se han adoptado, por ejemplo, protocolos detallados a fin de concretar más algunas disposiciones generales. Cabe señalar que el proyecto de artículos presentado por la Comisión no contiene elementos relacionados con un régimen de ese tipo. En vez de eso, se pretende que el documento sea un instrumento de carácter general destinado a establecer un marco para la cooperación regional o bilateral. Aunque ese punto de partida tiene su justificación, también tiene sus riesgos. Puede que los Estados no estén motivados para ratificar un convenio de carácter general en el que simplemente se recoja una colección de principios; tampoco es probable que un convenio de ese tipo genere un valor añadido importante. Además, en ausencia de un régimen dinámico, un eventual convenio de carácter general no sería más que una lista pasiva de principios. Sería importante alentar a los Estados a que desarrollaran la cooperación mutua, de carácter bilateral, haciendo hincapié en la importancia de los acuerdos, planes y otros tipos de colaboración entre Estados vecinos con miras a alcanzar acuerdos más específicos sobre los detalles relativos a la utilización y protección de los recursos hídricos.

5. En aras de la claridad debería estudiarse la posibilidad de armonizar la terminología a lo largo del proyecto de artículos. Conviene señalar que en el proyecto de artículo 6 se introduce el término «daño sensible» a fin de establecer el umbral para los efectos negativos que pudieran derivarse para otros Estados de la utilización de un acuífero transfronterizo, entre otras cosas. Sin embargo, según lo establecido en el proyecto de artículo 14, relativo a las actividades proyectadas, un Estado tendría que notificar a otros Estados en caso de que las actividades proyectadas pudieran «causar un efecto negativo sensible» en ellos. Además, según lo dispuesto en el proyecto de artículo 16, relativo a las medidas que deben adoptarse en situaciones de emergencia, un Estado del acuífero estaría obligado a notificar a los demás Estados que pudieran resultar afectados cualquier situación de emergencia que pudiera causarles un «daño grave».

6. Las diferentes formulaciones empleadas en el proyecto de artículos revelan también que en la redacción del texto la Comisión no ha seguido las líneas del enfoque más general del desarrollo sostenible. Un ejemplo más es que en el apartado *b* del párrafo 1 del proyecto de artículo 5 se hace referencia a las necesidades económicas, sociales y de otro tipo, sin mención alguna a la dimensión ambiental. Sería conveniente sustituir el término «razonable» que figura en el proyecto de artículo 4 por el término «sostenible», a fin de reflejar el enfoque del desarrollo sostenible.

7. En los trabajos futuros, el impacto de distintos tipos de amenazas ambientales en la calidad y la cantidad de las aguas subterráneas debería ser un aspecto clave. A ese respecto, la Comisión debería considerar en particular los efectos del cambio climático. También debería tenerse en cuenta en la futura labor de preparación del proyecto de

artículos, además de la abstracción y la protección de las aguas subterráneas, cualquier nuevo uso de los acuíferos, es decir, las formaciones que almacenan agua subterránea, como depósitos de dióxido de carbono o fuentes de energía geotérmica.

8. En conclusión, Finlandia quisiera centrar la atención en el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, cuyo contenido es mucho más completo y detallado que el del proyecto de instrumento internacional que se está preparando. Ese Convenio, ratificado hasta ahora por 36 Estados, incluida la Federación de Rusia, entró en vigor en 1996. En 2003, las partes adoptaron un suplemento del Convenio por el que se permitía a los Estados que no pertenecían a la zona de la CEPE adherirse a él.

7. Alemania

1. A Alemania le complace que la Comisión haya abordado la cuestión de los acuíferos transfronterizos porque el uso de las aguas subterráneas puede desencadenar conflictos, especialmente más allá de las fronteras de Europa. Eso es así tanto en lo que se refiere a la calidad como a la composición del agua subterránea. Teniendo en cuenta la posibilidad de que pueda desencadenarse un conflicto, parece que la elaboración de un convenio internacional o una declaración de principios es una medida útil. En particular, los principios generales que se contemplan en los proyectos de artículos 3 a 8 suponen una clara mejora sobre la forma de utilizar los recursos hasta ahora, al afirmarse en ellos los principios de la cooperación y la utilización coordinada.

2. Por lo que se refiere a la utilización de sus aguas subterráneas y de las aguas subterráneas transfronterizas que comparte con sus países vecinos, Alemania ya cumple los requisitos establecidos en el proyecto de artículos de la Comisión, puesto que está obligada por la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas[1] y la Directiva 2006/118/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro[2] que han sido transpuestas a la legislación federal y de los estados.

3. Para Alemania resulta importante velar por que el trabajo que entraña la presentación de informes en relación con la aplicación de las normas de las Naciones Unidas no duplique el que entrañan las obligaciones establecidas en las directivas mencionadas.

4. Como cuestión de principio, las aguas subterráneas deben considerarse separadamente y de manera distinta a los depósitos de petróleo y gas aunque algunos factores geológicos pudieran sugerir que se aborden conjuntamente. Con el enfoque geológico se pasarían por alto las repercusiones económicas y sociales, que desempeñan un importante papel en relación con las aguas subterráneas. Los depósitos de petróleo y gas se encuentran habitualmente a una profundidad mucho mayor que los depósitos de agua subterránea, lo que dificulta la comparación.

5. A Alemania le complacería que sus propuestas quedasen reflejadas en el instrumento que se examine en segunda lectura. Como recomendó el Relator Especial, esa lectura debería realizarse sin tener en cuenta cualquier labor que pudiera realizarse en el futuro en relación con el petróleo y el gas.

8. Israel

1. Israel considera que no hay ningún motivo para dividir el proyecto de artículos en dos partes separadas. Israel propone que la parte II y la parte III se combinen para evitar que se establezca algún tipo de jerarquía entre los distintos artículos. Como puede observarse en los comentarios que figuran a continuación, Israel considera que la cooperación entre todos los Estados en todas las cuestiones relacionadas con los acuíferos transfronterizos, como se contempla en el proyecto de artículos, es de gran importancia y es esencial para la preservación y gestión de los acuíferos, así como para el bienestar de las poblaciones afectadas.

2. Israel desearía reiterar su apoyo, que ya expresó en su alocución pronunciada ante la Sexta Comisión el 2 de noviembre de 2007[1], a las conclusiones contenidas en el cuarto informe sobre recursos naturales compartidos: aguas subterráneas transfronterizas[2], en el que el Relator Especial manifestaba su opinión de que la CDI debía abordar la cuestión de los acuíferos transfronterizos independientemente de sus futuros trabajos en relación con el petróleo y el gas natural.

9. Países Bajos

Los Países Bajos siguen con gran interés los trabajos de la Comisión en la esfera de los recursos naturales compartidos. Los Países Bajos son un país que cuenta con muchos recursos naturales compartidos con otros Estados o que se encuentran en zonas situadas fuera de los límites de su jurisdicción nacional. Entre esos recursos hay aguas subterráneas, depósitos minerales, como los de petróleo y gas, y especies migratorias de tierra, mar y aire. Por tanto, la regulación internacional de los usos y los impactos en los recursos naturales compartidos se considera de la mayor importancia. En el proyecto de artículos que presenta la Comisión sólo se contemplan los acuíferos. Se prevé la realización de nuevos trabajos en relación con otros recursos naturales compartidos una vez concluida la labor relacionada con los acuíferos. Así pues, parece que se ha previsto elaborar otro conjunto de reglas, o más, para esos otros recursos naturales compartidos. Con el enfoque actual parece que se perdería la oportunidad de elaborar un conjunto general de normas aplicables a todos los recursos naturales compartidos. En particular, no se ha aclarado suficientemente por qué el proyecto de artículos no podría aplicarse también a sustancias

[1] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 327/1, 22 de diciembre de 2000.

[2] *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 372/19, 27 de diciembre de 2006.

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 109.

[2] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/580, párr. 15.

gaseosas y a sustancias líquidas diferentes de las aguas subterráneas. En el párrafo 2 del comentario general del proyecto de artículos se señala que el Relator Especial es consciente de que hay muchas similitudes con el petróleo y el gas, y que sería necesario prestar la debida atención a esa relación antes de completar la segunda lectura. Los Países Bajos apoyan esa opinión y desearían hacer un llamamiento a la Comisión para que preste la debida atención en ese aspecto durante la segunda lectura del proyecto de artículos. Parece que la mayoría de los proyectos de artículos, en especial los que se refieren a la obligación de utilizar los acuíferos de forma equitativa y razonable y la obligación de no causar daño sensible a otros Estados, podrían aplicarse igualmente a otros recursos naturales compartidos, como las sustancias gaseosas o las sustancias líquidas distintas de las aguas subterráneas. Así pues, los Países Bajos no están aún convencidos de que sea necesario adoptar un enfoque diferente para abordar otros recursos naturales compartidos.

10. Polonia

1. Polonia ve con agrado la conclusión de la primera lectura del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos. El tema representa un nuevo avance que se necesita con urgencia en la esfera del derecho internacional de los recursos hídricos.

2. Como los recursos hídricos son esenciales para la vida humana, la regulación internacional de la utilización y la protección de los acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos es de gran actualidad y reviste la mayor importancia.

3. En opinión de Polonia, el proyecto de artículos ofrece una orientación general útil para los Estados acerca de los principios y normas relativos a los acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos y establece un balance adecuado entre la necesidad de utilizar los acuíferos y la necesidad de protegerlos a largo plazo. No obstante, también podría ser útil incluir en el proyecto de artículos disposiciones sobre deberes generales aplicables a todos los Estados, así como una referencia a las actividades de los Estados que no tengan acuíferos pero que puedan afectar a acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos.

4. Con el fin de evitar una posible superposición, también parece importante determinar la relación entre el proyecto de artículos y la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación porque los acuíferos transfronterizos que estén conectados hidráulicamente con cursos de agua internacionales estarán sujetos a ambos instrumentos.

5. Teniendo en cuenta la gran diversidad de los acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos, es preciso encomiar a la Comisión por haber adoptado un enfoque marco en la elaboración del proyecto de artículos, enfoque que podría adaptarse a las necesidades de acuíferos transfronterizos concretos mediante acuerdos bilaterales o regionales entre los Estados que los compartan.

6. En cuanto a los principios generales a que se hace referencia en la parte II del proyecto de artículos, parece que la naturaleza del tema en cuestión justifica plenamente que se haga hincapié en el aspecto de la sostenibilidad. Así pues, el principio del desarrollo sostenible merece sin duda ser incluido en esa parte.

7. Además, se propone que se añadan también a esa parte otros dos principios del derecho internacional ambiental, el principio de la educación obligatoria y el principio de precaución.

8. El principio de la educación obligatoria en relación con una esfera tan altamente vulnerable como los recursos hídricos subterráneos reviste especial importancia para el público, y especialmente para las autoridades municipales y gubernamentales, es decir, los responsables directos de la utilización y gestión de los recursos hídricos.

9. En cuanto al principio de precaución (es necesario aclarar el término), debe adoptarse como un principio general aplicable en toda la extensión del proyecto de artículos a cuestiones como, entre otras, la sobreexplotación, el descenso de las capas freáticas y la subsidencia de la superficie, y no sólo a la prevención, la reducción y el control de la contaminación (véase el proyecto de artículo 11).

11. Portugal

1. Portugal desea encomiar al Relator Especial por su dedicación al desarrollo de este tema, teniendo presente su complejo carácter multidisciplinar, y por su exhaustiva labor en la preparación de un excelente proyecto de artículos, dada la importancia de los acuíferos para el futuro de la humanidad. Portugal sigue manteniendo las más altas expectativas sobre su labor. Portugal expresa también su reconocimiento al Grupo de Trabajo sobre los recursos naturales compartidos y a los expertos en aguas subterráneas que han cooperado con la Comisión.

2. Las soluciones presentadas hasta ahora están bien equilibradas y pueden observarse algunas similitudes entre el proyecto de artículos y algunos artículos de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, así como con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, lo que demuestra que esas soluciones están en consonancia con el progreso del derecho internacional contemporáneo.

3. Además, y esto es algo de la mayor importancia para Portugal, el proyecto de artículos es compatible con la normativa europea en la materia por la que Portugal ya está obligado, a saber, la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas[1] y la Directiva 2006/118/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro[2]. No obstante, Portugal considera que el hecho de que se haya promulgado una normativa europea sobre la materia no debe impedir a

[1] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 327/1, 22 de diciembre de 2000.

[2] *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 372/19, 27 de diciembre de 2006.

los Estados miembros de la UE contribuir al desarrollo y la codificación universal del derecho de los acuíferos transfronterizos.

4. Desde una perspectiva general, Portugal observa que en el proyecto de artículos se refleja una mayor preocupación por los aspectos cualitativos que por los cuantitativos. Portugal opina que los aspectos cuantitativos no deben disociarse de los cualitativos y que en el proyecto de artículos deberían reflejarse ambos de una forma más equilibrada. Por lo que respecta a la calidad de las aguas subterráneas, en el proyecto de artículos se hace referencia a la cuestión de la prevención y el control de la contaminación, que es motivo de especial preocupación. Sin embargo, no se hace referencia al procedimiento que los Estados deberían adoptar en caso de que se planteen, en el presente o en el futuro, problemas relacionados con la calidad del agua de los acuíferos transfronterizos. Es muy importante que los Estados afectados o relacionados de cualquier otra forma con el problema de la contaminación adopten medidas similares y simultáneas para reducirlo al mínimo.

5. Portugal desea manifestar también que encuentra encomiable la inclusión en el proyecto de artículos de disposiciones relativas al derecho humano a disponer de agua y los principios del derecho internacional ambiental.

12. República de Corea

1. La República de Corea considera que la valiosa labor que ha realizado la Comisión en la esfera de los recursos naturales compartidos representa una contribución oportuna al desarrollo progresivo mediante la codificación de esa esfera del derecho.

2. La República de Corea observa que en algunas disposiciones del proyecto de artículos se codifican normas consuetudinarias existentes y se recogen las obligaciones y prácticas de los Estados, la doctrina y la jurisprudencia actuales. No obstante, parece haber también disposiciones que van más allá de las obligaciones y prácticas actuales de los Estados, lo que significa que el proyecto de artículos representa más que una declaración del derecho consuetudinario o un desarrollo progresivo razonable de ese derecho. Así pues, es necesario hacer hincapié en que debe realizarse un examen y un debate cuidadoso para llevar adelante esa tarea.

3. Si no se ofrecen verdaderos incentivos para los Estados que no tengan acuíferos, podría ser que sólo los Estados que sí los tengan pasen a ser partes en un instrumento de ese tipo.

4. Los Estados partes serían renuentes a contraer obligaciones que podrían ser importantes en beneficio de otros Estados que no sean partes y no hayan aceptado las obligaciones establecidas en el convenio.

5. La Comisión tiene que adoptar una importante decisión sobre si debe ir más allá de los acuíferos transfronterizos y ocuparse también de otros recursos naturales compartidos. Es aconsejable que la Comisión obre con cautela a ese respecto. Los Estados y las empresas tienen enormes intereses políticos y económicos en la asignación y regulación de los recursos de petróleo y gas, y es muy probable que cualquier propuesta de la Comisión sea muy controvertida. Los Estados de la comunidad internacional ya tienen una experiencia y una práctica considerables en lo que se refiere a las reservas transfronterizas de petróleo y gas. Es dudoso que la Comisión deba ir más allá de la cuestión de los acuíferos transfronterizos.

13. Arabia Saudita

1. En el proyecto de artículos no se abordan las siguientes cuestiones: *a*) la prohibición de las perforaciones direccionales, inclinadas y horizontales en los acuíferos; *b*) la ausencia de disposiciones dirigidas a las partes que no tengan acuíferos o sistemas acuíferos; *c*) cómo tener en cuenta las diferencias en cuanto a la superficie, la extensión, el espesor y otras características de un acuífero, la dirección del flujo de agua subterránea, o las variaciones de población de un Estado a otro; *d*) el uso de sustancias contaminantes y sus efectos en los acuíferos o sistemas acuíferos, y *e*) los acuíferos no renovables, los acuíferos ubicados en regiones desérticas y los acuíferos ubicados en regiones con abundantes precipitaciones.

2. El proyecto de artículos se ocupa de las fuentes ocultas de aguas subterráneas, un tema repleto de riesgos por la escasez de información y datos precisos al respecto y las muchas formaciones geológicas subterráneas, como las fisuras y plegamientos, que pueden impedir el flujo de esas aguas subterráneas. Esos factores no se han tenido en cuenta.

3. En el proyecto de artículos no se distingue entre las zonas desérticas secas que reciben pocas precipitaciones y las zonas ricas en aguas subterráneas. Por ese motivo debe darse prioridad a la utilización de los acuíferos transfronterizos ubicados en zonas desérticas con fines específicos, como el abastecimiento de agua potable.

4. Sería deseable disponer de un mecanismo para el intercambio de experiencias satisfactorias en la gestión de los acuíferos transfronterizos, a fin de que otros países puedan aprovecharlas.

5. El concepto general en que se basa el proyecto de artículos abarca tanto los acuíferos como los sistemas acuíferos. No obstante, en algunos de los artículos sólo se hace referencia a los acuíferos, y no a los sistemas acuíferos, como en el párrafo 2 del proyecto de artículo 6, el párrafo 1 del proyecto de artículo 7, y el proyecto de artículo 8, entre otros.

6. En el párrafo 4 del comentario general la Comisión consideró si sería necesario estructurar el proyecto de artículos de modo que previese obligaciones para todos los Estados en general, obligaciones de los Estados del acuífero para con otros Estados del acuífero y obligaciones de los Estados del acuífero para con otros Estados que no sean del acuífero. En aras de la efectividad se decidió que algunos proyectos de artículos debían imponer obligaciones a los Estados que no compartían el acuífero transfronterizo de que se tratase y, en ciertos casos, reconocer derechos a estos últimos Estados con respecto a los Estados de ese acuífero. Al llegar a esas conclusiones, la Comisión subrayó la necesidad de proteger el acuífero o el sistema acuífero transfronterizo.

7. La redacción de ese párrafo requiere aclaración en la medida en que parece sugerir que es posible que algunos Estados que no sean de un acuífero tengan derechos en relación con otros Estados que sí lo sean, a pesar de que no sean Estados de ese acuífero y no sean partes en ese proyecto. Debería volver a examinarse ese aspecto. En el texto se habla también de obligaciones para todos los Estados en general y obligaciones de los Estados del acuífero para con otros Estados del acuífero. Esas obligaciones, no obstante, no se especifican.

14. Serbia

Tras celebrar consultas con los órganos e instituciones pertinentes, Serbia ha examinado todos los aspectos del proyecto de artículos y los comentarios al respecto y no tiene ninguna observación que añadir.

15. Suiza

1. Como es bien conocido, las aguas subterráneas son objeto de un agotamiento silencioso, pero continuo, en todo el mundo, tanto en cantidad como en calidad. El proyecto de artículos que presenta la Comisión es un paso adelante hacia la ordenación integrada de los recursos hídricos. El proyecto se basa en la decisión adoptada por los Estados Miembros en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en 2002 con miras a:

> Elaborar planes de gestión integrada y aprovechamiento eficiente de los recursos hídricos para el año 2005, prestando apoyo a los países en desarrollo y adoptando medidas en todos los planos para:
>
> *a*) Elaborar y aplicar estrategias, planes y programas nacionales y regionales para la ordenación integrada de los ríos, las cuencas hidrográficas y las aguas subterráneas y adoptar medidas para mejorar la eficacia de la infraestructura a fin de reducir las pérdidas y aumentar el reciclaje del agua[1].

2. Suiza es parte en el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales. La legislación de Suiza sobre la materia incluye la Ley Federal de 24 de enero de 1991 sobre la protección del agua (SR 814.20), la Ley Federal de 21 de junio de 1991 sobre la ordenación de los cursos de agua (SR 721.100) y la Ley Federal de 7 de octubre de 1983 sobre la protección del medio ambiente (SR 814.01).

3. El proyecto de artículos presentado por la Comisión se ajusta a la legislación de Suiza. No obstante, no todos los proyectos de artículos revisten el mismo interés para la situación de Suiza. En algunos se abordan condiciones hidrogeológicas que raramente se dan en el país, como la gestión de las aguas subterráneas fósiles o los acuíferos con un bajo nivel de aprovisionamiento que se encuentran en condiciones precarias en lo que se refiere a la recarga. Para Suiza revisten también gran importancia los aspectos relacionados con la calidad de las aguas transfronterizas (proyecto de artículo 11). Además, hay grandes acuíferos estrechamente vinculados con las aguas superficiales de ríos como el Rin o el Arve[1]. Ese aspecto está relativamente poco desarrollado en el proyecto de artículos.

16. Estados Unidos

1. Los Estados Unidos consideran que la labor de la Comisión sobre los acuíferos transfronterizos constituye un adelanto importante en la prestación de orientación para la utilización razonable y la protección de los acuíferos subterráneos, cuya importancia como fuentes de agua para la población humana va en aumento. Habría que intentar resolver la actual falta de orientación a los Estados que procuran hacer frente a las presiones sobre los acuíferos transfronterizos, y los esfuerzos de la Comisión dirigidos a elaborar un conjunto de instrumentos flexibles para utilizar y proteger estos acuíferos puede ser una contribución muy útil para estos Estados. En la labor realizada hasta ahora, la Comisión ha logrado un equilibrio razonable entre la amplitud de la cobertura y el alcance de las obligaciones propuestas. A saber, el proyecto abarca un gran espectro de actividades (se aplica a las que, independientemente de dónde se realicen, tengan o puedan tener un impacto en los acuíferos transfronterizos), a fin de proteger los sistemas acuíferos, pero se cuida de no exagerar las obligaciones que se propone imponer a las partes para proteger los acuíferos en detrimento de otras actividades importantes. En resumen, la Comisión ha logrado avances muy positivos en relación con una cuestión compleja e importante.

2. Los Estados Unidos siguen prefiriendo claramente arreglos adecuados a cada contexto particular, regionales o locales, ya que consideran que son la mejor forma de enfrentar las presiones sobre las aguas subterráneas transfronterizas, en lugar de un tratado marco mundial. Aunque es posible que el proyecto de artículos se haya elaborado con la idea de realizar una convención marco, los Estados Unidos son partidarios de que se reformule para constituirse en principios recomendados no vinculantes, como se hizo en el caso de la responsabilidad por daños transfronterizos. Todavía hay mucho que aprender sobre los acuíferos transfronterizos en general, y las condiciones de cada acuífero y las prácticas de los Estados son muy diversas. En cualquier negociación particular cabría tener en cuenta numerosos factores, como las características hidrológicas del acuífero en cuestión; los usos actuales y los usos futuros previstos; las condiciones climáticas y pronósticos al respecto; y consideraciones económicas, sociales y culturales. Por tanto, la mejor forma de adoptar arreglos relativos a las aguas subterráneas es mediante

---

[1] Naciones Unidas, *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002*, A/CONF.199/20 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.03.II.A.1), anexo, Plan de Aplicación de de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, párr. 26.

[1] Entre los acuíferos transfronterizos de Suiza pueden citarse: el acuífero aluvial del Rin y la parte alta del Lago Constanza que se encuentra entre Suiza, Austria y Liechtenstein; el acuífero aluvial de la parte baja del Lago Constanza que se encuentra entre Suiza y Alemania; el acuífero aluvial del río Arve que se encuentra entre Suiza y Francia. El primer Acuerdo sobre la protección, utilización y recarga del acuífero franco-suizo de Ginebra data del 1.º de enero de 1978. La explotación de las estaciones de bombeo en ambos lados de la frontera y el funcionamiento de una instalación artificial de recarga que utiliza agua del río Arve se regularon en los años 70 para evitar la sobreexplotación. Ese acuífero proporciona cerca del 20% del agua potable que se consume en el cantón de Ginebra (con unas reservas estimadas de 17 millones de m^3). Con efecto a partir del 1.º de enero de 2008, el acuerdo ha sido sustituido por el Convenio relativo a la protección, la utilización, la realimentación y el seguimiento de la napa subterránea franco-suiza de la región de Ginebra, celebrado entre el cantón de Ginebra y las ciudades francesas interesadas.

medidas regionales o locales que tengan en cuenta los factores políticos, sociales, económicos y de otro tipo que afectan a cada situación concreta. Además, el actual proyecto de artículos va más allá de la legislación y la práctica actuales. Contiene una serie de obligaciones, incluidos procedimientos para el intercambio de información, la supervisión, la gestión de recursos y la cooperación técnica, que claramente superan por mucho las obligaciones actuales de los Estados y, por tanto, no sería un reflejo adecuado del derecho consuetudinario ni un desarrollo progresivo razonable de ese derecho. La reformulación de los artículos como principios recomendados no vinculantes sería, entonces, coherente con el carácter general de gran parte del contenido del texto, pero para ello habría que revisar la redacción a fin de eliminar los elementos imperativos y las declaraciones de obligación.

3. Aunque los Estados Unidos no están convencidos de que un tratado mundial obtenga el suficiente apoyo, se reconoce que muchos Estados han expresado interés en una convención de este tipo. Si la Comisión continúa trabajando en este sentido, a pesar de las reservas de los Estados Unidos, este país considera que sería necesario ocuparse de varias cuestiones, entre ellas: *a*) la relación entre una convención marco y otros arreglos bilaterales o regionales, y *b*) la función de los Estados partes que no son Estados del acuífero.

4. El primer conjunto de cuestiones tiene que ver con la relación entre una convención y otros acuerdos que afectan a la gestión y protección de los acuíferos transfronterizos. Ya se han firmado varios otros acuerdos, por ejemplo, entre los Estados Unidos y sus vecinos para la gestión de sus aguas limítrofes. A medida que la Comisión continúa examinando los artículos, debería asegurarse de que las partes en una convención marco tengan la posibilidad de firmar acuerdos con otros Estados del acuífero cuyo contenido pueda diferir del de una convención marco. Los Estados del acuífero son quienes mejor pueden evaluar su situación local, sopesar consideraciones y necesidades diversas en relación con determinados acuíferos y gestionar sus acuíferos compartidos como lo juzguen mejor, y no debería impedirse que lo hagan. Por ende, la Comisión debería tener cuidado para no adoptar disposiciones que parecería que reemplazan los arreglos bilaterales o regionales existentes o limitan la flexibilidad de los Estados para concertar acuerdos de este tipo.

5. Además, aunque en el artículo 19 se insta a los Estados del acuífero a concertar acuerdos o arreglos bilaterales o regionales a los efectos de la gestión de acuíferos compartidos, también se prohíbe a los Estados del acuífero concertar acuerdos o arreglos respecto de un acuífero o sistema acuífero que puedan afectar negativamente, en grado significativo, a la utilización del agua de dicho acuífero o sistema acuífero por parte de otro u otros Estados del acuífero sin el expreso consentimiento de éstos. Aunque en el párrafo 2 del comentario al artículo 19 se afirma que esta prohibición no tiene por objeto otorgar a otros Estados del acuífero un derecho de veto sobre los Estados contratantes, podría decirse que con la redacción empleada se faculta a un Estado del acuífero que no participa en un acuerdo para, al negarse a dar su expreso consentimiento, impedir la concertación del acuerdo o exigir concesiones no razonables a los Estados negociadores.

6. Los Estados Unidos reconocen la importancia de que todos los Estados del acuífero pertinentes participen en cualquier acuerdo que afecte a un acuífero transfronterizo en particular. Sin embargo, la obligación de obtener el expreso consentimiento de los Estados del acuífero que se verían afectados negativamente en grado significativo, pero que no participan en la negociación del acuerdo, puede imponer limitaciones innecesarias y no razonables a los Estados del acuífero que están negociando. Los Estados partes, actuando en forma independiente o concertada, aún tendrían que utilizar el acuífero transfronterizo de una manera equitativa y razonable (proyecto de artículo 4) y prevenir que se cause daño sensible a otros Estados del acuífero (proyecto de artículo 6), entre otras obligaciones. Hacer que la concertación de un acuerdo tal dependa también del expreso consentimiento de otros Estados del acuífero parece, entonces, innecesario, ya que todo esfuerzo por concertar un acuerdo estaría enmarcado en las disposiciones mencionadas y puede no ser razonable, en cuanto da a otros Estados un poder indebido sobre las negociaciones particulares. En cambio, los Estados Unidos recomiendan que se exija a los Estados que consulten con otros Estados del acuífero interesados y los inviten, según corresponda, a participar en el acuerdo o arreglo. Esto garantizaría que todos los Estados del acuífero sepan del acuerdo y tengan una oportunidad razonable de participar en su desarrollo, sin imponer restricciones indebidamente onerosas a un subconjunto de Estados del acuífero interesados en concertar un acuerdo o arreglo particular.

7. Un segundo conjunto de cuestiones está relacionado con los Estados partes que no comparten acuíferos transfronterizos. En el proyecto de artículos actual se prevé que los Estados que no son Estados del acuífero pasen a ser partes y tengan obligaciones en relación con actividades que pueden afectar a los Estados del acuífero. Algunos artículos imponen obligaciones a Estados partes que no son Estados del acuífero, entre ellos el proyecto de artículo 10 relativo a los Estados en cuyo territorio se encuentre una zona de recarga o descarga; el proyecto de artículo 14, relativo a las actividades que puedan afectar a un acuífero transfronterizo, el proyecto de artículo 15, relativo a la cooperación científica y técnica con los Estados en desarrollo; y el proyecto de artículo 16, sobre situaciones de emergencia que puedan afectar a un acuífero transfronterizo. Estos artículos reconocen que los acuíferos son vulnerables a la contaminación y a otros daños de fuentes fuera del círculo inmediato de Estados del acuífero. Sin embargo, los artículos relativos a la cooperación, el intercambio de información, la protección de los ecosistemas, el control de la contaminación y la gestión no se aplican a los Estados que no son Estados del acuífero. Los Estados Unidos recomiendan que se siga examinando la cuestión de si los Estados partes que no son Estados del acuífero deberían incorporarse de alguna forma en estas últimas disposiciones. Por ejemplo, en el proyecto de artículo 11 se exige a los Estados partes del acuífero que, cuando corresponda, prevengan, reduzcan y controlen la contaminación de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo que pueda causar daño sensible a otros Estados partes del acuífero. Sin embargo, quizá valga la pena examinar si habría que ampliar esta obligación para que incluya también la protección frente a la contaminación que puede causar daño sensible a Estados partes que no son Estados del acuífero, dado que estos últimos ya estarían obligados,

en virtud del proyecto de artículo 10, a cooperar con los Estados partes del acuífero para proteger el acuífero o el sistema acuífero.

8. Finalmente, si la Comisión elaborara una convención marco, sería necesario añadir cláusulas finales y asegurar que la terminología sea adecuada en todo el texto. En particular, el proyecto de artículos actual sólo utiliza los términos «Estado del acuífero» o «Estado» en todo el texto. Sin embargo, en una convención se deberían emplear términos como «parte del acuífero» o «Estado parte», a fin de evitar toda confusión sobre el alcance de las obligaciones que contiene.

B. Título

Iraq

Debería añadirse al título del proyecto de artículos la palabra «compartidos», con lo que el título sería «Proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos compartidos». La misma modificación debería introducirse en todo el proyecto.

C. Proyecto de artículo 1. Ámbito de aplicación

1. Brasil

1. El Brasil tiene reservas en relación con el apartado *b* del proyecto de artículo 1. Su redacción más bien amplia podría terminar imponiendo limitaciones innecesarias a las actividades realizadas en los alrededores de un acuífero. Podría entenderse que en la redacción actual se incluyen en el ámbito del proyecto de artículos cuestiones como, por ejemplo, la agricultura y el uso de plaguicidas, los sistemas urbanos de drenaje y los depósitos de residuos que van mucho más allá del alcance inicial del proyecto. La disposición mencionada también podría dar lugar a problemas en relación con las actividades que es menos probable que tengan algún impacto, puesto que no hay ninguna garantía de que haya un vínculo directo entre la actividad y el impacto. También es problemático el uso de la palabra «impacto» (sin el calificativo «significativo») en lugar de la palabra «daño», que tiene un significado más concreto y se utiliza en diferentes disposiciones de la parte II y la parte III. El uso de la expresión «daño sensible» en lugar de «impacto» sería una forma de disipar de alguna manera la preocupación del Brasil a ese respecto. No obstante, el Brasil preferiría que se suprimiera totalmente esa cláusula, puesto que en los apartados *a* y *c* ya se define adecuadamente el ámbito de aplicación del proyecto de artículos.

2. Por lo que se refiere al comentario al proyecto de artículo 1, el Brasil expresa su firme reserva acerca de la referencia que se hace en el párrafo 2 a la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, en lo que se refiere a la aplicación de los artículos de esa Convención a los acuíferos transfronterizos conectados con cursos de agua internacionales. El Brasil no es parte en esa Convención, que no ha entrado en vigor debido a la falta de consenso sobre muchas de sus disposiciones. Además, el Brasil no puede aceptar el uso de la expresión «aguas internacionales» para referirse a las aguas transfronterizas, puesto que podría poner en cuestión la soberanía del Estado sobre los recursos hídricos ubicados en su territorio.

2. Israel

1. Israel apoya el uso de la palabra «utilización» en el apartado *a* del proyecto de artículo 1. Israel opina que el uso del término «otras actividades» en el apartado *b* del proyecto de artículo 1 es demasiado amplio y podría dar lugar a interpretaciones erróneas.

2. Israel propone que se estudie si algunas disposiciones que figuran en el apartado *c* del proyecto de artículo 1 figuran ya en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, así como la naturaleza de la relación entre el proyecto de artículos y esa Convención.

3. Países Bajos

La Comisión señala en el párrafo 2 del comentario al proyecto de artículo 1 que la doble aplicación de las disposiciones contenidas en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, y en el proyecto de artículos a los acuíferos y sistemas acuíferos que estén hidráulicamente conectados con cursos de agua internacionales no debería causar, en principio, ningún problema, ya que no se prevé que esos regímenes jurídicos puedan entrar en conflicto. No obstante, los Países Bajos desearían señalar que el principio de la utilización equitativa y razonable ha sido objeto de una nueva definición con el fin de aplicarlo a los recursos no renovables. Los Países Bajos están de acuerdo con la aplicación del principio de elevar al máximo los beneficios a largo plazo en el caso de la utilización de los recursos no renovables, en contraposición con el principio de la utilización sostenible en el caso de los recursos renovables. Con todo, los Países Bajos prevén a ese respecto una posible tensión entre los dos regímenes jurídicos. En su opinión, se requiere una aclaración para explicar cómo puede conciliarse la aplicación de dos definiciones diferentes del mismo principio a los acuíferos que estén hidráulicamente conectados con cursos de agua internacionales.

4. Arabia Saudita

1. La Arabia Saudita propone que la parte principal del texto de ese proyecto de artículo se modifique de manera que diga: «El objetivo del presente proyecto de artículo es regular lo siguiente».

2. Se propone también que el proyecto de artículo incluya disposiciones relativas a las prioridades en la utilización de las aguas subterráneas transfronterizas. En consecuencia, debería añadirse un nuevo apartado *d* con el texto siguiente:

«al establecimiento de prioridades con respecto a la utilización de las aguas subterráneas y sistemas acuíferos compartidos.»

D. Proyecto de artículo 2. Términos empleados

1. Brasil

Debería mejorarse la definición del concepto de acuífero a fin de tener en cuenta la posibilidad de la extracción, puesto que hay rocas que contienen agua que no puede ser extraída y, por tanto, no constituyen un acuífero desde el punto de vista técnico. Un acuífero no tiene por qué estar necesariamente sustentado en una capa menos permeable (por ejemplo, un acuífero fracturado situado sobre otro poroso es también un acuífero). Así pues, el Brasil propone la siguiente redacción para el apartado *a* del proyecto de artículo 2:

«por 'acuífero' se entenderá una formación geológica subterránea permeable que contiene agua y de la que pueden extraerse cantidades significativas de agua».

2. Colombia

Considerando la importancia de la utilización del término «uso equitativo y razonable» de los recursos en los diferentes escenarios internacionales, Colombia considera importante que se defina dicho término y esa definición se incorpore al proyecto de artículos.

3. Alemania

1. En el apartado *a* podría eliminarse la frase «sustentada en una capa menos permeable» puesto que es innecesaria y podría dar lugar a confusión.

2. En el apartado *f* debería añadirse lo siguiente:

«por escurrimiento sobre el terreno e infiltración o percolación directa a través del suelo».

3. En el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 2 sería mejor decir «la cantidad o la calidad» que «la cantidad y la calidad». Incluso la transferencia de pequeñas cantidades de agua, según cuál sea su composición química, puede tener efectos significativos en el acuífero receptor, por lo que tendría que utilizarse el término sistema acuífero.

4. Hungría

1. La expresión «área de captación» que aparece en la definición de «zona de recarga» del apartado *f* se utiliza más habitualmente en relación con las aguas superficiales. Además, puede que debajo no esté sólo la zona de recarga de las aguas subterráneas, sino que la superficie de una zona de descarga pertenezca también al área de captación del agua pluvial. En otras palabras, la zona de recarga sólo es la parte del área de captación donde la infiltración a través del suelo es importante y el agua superficial constituye una aportación directa al agua subterránea. Así pues, Hungría propone la siguiente redacción del apartado *f*:

«Por 'zona de recarga' se entenderá la zona que contribuye agua a un acuífero, incluida [consistente en] la parte del área de captación del agua pluvial en la que esa agua fluye hasta un acuífero por escurrimiento sobre el terreno o infiltración a través del suelo».

2. La definición de «zona de descarga» que figura en el apartado *g* abarca sólo las situaciones en que existe realmente alguna forma de agua superficial. Hungría entiende que puede haber una zona de descarga sin la existencia de agua en la superficie. En muchas zonas, el sistema de flujo ascendente mantiene el nivel freático permanentemente cerca de la superficie y no cabe duda de que deben considerarse zonas de descarga. Teniendo en cuenta el proyecto de artículo 10, relativo a las zonas de recarga y descarga, en las definiciones deberían contemplarse las características particulares que ayuden a distinguir determinadas zonas dentro de la superficie total que se encuentra sobre el acuífero transfronterizo. Así pues, Hungría propone la siguiente redacción del apartado *g*:

«por 'zona de descarga' se entenderá la zona por la que el agua procedente de un acuífero fluye hacia sus puntos de salida, tales como un curso de agua, lago, oasis, humedal u océano, o por la que el sistema de flujo ascendente mantiene el nivel freático permanentemente cerca de la superficie».

5. Iraq

En el apartado *f* debería añadirse la frase: «y otros cursos de agua». El texto del apartado quedaría como sigue:

«por 'zona de recarga' se entenderá la zona que contribuye agua a un acuífero, consistente en el área de captación del agua pluvial y otros cursos de agua y el área por la que esa agua fluye hasta un acuífero por escurrimiento sobre el terreno e infiltración a través del suelo».

6. Países Bajos

1. Aunque la intención de la aplicación del adjetivo «transfronterizo» tanto al «acuífero» como al «sistema acuífero» en la definición de un «Estado del acuífero» en el apartado *d* pueda estar clara para algunos, se evitaría la confusión para otros si el adjetivo se repitiese delante del término «sistema acuífero» en ese párrafo, así como en otras partes del proyecto de artículos.

2. Los Países Bajos entienden que también es posible encontrar acuíferos, especialmente en forma de aguas subterráneas confinadas, en zonas que se encuentren fuera del territorio de un Estado, pero bajo su jurisdicción o control. Cuando la Comisión considere la aplicación del proyecto de artículos a todos los recursos naturales compartidos durante la segunda lectura del proyecto, será inevitable, en opinión de los Países Bajos, volver a abordar la definición del «Estado del acuífero» y considerar la aplicación del proyecto a los recursos naturales compartidos que puedan encontrarse bajo las plataformas continentales de los Estados, en particular petróleo y gas.

7. Portugal

1. Portugal observa con cierta preocupación la ausencia de definiciones de los conceptos de «daño sensible» (proyecto de artículo 6) y «efecto negativo sensible» (proyecto de artículo 14). Constituye un riesgo dejar esos términos subjetivos a la interpretación puntual de los Estados, de acuerdo con sus intereses del momento. De hecho, se puede crear una desventaja injustificada para los

Estados más débiles. También hace más difícil establecer una distinción entre ambos términos.

2. Además, deben valorarse también las ventajas que supondría definir el término «ecosistemas» (proyecto de artículo 9) como se hace en el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[1].

3. También adolece de falta de claridad la expresión «pueda afectar negativamente, en grado significativo» (proyecto de artículo 19), al plantearse dudas acerca de cómo debe evaluarse el grado de esos efectos.

4. Al formar parte de disposiciones fundamentales del proyecto de artículos, la falta de un entendimiento claro y uniforme de esos términos puede dar lugar a diversas interpretaciones, e incluso al incumplimiento de las obligaciones de los Estados. Así pues, puede que sea una buena opción incluir sus definiciones en el proyecto de artículo 2, relativo a los términos empleados.

[1] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/566.

8. Arabia Saudita

El apartado *a* debería modificarse de manera que diga:

«por 'acuífero' se entenderá una formación geológica subterránea permeable que contenga agua confinada o no confinada sustentada o cubierta por una capa menos permeable y el agua contenida en la zona saturada de la formación».

9. Suiza

1. En el proyecto de artículo 2 y en los proyectos de artículos posteriores, la palabra inglesa «*recharge*» se ha traducido por la palabra francesa «*réalimentation*» [«recarga», en español]. Suiza opina que sería apropiado mantener la palabra «*recharge*» también en la versión francesa, puesto que expresa una connotación más directamente relacionada con las actividades humanas (recarga artificial).

2. En el proyecto de artículo 2 y en los proyectos de artículos posteriores, el término en francés «*zone de déversement*» (en inglés «*discharge zone*» [«zona de descarga», en español]) podría denominarse más apropiadamente «*zone d'exutoire*».

E. Proyecto de artículo 3. Soberanía de los Estados del acuífero

1. Austria

Austria sugirió en su momento que la referencia a la soberanía se trasladase al preámbulo. No obstante, a la luz del actual proyecto de artículos, parece preferible mantener el texto del proyecto de artículo 3, a fin de establecer un cierto equilibrio entre derechos y obligaciones, haciendo hincapié en que la soberanía es la norma fundamental sobre la que se basa la totalidad del proyecto, de manera que el resto de las normas deben interpretarse en consecuencia.

2. Brasil

Es fundamental mantener el texto del proyecto de artículo 3 en el que se reafirma la soberanía del Estado sobre los acuíferos ubicados en su territorio. No obstante, debería modificarse la última parte del proyecto de artículo para afirmar que la soberanía deberá ejercerse de conformidad con el derecho internacional y no «de acuerdo con el presente proyecto de artículos». Es importante añadir, después de la referencia al derecho internacional, las siguientes palabras: «como se menciona, entre otros textos, en la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1962».

3. Cuba

Debería suprimirse la última frase del proyecto de artículo 3, teniendo en cuenta que el acuífero que se encontrase dentro del territorio de un Estado quedaría sujeto a su soberanía y, por tanto, dicho Estado sería libre de determinar la política a seguir con ese acuífero.

4. Israel

Israel ve con agrado el énfasis que se pone en el proyecto de artículos en la cuestión de la soberanía sobre los acuíferos transfronterizos. No obstante, Israel no apoya que se hagan excepciones al derecho internacional consuetudinario aceptado sobre la materia. Así pues, propone que en el proyecto de artículo 3, después de la palabra «con» se añadan las palabras «el derecho internacional y».

5. Portugal

Portugal opina que conviene reflexionar acerca de si se debe o no pasar a una doctrina de la soberanía más realista y mitigada. Sin poner en duda la soberanía de un Estado sobre la parte de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo ubicada dentro de su territorio, tal vez valga la pena considerar la posibilidad de hacer hincapié, como regla general, en el principio de la cooperación entre los Estados.

6. Turquía

Se prefiere una referencia explícita a la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales ubicados en su territorio. Esa preferencia reviste especial importancia cuando el diálogo o la cooperación entre los Estados que comparten el acuífero transfronterizo no se encuentra a un nivel que permita una utilización conjunta equitativa y razonable. Así pues, los Estados deberían estar en condiciones de ejercer plenamente sus derechos soberanos de explotar, aprovechar y administrar los recursos hídricos que se encuentren en su territorio según el presente proyecto de artículos. En ese contexto, se propone que la redacción del artículo 3 sea la siguiente:

«Cada Estado del acuífero ejercerá su soberanía inherente sobre la parte de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo ubicada dentro de su territorio a los fines establecidos en el artículo 3 de acuerdo con el presente proyecto de artículos».

F. Proyecto de artículo 4. Utilización equitativa y razonable

1. Austria

1. El proyecto de artículo 4 ha de examinarse en estrecha relación con el proyecto de artículo 5 («Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable»). No obstante, algunos conceptos utilizados en el proyecto de artículos necesitan aclaración.

2. El concepto de «beneficios obtenidos» que se introduce en el apartado *a* da lugar a ciertas dudas. En primer lugar, en la enumeración de los factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable que figura en el proyecto de artículo 5, en la que se amplía lo expuesto en el proyecto de artículo 4, no se respeta la norma fundamental consagrada en el proyecto de artículo 3 por cuanto se refiere únicamente, entre otras cosas, a la contribución a la formación y recarga del acuífero o sistema acuífero. A la luz del proyecto de artículo 3 debe introducirse ese elemento, de manera que el apartado *a* del proyecto de artículo 4 diga:

«utilizarán el acuífero o sistema acuífero transfronterizo de una manera compatible con su participación en el acuífero y su recarga».

En segundo lugar, como se indica en el comentario, no se da ninguna razón convincente de por qué habría de sustituirse el término «utilización» por el de «beneficios obtenidos», en particular si se tiene en cuenta que en los criterios que figuran en el proyecto de artículo 5 se hace referencia a la «utilización». Aunque en el comentario a los apartados *b* a *d* se explican de una forma muy clara y elaborada las dificultades con que se tropieza cuando se trata de determinar lo que es la «utilización equitativa y razonable» de los acuíferos transfronterizos, en particular cuando se trata de acuíferos recargables y no recargables, podría aceptarse que se haga una referencia a esa clase de utilización, de manera que el texto completo del apartado *a* del proyecto de artículo 4 diría:

«utilizarán el acuífero o sistema acuífero transfronterizo de una manera compatible con su participación en el acuífero y su recarga, así como con la utilización equitativa y razonable».

3. Si se quiere transformar el proyecto de artículo en un instrumento internacional jurídicamente vinculante debería examinarse más detalladamente el concepto de «elevar al máximo los beneficios a largo plazo», puesto que incluyen muchas cuestiones vagas como, por ejemplo, el «despilfarro». En el caso de un acuífero transfronterizo queda especialmente poco claro a quién corresponde terminar el significado de «elevar al máximo los beneficios a largo plazo» en un caso concreto. Debe tenerse en cuenta que es extremadamente difícil aplicar el concepto de «elevar al máximo los beneficios» en un contexto transfronterizo, puesto que para ello sería necesaria una libre transferencia de beneficios, que es difícil conseguir en un contexto transfronterizo. Además, no puede excluirse que los diversos Estados del acuífero alcancen conclusiones diferentes en relación con la evaluación de los beneficios, puesto que a menudo esa evaluación se hará con arreglo a criterios más políticos que puramente económicos y ecológicos.

2. Cuba

Cuba propone que se añada la expresión «de las generaciones» en el apartado *c*. Con ello el texto quedaría de la siguiente manera:

«elaborarán, individual o conjuntamente, un plan general de aprovechamiento, teniendo en cuenta las necesidades de las generaciones presentes y futuras, así como las fuentes alternativas de agua de los Estados del acuífero».

3. Alemania

Debería añadirse al párrafo 1 del comentario del proyecto de artículo 4 el texto siguiente:

«La utilización de la formación geológica de un acuífero podría ser más importante en el futuro, especialmente en relación con el almacenamiento de dióxido de carbono en acuíferos profundos. Pueden citarse también como ejemplos de la utilización de la formación geológica la eliminación de salmueras procedentes de actividades mineras o la eliminación de residuos nucleares que pudieran provocar el deterioro de la calidad del agua.»

4. Iraq

1. El apartado *b* debería refundirse con el apartado *a*, con lo que el texto sería:

«utilizarán el acuífero o sistema acuífero transfronterizo compartido de una forma equitativa y razonable que eleve al máximo los beneficios a largo plazo derivados del uso del agua contenida en él».

2. En el apartado *c* deberían suprimirse las palabras «así como las fuentes alternativas de agua».

3. En el apartado *d* debería añadirse la palabra «descargado». El texto del párrafo quedaría como sigue:

«no utilizarán un acuífero o sistema acuífero transfronterizo recargable o descargado hasta un grado que impida la continuación de su funcionamiento efectivo.»

5. Israel

1. Israel opina que en los proyectos de artículos 4 a 6 se han identificado satisfactoriamente algunos principios generales importantes que han obtenido el reconocimiento de los Estados, a saber: el principio de la utilización equitativa y razonable de los acuíferos y la obligación de no causar daño sensible a otros Estados del acuífero. Dicho esto, Israel propone que se adopte un enfoque por el que esos principios se traten en pie de igualdad, sin que ninguno de ellos prevalezca sobre el otro.

2. A la vista de lo anterior, Israel querría proponer la adición en la parte principal del texto del proyecto de artículo 4, después de la palabra «utilización», de las siguientes palabras: «teniendo debidamente en cuenta la necesidad de evitar causar un daño sensible a otros Estados del acuífero».

3. Israel opina que la obligación de elaborar un «plan general de aprovechamiento» que se establece en el apartado *c* requiere un análisis más detenido puesto que, en su opinión, con el apartado propuesto se impone una carga innecesaria a los Estados. Además, al permitir el establecimiento de planes individuales de aprovechamiento, en lugar de mencionar únicamente los esfuerzos de colaboración, la obligación de cooperar queda subvertida. Por tanto, las palabras «individual o» deberían suprimirse del apartado *c*.

4. Israel desea expresar su apoyo al principio de sostenibilidad y acoge con agrado que se recoja en el apartado *d*. No obstante, recomienda que en su lugar se utilice el término «utilización óptima y sostenible», puesto que esa es la expresión que se utiliza en el artículo 5 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

6. Polonia

En consonancia con la propuesta de añadir el principio del desarrollo sostenible en la parte II (véanse los comentarios generales más arriba), debería incluirse una referencia apropiada en el proyecto de artículo 4.

7. Arabia Saudita

1. Debería incluirse una definición específica de lo que es una utilización equitativa y razonable. El apartado *c* deja la puerta abierta al cambio y la impredecibilidad, puesto que las necesidades de los Estados varían. Sería aconsejable establecer normas firmes a ese respecto. El apartado *d* no queda claro y necesitaría alguna aclaración o una nueva redacción.

2. Debería añadirse un nuevo apartado *e* con el siguiente texto:

«ningún Estado podrá asignar, arrendar o vender en todo o en parte a ningún otro Estado, sea o no un Estado del acuífero, su derecho a utilizar un acuífero transfronterizo.»

8. Suiza

1. En el apartado *c* se dispone que los Estados del acuífero elaborarán «*individual** o conjuntamente» un plan general de aprovechamiento. Suiza opina que el plan de aprovechamiento de un acuífero transfronterizo no debería elaborarse *individualmente*. Como correctamente se dice en el proyecto de artículo 13, se necesita un «mecanismo *conjunto** de gestión» de los acuíferos. Eso sería difícil de lograr si hubiera dos (o más) planes de aprovechamiento contradictorios.

2. En el apartado *d* no queda clara la expresión «funcionamiento efectivo». La idea que sería necesario transmitir es que, a lo largo del tiempo, la extracción neta no debería ser superior a la aportación.

9. Turquía

Por lo que se refiere al apartado *c* la ordenación integrada de los recursos hídricos es el concepto básico relacionado con la utilización de los recursos hídricos subterráneos y superficiales. En la ordenación integrada de los recursos hídricos se tienen en cuenta los aspectos hidrológicos, económicos, sociales y ambientales y se trata de encontrar lo que es útil, sostenible, viable, equitativo y ambientalmente racional. Sin embargo, no se considera la explotación de los recursos hídricos de una cuenca. Además, ni los recursos de aguas subterráneas ni los de aguas superficiales pueden tratarse como alternativa los unos de los otros; más bien son complementarios. Así pues, al establecer planes generales de aprovechamiento, las «fuentes alternativas de agua» no son un elemento que debiera tenerse en cuenta, puesto que ya forman parte del plan. Por tanto, la frase «así como las fuentes alternativas de agua» debería suprimirse.

G. Proyecto de artículo 5. Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable

1. Brasil

1. El Brasil propone que se incluya en el párrafo 1 un elemento adicional relacionado con el uso del potencial geotérmico. Ese potencial está siendo todavía infrautilizado por la mayoría de los países en desarrollo y menos adelantados. La redacción del nuevo elemento podía ser la siguiente:

«la utilización del potencial geotérmico, cuando ese potencial exista».

2. En el proyecto de artículo 5 se establecen los factores pertinentes para la determinación del concepto de «utilización equitativa y razonable». El Brasil aprecia especialmente el principio general contenido en la última frase del párrafo 2: «No obstante, al ponderar las diferentes utilizaciones de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo, se prestará especial atención a las necesidades humanas vitales».

2. Cuba

Con respecto a la referencia a que «se prestará especial atención a las necesidades humanas vitales» que aparece en el párrafo 2, Cuba desea llamar la atención en el sentido de que tratándose de cubrir necesidades humanas se puede poner en riesgo el funcionamiento natural del ecosistema donde esté inserto ese acuífero que se pretende utilizar, aun cuando esa utilización se justifique sobre la base de la equidad.

3. Alemania

1. El párrafo 2 del comentario al proyecto de artículo 5 dice:

> Las variables de sistema tienen que ver con la conductividad (permeabilidad) del acuífero y su capacidad de almacenamiento.

La «conductividad hidráulica» debería figurar después de la «conductividad (permeabilidad) del acuífero» y, en el texto inglés, la palabra «*storability*» debería sustituirse por «*storativity*».

2. En ese mismo párrafo 2, la frase que dice: «Se trata de la distribución del agua subterránea y de características

del agua tales como la temperatura, la dureza» debería modificarse de manera que diga: «como el espesor del acuífero, la temperatura, la dureza».

3. El párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 5 dice:

> [P]ara determinar esas necesidades [«las necesidades humanas vitales»], había que «prestar especial atención al suministro suficiente de agua para sostener la vida humana, incluidas el agua potable y el agua necesaria para la producción de alimentos con el fin de impedir la hambruna».

En muchos países áridos y semiáridos, la agricultura basada en la explotación del agua subterránea es el principal motivo de la sobreexplotación masiva de las reservas de agua subterránea. Con la definición utilizada, se da demasiado margen para la sobreexplotación bajo el pretexto de la seguridad alimentaria. La producción agrícola de esos países va dirigida actualmente en su mayor parte a la exportación, y no a garantizar la seguridad alimentaria. La autosuficiencia en la producción de alimentos es poco realista en casi todos los países áridos o semiáridos. Así pues, Alemania recomienda que se suprima esa definición y se utilice la definición más estricta que ofrece la Asociación de Derecho Internacional:

> Por «necesidades humanas vitales» se entiende las aguas utilizadas para la inmediata supervivencia de los seres humanos, incluidas las aguas potables, de cocina y de higiene, así como el agua necesaria para la subsistencia del hogar[1].

[1] Párrafo 20 del artículo 3 de las Normas de Berlín de la Asociación de Derecho Internacional sobre los recursos hídricos, Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, 2004.

4. Iraq

1. Debería añadirse al texto de la parte principal del párrafo 1 la frase «mediante acuerdos bilaterales o multilaterales», de forma que dijese:

«La utilización de manera equitativa y razonable de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo de conformidad con el proyecto de artículo 4, mediante acuerdos bilaterales o multilaterales, requiere que se tengan en cuenta todos los factores pertinentes, incluyendo entre ellos:»

2. En el apartado *g*, debería añadirse la palabra «otro» con el fin de que el texto sea más completo cuando se refiere a las alternativas respecto de una utilización particular. El texto del apartado sería entonces:

«la existencia de alternativas respecto de una utilización particular actual y proyectada del acuífero u otro sistema acuífero».

5. Israel

Es importante evitar desviarse del contenido de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación en lo que respecta a la formulación de los factores pertinentes a la determinación de qué constituye una utilización equitativa y razonable, a fin de preservar un régimen de uniformidad y coherencia jurídica, como Israel recomendó en las observaciones que presentó ante la Sexta Comisión el 2 de noviembre de 2007[1]. En ese contexto, Israel quisiera hacer hincapié en dos desviaciones de ese tipo que se han introducido en el proyecto de artículo:

a) En el apartado *d* se introduce un nuevo factor en forma de «la contribución a la formación y recarga del acuífero o sistema acuífero». Israel opina que al aplicar el principio de la utilización equitativa y razonable, la cuestión de mayor importancia son las necesidades de las comunidades vecinas. No hay indicios que apoyen la propuesta contraria, que el agua se distribuya, por ejemplo, según la cantidad de lluvia que caiga en las superficies de captación respectivas en el territorio de cada una de las partes. Dicho eso, a la luz de la tecnología actualmente disponible, que permite la inyección artificial de agua en los acuíferos, podría merecer la pena suscitar la idea de que debería recompensarse aun Estado que contribuya artificialmente a la recarga de un acuífero mediante una asignación mayor de los recursos hídricos del acuífero. Esa norma podría servir como incentivo para que los Estados recarguen activamente sus acuíferos. Ello estaría condicionado, por supuesto, a que el agua inyectada artificialmente tuviera una calidad aceptable, a fin de evitar la contaminación. Israel opina, en resumen, que, en su forma actual, el apartado *d* da la impresión de que las contribuciones naturales son un factor importante a la hora de determinar la utilización equitativa y razonable, lo que contradice el derecho internacional consuetudinario. Así pues, ese apartado debería suprimirse o corregirse de forma que únicamente se haga referencia a las aportaciones artificiales de agua limpia a los acuíferos.

b) En el apartado *g* se menciona «la existencia de alternativas respecto de una utilización particular, actual y proyectada del acuífero o sistema acuífero». Aunque las fuentes alternativas de agua son sin duda un factor relevante, Israel opina que su mera existencia no es suficiente, y que debe tenerse también en cuenta su viabilidad. Israel propone que se vuelva a la redacción original del apartado *g* del artículo 6 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, añadiendo las palabras «de valor comparable» después de «la existencia de alternativas».

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 109.

6. Países Bajos

Según el proyecto de artículo 1, el presente proyecto de artículos abarca, además de la utilización de acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos, otras actividades que tengan o puedan tener un impacto en esos acuíferos y sistemas acuíferos. En el párrafo 6 del comentario al proyecto de artículo 1 se señala que es necesario regular esas otras actividades a fin de gestionar adecuadamente los acuíferos. Los Países Bajos están de acuerdo en que esas actividades deben contemplarse en el proyecto de artículos y habrían esperado que eso tuviera repercusiones en la determinación de los factores pertinentes en

una utilización equitativa y razonable de los acuíferos y sistemas acuíferos. En consecuencia, los Países Bajos desearían proponer que cualesquiera actividades de ese tipo en curso o previstas, así como esos posibles efectos, se añadan al apartado *d* del proyecto de artículo 5 como un nuevo factor pertinente en la utilización equitativa y razonable de los acuíferos y sistemas acuíferos.

7. Polonia

1. Se propone que al principio del apartado *f* se inserten las palabras «reales y potenciales».

2. En consonancia con la propuesta de añadir el principio de desarrollo sostenible en la parte II (véanse los comentarios generales más arriba), debería introducirse una referencia apropiada en el proyecto de artículo 5.

8. Arabia Saudita

1. El apartado *c* debería modificarse de manera que el texto fuera el siguiente:

«la compatibilidad de una determinada forma de utilización con las características naturales del acuífero o sistema acuífero dentro de cada Estado».

Debería añadirse un nuevo apartado *e bis* en el que se tuvieran en cuenta «la superficie, la extensión, el espesor y las características del acuífero y la dirección del flujo del agua subterránea».

2. En el párrafo 3 del comentario al proyecto de artículo 5 se dice, entre otras cosas, que «[a]demás de la factibilidad y la sostenibilidad, la viabilidad de las alternativas es importante para el análisis. Por ejemplo, una alternativa sostenible puede considerarse preferible en función de su relación de recarga y descarga del acuífero, pero menos viable que una alternativa de agotamiento controlado». Las dos primeras líneas de ese párrafo no quedan claras.

3. En el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 5, la frase que comienza «Por ejemplo...» debería decir:

«Hay varias formas en que los lagos reciben aportaciones de aguas subterráneas. Algunos reciben aportaciones de aguas subterráneas en todo su lecho. Otros aún reciben aportaciones de aguas subterráneas por infiltración en todo su lecho. Otros aún reciben aportaciones de agua subterráneas en parte de sus lechos, mientras que el resto del canal recibe aportaciones por infiltración».

9. Suiza

1. El apartado *d* sobre la «contribución a la formación» del acuífero (en francés «*contribution à la formation*») no parece ser un factor pertinente en una utilización equitativa y razonable del acuífero o sistema acuífero, puesto que el acuífero se formó hace millones de años. Podría ser más adecuado utilizar el término «transformación» en lugar de «formación» en las versiones francesa e inglesa y también en la española.

2. La referencia al «ecosistema con él relacionado» que aparece en el apartado *i* no está clara. Sería aconsejable repetir la formulación utilizada en el proyecto de artículo 9 («ecosistemas que estén situados en sus acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos o dependan de los mismos»).

10. Turquía

Las mismas observaciones en relación con el apartado *c* del proyecto de artículo 4 se aplican al apartado *g*, que debería suprimirse.

H. Proyecto de artículo 6. Obligación de no causar daño sensible a otros Estados del acuífero

1. Brasil

1. El Brasil apoya la utilización del término «daño sensible». Debe entenderse por «daño sensible», en la forma en que se menciona en los párrafos 1 y 2, el daño causado por medio del acuífero. El Brasil subraya la importancia del entendimiento, ya expresado por la Comisión, de que la obligación de adoptar medidas apropiadas para evitar causar daño sensible constituye una obligación de «comportamiento» y no de «resultado».

2. En cuanto a la utilización del término «actividades que tengan o puedan tener un impacto en esos acuíferos y sistemas acuíferos», su contexto es diferente del contexto en que aparece en el apartado *b* del artículo 1. Por ese motivo, esa expresión podría mantenerse en el texto si la palabra «impacto» se sustituyera por la expresión «impacto significativo». La Comisión podría encontrar una redacción apropiada para dejar claro que la obligación de adoptar todas las medidas para evitar un daño sensible se aplica únicamente a las actividades de las que sea razonable pensar que los Estados estén al corriente o actividades que los Estados sean conscientes de que pueden tener un impacto real o potencial en los acuíferos.

2. Colombia

El comentario se refiere al uso del término «sensible», dado que al mencionar daño sensible, se asume la existencia de un daño insensible. Considerando que ninguno de los dos es apropiado para definir el daño, se sugiere la utilización de la palabra «daño» únicamente, sin catalogarlo. Colombia propone que se revisen todos los proyectos de artículos y se elimine el término «sensible».

3. Cuba

Cuba opina que la frase «prevenir […] el daño» utilizada en el párrafo 2 debería sustituirse por «evitar […] el daño», pues el interés en materia ambiental no es que se haga un esfuerzo por prevenir, sino por evitar causar daño, cualquiera que sea éste.

4. Finlandia

En el proyecto de artículos debería darse más importancia a la perspectiva ambiental. En el artículo 6 se introduce el umbral del «daño sensible» que es, considerando la vulnerabilidad de las aguas subterráneas, bastante alto.

5. Hungría

La Comisión decidió suprimir la disposición relativa a la indemnización cuando se cause un daño sensible incluso después de haberse adoptado todas las medidas necesarias para prevenirlo. Hungría cree que a la vista de los recientes avances en la esfera del derecho internacional ambiental, en cualquier caso en que un Estado del acuífero cause un daño sensible a otro Estado del acuífero, debería entregarse una indemnización apropiada con arreglo al principio de quien contamina paga. Hungría desearía señalar que, en virtud de ese principio, los Estados tienen una responsabilidad objetiva, es decir, si causan un daño sensible tienen que pagar una indemnización tanto si habían tomado todas las medidas necesarias para prevenir el daño como si no. Ese principio, y la obligación que de él se deriva, están bien establecidos en otros instrumentos del derecho internacional. Hungría opina que en el proyecto de artículos debía haberse incluido una referencia a ese principio y a la correspondiente obligación a fin de dar una indicación clara del régimen concreto de derecho internacional que habrá de aplicarse. En el comentario a ese artículo se menciona que esa cuestión es objeto de otras normas de derecho internacional, incluido el proyecto de principios sobre la responsabilidad. Esa exposición de motivos no es suficiente, puesto que, en general, la responsabilidad en el plano internacional se basa en la imputabilidad, mientras que en la esfera del derecho internacional ambiental hay excepciones y la responsabilidad puede establecerse simplemente sobre la base del daño causado.

6. Israel

1. Israel recomienda que se introduzca un umbral más elevado que el de adoptar «todas las medidas apropiadas» y que en el párrafo 1 se elimine la palabra «sensible». Esa recomendación es coherente con los comentarios de Israel que figuran más arriba, así como con las observaciones que formuló en su intervención ante la Sexta Comisión el 2 de noviembre de 2007[1], y en ella se tiene en cuenta la susceptibilidad de los acuíferos.

2. Además, Israel desearía proponer la adición de disposiciones concretas que desarrollaran la obligación establecida en el proyecto de artículo 6. Por ejemplo, valdría la pena considerar la posibilidad de adoptar una lista más detallada de obligaciones, como las que se enumeran en el artículo 41 de las Normas de Berlín de la Asociación de Derecho Internacional sobre los recursos hídricos[2]. Además, Israel propone que se haga referencia al principio de precaución, considerado por muchos como una norma consuetudinaria del derecho internacional ambiental.

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 109.

[2] Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, 2004.

7. Países Bajos

1. En el párrafo 1 se abordan aspectos relativos a la prevención que, en caso de incumplimiento, podrían dar lugar a la responsabilidad del Estado. Ese aspecto se ha presentado correctamente, en opinión de los Países Bajos, como una obligación de diligencia debida. En el párrafo 3 se aborda la posibilidad de que se cause un daño sensible a pesar de haberse actuado con la diligencia debida y, por tanto, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1. A los Países Bajos no les han convencido los argumentos presentados en el párrafo 6 del comentario en favor de suprimir en ese párrafo la obligación de examinar la cuestión de la indemnización si se causa un daño sensible a pesar de haberse cumplido la obligación de la diligencia debida. Aunque el derecho internacional relacionado con la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional ha seguido evolucionando en los últimos años, incluso con la elaboración del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[1], los Países Bajos opinan que esa evolución no justifica la eliminación en ese párrafo de la obligación de examinar la cuestión de la indemnización si se causa un daño sensible a pesar del cumplimiento de la obligación de la diligencia debida. En particular, el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas sólo se aplica a las actividades peligrosas relacionadas con la utilización de acuíferos o sistemas acuíferos y no abarca las actividades que no sean peligrosas. Además, la referencia cruzada que se incluye en el proyecto de artículo sobre la obligación de no causar un daño sensible con el proyecto de artículo sobre la utilización equitativa y razonable vincula la cuestión de la indemnización con la relación entre esos dos proyectos de artículos. En circunstancias concretas, el resultado podría ser que no es equitativo o razonable solicitar el pago de una indemnización por daño sensible si se ha observado la obligación de la diligencia debida.

2. En el párrafo 4 del comentario general se señala que, para que el proyecto de artículos fuese efectivo, en algunos proyectos de artículos se debían imponer obligaciones a los Estados que no compartían el acuífero transfronterizo de que se tratase. Los Países Bajos están de acuerdo con ese enfoque y señalan que resulta especialmente relevante como resultado de la aplicación del proyecto de artículos presentados a actividades distintas de la utilización de acuíferos transfronterizos. En consecuencia, los Países Bajos opinan que el sujeto del párrafo 2 del proyecto de artículo 6 deberían ser los Estados, y no los Estados del acuífero. Las actividades realizadas en un Estado que no sea de un acuífero pueden tener un impacto en la parte del acuífero situada en otros Estados y, por tanto, causar daño sensible. La ampliación del alcance de ese proyecto de artículo estaría, además, en consonancia con el proyecto de artículo 14, relativo a las actividades proyectadas, que se aplica a todos los Estados, y no sólo a los Estados del acuífero. Los argumentos que se exponen en el párrafo 1 del comentario al proyecto de artículo 14 en favor de la ampliación del alcance de ese proyecto de artículo a todos los Estados puede aplicarse, *mutatis mutandis*, en opinión de los Países Bajos, al párrafo 2 del proyecto de artículo 6 y, además, a los proyectos de artículos 9 y 11.

[1] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/566.

8. Arabia Saudita

El proyecto de artículo 6 debería incluir una disposición explícita sobre el daño irreversible, la obligación de indemnizar del Estado causante del daño y el método de indemnización, y debería designarse una autoridad competente a esos efectos.

9. Turquía

1. El debate sobre la interpretación del término «daño sensible» y la definición de unos umbrales apropiados para ese daño sensible continúa. Aunque el concepto de «prevenir que se cause daño sensible» se utiliza en la mayoría de los códigos internacionales, resulta vago, relativo y difícil de aplicar. Además, resulta difícil determinar cuáles son las «medidas apropiadas para prevenir que se cause daño sensible» si no se establecen unos umbrales.

2. Por otra parte, en el caso de los recursos hídricos subterráneos, incluso la explotación o un pequeño nivel de contaminación podría considerarse un daño sensible. Así pues, ese proyecto de artículo es ambicioso en general y debería modificarse. Se propone el texto siguiente:

«1. Al utilizar un acuífero o sistema acuífero transfronterizo en sus territorios, los Estados del acuífero adoptarán la diligencia debida para prevenir que se cause daño sensible a otros Estados del acuífero.

2. Al emprender actividades diferentes de la utilización de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo que tengan o puedan tener un impacto en ese acuífero o sistema acuífero transfronterizo, los Estados se abstendrán de causar daño sensible a través de ese acuífero o sistema acuífero a otros Estados del acuífero.

3. Cuando, no obstante, se cause daño sensible a otro Estado del acuífero, los Estados del acuífero cuyas actividades causen tal daño intentarán, en consulta con el Estado afectado, eliminar o mitigar ese daño, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones de los proyectos de artículos 4 y 5.»

I. Proyecto de artículo 7. Obligación general de cooperar

1. Austria

Austria apoya la idea de establecer una obligación general de cooperar para los Estados del acuífero. No obstante, según la redacción actual, la inclusión de las palabras «provecho mutuo» no queda clara. El «provecho mutuo» es un objetivo que debe alcanzarse mediante la cooperación, pero es dudoso que deba incluirse como un principio básico.

2. Brasil

El Brasil apoya la redacción del proyecto de artículo 7 y los principios que contiene, que considera constituyen una buena base para la cooperación. Esos principios, incluidos los relativos a la igualdad soberana y la integridad territorial, establecen, junto con otros, un enfoque equilibrado para facilitar la cooperación entre los Estados del acuífero sobre la base de la buena fe y el respeto mutuo.

3. República Checa

1. El término «buena fe» que aparece en el proyecto de artículo 7 plantea el riesgo de que los Estados puedan, de buena fe, adoptar medidas que no se hayan negociado con otra parte y puedan tener efectos adversos en las necesidades de esa otra parte.

2. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2, los Estados del acuífero procurarán establecer mecanismos conjuntos de cooperación. En opinión de la República Checa sería mejor utilizar el término «deberán» en lugar de «procurarán» puesto que con ello se obligaría a los Estados a establecer mecanismos conjuntos en todos los casos.

4. Alemania

Debería añadirse al párrafo 2 lo siguiente:

«Los Estados del acuífero, cuando convenga, deberán integrar la cooperación en relación con las aguas subterráneas en los mecanismos de cooperación en relación con las aguas superficiales.»

El establecimiento de nuevos mecanismos de cooperación independientes exclusivamente para las aguas subterráneas es poco realista en muchas regiones a medio plazo. Cuando los acuíferos no estén en contacto hidráulico con las aguas superficiales, la cooperación en la esfera de las aguas subterráneas de una forma separada sería deseable. Así pues, antes de crear nuevas estructuras debería siempre determinarse si las estructuras institucionales existentes para la cooperación en relación con los recursos hídricos transfronterizos pueden ampliarse de manera que se integren en ellas las aguas subterráneas.

5. Israel

Israel desearía expresar su apoyo al párrafo 2 del proyecto de artículo 7 y propone que se fortalezca la obligación de establecer mecanismos conjuntos de cooperación sustituyendo la palabra «procurarán» por «deberán». Podría fortalecerse también detallando qué cuestiones deberán ser objeto de los mecanismos conjuntos de cooperación y haciendo referencia a los proyectos de artículos apropiados, que podrían ser: el intercambio de datos e información (proyecto de artículo 8), la vigilancia (proyecto de artículo 12) y la gestión (proyecto de artículo 13).

6. Polonia

A la vista de la importancia que reviste la cooperación para la protección, preservación y gestión de los acuíferos y sistemas acuíferos, sería necesario exponer las formas de cooperación en mayor detalle. El texto del párrafo 2 del proyecto de artículo podría sustituirse por el siguiente:

«2. A los fines del párrafo 1, los Estados del acuífero procurarán establecer mecanismos conjuntos de cooperación en relación, entre otras cosas, con:

a) la gestión;

b) la vigilancia y evaluación;

c) las bases de datos;

d) la coordinación de los sistemas de comunicación, alerta y alarma;

e) las actividades de investigación y desarrollo, y

f) la asistencia mutua.»

7. Arabia Saudita

Es necesario exponer con más detalle lo que se entiende por «igualdad soberana» e «integridad territorial», porque las aguas subterráneas son diferentes de las aguas superficiales (como los ríos) y resulta difícil aplicarles esos conceptos.

J. Proyecto de artículo 8. Intercambio regular de datos e información

1. Austria

En muchos tratados pueden encontrarse disposiciones similares a las relativas al «intercambio regular de datos e información» que figuran en el proyecto de artículo 8. Austria apoya la inclusión de esa disposición, puesto que en la práctica internacional se hace hincapié en la importancia del intercambio regular de datos e información. Por lo que se refiere al texto del proyecto, Austria desearía señalar dos cuestiones:

a) La última frase del párrafo 2 debería decir:

«Lo harán de manera individual o, en los casos pertinentes, conjuntamente y con organizaciones internacionales o por su intermedio».

b) Por lo que se refiere a la expresión «harán todo lo posible» que figura en el párrafo 4, Austria entiende que mediante esa disposición se quiere decir que un Estado debe procurar facilitar los datos y la información mencionados, pero no se encuentra bajo una obligación estricta de hacerlo.

2. Brasil

En los proyectos de artículos 8 y 12 se hace referencia a las medidas que uno o más Estados deben adoptar con la asistencia de las organizaciones internacionales «en los casos pertinentes». En el proyecto de artículo 8 no se especifica quién se encargará de determinar qué casos se considerarán «pertinentes» a los efectos de la asistencia de las organizaciones internacionales. En opinión del Brasil, es importante aclarar en los proyectos de artículos que únicamente los Estados gozan de ese derecho. La principal dificultad práctica en relación con el intercambio de datos e información es la falta de normalización de las bases de datos, los parámetros y los sistemas de información. Por esa razón, sería útil añadir en el proyecto de artículo 8 una referencia específica a la importancia de realizar un «esfuerzo colectivo para integrar y hacer compatibles, en la medida de lo posible, las bases de datos existentes, teniendo en cuenta los contextos y experiencias regionales». En América del Sur, por ejemplo, el Servicio Geológico del Brasil ha alcanzado acuerdos con muchos países para poner a su disposición un Sistema de Información sobre Aguas Subterráneas (SIAGAS).

3. Colombia

Con el fin de contar con una red de vigilancia y control por parte de los Estados que comparten acuíferos fronterizos, se sugiere la siguiente redacción para el párrafo 4:

«Los Estados que comparten los acuíferos harán todo lo posible, cuando corresponda, para reunir y procesar datos e información de manera que se facilite su utilización por los otros Estados a los que se han comunicado, con el fin de construir, de manera conjunta, una red de vigilancia y seguimiento ambiental de los acuíferos.»

4. Suiza

Con el proyecto de artículo 8 se debería alertar a los Estados de una manera más clara a que establezcan inventarios de los acuíferos. Son muchos los Estados que aún desconocen la extensión, calidad y cantidad de sus acuíferos. Además, en el proyecto de artículo 8 debería hacerse una referencia al apartado *c* del proyecto de artículo 4. De hecho, la calidad de cualquier plan de aprovechamiento dependerá de la disponibilidad de los datos pertinentes.

K. Proyecto de artículo 9. Protección y preservación de ecosistemas

1. Israel

A la vista de la preocupación cada vez mayor de Israel y muchos otros países por los efectos ambientales que conlleva la mala utilización de los acuíferos y sistemas acuíferos, Israel desea encomiar a la Comisión por la redacción de los artículos 9 y 11, en los que se obliga a los Estados a proteger y preservar los acuíferos y los ecosistemas respectivos en los que están situados.

2. Países Bajos

En el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 9, la Comisión observa que la obligación de los Estados establecida en ese proyecto de artículo se limita a la protección de los «ecosistemas pertinentes». De la redacción del proyecto de artículo se desprende que los ecosistemas pertinentes son: *a*) los ecosistemas ubicados dentro de los acuíferos transfronterizos, y *b*) los ecosistemas que dependen de los acuíferos transfronterizos. Los Países Bajos se preguntan si los ecosistemas pertinentes se han identificado correctamente. En particular, los Países Bajos no creen que en el proyecto de artículos se debiera contemplar la protección y preservación de los ecosistemas que dependen de los acuíferos transfronterizos (categoría *b*)), puesto que la protección y preservación de esos ecosistemas no tendría ningún efecto sobre los acuíferos transfronterizos. Parece más bien que sería la situación contraria la que sería necesario contemplar. En consecuencia, en el proyecto de artículos debe contemplarse la protección y preservación de los ecosistemas de los que

dependan los acuíferos transfronterizos, como los ecosistemas de las zonas de recarga. Además, podría ser útil explicar en el comentario que la obligación establecida en ese proyecto de artículo es una obligación de diligencia debida, como se señala en el párrafo 2 del comentario al proyecto de artículo 11. Por último, los Países Bajos opinan que el alcance de ese artículo debería ampliarse de manera que no afecte únicamente a los Estados del acuífero, sino a todos los Estados.

3. Turquía

Aunque la protección y preservación de los ecosistemas reviste gran importancia para la gestión de los recursos hídricos subterráneos transfronterizos, debe prestarse especial atención al agua destinada a satisfacer las necesidades humanas básicas. En consecuencia, al final del proyecto de artículo debería añadirse la frase: «prestando especial interés a las necesidades humanas básicas».

L. Proyecto de artículo 10. Zonas de recarga y descarga

1. Austria

El proyecto de artículo 10 constituye una evolución del derecho internacional en la esfera del derecho de las aguas subterráneas. En el comentario se explica la necesidad de que participen también los Estados en cuyo territorio se encuentre una zona de recarga o descarga. Austria está de acuerdo con esa intención. Por lo que se refiere a la imposición a esos países de la obligación de cooperar, tiene dudas de que sea viable, teniendo en cuenta la complejidad de los acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos. En opinión de Austria, la obligación debería invertirse, de manera que sean los Estados del acuífero los que estén obligados a buscar la cooperación con los Estados en cuyo territorio se encuentre una zona de recarga o descarga.

2. Brasil

En la parte III del proyecto de artículos se establecen importantes obligaciones para los Estados del acuífero. En el párrafo 2 del artículo 10 puede establecerse también una obligación para los Estados que no sean Estados del acuífero. El Brasil apoya, en términos generales, el contenido y la equilibrada estructura de esa parte, que se basa en instrumentos jurídicos de ámbito universal y regional previamente adoptados. No obstante, es necesario precisar más algunos aspectos del proyecto de artículo 10, puesto que hay un debate acerca de qué constituye en realidad una zona de recarga. Debería tratarse de evitar el riesgo de quedar perdidos en la demarcación y el tratamiento de esferas demasiado amplias. La determinación de las zonas de recarga y descarga «más importantes», una expresión que debería añadirse al proyecto de artículo 10, exigiría un esfuerzo considerable, pero contribuiría a la ordenación sostenible de las aguas subterráneas.

3. Israel

1. Israel recomienda que se fortalezca la obligación que en virtud de ese proyecto de artículo se impone a los Estados. Así pues, Israel propone que la Comisión considere la posibilidad de adoptar una redacción más firme que la actualmente propuesta para el párrafo 1 sustituyendo las palabras «reducir al mínimo los impactos perjudiciales» por una redacción que sirva para garantizar la protección de los acuíferos y sistemas acuíferos.

2. Israel opina que en el párrafo 2 no se ofrece una protección suficiente a los Estados del acuífero frente al posible abuso de las zonas de recarga situadas en Estados que no sean del acuífero. En lugar de establecerse una obligación de carácter general de cooperar para proteger el acuífero o sistema acuífero, los Estados que no sean del acuífero en cuyo territorio se encuentre una zona de recarga deberían estar sujetos a todas las obligaciones específicas relacionadas con la protección de los acuíferos establecidas en los proyectos de artículos 6 y 11.

4. Polonia

Se propone que en el proyecto de artículo 10 se haga referencia también, en la medida de lo posible, a la eliminación de los impactos perjudiciales de los proyectos de recarga y descarga. El texto del párrafo 1 sería el siguiente:

«1. Los Estados del acuífero identificarán las zonas de recarga y descarga de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, dentro de esas zonas, adoptarán medidas especiales para evitar, reducir al mínimo, controlar y, en la medida de lo posible, eliminar los impactos perjudiciales de los procesos de recarga y descarga.»

M. Proyecto de artículo 11. Prevención, reducción y control de la contaminación

1. Austria

Austria apoya firmemente la inclusión del «criterio de precaución», pero quisiera que la segunda frase se modificara para que su texto fuera el siguiente:

«Los Estados del acuífero adoptarán un criterio de precaución.»

Aunque Austria no se opone a las ideas que se expresan en la segunda frase, cree que la explicación que en ella se da debería formar parte del comentario.

2. Brasil

1. En el proyecto de artículo 11 se establece la obligación que atañe a los Estados del acuífero de prevenir, reducir y controlar la contaminación que pueda causar daño sensible a otros Estados del acuífero. Según esa disposición, en vista de la incertidumbre acerca de la naturaleza de la extensión de los acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos y su vulnerabilidad a la contaminación, los Estados del acuífero adoptarán un «criterio de precaución». Como ya sabe la Comisión, aunque algunos acuíferos transfronterizos ya están contaminados en diferentes grados, otros no lo están. La obligación de «prevenir» se refiere a la nueva contaminación, mientras que las obligaciones de «reducir» y «controlar» se refieren a la contaminación existente. En el párrafo 2 del comentario a ese proyecto de artículo se señala que la obligación de reducir y controlar la contaminación corresponde a la práctica actual de los Estados. Se señala

también que una posible obligación de disminuir inmediatamente la contaminación existente podría producir «dificultades indebidas» al Estado de origen de la contaminación que fuesen manifiestamente desproporcionadas en comparación con el beneficio que obtendría el Estado del acuífero que sufre el daño. El Brasil está de acuerdo con esa interpretación.

2. El Brasil apoya la decisión de la Comisión de hacer referencia a un «criterio de precaución» en lugar de al «principio de precaución». El Brasil está de acuerdo en que «criterio de precaución» es una expresión que se presta menos a la controversia en vista de las incertidumbres científicas y la vulnerabilidad de los acuíferos. Sería preferible mantener el término «criterio de precaución» en el proyecto de artículos.

3. Finlandia

En el proyecto de artículos debe darse más peso a la perspectiva ambiental. Debería promoverse el ampliamente aceptado principio de precaución con el fin de reducir el riesgo para la calidad de las aguas subterráneas que podría derivarse de un accidente.

4. Hungría

Hungría pertenece al grupo de países que considera que el principio de precaución es algo que ya se ha incluido en el derecho internacional. Sin embargo, es consciente de que algunos países mantienen una opinión contraria. Hungría opina que la inclusión en el texto del proyecto de artículos del concepto del «principio de precaución» contribuiría en gran medida a la aceptación general de ese principio en el derecho internacional.

5. Países Bajos

1. La Comisión señala en el párrafo 1 del comentario que ese proyecto de artículo constituye una aplicación específica de los principios generales enunciados en el proyecto de artículo 4 (Utilización equitativa y razonable) y en el proyecto de artículo 6 (Obligación de no causar daño sensible a otros Estados del acuífero). Los Países Bajos desearían señalar a la atención de la Comisión el debate entre los expertos acerca de la interpretación de los artículos correspondientes de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, en particular la cuestión de si las normas especiales enunciadas en el capítulo relativo a la protección, preservación y gestión prevalecen sobre el capítulo relativo a los principios generales con respecto a la calidad del agua. Sería útil aclarar la relación entre esos proyectos de artículos, en particular la aplicación del proyecto de artículo sobre la utilización equitativa y razonable de los acuíferos en relación con la protección y preservación de la calidad del agua contenida en un acuífero. Además, los Países Bajos opinan que el alcance de ese proyecto de artículo debería ampliarse de manera que alcanzara a todos los Estados, y no sólo a los Estados del acuífero.

2. En el párrafo 6 del comentario, la Comisión señala también que hay divergencia de opiniones sobre si el principio de precaución ha arraigado en el derecho internacional consuetudinario y, por tanto, ha utilizado la expresión menos controvertida «criterio de precaución». Los Países Bajos creen firmemente que el principio de precaución forma parte integrante del derecho internacional consuetudinario y, al margen de esa consideración, prefiere que en el proyecto de artículos se utilice el término «principio de precaución». Además, creen que es necesario aclarar en qué respecto deben los Estados del acuífero aplicar el principio de precaución. De la formulación y el contexto actuales parece desprenderse que el principio de precaución debe aplicarse en relación con la prevención, reducción y control de la contaminación de los acuíferos transfronterizos. Los Países Bajos opinan, no obstante, que el principio de precaución debe aplicarse en relación con cualquier utilización de los acuíferos transfronterizos. Ese extremo podría formularse en un artículo separado que podría incluirse en la parte III, con la siguiente redacción:

«Los Estados del acuífero aplicarán el principio de precaución en la utilización de los acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos.»

6. Polonia

Se propone la siguiente nueva redacción de esa disposición en lo que se refiere a la eliminación de la contaminación:

«Los Estados del acuífero, individual y, cuando corresponda, conjuntamente prevendrán, reducirán al mínimo, controlarán y en la medida de lo posible, eliminarán la contaminación de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo, inclusive en el proceso de recarga, que pueda causar daño sensible a otros Estados del acuífero.»

7. Portugal

Con el fin de abordar las cuestiones relativas a la calidad de las aguas subterráneas, Portugal opina que sería interesante adoptar en el proyecto de artículo 11 la siguiente redacción:

«Los Estados del acuífero, individual y, cuando corresponda, conjuntamente, *adoptarán todas las medidas necesarias para* prevenir, reducir y controlar la contaminación del acuífero o sistema acuífero transfronterizo».

8. Arabia Saudita

Es necesario detallar más qué se entiende por «criterio de precaución»; también es necesario aclarar las obligaciones de los Estados.

9. Suiza

En opinión de Suiza, esa disposición debería fortalecerse. La calidad suficiente es una condición previa para el uso de cualquier acuífero o sistema acuífero.

N. Proyecto de artículo 12. Vigilancia

1. Brasil

1. El proyecto de artículo 12 contiene normas relativas a la vigilancia y algunos conceptos, como la conveniencia de utilizar normas y parámetros armonizados con miras a

vigilar la gestión del acuífero transfronterizo. En el proyecto de artículo se recomienda que los Estados del acuífero realicen esas actividades conjuntamente cuando sea posible. La obligación existe, independientemente de la vigilancia conjunta, y se aplica al intercambio de información. Debería añadirse al final del párrafo 1 el término «según proceda», puesto que a veces el intercambio de información no es posible por motivos técnicos o de otra índole.

2. En el párrafo 2 se establece el uso de criterios y metodologías para la vigilancia de los acuíferos transfronterizos como elemento clave de la obligación de los Estados del acuífero. El Brasil propone que se incluya la expresión «cuando sea posible» en el párrafo 2 en relación con la obligación de utilizar criterios convenidos o armonizados, con el fin de que sea más realista.

2. Turquía

Sería más conveniente una redacción más moderada como la siguiente:

«Los Estados del acuífero vigilarán su acuífero o sistema acuífero transfronterizo. Dentro de lo posible, realizarán esas actividades de vigilancia conjuntamente con otros Estados del acuífero interesados y en colaboración con las organizaciones internacionales competentes.»

O. Proyecto de artículo 13. Gestión

1. Austria

En el proyecto de artículo 13 se sigue el ejemplo de otros tratados existentes. En el comentario se explica que los Estados del acuífero deberían establecer planes de gestión a nivel nacional y celebrar consultas cuando así se solicite. En opinión de Austria, la primera frase debería redactarse de nuevo para que en ella se recoja claramente la obligación de elaborar planes de gestión a nivel nacional.

2. Brasil

La primera parte del proyecto de artículo 13 plantea algunas dificultades para el Brasil, puesto que en ella se regula la elaboración y ejecución de planes para la gestión de los acuíferos sobre la base exclusivamente del proyecto de artículos presentado por la Comisión. Esos planes deberían elaborarse a nivel regional y, preferiblemente, no sólo de acuerdo con los principios establecidos en el proyecto de artículos, sino principalmente con arreglo a los acuerdos regionales y subregionales. La segunda obligación que se contempla en el proyecto de artículo, que es la de celebrar consultas sobre la gestión del acuífero o sistema acuífero transfronterizo si así lo piden algunos de los Estados del acuífero, tiende a fomentar una visión unilateral de la cuestión. La segunda parte del artículo 13 debería redactarse de nuevo a fin de indicar de una forma más positiva que los Estados «deberían llegar al consenso acerca de los modos y métodos de celebrar las consultas» por lo que se refiere a la gestión de los acuíferos. En la última parte del proyecto de artículo se introduce la noción de un «mecanismo conjunto de gestión» que podría no ser realista, como la Comisión parece sugerir en su comentario. En opinión del Brasil, sería mejor hacer referencia a la armonización de los criterios de gestión para que sean más complementarios y cooperativos. No obstante, cada Estado deberá gestionar la parte del acuífero ubicada en su propio territorio. Así pues, podría ser inapropiado utilizar expresiones como «gestión conjunta» o «mecanismo conjunto de gestión».

3. Alemania

1. Debería añadirse un párrafo al proyecto de artículo en el que se hiciera hincapié en la importancia del intercambio de información socioeconómica básica:

«Dentro de ese mecanismo conjunto de gestión, los Estados del acuífero intercambiarán datos e información sobre la situación socioeconómica y el desarrollo en el territorio de su acuífero. Los Estados del acuífero harán todo lo posible para reunir y producir, individual o conjuntamente, los datos y la información que consideren puedan servir de base para los planes de gestión.»

2. Como resultado, debería añadirse al comentario el texto siguiente:

«El párrafo 2 guarda relación con los datos y la información sobre la situación socioeconómica de los habitantes del territorio del acuífero o sobre las personas que dependen del acuífero para su bienestar. Guarda relación también con los datos y la información sobre el progreso socioeconómico de esas personas. La información y los datos socioeconómicos incluyen información detallada sobre: *a*) todas las actividades económicas que utilicen el acuífero o las aguas procedentes del acuífero; *b*) toda la utilización del agua del acuífero para el abastecimiento humano; *c*) el número de personas que dependen del acuífero con fines económicos o domésticos, y *d*) los cambios en la utilización debidos, por ejemplo, al crecimiento de la población, la migración, etc.»

P. Proyecto de artículo 14. Actividades proyectadas

1. Brasil

Con respecto al proyecto de artículo 14, encuadrado en la parte IV, el Brasil apoya el enfoque equilibrado adoptado por la Comisión al elaborar una disposición sobre una cuestión tan delicada. Es importante poner de relieve que en el proyecto de artículo no se impone la obligación de establecer un órgano independiente de determinación de los hechos, lo que lo diferencia de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El Brasil apoya la actual redacción y no estaría dispuesto a aceptar la introducción de una disposición relativa a un «efecto de suspensión» de las actividades proyectadas.

2. Colombia

No debería utilizarse el término «sensible» para categorizar el efecto; no debería utilizarse la expresión «efecto negativo sensible» sino «efecto negativo». De igual forma, Colombia sugiere que la notificación de afectación del acuífero a que se hace referencia en el párrafo 2 se acompañe de datos técnicos y científicos.

3. Cuba

Cuba opina que se debe precisar para una correcta aplicación el significado de la expresión «efecto negativo sensible».

4. República Checa

Con arreglo al proyecto de artículo 14, cuando un Estado tenga motivos razonables para estimar que una determinada actividad proyectada en su territorio puede afectar a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, con ello, causar un efecto negativo sensible a otro Estado, aquel Estado, en cuanto sea factible, evaluará los posibles efectos de esa actividad. En opinión de la República Checa, esa evaluación no puede dejarse a la discreción de una de las partes; todos los Estados afectados deberían participar en esa evaluación.

5. Israel

La palabra «equitativa» parece tener un significado diferente cuando se usa en el contexto del proyecto de artículo 14 que cuando se utiliza en disposiciones anteriores del texto. Israel opina que el significado de ese término debe ser coherente a lo largo de todo el proyecto de artículos y, por tanto, recomienda que en el proyecto de artículo 14 se utilice otro término para evitar confusiones.

6. Países Bajos

Con arreglo al párrafo 1, debería realizarse una evaluación previa de los posibles «efectos» de una actividad proyectada, que incluiría una evaluación de los «efectos ambientales». No obstante, el uso de la palabra «todo» en el párrafo 2 sugiere que el «estudio de impacto ambiental» sólo tiene que notificarse cuando se disponga de él. La formulación de ese párrafo, que se basa en el artículo 12 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, no parece estar en consonancia con el párrafo 1. En cualquier caso, los Países Bajos creen que la notificación debe ir acompañada de los datos técnicos y la información disponibles, incluida la evaluación realizada con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1. Podría, y en opinión de los Países Bajos debería, mantenerse en este proyecto de artículo, por ejemplo en el párrafo 1, una referencia explícita a los «efectos ambientales». Aunque los Países Bajos entienden, como se recoge en el párrafo 1 del comentario al proyecto de artículo 14, los motivos de la Comisión para establecer requisitos de procedimiento más sencillos en este proyecto de artículos que los que figuran en la mencionada Convención, parece que uno de esos requisitos de procedimiento esencial falta en el proyecto de artículos. Ese elemento es la obligación de abstenerse de realizar o permitir que se realice la actividad proyectada durante las consultas y negociaciones. No se trata sólo de una salvaguardia para el Estado que pudiera resultar afectado durante las consultas y negociaciones, sino también para el Estado que haya proyectado la actividad una vez concluidas esas consultas y negociaciones, con o sin éxito.

7. Turquía

En el párrafo 3 de este proyecto de artículo no se da una idea clara del futuro de una actividad proyectada que pudiera tener efectos adversos en otros Estados del acuífero si no se llega a una solución razonable de la situación al final de los procesos de consulta y negociación. Así pues, al final de ese párrafo, y a fin de eliminar esa ambigüedad, podría añadirse la frase siguiente:

«Si no se llegara a un acuerdo en un plazo razonable, el Estado que notifica podrá ejercer su derecho soberano a realizar su actividad proyectada, haciendo todo lo posible para reducir sus efectos adversos.»

Q. Proyecto de artículo 15. Cooperación científica y técnica con los Estados en desarrollo

1. Brasil

En el proyecto de artículo 15, encuadrado en la parte V, se establecen normas relativas a la cooperación científica y técnica con los Estados en desarrollo. El Brasil está de acuerdo con esa disposición, pero sugiere que se añadan dos nuevos apartados con el texto siguiente:

«recopilar datos y realizar conjuntamente proyectos y estudios técnicos;»

y

«fomentar el intercambio de experiencia y conocimientos técnicos entre los Estados del acuífero con miras a fomentar su capacidad y fortalecer la cooperación entre ellos en relación con la gestión de las aguas subterráneas.»

2. Colombia

Reiterando la importancia de contar con un sistema de seguimiento y vigilancia de los acuíferos, Colombia sugiere agregar un nuevo apartado con el texto siguiente:

«apoyar la construcción de una red de vigilancia y seguimiento de los acuíferos transfronterizos.»

3. Israel

Israel desearía hacer hincapié en su apoyo a la cooperación con los Estados en desarrollo en la esfera de la tecnología del agua.

4. Polonia

Como el cumplimiento por los Estados en desarrollo de las obligaciones establecidas en el proyecto de artículos depende principalmente de sus recursos económicos y su capacidad, mediante este proyecto de artículo se trata acertadamente de velar por que esos Estados dispongan de capacidad y recursos materiales suficientes. No obstante, en opinión de Polonia, debería ampliarse la cooperación de manera que queden incluidas las esferas jurídica y financiera. Así pues, se propone que el texto del artículo sea el siguiente:

«**Artículo 15. Cooperación científica, técnica, educativa, financiera y jurídica con los Estados en desarrollo**

Los Estados, actuando directamente o por intermedio de las organizaciones internacionales competentes, promoverán la cooperación científica, educativa, técnica, jurídica y en otros campos con los Estados en desarrollo para la protección y gestión de los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos. Esa cooperación incluirá, entre otros aspectos:

a) formar al personal científico, técnico y jurídico;

b) facilitar su participación en los programas internacionales pertinentes;

c) proporcionarles el equipo y los servicios necesarios;

d) aumentar su capacidad para fabricar tal equipo;

e) brindar asesoramiento y desarrollar servicios para programas de investigación, vigilancia, educación y otros;

f) brindar asesoramiento y desarrollar servicios para minimizar los efectos perjudiciales de las principales actividades que puedan afectar a los acuíferos o sistemas de acuíferos transfronterizos;

g) preparar evaluaciones de impacto ambiental, y

h) movilizar recursos financieros y establecer los mecanismos apropiados a fin de ayudarles a llevar a cabo proyectos de interés y facilitar el fomento de su capacidad.»

5. Arabia Saudita

1. La primera línea de ese proyecto de artículo incluye la frase «los Estados [...] promoverán». Es necesario definir qué se entiende por el término «Estados». ¿Se refiere a todos los Estados del mundo? Sería necesario aclararlo.

2. La Arabia Saudita sugiere que en ese proyecto de artículo se inste a los Estados desarrollados a que, a la vista de su experiencia práctica y metodológica, compartan su experiencia en la gestión conjunta de los acuíferos transfronterizos.

6. Turquía

En la primera frase del proyecto de artículo 15 se promueve la cooperación científica, educativa, técnica y en otros campos con los Estados en desarrollo. Sin embargo, la segunda frase, que dice «Esa cooperación incluirá, entre otros aspectos:» entraña obligaciones. Así pues, sería conveniente sustituir en la segunda frase la palabra «incluirá» por las palabras «podría incluir».

R. Proyecto de artículo 16. Situaciones de emergencia

1. Austria

Austria está de acuerdo con los proyectos de artículos 16 y 17, aunque se plantean dudas en cuanto a la relación que pueda haber entre ellos. Debería aclararse si el proyecto de artículo 16 se aplica a situaciones que quedan dentro del ámbito del proyecto de artículo 17.

2. Brasil

En el proyecto de artículo 16 sería preferible utilizar la palabra «riesgo» en vez de la palabra «amenaza». Aunque queda relativamente claro que en el proyecto de artículo la palabra «amenaza» no tiene el significado que se le da en la esfera de la seguridad internacional, sería importante evitar, en la medida de lo posible, el uso de expresiones que puedan suscitar una reacción internacional. Si la palabra «amenaza» que se menciona en esa disposición se asocia con la idea de daño, sería mejor utilizar la palabra «riesgo» que tiene un significado neutro.

3. Cuba

Por lo que se refiere al párrafo 1 del proyecto de artículo 16, Cuba considera que se debe precisar qué se entiende por «causar daño grave», pues el término resulta impreciso.

4. Israel

1. Israel propone que se elimine del párrafo 1 del proyecto de artículo la palabra «súbitamente». A ese respecto, Israel desearía señalar que su entendimiento del proyecto de artículo es que en él se hace principalmente referencia a casos en los que surge un «estado de necesidad», puesto que ese término está definido en el derecho internacional general. En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[1], la CIJ abordó las normas relativas a lo que constituye un «estado de necesidad». Su fallo es especialmente significativo puesto que el estado de necesidad que se examinó era de carácter ecológico, relacionado con la gestión del agua. En ese fallo, la Corte determinó que uno de los elementos que constituyen un estado de necesidad es la existencia de «peligro inminente». La Corte dictaminó que:

> Un «peligro» que se pueda producir a largo plazo pueda ser considerado «inminente» desde el momento en que se determine que la realización de ese peligro, por muy lejana que sea, no sea por ello menos cierta e inevitable[2].

2. Israel cree que ese fallo reviste un especial interés en relación con los acuíferos, que se caracterizan por la forma gradual en que resultan dañados. Así pues, Israel opina que debería considerarse que las situaciones de emergencia aparecen tan pronto como se detecta el peligro, aunque esté lejano.

3. En relación con el párrafo 2, es necesario actuar con cautela antes de establecer una norma general que requiera que los Estados ayuden a otros Estados que puedan estar sufriendo una emergencia. Esa obligación general, aunque sea deseable, no forma parte todavía del derecho internacional consuetudinario. Además, sin dudar de la importancia de ese principio, Israel cuestiona su viabilidad.

---

[1] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, fallo, *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 7. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 1.

[2] Ibíd., pág. 42, párr. 54.

5. Países Bajos

Aunque los Países Bajos hacen suyo el objetivo de la obligación impuesta a los Estados de prestar cooperación científica, técnica, logística y de otra índole a otros Estados que sufran una emergencia, tiene dudas acerca de si esa disposición refleja el derecho internacional consuetudinario. Los Países Bajos opinan que un Estado que sufre una emergencia puede solicitar «asistencia» a otros Estados, y que esos otros Estados están obligados a considerar y adoptar una decisión acerca de esa solicitud, pero eso no significa que esos otros Estados tengan la obligación real de prestar asistencia. El término «cooperación» tal vez hubiera hecho que esa disposición fuese más fácil de aceptar, pero de hecho oscurece el estado actual del derecho internacional en esa materia. Si la Comisión desea incorporar esa disposición como un desarrollo progresivo del derecho internacional, debe hacerlo saber claramente en el comentario de ese proyecto de artículo. De forma similar, los Países Bajos hacen suyo el objetivo de la disposición derogatoria especial contenida en el párrafo 3 según la cual los Estados del acuífero pueden ignorar dos obligaciones básicas, a saber, el principio de la utilización equitativa y razonable y la obligación de no causar daño sensible a otros Estados del acuífero, para salvaguardar las necesidades humanas vitales. No obstante, los Países Bajos no están aún convencidos de que sea necesario introducir una disposición derogatoria temporal especial, además de contemplarse el derecho de los Estados a invocar alguna de las circunstancias que excluyen la ilicitud en el derecho de la responsabilidad de los Estados, para justificar el incumplimiento de alguna obligación concreta. La invocación de alguna de las circunstancias que excluyen la ilicitud está sujeta a salvaguardias y sería conveniente examinar si deben o no descartarse esas salvaguardias para proteger las necesidades humanas vitales. Si la Comisión desea hacerlo, esa cuestión debería abordarse en el comentario sobre el proyecto de artículo.

6. Polonia

Surge la cuestión de por qué debe limitarse la disposición a las emergencias que se presenten «súbitamente». Algunas emergencias podrían plantearse a lo largo de un período de tiempo y ser, no obstante, graves. En consecuencia, se propone una nueva redacción del párrafo 1 de la forma siguiente:

«1. A los efectos del presente artículo, por "«emergencia»" se entenderá una situación que resulte de causas naturales o de un comportamiento humano que se presente súbitamente o debido a la acumulación de sucesos o actividades anteriores cuya importancia no se hubiera detectado en su momento y que constituya una amenaza de causar daño grave a los Estado del acuífero u otros Estados.»

7. Arabia Saudita

En el apartado *b* se incluye la palabra «Estados». Es necesario definir y aclarar el significado de esa palabra.

S. Proyecto de artículo 17. Protección en tiempo de conflicto armado

1. Austria

Podría ser necesario ajustar el proyecto de artículo 17 en función del resultado de los trabajos de la Comisión sobre los «Efectos de los conflictos armados en los tratados».

2. Brasil

El Brasil hace suya la redacción del proyecto de artículo 17.

T. Proyecto de artículo 18. Datos e información relativos a la defensa o la seguridad nacionales

1. Brasil

El Brasil hace suya la redacción actual del proyecto de artículo 18. El Brasil no aceptaría ninguna enmienda que pudiera limitar el derecho de los Estados a decidir acerca de qué datos o información desean compartir. La obligación de cooperar de buena fe da al artículo un equilibrio apropiado, puesto que no interfiere con los derechos de los Estados con respecto a la información que consideren sensible desde el punto de vista de la seguridad nacional.

2. Finlandia

El intercambio de información sobre los acuíferos transfronterizos a intervalos periódicos y con una amplitud suficiente reviste especial importancia. Entre los datos que deben compartirse debería incluirse la información de contacto de las autoridades encargadas de la protección del medio ambiente en los planos estatal y regional. Debería velarse por que el acceso a esas autoridades en caso de emergencia sea fácil. Al amparo del artículo 18, el intercambio de información no debe impedirse ni dificultarse expresamente, y todas las actividades deberían realizarse de buena fe.

3. Israel

La excepción a la información de intercambiar datos e información que se establece en el proyecto de artículo 18 permite a los Estados abstenerse de proporcionar datos e información únicamente en los casos en que pudiera verse afectada la defensa o la seguridad nacional, y no guarda relación con otros intereses nacionales importantes que se enumeran en el párrafo 5 del artículo 56 de las Normas de Berlín de la Asociación de Derecho Internacional sobre los recursos hídricos[1], como los derechos de propiedad intelectual, el derecho a la intimidad, o los tesoros culturales o naturales importantes, que podrían ponerse en peligro por la obligación de compartir información. Así pues, sería conveniente considerar la posibilidad de ampliar la lista de excepciones a la obligación de intercambiar datos e información con el fin de proteger también esos importantes intereses.

[1] Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, 2004.

U. Proyecto de artículo 19. Acuerdos y arreglos bilaterales y regionales

1. Austria

1. El proyecto de artículo 19 todavía plantea algunos problemas: *a*) no queda claro si con él se pretende definir el proyecto de artículos, en caso de que se convirtiera en un convenio, como la base de un acuerdo marco que requeriría la elaboración de otros acuerdos para los distintos acuíferos transfronterizos, o si ese convenio sería aplicable sin necesidad de concertar esos acuerdos; *b*) también es necesario aclarar su relación con el proyecto de artículo 13, en particular la última frase relativa al establecimiento de «mecanismos conjuntos de gestión». Esos mecanismos constituirían obviamente acuerdos y arreglos bilaterales y regionales como se prevé en el proyecto de artículo 19; *c*) no se indica en qué medida la aplicación de esos acuerdos podría desviarse del proyecto de artículos presentado. En particular, no queda claro si mediante esa disposición se pretende desviarse de la norma de los tratados *inter se* tal como se contempla en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Aunque en el comentario sobre esta disposición se hace referencia expresa al artículo 4 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, el primero está mucho menos desarrollado que la segunda, y *d*) carece de cualquier indicación sobre la relación con acuerdos existentes o futuros.

2. En la formulación del proyecto de artículos se debe también tener en cuenta la posición particular de los Estados que pertenezcan a una organización de integración económica regional entre cuyas competencias figuren cuestiones que se abordarían en un convenio de esa naturaleza.

2. Brasil

El proyecto de artículo 19 trata de los acuerdos y arreglos bilaterales y regionales. Esa disposición contiene recomendaciones y en ella se alienta a los Estados del acuífero a que concierten acuerdos o arreglos bilaterales. El Brasil está de acuerdo con el párrafo 2 del comentario de la Comisión, en el que se menciona que no pueda interpretarse la segunda frase del proyecto de artículo 19 como que otorga a los demás Estados del acuífero un derecho de veto sobre los proyectos o programas mencionados en la disposición. No obstante, con el fin de evitar cualquier interpretación contraria al espíritu del proyecto de artículos, la Comisión debería tratar de encontrar, en su segunda lectura del proyecto de artículos, algún texto adicional para dejar muy claro que no existe ese derecho de veto.

3. Países Bajos

El proyecto de artículos no se ha presentado bajo la forma de un marco de cooperación. Los Países Bajos están de acuerdo con lo que la Comisión afirma en el párrafo 1 del comentario al proyecto de artículo 19 de que, en el caso de las aguas subterráneas, así como otras sustancias líquidas y gaseosas, la elaboración de acuerdos bilaterales y regionales se encuentran todavía en fase embrionaria y se debe preparar adecuadamente el marco de cooperación. La redacción e inclusión del proyecto de artículo relativo a los acuerdos y arreglos bilaterales y regionales refleja ese enfoque y los Países Bajos lo apoyan plenamente.

4. Arabia Saudita

1. La utilización bilateral tiene aspectos positivos y negativos. Entre los aspectos positivos puede mencionarse que conduce a una cooperación más estrecha y fructífera entre los pueblos en las zonas fronterizas, con lo que se fomenta las relaciones pacíficas. Entre sus aspectos negativos cabe mencionar que puede realizarse, aunque sea parcialmente, a expensas de otro Estado. En el proyecto de artículo se aborda ese problema al mencionar «salvo en la medida en que el acuerdo o arreglo pueda afectar negativamente, en grado significativo, a la utilización del agua de dicho acuífero o sistema acuífero por parte de otro u otros Estados del acuífero sin el expreso consentimiento de éstos».

2. No obstante, la expresión «pueda afectar negativamente, en grado significativo» es vaga y requiere una cierta concreción y definición para que no pueda interpretarse o utilizarse erróneamente por otro Estado o Estados del acuífero. A menos que el efecto negativo se especifique o defina claramente, podría darse la circunstancia de que uno o más Estados acaben teniendo derecho de «veto».

3. En el párrafo 2 del comentario al proyecto de artículo 19 se incluye la frase «salvo raras excepciones». Sería conveniente aclarar cuáles son esas raras excepciones para que no puedan utilizarse como justificación de diversas interpretaciones.

5. Suiza

En la tercera línea de la versión francesa del proyecto de artículo 19 hay un pequeño error en la expresión «*tout ou partie*».

V. Nuevos proyectos de artículos y reordenación del proyecto de artículos

1. Iraq

1. Deberían reorganizarse y reordenarse algunos artículos de una forma más apropiada como, por ejemplo: artículo 9: Administración; artículo 10: Vigilancia; artículo 11: Protección y preservación de ecosistemas.

2. Debería añadirse un nuevo artículo en la parte V titulado: «Cooperación entre el Estado del acuífero o del sistema acuífero y las organizaciones internacionales competentes» con el fin de incluir la cooperación con esas organizaciones en el contenido del proyecto de artículos propuesto.

3. Debería añadirse otro artículo titulado «Cláusula de arbitraje obligatorio» en el que se abordase la cuestión del recurso a los tribunales internacionales en caso de una controversia internacional relativa a la interpretación o aplicación de las normas.

2. Suiza

1. Cláusula federal: en los Estados federales, la ordenación de las aguas subterráneas queda a menudo dentro de la competencia de entidades regionales. En Suiza, por ejemplo, los cantones han concluido acuerdos relativos a las aguas transfronterizas con los Estados vecinos con los que comparten el agua.

2. Debería desarrollarse la interrelación entre las aguas superficiales y subterráneas.

3. Deberían haberse elaborado disposiciones para la solución de diferencias (más allá de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 14, que se limita al caso de las actividades proyectadas).

W. Forma definitiva

1. Brasil

Durante la segunda lectura del proyecto de artículos, la Comisión habrá de decidir sobre la forma definitiva del instrumento que habrá de presentar a la Asamblea General, bien como proyecto de convenio, o como proyecto de artículos para su aprobación o adopción. El Brasil reitera su preferencia por la forma de un instrumento de carácter no vinculante. El gran carácter técnico y el conocimiento incipiente de los acuíferos, así como las diversas condiciones en que éstos se encuentran, requieren la adopción de directrices flexibles en esta etapa. Esas directrices constituirían el marco para el desarrollo de la cooperación entre los Estados, especialmente a través de los acuerdos y arreglos bilaterales y regionales. En la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se sienta un precedente que es necesario observar. La Convención contiene disposiciones controvertidas con respecto, entre otras cosas, a la solución de diferencias y, como resultado de ello, no ha sido posible obtener un número suficiente de ratificaciones para que entre en vigor. Ese precedente demuestra que un enfoque gradual podría ser el mejor modo de hacer avanzar el derecho internacional en esta esfera. La negociación de un instrumento vinculante puede dar la impresión de que es posible saltar etapas y acelerar el proceso, pero la experiencia ha demostrado que cuando se trata de temas nuevos basados en realidades diversas, el mejor camino es normalmente adoptar instrumentos no vinculantes que proporcionen parámetros generales, flexibles y adaptables. El Brasil opina que la mejor manera de avanzar en la esfera de los acuíferos transfronterizos sería transformar el proyecto de artículos en una declaración no vinculante que alentara a los Estados a negociar instrumentos jurídicos de ámbito regional y subregional de una naturaleza más concreta y, de ser necesario, de carácter vinculante. La adopción de una declaración en el momento actual no prejuzgaría la futura adopción de un convenio marco vinculante universal, a medida que el derecho de los acuíferos transfronterizos avance en el plano regional y los Estados que compartan acuíferos fortalezcan sus mecanismos de cooperación. No obstante, ese importante paso depende de un proceso que todavía no ha concluido. Por último, en caso de que la Comisión decida proponer la adopción de un instrumento no vinculante, debería adaptar en consecuencia la redacción utilizada en el proyecto de artículos, especialmente excluyendo del texto la utilización del futuro, que conlleva un significado claramente obligatorio.

2. Canadá

Como el Canadá señaló ya en las observaciones presentadas a la Sexta Comisión, está dispuesto a apoyar esta labor en forma de conjunto de principios para su posible utilización por los gobiernos, especialmente en un contexto regional en que varios Estados compartan recursos hídricos subterráneos. No obstante, es necesario que en el proyecto de artículos se refleje la utilidad de otros mecanismos alternativos y hacer lugar a los que ya existen en los planos bilateral o multilateral (lo que sucede en el caso del Canadá). De hecho, teniendo en cuenta que el Canadá ya es parte en mecanismos existentes eficaces, no le resulta posible en este momento apoyar activamente que el proyecto de artículos se utilice como base para un convenio multilateral.

3. República Checa

1. La República Checa ha venido considerando la cuestión de cuál sería la mejor forma definitiva del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos. A lo largo de los trabajos de la Comisión se ha hecho hincapié varias veces en que el proyecto muestra muchas características idénticas o similares al proyecto de artículos que dio lugar a la adopción de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, así como al proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[1] elaborado en 2001. Por tanto, sería lógico que el proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos se finalice bajo la forma de un convenio marco.

2. Por otra parte, cabe señalar que la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación no ha entrado aún en vigor debido a que los Estados no han mostrado suficiente interés en su ratificación, y a la República Checa le preocupa que el proyecto de artículos sobre los acuíferos transfronterizos pudiera correr la misma suerte.

3. Con todo, en el caso concreto que nos ocupa, parece que la forma de un convenio tendría más ventajas que la de una resolución no vinculante o incluso un mero informe de la Comisión. La cuestión es que este caso concreto se refiere al desarrollo progresivo del derecho internacional. Aunque el fracaso de un convenio en el que se codificaran las normas del derecho internacional consuetudinario podría suponer que se pusiera en cuestión la naturaleza vinculante de dichas normas, no se correría ese riesgo al considerar el desarrollo progresivo del derecho mediante un convenio marco. Aunque la entrada en vigor de ese convenio marco pudiera llevar un tiempo relativamente más largo y resultar vinculante sólo para un pequeño número de Estados, un convenio vinculante sería un instrumento más apropiado para el desarrollo del derecho internacional en una esfera determinada.

---

[1] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 156, párr. 97.

4. Sigue correspondiendo a la Comisión determinar si el proyecto de artículos sobre los acuíferos transfronterizos y el futuro proyecto de artículos sobre el petróleo y el gas natural deberían o no refundirse en un único convenio. Pese a la existencia de muchos aspectos similares entre las aguas subterráneas y el petróleo y el gas natural, la República Checa observa que también hay diferencias. Por eso, es de la opinión de que debe completarse la lectura del proyecto de artículos sea cual sea el resultado al que llegue el debate de la Comisión sobre las cuestiones jurídicas relativas al petróleo y el gas natural. La República Checa percibe las cuestiones relacionadas con los recursos naturales compartidos como un tema muy amplio y, por tanto, opina que la Comisión conseguiría más resultados si sus trabajos se dirigieran a ese amplio tema.

5. La República Checa considera que es necesario estudiar la práctica de los Estados en relación con los aspectos jurídicos internacionales relativos al petróleo y el gas natural. La República Checa quisiera señalar que la recopilación de esa información y su ulterior análisis puede llevar un tiempo relativamente largo. Por esa razón, la República Checa cree que sería útil completar los trabajos sobre los acuíferos transfronterizos sin tener en cuenta los progresos conseguidos en la esfera del petróleo y el gas natural.

4. Finlandia

El proyecto de artículos se ha presentado en forma de convenio. Todavía hay que analizar cuál sería el valor añadido que ese convenio podría generar. Hay cierta incertidumbre acerca de si ese convenio podría entrar en vigor pronto. Además, también se corre el riesgo de que las ulteriores negociaciones diluyan la utilidad del proyecto de artículos.

5. República de Corea

1. Parecería preferible que el proyecto de artículos se finalizara en forma de declaración sobre la materia. Alternativamente, el proyecto de artículos podría constituir un conjunto de recomendaciones, como sucede en el caso de la responsabilidad por daños transfronterizos. Si el texto adoptara la forma de un convenio, sería aconsejable incluir en él un mecanismo de solución de diferencias sobre los proyectos de artículos.

2. En caso de que se aprobara el convenio, se recomienda que las partes tengan la opción de unirse a otros Estados del acuífero para concertar acuerdos y, de esa forma, desviarse del convenio en algunos aspectos. La opción de desviarse del convenio tendría significado, porque los Estados de un acuífero concreto están en mejores condiciones para juzgar su situación particular, sopesando consideraciones contradictorias específicas de su posición en relación con sus acuíferos comunes. Se sugiere que, como opción para desviarse del convenio, se introduzcan frases como «a menos que se acuerde otra cosa».

6. Países Bajos

En el párrafo 3 del comentario general, la Comisión opinaba que era prematuro llegar a una conclusión sobre la forma final, habida cuenta de las opiniones discrepantes expresadas por los Estados en la Sexta Comisión. Los Países Bajos aprecian el enfoque cauteloso de la Comisión y proponen que vuelva a examinarse la cuestión después de que se haya considerado la aplicación del proyecto de artículos a otros recursos naturales compartidos distintos de las aguas subterráneas. En opinión de los Países Bajos, en cualquier caso no sería deseable considerar la elaboración de un convenio antes de que concluyan los trabajos sobre esos otros recursos naturales compartidos. A la espera de que concluyan esos trabajos, la adopción de un instrumento sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos que no tenga carácter vinculante podría ser adecuado como primer paso en el desarrollo de un régimen jurídico para la utilización de los recursos naturales compartidos.

7. Polonia

A la luz de las distintas opiniones expresadas por los Estados, y del hecho de que la práctica internacional todavía se encuentra en evolución, parece que sería prematuro llegar a una decisión sobre esa cuestión.

8. Portugal

Portugal apoya la intención de la Comisión de proceder a una segunda lectura del proyecto de artículos. También reafirma su convicción de que la forma final del proyecto de artículos debería ser un convenio marco internacional.

9. Suiza

El texto representa un marco general sólido, que recoge principalmente normas reconocidas como parte del derecho internacional consuetudinario. Suiza opina que sus disposiciones podrían utilizarse como instrumento jurídicamente vinculante de ámbito mundial, regional o bilateral, o bien servir como modelo para un acuerdo específico entre países vecinos acerca de un acuífero concreto.

EFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/589

Cuarto informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados: Procedimiento de suspensión y terminación, del Sr. Ian Brownlie, Relator Especial

[Original: inglés]
[14 de noviembre de 2007]

ÍNDICE

		Párrafos	*Página*
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe			85
Introducción		1-2	86
Capítulo			
I.	Las disposiciones de la Convención de Viena de 1969	3-6	86
II.	Antecedentes legislativos del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969	7-24	87
	A. Importancia de la historia legislativa	8	87
	B. Resumen de la historia legislativa del artículo 65 (como se hizo en la Comisión)	9-12	87
	C. Consideraciones normativas resultantes de la labor de la Comisión	13-18	88
	D. Resumen de la historia legislativa del artículo 65 (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados)	19-22	89
	E. Historia legislativa del artículo 65 (la frase «salvo en casos de especial urgencia»)	23-24	90
III.	El carácter especial de los «efectos de los conflictos armados en los tratados» como fundamento para la terminación o la suspensión	25-28	91
IV.	El carácter especial de los «efectos de los conflictos armados en los tratados»: elementos distintivos	29	91
V.	Modalidades de notificación en casos de conflicto armado	30-36	92
VI.	Falta de notificación de la terminación o suspensión en relación con un conflicto armado	37-42	93
VII.	Algunas conclusiones	43-48	94

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convenciones de Ginebra sobre el derecho del mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	
Convención sobre la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 450, n.º 6465, pág. 241.
Convención sobre la plataforma continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 499, n.º 7302, pág. 115.
Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 516, n.º 7477, pág. 330.
Convención sobre pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 559, n.º 8164, pág. 285.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.

Introducción

1. En el tercer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados[1], se abordó el modo de suspensión o terminación en el proyecto de artículo 8, por analogía con los artículos 42 a 45 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969). Tanto en las deliberaciones del pleno como en el Grupo de Trabajo sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados se señaló que esta cuestión requería un ulterior examen.

2. En las deliberaciones del Grupo de Trabajo se convino en que debía pedirse al Relator Especial que llevara a cabo un examen más exhaustivo de la cuestión del procedimiento, con especial referencia al artículo 65 de la Convención de Viena de 1969. A fin de agilizar este examen, la Secretaría ha preparado un memorando informal sobre la historia legislativa del artículo 65 de esa Convención del que se incluyen extractos en el presente informe.

[1] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/578.

Capítulo I

Las disposiciones de la Convención de Viena de 1969

3. Como introducción es preciso señalar la limitada pertinencia de las disposiciones de la Convención de Viena de 1969.

4. La parte V de la Convención de Viena de 1969 se refiere a la «Nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados» y consta de las cinco secciones siguientes:

Sección 1. Disposiciones generales (arts. 42 a 45);

Sección 2. Nulidad de los tratados (arts. 46 a 53);

Sección 3. Terminación de los tratados y suspensión de su aplicación (arts. 54 a 64);

Sección 4. Procedimiento (arts. 65 a 68);

Sección 5. Consecuencias de la nulidad, la terminación o la suspensión de la aplicación de un tratado (arts. 69 a 72).

5. En conclusión, las disposiciones relacionadas específicamente con la cuestión del procedimiento son las siguientes:

Sección 4. Procedimiento

Artículo 65. Procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado

1. La parte que, basándose en las disposiciones de la presente Convención, alegue un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que ésta se funde.

2. Si, después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo 67 la medida que haya propuesto.

3. Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación.

Artículo 66. Procedimientos de arreglo judicial de arbitraje y de conciliación

Si, dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se ha llegado a ninguna solución conforme al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes:

a) Cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje;

b) Cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación de cualquiera de los restantes artículos de la Parte V de la presente Convención podrá iniciar el procedimiento indicado en el Anexo de la Convención presentando al Secretario General de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto.

Artículo 67. Instrumentos para declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación

1. La notificación prevista en el párrafo 1 del artículo 65 habrá de hacerse por escrito.

2. Todo acto encaminado a declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación de conformidad con las disposiciones del tratado o de los párrafos 2 o 3 del artículo 65 se hará constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes. Si el instrumento no está firmado por el jefe del Estado, el jefe del gobierno o el ministro de relaciones exteriores, el representante del Estado que lo comunique podrá ser invitado a presentar sus plenos poderes.

Artículo 68. Revocación de las notificaciones y de los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67

Las notificaciones o los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67 podrán ser revocados en cualquier momento antes de que surtan efecto.

6. El problema que se plantea es que estas disposiciones sobre el procedimiento en caso de terminación o suspensión no son aplicables a ningún supuesto «que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia […] de la ruptura de hostilidades entre Estados». Así se estipula en el artículo 73, aplicable a todas las disposiciones de la Convención de Viena de 1969.

Capítulo II

Antecedentes legislativos del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969

7. La existencia del artículo 73 tiene como consecuencia que la Comisión tendrá libertad para buscar una solución al caso concreto del efecto de un conflicto armado sobre los tratados, y se verá en la necesidad de hacerlo.

A. Importancia de la historia legislativa

8. La irrelevancia del artículo 65 como cuestión de aplicación formal de las disposiciones no supone que la historia legislativa sea redundante. La importancia de las consideraciones normativas tenidas en cuenta a la hora de formular el artículo 65 para el procedimiento aplicable en el caso de los efectos de los conflictos armados no puede descartarse *ab initio*. Al mismo tiempo, sigue existiendo la posibilidad, que se examinará a su debido tiempo, de que el caso de los conflictos armados sea cualitativamente diferente de los casos de terminación o suspensión que contempla en la actualidad la Convención de Viena de 1969, y que, en consecuencia, también sean diferentes las consideraciones normativas.

B. Resumen de la historia legislativa del artículo 65 (como se hizo en la Comisión)

9. El texto original del artículo 65 fue el proyecto de artículo 62 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados que examinó la Comisión en 1966[2]. En el memorando de 2007 preparado por la Secretaría sobre la historia legislativa del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969 se analizan de manera detallada las fuentes de dicho artículo. Las etapas fundamentales del proceso fueron las siguientes:

Primera lectura – proyecto de artículo 51 (1963-1964)

10. El análisis de la Secretaría es el siguiente:

1963. En su segundo informe [sobre el derecho de los tratados] (A/CN.4/156 y Add.1 a 3)[3], el Relator Especial Waldock incluyó una sección IV en la que figuraban cuatro proyectos de artículos (23 a 26) sobre el «Procedimiento para anular, denunciar, terminar o suspender un tratado o para retirarse de él y divisibilidad de los tratados».

— Las deliberaciones de la Comisión de las propuestas del Relator Especial relativas al procedimiento para anular, denunciar, terminar, etc., se celebraron en las sesiones 698.ª a 700.ª y 705.ª a 707.ª (art. 26 – Divisibilidad)[4].

— Posteriormente, el Comité de Redacción propuso una versión revisada del proyecto de artículo 25 que se debatió en la 714.ª sesión[5].

1963. En ese año, la Comisión aprobó una nueva serie de artículos del proyecto […], incluidos los antiguos proyectos de artículos 24 y 25, que se habían vuelto a numerar como proyectos de artículos 50 (Procedimiento basado en un derecho conferido por el tratado) y 51 (Procedimiento en los demás casos), junto con los comentarios. **En el proyecto de artículo 51 se recogió por primera vez la formulación recogida en las propuestas de los proyectos de artículos, que posteriormente aprobó la Comisión en el proyecto de artículo 62.**

1964. Posteriormente, en 1964, concluyó la primera lectura de la totalidad del proyecto de artículos (incluido el proyecto de artículo 51) tras lo cual la Comisión lo remitió a los gobiernos para que formularan observaciones.

— El proyecto de artículo 51 sólo fue mencionado dos veces durante las deliberaciones de 1964 (por el Sr. Rosenne, en la 743.ª sesión y por el Sr. Briggs, en la 754.ª sesión[6]).

El texto del proyecto de artículo 51, aprobado en la primera lectura fue el siguiente:

Artículo 51. Procedimiento en los demás casos

1. La parte que alegare la nulidad de un tratado o un motivo para ponerle término, retirarse de él o suspender su aplicación sin que ello sea en virtud de una disposición del tratado, deberá notificarlo a la otra parte o a las otras partes. Esta notificación deberá:

a) Indicar la medida que se propusiere adoptar respecto del tratado y los motivos en que se fundare su alegación;

b) Fijar un plazo razonable para la respuesta de la otra parte o de las otras partes, plazo que no habrá de ser inferior a tres meses, salvo en casos de especial urgencia.

2. Si ninguna parte opusiere objeciones o si no se recibiere ninguna respuesta antes de la expiración del plazo fijado, la parte que hubiere hecho la notificación podrá adoptar la medida propuesta. En este caso, informará de ello a la otra parte o a las otras partes.

3. Si alguna de las partes opusiere una objeción, las partes deberán buscar una solución a la cuestión por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. Ninguna de las disposiciones de los párrafos anteriores menoscabará en modo alguno los derechos ni las obligaciones de las partes que se dedujeron de toda disposición en vigor entre ellas sobre la solución de controversias.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47, el hecho de que un Estado no hubiere dirigido una notificación previa a la otra parte o a las otras partes no le impedirá alegar la nulidad de un tratado o motivo para ponerle término, en respuesta a un impedimento de ejecución del tratado o a una reclamación en que se alegare una violación del tratado[7].

Segunda lectura – proyecto de artículo 62 (1965-1966)

11. El análisis de la Secretaría es el siguiente:

1965. Varios gobiernos presentaron observaciones sobre, entre otras cosas, el proyecto de artículo 51, en la forma adoptada por la Comisión en primera lectura (A/CN.4/182 *et al*)[8].

1965. La Comisión no llegó a examinar el proyecto de artículo 51, ya que sólo pudo examinar los primeros 29 artículos del proyecto. La única referencia que se hizo en las deliberaciones de ese año al proyecto de artículo 51 se enmarca en la intervención del Sr. Rosenne en la 797.ª sesión[9].

1966. En su quinto informe (A/CN.4/183 y Add.1 a 4), el Relator Especial Waldock incluyó una sección sobre el artículo 51 en la que se examinaban las observaciones formuladas por los gobiernos y hacía sugerencias[10].

---

[2] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 185.

[3] *Anuario… 1963*, vol. II, pág. 42.

[4] Ibíd., vol. I, págs. 171 y ss., y págs. 220 y ss., respectivamente.

[5] Ibíd., pág. 290.

[6] *Anuario… 1964*, vol. I, págs. 135 y 207, respectivamente .

[7] *Anuario… 1963*, vol. II, documento A/5509, pág. 250.

[8] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, anexo, pág. 303.

[9] *Anuario… 1965*, vol. I, pág. 155, párr. 7.

[10] *Anuario… 1966*, vol. II, p. 50.

1966. Si bien la Comisión no tuvo ocasión de examinar el artículo 51 en el período de sesiones que celebró en Mónaco a principios de 1966, se hicieron varias referencias de paso a dicho artículo durante las deliberaciones.

1966. Las propuestas del Relator Especial en relación con el artículo 51 fueron examinadas por la Comisión en su 845.ª sesión[11], tras lo cual se remitió el proyecto de artículo al Comité de Redacción. Posteriormente, se hizo una referencia de paso a dicha disposición en las sesiones 849.ª, 861.ª y 863.ª[12]. El informe del Comité de Redacción sobre el proyecto de artículo 51 se presentó al Pleno, que lo examinó en la 864.ª sesión[13] y lo remitió de nuevo al Comité de Redacción. En su 865.ª sesión, la Comisión examinó una propuesta revisada del proyecto de artículo 51 que le presentó el Comité de Redacción, después de lo cual **se aprobó el artículo 51** en segunda lectura tras someterlo a votación[14]. Posteriormente, en las sesiones 868.ª, 876.ª y 887.ª[15] se hizo referencia al proyecto de artículo 51 ya adoptado.

1966. Más adelante, el proyecto de artículo 51 fue renumerado como proyecto de artículo 62 y aprobado en segunda lectura junto con un comentario.

El texto del proyecto de artículo 62, aprobado en segunda lectura, era el siguiente:

Artículo 62. Procedimiento que deberá seguirse en caso de nulidad, terminación, retirada o suspensión de la aplicación de un tratado

1. Toda parte que pretenda que un tratado es nulo o que alegue un motivo para ponerle término, retirarse de él o suspender su aplicación basándose en los presentes artículos, habrá de notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación se indicará la medida que se propone adoptar con respecto al tratado y el motivo en que se funde la misma.

2. Si, después de un plazo que no será inferior a tres meses salvo en casos de especial urgencia, ninguna parte ha puesto objeción alguna, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar la medida que haya propuesto de la manera prescrita en el artículo 63.

3. Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes opone una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. Lo dispuesto en los párrafos precedentes no menoscabará los derechos ni las obligaciones de las partes que se deriven de toda disposición en vigor entre ellas sobre la solución de controversias.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42, el hecho de que un Estado no haya procedido a la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá proceder a la misma en respuesta a otra parte que pida la ejecución del tratado o alegue su violación.

12. A los fines actuales, los resultados del presente análisis son inevitablemente limitados; no obstante, la historia legislativa ofrece algunas indicaciones útiles de determinadas cuestiones normativas básicas.

C. Consideraciones normativas resultantes de la labor de la Comisión

13. La labor de la Comisión en el período comprendido entre 1963 y 1966 pone de manifiesto las consideraciones normativas subyacentes para la redacción del artículo 51 (y, posteriormente, el proyecto de artículo 62), como figuran en el informe de la Comisión a la Asamblea General en 1966[16].

14. Para comenzar, debe subrayarse que la cuestión de procedimiento que constituye formalmente el objeto del proyecto de artículo 62 estaba estrechamente relacionada con las cuestiones de fondo. De hecho, los elementos «procedimentales» proporcionaban las garantías necesarias para que no hubiera una afirmación arbitraria de motivos que permitieran la determinación de un tratado como nulo, terminado o suspendido. Estas consideraciones de seguridad jurídica se señalaron en una serie de estudios realizados por diferentes Relatores Especiales[17].

15. Los aspectos normativos se resumían en el comentario de la Comisión adjunto al proyecto de artículo 62 que figuran en el informe de la Comisión presentado a la Asamblea General en 1966, y que dice lo siguiente:

1) Según muchos miembros de la Comisión, este artículo es el más importante para la aplicación de las disposiciones de la presente parte, relativa a la nulidad o terminación de los tratados y a la suspensión de su aplicación. A juicio de esos miembros, si se permitiera aducir arbitrariamente, pese a las obligaciones de la otra parte, algunas de las causas que para anular los tratados, ponerles término o suspender su aplicación se exponen en esas secciones, se pondría en grave riesgo la seguridad de los tratados. Estimaron que ese riesgo es particularmente grave en el caso de las pretensiones de denunciar un tratado o de retirarse de él basándose en una supuesta violación del tratado por la otra parte o en un cambio fundamental de las circunstancias. Para reducir al mínimo ese riesgo, la Comisión ha procurado definir del modo más preciso y objetivo posible las condiciones en las cuales pueden invocarse esas diversas causas. Sin embargo, siempre que una parte en un tratado alegue una de esas causas, el problema de si la pretensión es fundada estará casi siempre relacionado con hechos cuya determinación o apreciación puede ser controvertible. Por consiguiente, la Comisión estimó esencial que el proyecto de artículos contenga garantías de procedimiento para impedir que se alegue arbitrariamente la nulidad o la terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación[18].

16. En el caso de objeciones a una pretensión de terminar o suspender las disposiciones de un tratado, algunos miembros de la Comisión insistieron en que las controversias resultantes deberían someterse a la jurisdicción obligatoria de la CIJ. La mayor parte de los miembros de la Comisión no estuvieron de acuerdo en que se sometiera a dicha exigencia procedimental y se mostraron satisfechos con que se tratara de buscar una solución mediante los procedimientos indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Esta solución se justificó en el comentario en los siguientes pasajes:

5) *El párrafo 1** establece que la parte que sostenga que el tratado es nulo o que alegue una causa para ponerle término, retirarse de él o suspender su aplicación debe entablar un procedimiento ordinario según el cual primeramente ha de notificar su pretensión a las demás partes. Al hacerlo, ha de indicar la medida que se propone adoptar respecto del tratado, es decir, denuncia, terminación, etc., y sus motivos para adoptarla. Entonces, según el *párrafo 2**, ha de dar a las otras partes un plazo razonable para la respuesta. Salvo en casos de especial urgencia, ese plazo no habrá de ser inferior a tres meses. La segunda etapa del procedimiento depende de que la otra parte ponga objeciones. Si no se ponen objeciones o si no se contesta antes de la expiración del plazo fijado, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar la medida propuesta, en la forma prescrita en el artículo 63, es decir, mediante un instrumento debidamente ejecutado y comunicado a las

[11] Ibíd., vol. I (parte II), pág. 3.

[12] Ibíd., págs. 32, 131 y 144, respectivamente.

[13] Ibíd., pág. 151.

[14] Ibíd., pág. 161, párr. 51.

[15] Ibíd., págs. 174, 223 y 293, respectivamente.

[16] Ibíd., vol. II, pág. 185, documento A/6309/Rev.1.

[17] En este sentido son especialmente pertinentes el segundo informe sobre el derecho de los tratados del Sr. G. Fitzmaurice (*Anuario… 1957*, vol. II, pág. 17, documento A/CN.4/107); el segundo informe sobre el derecho de los tratados del Sr. Waldock (*Anuario… 1963*, vol. II, pág. 42, documento A/CN.4/156 y Add.1 a 3), y el quinto informe sobre el derecho de los tratados del Sr. Waldock (*Anuario… 1966*, vol. II, pág. 1, documento A/CN.4/183 y Add.1 a 4).

[18] *Anuario… 1966*, vol. II, pág. 286, documento A/6309/Rev.1, párr. 1 del comentario al artículo 62.

demás partes. Si, por el contrario, se opone alguna objeción, las partes, según el *párrafo 3**, deberán buscar una solución a la cuestión por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta. La Comisión estimó que no era posible establecer ningún procedimiento más estricto sin caer, hasta cierto punto, en una u otra forma, en la solución obligatoria de la cuestión planteada entre las partes. Si, después de acudir a los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta, las partes no llegaran a una solución, cada gobierno deberá apreciar la situación y proceder de buena fe. Además, todos los Estados, sean o no miembros de las Naciones Unidas, tendrán derecho a someter en determinadas condiciones la controversia al órgano competente de las Naciones Unidas.

6) Aunque la Comisión, por las razones anteriormente señaladas en este comentario, estimó que debía limitarse el Artículo 33 de la Carta en lo que se refiere al procedimiento para evitar las medidas arbitrarias, opinó que la enunciación de las disposiciones de procedimiento del presente artículo como parte integrante de las normas relativas a la invalidez y terminación de los tratados y a la suspensión de su aplicación constituía un progreso considerable. Se estimó que la subordinación expresa de los derechos sustantivos que se deducen de las disposiciones de los diversos artículos al procedimiento prescrito en el artículo que se examina, así como el obstáculo que ese procedimiento supone para toda decisión unilateral, constituyen una protección suficiente contra las pretensiones puramente arbitrarias de anular un tratado, ponerle término o suspender su aplicación[19].

17. En la 864.ª sesión de la Comisión, celebrada en 1966, el Sr. Waldock explicó las limitaciones de las revisiones procedimentales:

13. Sir Humphrey WALDOCK, Relator Especial, dice que los artículos 51 y 50 deben considerarse en relación con artículos anteriores, en especial con el artículo 30. El Comité de Redacción ha invertido el orden de los dos artículos para aclarar que el artículo 50, referente al acto definitivo por el que se declara la terminación, presupone que dicho acto se efectúe en circunstancias en las cuales sea legítima la terminación.

14. La dificultad que ofrece el artículo 51 es que, a pesar de las garantías que prevé en sus disposiciones sobre la negociación y de su referencia al Artículo 33 de la Carta, no tiene en cuenta la posibilidad de que las partes no lleguen a entenderse. Es evidente que, conforme al artículo 51, se dejará a las partes que actúen bajo su propia responsabilidad. Esa flexibilidad es característica de las normas del derecho internacional contemporáneo sobre solución de controversias.

15. Comprende el deseo del Sr. Jiménez de Aréchaga de que se aclaren todo lo posible las disposiciones del artículo 51, *pero hay que recordar que la Comisión no ha previsto en su proyecto de artículos todas las causas de hecho que produce la terminación; por ejemplo, no se ocupa explícitamente del caso de desuso. En cuanto a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad de los Estados y la sucesión de Estados, él mismo cree que se rigen por principios diferentes**[20].

18. Estas observaciones conllevan una estimación clara de las limitaciones que plantean las disposiciones del proyecto de artículo 51, predecesor del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969. Hay dos elementos que son especialmente importantes. En primer lugar, el Sr. Waldock destaca la flexibilidad «característica de las normas del derecho internacional contemporáneo sobre solución de controversias». Y debe quedar claro que la situación no ha cambiado mucho desde 1966. En segundo lugar, es interesante la referencia del Sr. Waldock, a otras causas de terminación de hecho, como la sucesión de Estados. En el contexto de la labor de la Comisión, queda claro que el estallido de un conflicto armado constituía otra causa de hecho. Igualmente queda claro que la Comisión también consideraba que la aparición de un conflicto armado debía regirse por principios diferentes.

[19] Ibíd., pág. 287, párrs. 5 y 6 del comentario al artículo 62.

[20] Ibíd., vol. I (parte II), pág. 152.

D. Resumen de la historia legislativa del artículo 65 (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados)

19. El análisis de la Secretaría es el siguiente:

Introducción

8. En la Conferencia de Viena se hicieron las modificaciones que figuran más abajo al proyecto de artículo 62 aprobado por la Comisión en 1966, las cuales dieron lugar al texto del actual artículo 65 de la Convención de Viena:

Artículo 65

Procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado

1. La parte que *basándose en las disposiciones de la presente Convención, alegue un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación**, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las *razones** en que ésta se funde.

2. Si, después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo *67* la medida que haya propuesto.

3. Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo *45*, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación.

9. Como puede verse si se hace una comparación, además de las modificaciones que existen en las referencias, la única modificación sustantiva que se hizo al artículo en la Conferencia de Viena fue la del título, así como la inclusión del párrafo 1. Los párrafos 2 a 5 fueron aprobados con la formulación propuesta en el proyecto de la Comisión.

10. A continuación figura una sinopsis del examen de la disposición en la Conferencia de Viena que dio como resultado la aprobación del artículo 65 con las modificaciones anteriormente mencionadas.

Resumen del examen del artículo 65 [62] en la Conferencia de Viena

11. El proyecto de artículo 62, propuesto por la Comisión de Derecho Internacional, fue examinado por la Comisión Plenaria de la Conferencia de Viena en su período de sesiones de 1968, y esta Comisión aprobó ese año un texto revisado propuesto por el Comité de Redacción (que contenía únicamente una modificación propuesta por Francia). Posteriormente, el proyecto de artículo fue aprobado por el Pleno de la Conferencia en 1969.

Cronología detallada del examen del artículo 65 [62] en la Conferencia de Viena

12. Se celebraron dos períodos de sesiones de la Conferencia de Viena, en 1968 y 1969 respectivamente. A continuación figura una descripción del examen del artículo 65 [62] durante esos períodos de sesiones.

a. *Examen y adopción de medidas por parte de la Comisión Plenaria en el período de sesiones de 1968*

13. El proyecto de artículo 62, propuesto por la Comisión de Derecho Internacional fue examinado por la Comisión Plenaria en el período de sesiones de 1968. Aunque algunos gobiernos presentaron propuestas de redacción, sólo se aprobó una propuesta de modificación del párrafo 1 presentada por Francia. A continuación, el proyecto de artículo fue remitido al Comité de Redacción, que se limitó a incorporar en el párrafo 1 la modificación presentada por Francia. La Comisión Plenaria examinó y aprobó el texto del proyecto de artículo 62 propuesto por el Comité de Redacción en su 83.ª sesión (párrs. 14 a 16).

1968. – Informe de la Comisión Plenaria (véanse los párrafos 573 a 581)

– Actas resumidas de las sesiones 68.ª a 74.ª y 80.ª de la Comisión Plenaria, en las que figuran las deliberaciones relativas al proyecto de artículo 62 propuesto por la Comisión de Derecho Internacional

– Acta resumida de la 83.ª sesión de la Comisión Plenaria

b. *Deliberaciones y adopción de medidas en el Pleno de la Conferencia en el período de sesiones de 1969*

14. El Pleno de la Conferencia aprobó en su 25.ª sesión, celebrada el 15 de mayo de 1969, el proyecto de artículo 62 aprobado por la Comisión Plenaria. Posteriormente, se cambió la numeración del artículo a la de artículo 65 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Cabe señalar que algunas delegaciones condicionaron su apoyo a dicha disposición a que se incluyera el proyecto de artículo 62 *bis*, que posteriormente se convirtió en el artículo 66 de la Convención de Viena.

20. De especial importancia es la modificación presentada por Francia, aprobada por la Comisión Plenaria en su 83.ª sesión. La finalidad de la modificación fue expuesta por el Sr. de Bresson en la 68.ª sesión:

9. El Sr. de BRESSON (Francia), al presentar la modificación de su delegación al párrafo 1 (A/CONF.39/C.1/L.342), dice que un estudio de la parte V indica que la Comisión de Derecho Internacional ha establecido una distinción entre los casos en que puede impugnarse la validez de un tratado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 a 47 y los casos en que un tratado es nulo *ab initio*, previstos en los artículos 48 a 50 y en el artículo 61. Aunque dicha diferencia no se indica expresamente en ninguna parte del proyecto de convención, la diferencia de terminología en los dos grupos de artículos resulta evidente, y la Comisión debe considerar si esa diferencia afecta a la obligación de notificar a las demás partes una pretensión de invalidez o una invocación de una causa para poner término a un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación. En sus comentarios al artículo 39, la delegación de Francia señaló que el texto actual del artículo 62 no responde de manera clara a esta importante cuestión.

10. Un examen superficial del párrafo 1 del artículo 39 da la impresión de que la segunda frase es un complemento de la primera y que el párrafo en su totalidad no establece distinción entre nulidad «relativa» y nulidad *ab initio*; esa interpretación lleva, asimismo, a suponer que el párrafo 1 del artículo 62 se aplica a los casos previstos en los artículos 43 a 50 y en el artículo 61. Sin embargo, un examen más detenido de la Parte V demuestra que tal interpretación es demasiado simple y que cabe afirmar que el párrafo 1 del artículo 39 se refiere a dos procedimientos distintos, aunque paralelos, de impugnar la validez.

11. En ese caso, cabría argüir que el párrafo 1 del artículo 62 se aplica únicamente a las pretensiones de nulidad basadas en las causas a que se refieren los artículos 43 a 47. Ahora bien, la segunda frase del párrafo 1 del artículo 39 no prevé la posibilidad de remitirse al artículo 62 en los casos de nulidad *ab initio* previstos en los artículos 48 a 50 y en el artículo 61, y en tales casos las causas de nulidad podrían invocarse sin necesidad de remitirse al párrafo 1 del artículo 62, e incluso sin intervención de las partes. Esa interpretación queda confirmada por la diferencia en los términos empleados en los párrafos 4 y 5 del artículo 41 para los Estados que alegan la nulidad «relativa» y los que alegan la nulidad *ab initio*, así como por la ausencia en el artículo 42 de toda referencia a tales disposiciones.

12. Como consecuencia de esa situación anómala, una parte en un tratado podría invocar unilateralmente la nulidad alegando las causas más difíciles de determinar, con lo que Estados distintos de las partes en el tratado podrían beneficiarse de la nulidad prevista en estos artículos.

13. Se ha afirmado que la intención de la Comisión de Derecho Internacional era que el artículo 62 se aplicase a todas las disposiciones de la Parte V, pero la delegación de Francia estima que no debe permitirse que subsista ninguna ambigüedad sobre una cuestión tan importante, y ha presentado su enmienda con el único fin de aclarar el texto de conformidad con el significado que generalmente se le atribuye[21].

21. Esta modificación, que fue aprobada por la Comisión Plenaria, refuerza la opinión de que las cuestiones de fondo (nulidad), y la cuestión del procedimiento a seguir se consideraban estrechamente relacionadas.

22. El Pleno aprobó el artículo 62 (como se presentó) por 106 votos contra ninguno y 2 abstenciones[22].

E. Historia legislativa del artículo 65 (la frase «salvo en casos de especial urgencia»)

23. Esta frase forma parte del texto del artículo 65 aprobado definitivamente en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. La expresión apareció por vez primera en el proyecto de artículo 51 (predecesor del artículo 65), en la primera lectura de 1964 (véase el párrafo 10 *supra*). Los antecedentes no contienen ninguna explicación precisa de su procedencia y tampoco dio lugar a debate en el Pleno. Sin embargo, sí se debatió en el Comité de Redacción, momento al que se refería el Sr. Waldock en su quinto informe sobre el derecho de los tratados, en el que, al examinar las propuestas de los gobiernos, observó lo siguiente:

El Gobierno de Finlandia sugiere asimismo que en el párrafo 1 *b* se fije un plazo dentro del cual haya de formularse la respuesta de la otra parte en casos de «especial urgencia»; y sugiere como tal plazo dos semanas o un mes. Si el Relator Especial recuerda bien, el Comité de Redacción estudió ya este problema, pero estimó difícil fijar de antemano un plazo rígido aplicable a todos los casos de «urgencia especial». Lo más probable en la práctica es que los casos de urgencia especial surjan como consecuencia de una súbita y grave violación del tratado por la otra parte; y cabe concebir casos en los que incluso el plazo de dos semanas pudiera ser excesivamente amplio en las especiales circunstancias de la violación[23].

24. Al evaluar este aspecto en los antecedentes hay que tener en cuenta que la referencia a los «casos de especial urgencia» no tiene por qué estar relacionada necesariamente con las situaciones de conflicto armado, en vista de lo que se dispone expresamente en el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969. Al mismo tiempo, resulta útil la referencia a que el concepto de «urgencia especial» se consideraba basado en los hechos y estaba relacionado con «las especiales circunstancias de la violación».

---

[21] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria*, 68.ª sesión, párrs. 9 a 13.

[22] Ibíd., *Segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria*, 25.ª sesión plenaria, párr. 43.

[23] *Anuario… 1966*, vol. II, pág. 54, documento A/CN.4/183 y Add.1 a 4, párr. 7 de las observaciones y propuestas del Relator Especial.

Capítulo III

El carácter especial de los «efectos de los conflictos armados en los tratados» como fundamento para la terminación o la suspensión

25. Al ocuparse del derecho de los tratados entre 1963 y 1966, la Comisión consideró que no convenía incluir el «caso de ruptura de hostilidades entre partes en un mismo tratado»[24]. Esta respuesta se examinó en el primer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados[25]. Así, en el comentario del proyecto de artículo 69 del informe de 1966 a la Asamblea General (artículo 73 de la Convención de Viena de 1969), la Comisión observó lo siguiente (en relación con los casos de sucesión de Estados y de responsabilidad de un Estado):

> Ambas cuestiones pueden repercutir en la aplicación de ciertas partes del derecho de los tratados cuando las relaciones internacionales son absolutamente normales, por lo que la Comisión estimó que tanto desde el punto de vista lógico como desde el de la integridad del proyecto de artículos, era conveniente incluir una reserva general sobre los casos de sucesión de Estados y de responsabilidad de los Estados.
>
> 2) A juicio de la Comisión, son varias las consideraciones aplicables al caso de ruptura de hostilidades entre partes en un mismo tratado. La Comisión reconoció que la situación resultante de la ruptura de hostilidades puede impedir que se aplique el tratado en tales circunstancias. Reconoció asimismo que pueden surgir problemas en cuanto a las consecuencias jurídicas de la ruptura de hostilidades en relación con las obligaciones contraídas en virtud de tratados. Sin embargo, estimó que, en el derecho internacional actual, se debe considerar que la ruptura de hostilidades entre Estados es una situación enteramente anormal y que las normas por las que se rigen sus consecuencias jurídicas no forman parte de las normas generales de derecho internacional aplicables a las relaciones normales entre Estados. Así, en las convenciones de Ginebra en las que se codifica el derecho del mar no figura ninguna reserva sobre el caso de la ruptura de hostilidades, a pesar de las consecuencias evidentes que la ruptura puede tener en la aplicación de muchas de las disposiciones en esas convenciones, ni tampoco ninguna norma sobre los efectos de tal ruptura. Cierto es que en un artículo de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (art. 44) y en otro artículo semejante de la Convención de Viena sobre relaciones consulares (art. 26) se hace referencia a los casos de «conflicto armado». Sin embargo, la mención de los casos de conflicto armado en esos artículos obedece a consideraciones de índole muy especial y tiene por único objeto subrayar que las normas establecidas en los artículos se aplican incluso en tales casos. Por otra parte, las convenciones de Viena no se proponen regular las consecuencias de la ruptura de hostilidades, ni contienen una reserva general sobre los efectos de la ruptura en la aplicación de sus disposiciones. Por consiguiente, la Comisión llegó a la conclusión de que estaba justificado considerar que el caso de ruptura de hostilidades entre partes en un tratado estaba totalmente fuera del ámbito del derecho general de los tratados que se codifica en el proyecto de artículos, y de que en éste no se debía tener en cuenta en modo alguno ni se debía mencionar en absoluto tal hipótesis[26].

26. En el caso que nos ocupa, el supuesto del estallido de hostilidades entre Estados se incluyó en el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969. Como se recordará, el artículo 73 se limita a establecer que «[l]as disposiciones de la presente Convención *no prejuzgarán** ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia [...] de la ruptura de hostilidades entre Estados».

27. Con el debido respeto, el carácter general de las consideraciones normativas invocadas por la Comisión en 1966 (véase el párrafo 25 *supra*) limita su alcance. Es necesario elaborar un análisis más realista directamente relacionado con las modalidades de terminación y suspensión.

28. El examen que ahora se presenta descansa en la premisa general de que el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969 no se presta a analogías útiles a los fines que ahora nos interesan y que el caso de conflicto armado (o de estallido de hostilidades) es esencialmente distinto de los que cabría denominar supuestos normales de nulidad, terminación o suspensión, recogidos en la parte V de la Convención y a los que se refiere el artículo 65. La enmienda presentada por Francia en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados al artículo 62 (en la redacción del momento) tenía por objeto dejar claro que el procedimiento de notificación se aplicaba a las disposiciones de la parte V *en su conjunto*.

[24] Ibíd., pág. 292, documento A/6309/Rev.1, párr. 2 del comentario al artículo 69.

[25] *Anuario… 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/552, párrs. 7 a 9.

[26] *Anuario… 1966*, vol. II, pág. 292, documento A/6309/Rev.1, párrs. 1 y 2 del comentario al artículo 69.

Capítulo IV

El carácter especial de los «efectos de los conflictos armados en los tratados»: elementos distintivos

29. Los elementos distintivos se presentan a continuación por orden de importancia:

a) En los casos habituales de terminación o suspensión, el factor precipitante es el incumplimiento del tratado o la revelación de su nulidad como tal. En cambio, en el de conflicto armado u ocupación militar, ese factor precipitante normalmente es independiente del incumplimiento del tratado o del elemento de nulidad en cuestión. En otras palabras, el elemento dominante (en el sentido de la causalidad) es ajeno al incumplimiento de las disposiciones del tratado;

b) Otro factor igualmente significativo es que la *causa* de la terminación o la suspensión no es el incumplimiento del tratado en cuestión, sino más bien las consideraciones de seguridad y necesidad determinadas por las circunstancias del conflicto armado. A este respecto queda de manifiesto con toda claridad que el caso de conflicto armado no es un paradigma de los demás supuestos de terminación o suspensión reconocidos en la Convención de Viena de 1969. Además, también está razonablemente claro que la elección normativa entre la terminación y la suspensión viene determinada por elementos de seguridad y respuesta proporcional. En otras palabras, los elementos normativos incluyen elementos de necesidad;

c) El carácter especial de los casos de conflicto armado puede ilustrarse haciendo referencia a la polaridad entre los debates de la Comisión que desembocaron en el artículo 65 y las consecuencias prácticas de un conflicto armado. El centro de atención de la Comisión fue la aparición de los elementos de una controversia jurídica y la consiguiente necesidad de disponer una solución pacífica, y en particular el establecimiento de una obligación relativa a la solución de controversias. Las disposiciones del artículo 65 reflejan directamente esas preocupaciones;

d) En una situación de conflicto armado, la importancia de una solución pacífica como salvaguardia procesal queda reducida, cuando no enteramente eliminada. Efectivamente, la posibilidad de una solución pacífica se verá transformada por la incidencia de un conflicto armado. Además, la identificación de la controversia o controversias jurídicas será compleja. Los factores implicados darían lugar a una secuencia de controversias conexas, de la siguiente manera:

i) El acto original de terminación de un tratado y la consiguiente notificación, unido a una objeción;

ii) Una controversia en cuanto a la aplicación de las disposiciones del artículo 67 de la Convención de Viena de 1969;

iii) La legalidad del conflicto armado, tanto en lo que se refiere al que lo origina como a las medidas de respuesta del Estado agredido como fuentes adicionales de la controversia;

iv) Las cuestiones relativas a la legalidad de las contramedidas adoptadas por el Estado parte que formula la objeción frente a la notificación de terminación o suspensión;

v) También habría que tener en cuenta factores jurídicos especiales que condicionan la aplicación de las disposiciones relativas a la notificación y la formulación de objeciones que derivan de la obligación jurídica de no dar por terminado un tratado ni suspender su aplicación si ello redunda en beneficio del Estado agresor.

Capítulo V

Modalidades de notificación en casos de conflicto armado

30. A la luz de las consideraciones expuestas más arriba, cabe preguntarse si es realista incluir el deber de notificación en un conjunto de disposiciones relativas a la incidencia de un conflicto armado. Tras un cuidadoso examen, el Relator Especial ha llegado a la conclusión de que el papel de la notificación no puede descartarse *ab initio*.

31. Las razones que explican esta conclusión son las siguientes: en primer lugar, incluso en los casos de conflicto armado, la notificación es una de las garantías procesales para evitar las acciones unilaterales e inducir a que se recurra a un proceso de solución de controversias.

32. Además, la notificación continuará siendo viable en los casos en que se mantengan relaciones hasta cierto punto normales a pesar de la existencia de un conflicto armado. Es evidente que las circunstancias de los conflictos armados son muy variadas.

33. Otro factor jurídico de gran importancia es el efecto del proyecto de artículo 3 que aparece en el tercer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, de acuerdo con el cual el estallido de un conflicto armado «no produce necesariamente la terminación o suspensión de la aplicación de tratados»[27]. El proceso de notificación es coherente con este régimen de estabilidad.

34. A la luz de estas consideraciones, hay razones que justifican que se mantenga un conjunto de disposiciones relativas a las modalidades de terminación y suspensión. En el proyecto de artículo 26 propuesto por el Sr. G. Fitzmaurice en su segundo informe sobre el derecho de los tratados[28] se presenta un modelo eficaz de disposiciones de ese tipo:

El procedimiento de extinción o retirada mediante notificación (modalidades)

1. Para ser válida y eficaz, la notificación de extinción o retirada, ya se haga en virtud del propio tratado o de un acuerdo especial entre las partes, o en virtud de una causa fundada en la aplicación de la norma de derecho, debe llenar las condiciones prescritas en los siguientes párrafos 2 a 9, en la inteligencia de que las referencias que se hacen a los tratados comprenden también todo acuerdo que las partes concluyan por separado y en el que se prevea la extinción del tratado.

2. Toda notificación hecha de conformidad con un tratado debe reunir las condiciones que en él se estipulen y debe hacerse en las circunstancias y de la manera indicadas en el mismo. Cuando la notificación no se hace en virtud de un tratado sino en ejercicio de una facultad conferida por una norma de derecho debe hacerse constar la fecha en la que se tiene el propósito de que surta efectos y el plazo de aviso previo así señalado debe ser razonable, teniendo en cuenta el carácter del tratado y las circunstancias del caso. A reserva de lo dispuesto en los restantes párrafos del presente artículo, cualquier omisión o irregularidad en los anteriores respectos hará que la notificación sea ineficaz, salvo que expresa o tácitamente (por su conducta o por falta de objeción) todas las demás partes la den por buena.

3. Toda notificación debe comunicarse oficialmente a quien sea pertinente, conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 25. No basta anunciar en general el fin del tratado o la retirada del mismo, ni tampoco denunciarlo públicamente o dar a conocer ese propósito por la prensa. En el caso de tratados bilaterales la notificación se hace a la otra parte. En los tratados plurilaterales o multilaterales, debe hacerse a cada una de las demás partes individualmente, salvo que el tratado autorice a notificar a un gobierno, organización internacional u otra autoridad «sede» determinada.

4. La notificación surte efectos en la fecha de su depósito en poder de la autoridad competente, y cualquier plazo que le sea aplicable comienza a correr a partir de esa fecha. En el caso de notificaciones hechas a varios gobiernos en relación con un mismo tratado, todas ellas deben llevar una misma fecha y, en lo posible, se debe sincronizar su comunicación.

5. Cuando el tratado prevé que la notificación debe hacerse con una determinada antelación, o sólo permite que aquélla surta efectos al

[27] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/578, párr. 15.

[28] *Anuario… 1957*, vol. II, pág. 17, documento A/CN.4/107.

término de determinado plazo o plazos y se hace la notificación con la pretensión de que surta efectos inmediatamente o en un plazo más breve que el estipulado, tal notificación no será nula, pero (si se hace en virtud de un tratado) sólo surtirá efectos cuando venza el plazo debido previsto en el tratado. Pero, independientemente de que el tratado permita o no que se haga la notificación en determinadas condiciones, cuando tal notificación se hace no en virtud del tratado sino en ejercicio de una facultad conferida por una norma de derecho, la cuestión de la anterioridad con que debe hacerse la notificación se regirá por las disposiciones pertinentes del anterior párrafo 2, y aquélla no surtirá efectos hasta que transcurra un plazo razonable.

6. A menos que el tratado lo permita expresamente, las notificaciones de extinción o retirada deben ser incondicionales. Salvo que se haya estipulado otra cosa, cualquier indicación, declaración pública o anuncio de que una parte va a dar por terminado un tratado o a retirarse del mismo en caso de producirse ciertos hechos o de no satisfacerse determinadas condiciones, no constituye una verdadera notificación de extinción o retirada y requerirá que se complemente mediante una notificación incondicional hecha en debida forma.

7. Salvo cuando el tratado expresamente prevea la denuncia por separado de determinadas secciones o cláusulas del mismo o la posibilidad de que las partes dejen de participar en ellas, toda notificación de extinción o retirada debe referirse al tratado en su totalidad. A falta de tal disposición expresa, cualquier notificación parcial carecerá de validez y efectos.

8. De la misma manera, salvo que lo contrario se haga constar en la notificación y el tratado lo permita, la notificación de extinción o retirada se aplica automáticamente a todos los anexos, protocolos, notas, cartas y declaraciones adjuntas al tratado y que formen parte integrante del mismo por carecer de significación o de efectos independientemente del tratado o en su ausencia.

9. Salvo que el tratado disponga otra cosa, toda notificación de extinción o retirada puede cancelarse o revocarse en cualquier momento antes de que venza el plazo a que se halle sujeta, siempre que tal cancelación o renovación cuente con el asentimiento de cualquier otra parte que, como consecuencia de la notificación original, haya hecho también una notificación semejante o haya cambiado de actitud de algún otro modo[29].

35. Este conjunto de disposiciones es preferible a la redacción del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969, por las razones que se indican a continuación. En primer lugar, los proyectos de artículos presentados por el siguiente Relator Especial, Sr. Waldock, no eran sucesores del proyecto del Sr. Fitzmaurice (en el párrafo 34 *supra*), sino predecesores de lo que llegaría a ser el artículo 65 de la Convención[30]. La ventaja del proyecto del Sr. Fitzmaurice es que contiene disposiciones detalladas relacionadas directamente con el procedimiento de terminación y suspensión, y el inconveniente del proyecto del Sr. Waldock (y sus sucesores) es que incluye mecanismos de solución obligatoria de controversias.

36. Parece bastante claro que la importancia que se otorga a la solución de controversias en el proyecto del Sr. Waldock no es procedente en el contexto de un conflicto armado.

[29] Ibíd., págs. 36 y 37, comentario al artículo 26.

[30] Véase el segundo informe sobre el derecho de los tratados del Sr. Waldock, *Anuario… 1963*, vol. II, pág. 101, documento A/CN.4/156 y Add.1 a 3, proyecto de artículo 25 y comentario.

Capítulo VI

Falta de notificación de la terminación o suspensión en relación con un conflicto armado

37. Parece cierto que las disposiciones del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969 no se refieren a los casos de conflicto armado, previstos en el artículo 73. La clave estará en determinar cuál sería el resultado en las siguientes situaciones:

— Primera: La existencia del conflicto armado impide notificar la terminación o la suspensión dentro de un plazo razonable.

— Segunda: La existencia del conflicto armado es la *causa jurídica* de la terminación o la suspensión, pero la notificación nunca llega a realizarse.

38. En esta etapa del análisis debe darse por sentado que, en determinadas condiciones, la incidencia de un conflicto armado puede justificar la terminación o suspensión del tratado entre las partes y los terceros Estados. Los requisitos al respecto aparecen recogidos de la manera siguiente en la versión del proyecto de artículo 4 revisada en 2007 por el Grupo de Trabajo sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados (A/CN.4/L.718, párr. 4, mimeografiado):

Para determinar si un tratado es susceptible de terminación o suspensión en caso de conflicto armado deberá recurrirse a:

a) Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, y

b) La naturaleza y el alcance del conflicto armado, los efectos del conflicto armado en el tratado, la materia objeto del tratado y el número de partes en el tratado.

39. Cabe ahora plantearse dos interrogantes: primero, si el régimen de notificación propuesto por varios Relatores Especiales y contenido en las disposiciones del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969 es en modo alguno viable en los casos de conflicto armado; y segundo, si el régimen de notificación se considera inaplicable, ¿cuál sería el régimen de aplicación?

40. Para resolver estos interrogantes conviene considerarlos conjuntamente. El primero de ellos tiene dos respuestas posibles:

a) Que el régimen de notificación simplemente no es viable; o bien que

b) Se exima del deber de notificar cuando se den las siguientes condiciones:

i) El comportamiento de la otra parte constituye una eximente del deber de notificar;

ii) El comportamiento de la otra parte indique que tiene conocimiento de la terminación o suspensión;

iii) Exista un acuerdo expreso de recurrir a procedimientos reconocidos de solución pacífica de controversias, una vez finalizado el conflicto armado.

41. Si el mecanismo de notificación se descarta como cuestión de principio por no resultar viable, ¿qué régimen

jurídico se mantendría en su lugar? La respuesta parece ser un régimen jurídico similar en términos generales al establecido por las disposiciones de la Convención de Viena de 1969. Así lo reconoció en 1966 el Relator Especial, Sr. Waldock, al afirmar lo siguiente:

> La dificultad que ofrece el artículo 51 es que, a pesar de las garantías que prevé, de sus disposiciones sobre la negociación y de su referencia al Artículo 33 de la Carta, no tiene en cuenta la posibilidad de que las partes no lleguen a entenderse. Es evidente, conforme al artículo 50, que si no se ha llegado a una solución después de haber agotado las vías previstas en el artículo 51, se dejará a las partes que actúen bajo su propia responsabilidad. Esa flexibilidad es característica de las normas del derecho internacional contemporáneo sobre solución de controversias[31].

42. En cualquier caso, el procedimiento de notificación del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969, aparte de garantizar la estabilidad de los tratados, sirve para probar la existencia de una controversia. Sin embargo, en la mayoría de los casos se podrá demostrar la existencia de la controversia por otros medios. También hay que recordar que en el derecho internacional general no existe el deber de notificación.

[31] *Anuario… 1966*, vol. I (parte II), 864.ª sesión, pág. 152, párr. 14.

Capítulo VII

Algunas conclusiones

43. El objetivo de este capítulo no es resumir las opiniones anteriormente expuestas. La finalidad del presente informe es tratar de fraguar una opinión colectiva en la Comisión. Es necesario decidir entre varias alternativas.

Opción 1

44. La primera posibilidad es decidir que no hay razones suficientes que justifiquen un régimen de notificación similar al contenido del artículo 65 de la Convención de Viena de 1969.

Opción 2

45. La segunda opción es mantener un régimen de notificación que refleje las consideraciones que figuran en los párrafos 30 a 34 *supra*. Dicho régimen podría basarse en los proyectos de artículos elaborados por el Sr. G. Fitzmaurice en su segundo informe. Los artículos pertinentes a estos fines son los siguientes:

Proyecto de artículo 8 bis*. El acto de extinción o retirada*

1. El acto y modo por el que una parte pone fin a un tratado o deja de participar en él es de carácter ejecutivo y en el orden internacional es función del poder ejecutivo del Estado. Este principio se aplica cuando el acto consiste en: i) una notificación hecha en virtud del propio tratado o de un acuerdo independiente entre las partes, o a consecuencia de una causa justificativa de extinción o suspensión por aplicación de la norma de derecho; ii) la conclusión de un acuerdo extintivo directo o en la de un tratado que sustituya, revise o modifique al anterior; o iii) la aceptación de una notificación de extinción inválida o irregular o de un acto de repudiación. Por consiguiente, las disposiciones que figuran en el artículo 9 (Ejercicio de la capacidad para concertar tratados) de la introducción del presente código (A/CN.4/101) se aplican, *mutatis mutandis*, al procedimiento de extinción y retirada de la misma manera que al de preparación y conclusión de tratados.

2. En el orden internacional, la notificación de extinción o retirada consiste en un instrumento o nota oficial que emana de la competente autoridad ejecutiva del Estado y que se comunica, por la vía diplomática o por otra vía acreditada, a la otra parte o a las otras partes en el tratado, o al gobierno o autoridad «sede» que el tratado señale, en la que se hace constar el propósito de la parte interesada de dar por terminado el tratado o de dejar de participar en él al expirar el plazo requerido o adecuado de notificación[32].

[32] *Anuario… 1957*, vol. II, pág. 36, documento A/CN.4/107, proyecto de artículo 25.

Proyecto de artículo 8 ter*. El procedimiento de extinción o retirada mediante notificación*[33]

46. Por las razones expuestas en los párrafos 35 y 36 *supra*, este conjunto de disposiciones es preferible al artículo 65 de la Convención de Viena de 1969.

Opción 3

47. La exención del deber de notificar está justificada hasta cierto punto en los siguientes términos:

«Proyecto de artículo 9. Pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad, terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado

Un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación según lo dispuesto en los artículos 46 a 50 o los artículos 60 y 62 si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado:

a) ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación, según el caso, o

b) se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso.»

Esta redacción reproduce lo dispuesto en el artículo 45 de la Convención de Viena de 1969.

48. La cuestión de la divisibilidad de las disposiciones de los tratados se ha dejado de lado y es objeto de otro estudio[34].

[33] El texto de este proyecto de artículo (proyecto de artículo 26 en el informe del Sr. Fitzmaurice) figura en el párrafo 34 *supra*.

[34] Documento A/CN.4/L.721 (reproducido en el presente volumen).

EFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/592 y Add.1

Comentarios y observaciones recibidos de las organizaciones internacionales

[Original: inglés]
[27 de febrero y 21 de abril de 2008]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento		95
Obras citadas en el presente documento		96
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1-2	96
COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES		97
A. Comisión Europea		97
1. Efectos de los conflictos armados en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea		97
2. Efectos de los conflictos armados en los tratados en que la CE es parte		97
3. Relación entre la práctica de la CE y el proyecto de la Comisión		99
B. OMI		99
C. FMI		100
1. Los conflictos armados y la condición de miembro del FMI		100
2. Efectos de los conflictos armados en el gobierno de un miembro del FMI		101

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	Fuente
Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional y Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Washington D.C., 27 de diciembre de 1945)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2, n.º 20, pág. 39.
Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (Ginebra, 6 de marzo de 1948)	Ibíd., vol. 289, n.º 4214, pág. 80.
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Ibíd., vol. 294, n.º 4300, pág. 3. Véase también la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º C325, 29 de diciembre de 2006.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Primera Convención de Lomé entre la Comunidad Europea y los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (Lomé, 28 de febrero de 1975)	Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, documento A/AC.176/7.
Segunda Convención de Lomé entre la Comunidad Europea y los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (Lomé, 31 de octubre de 1979)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1277, n.º 21071, pág. 3.
Tercera Convención de Lomé entre la Comunidad Europea y los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (Lomé, 8 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1922, n.º 32846, pág. 3.
Cuarta Convención de Lomé entre la Comunidad Europea y los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (Lomé, 15 de diciembre de 1989)	Ibíd., vol. 1924, n.º 32847, pág. 3.

	Fuente
Acuerdo por el que se modifica la Cuarta Convención ACP-CE de Lomé (Mauricio, 4 de noviembre de 1995)	*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 156/3, 29 de mayo de 1998.
Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974 (Londres, 1.º de noviembre de 1974)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1185, n.º 18961, pág. 396.
Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Convenio MARPOL) (Londres, 2 de noviembre de 1973), modificado por el Protocolo de 1978 (Londres, 17 de febrero de 1978)	Ibíd., vol. 1341, n.º 22484, pág. 226.
Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Londres, 9 de mayo de 1996)	*Convenio SNP* (publicación de la OMI, n.º de venta IMO-482S).
Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra (Cotonú, 23 de junio de 2000)	*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 317/3, 15 de diciembre de 2000.
Acuerdo por el que se modifica el Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú, el 23 de junio de 2000 (Luxemburgo, 25 de junio de 2005)	*Diario Oficial de la Unión Europea* L 209/58, 11 de agosto de 2005.

Obras citadas en el presente documento

Brandtner, Barbara y Allan Rosas

«Human rights and the external relations of the European Community: an analysis of doctrine and practice», *European Journal of International Law*, vol. 9 (1998), págs. 468 a 490.

Gianviti, François

«Some Specific Legal Features of the International Monetary Fund», en Robert C. Effros (ed.), *Current Legal Issues Affecting Central Banks*, vol. 4, Washington D.C., FMI, 1997, págs. 1 a 15.

Gold, Joseph

Membership and Nonmembership in the International Monetary Fund: A Study in International Law and Organization, Washington, FMI, 1974.

Hoffmeister, Frank

«Les politiques de coopération au développement et d'assistance économique, technique et financière et les droits de l'homme», en Mercedes Candela Soriano (ed.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne,* Bruselas, Larcier, 2006, págs. 255 a 268.

Kokott, Julianne

«Kommentar zu artikel 297», en R. Streinz (ed.), *EUV/EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,* Munich, C. H. Beck, 2003, págs. 2449 a 2459.

Mundkur, Ramanand

«Recognition of Governments in International Organizations, Including at the International Monetary Fund», *Current Developments in Monetary and Financial Law*, vol. 4, 2005, págs. 77 a 97.

Paasivirta, Esa

«Human Rights, Diplomacy and Sanctions: Aspects to 'Human Rights Clauses' in the External Agreements of the European Union», en Jarna Petman y Jan Klabbers (eds.), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden, Nijhoff, 2003, págs. 155 a 180.

Introducción

1. En su 59.º período de sesiones, celebrado en 2007, la Comisión de Derecho Internacional pidió a la Secretaría que distribuyera una nota a las organizaciones internacionales en la que se solicitase información acerca de su práctica con respecto a los efectos de los conflictos armados en los tratados en que fueran partes[1]. A raíz de esa solicitud se remitió una carta a varias organizaciones internacionales informándolas de que el Grupo de Trabajo sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados había recomendado, en 2007, que la cuestión de la inclusión (en el alcance del tema) de los tratados en que participaran organizaciones intergubernamentales se dejara en suspenso hasta una etapa ulterior de los trabajos de la Comisión sobre el tema en general (véase el documento A/CN.4/L.718, párr. 4, apdo. 1, inc. *a*, punto ii), mimeografiado). Se invitó a las organizaciones a que transmitieran sus comentarios y observaciones, en particular información acerca de sus respectivas prácticas, en relación con los efectos de los conflictos armados en los tratados en que fueran partes.

2. Al 21 de abril de 2008 se habían recibido comunicaciones de las cinco organizaciones internacionales siguientes (entre paréntesis figura la fecha de presentación): el BERD (10 de enero de 2008); la Comisión Europea (6 de febrero de 2008); el FMI (21 de abril de 2008); el OIEA (26 de noviembre de 2007), y la OMI (9 de enero de 2008). El BERD y el OIEA indicaron que no tenían comentarios que formular. Las observaciones escritas de la Comisión Europea[2], el FMI y la OMI se reproducen más adelante, siguiendo el orden alfabético inglés.

[1] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 272.

[2] La Comisión Europea también envió a la CDI un estudio encargado en 1985, titulado «Protection of the Environment in Times of Armed Conflict», que, entre otras cosas, examina la aplicabilidad de los tratados sobre medio ambiente durante los conflictos armados. La Comisión Europea señaló que si bien dicho estudio no recogía su punto de vista oficial, podía sin embargo ser útil para la labor de la CDI. El estudio puede consultarse en el sitio web de la CDI, www.un.org/law/ilc/.

Comentarios y observaciones recibidos de las organizaciones internacionales

A. Comisión Europea[1]

1. Efectos de los conflictos armados en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea

1. Con arreglo al artículo 297 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, «[l]os Estados miembros se consultarán a fin de adoptar de común acuerdo las disposiciones necesarias para evitar que el funcionamiento del mercado común resulte afectado por las medidas que un Estado miembro pueda verse obligado a adoptar en caso de graves disturbios internos que alteren el orden público, en caso de guerra o de grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra, o para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional». Si esas medidas nacionales tuvieren por efecto falsear las condiciones de competencia en el mercado común, la Comisión Europea examinará con el Estado interesado las condiciones con arreglo a las cuales dichas medidas podrán adaptarse a las normas establecidas en el Tratado (art. 298, primer párrafo). Si la Comisión Europea considera que un Estado miembro abusa de las facultades previstas en el artículo 297, podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia (art. 298, segundo párrafo).

2. Al no haberse producido ningún conflicto armado entre los Estados miembros desde la creación de la CE, hasta la fecha estas disposiciones sólo han tenido relevancia práctica en conflictos armados surgidos fuera de los territorios en que se aplica el Tratado como tal. En la guerra de las Islas Malvinas (Falkland Islands) entre la Argentina y el Reino Unido, el artículo 297 sirvió de base jurídica para que el Reino Unido mantuviera sanciones contra la Argentina más estrictas que las adoptadas por la propia Comunidad[2]. Grecia también invocó el artículo 297 para justificar su embargo comercial contra la ex República Yugoslava de Macedonia a principios del decenio de 1990. La Comisión Europea consideró que el artículo 297 no era aplicable a la controversia entre ambos países sobre la denominación del país, por lo que interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con arreglo al artículo 298 del Tratado. El Tribunal de Justicia no adoptó medidas provisionales[3]. Una vez resuelta la controversia, en septiembre de 1995, Grecia levantó su embargo y la Comisión Europea desistió del recurso presentado ante el Tribunal de Justicia.

2. Efectos de los conflictos armados en los tratados en que la CE es parte

3. En la práctica rara vez se plantea la cuestión de los efectos de los conflictos armados en los tratados en que la CE es parte. Cabe mencionar la práctica de la Comisión Europea en relación con el conflicto en la ex Yugoslavia en 1991 y en relación con otros conflictos.

a) *El conflicto en la ex Yugoslavia*

4. En 1980 la Comunidad Económica Europea y sus Estados miembros celebraron el Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Federativa Socialista de Yugoslavia. El Consejo de las Comunidades Europeas aprobó ese Acuerdo mediante Reglamento (CEE) n.º 314/83, de 24 de enero de 1983[4].

5. El 11 de noviembre de 1991 el Consejo y los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, suspendieron la aplicación del Acuerdo de cooperación[5]. Tal como se menciona en su preámbulo, la decisión vino motivada por distintos factores. En primer lugar, la CE y sus Estados miembros constataron la crisis en Yugoslavia y la preocupación que había expresado el Consejo de Seguridad, en su resolución 713 (1991), por la prolongación de esa situación que constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. En segundo lugar, se consideró que la continuación de las hostilidades y sus consecuencias sobre las relaciones económicas y comerciales representaban una modificación radical de las condiciones en las que se había celebrado el Acuerdo de cooperación, y que ponían en tela de juicio la aplicación del Acuerdo. En tercer lugar, se constató que no se había respetado el llamamiento hecho por la CE y sus Estados miembros el 6 de octubre de 1991 para que se respetara el acuerdo de alto el fuego concluido el 4 de octubre de 1991. En cuarto lugar, la CE y sus Estados miembros habían anunciado el 6 de octubre de 1991 su decisión de poner fin al Acuerdo de cooperación en el caso de que el acuerdo alcanzado el 4 de octubre de 1991 entre las partes en conflicto no fuera respetado. El Consejo incorporó esa decisión al derecho comunitario mediante la adopción del Reglamento (CEE) n.º 3300/91, por el que se suspendían las concesiones comerciales establecidas por el Acuerdo de cooperación[6].

6. Dado que la suspensión de la aplicación del Acuerdo tenía consecuencias directas para los importadores privados de bienes de la República Federativa Socialista de Yugoslavia en la CE, un tribunal alemán planteó varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En su sentencia de 16 de junio de 1998, el Tribunal de Justicia afirmó la validez del Reglamento (CEE) n.º 3300/91 del Consejo[7]. Tras sostener que el derecho internacional consuetudinario

---

[1] Este texto se ha reproducido tal como fue presentado. Las denominaciones empleadas en él y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no entrañan juicio alguno por parte de la Secretaría de las Naciones Unidas sobre la condición jurídica de ninguno de los países, territorios, ciudades o zonas citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

[2] Kokott, «Kommentar zu artikel 297», pág. 2455.

[3] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Comisión de las Comunidades Europeas* c. *República Helénica*, asunto C-120/94 R, *Recopilación de Jurisprudencia 1994*, pág. I-3037.

[4] *Journal officiel des Communautés européennes* L 41, 14 de febrero de 1983, pág. 1.

[5] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 315, 15 de noviembre de 1991, pág. 47.

[6] Reglamento (CEE) n.º 3300/91 del Consejo, de 11 de noviembre de 1991, por el que se suspenden las concesiones comerciales establecidas por el Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Federativa Socialista de Yugoslavia (ibíd., L 315, 15 de noviembre de 1991, pág. 1).

[7] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *A. Racke GmbH & Co.* c. *Hauptzollamt Mainz*, asunto C-l62/96, *Recopilación de Jurisprudencia 1998*, pág. I-3655).

formaba parte del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia examinó si el legislador comunitario había respetado el principio fundamental *pacta sunt servanda* recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969). En este contexto, el Tribunal de Justicia realizó las siguientes consideraciones:

53. Para que pueda contemplarse el cese o la suspensión de un acuerdo debido a un cambio fundamental en las circunstancias, el derecho consuetudinario internacional, tal como aparece codificado en el apartado 1 del artículo 62 de la Convención de Viena, establece dos requisitos. En primer lugar, la existencia de esas circunstancias debe haber constituido una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; en segundo lugar, ese cambio debe tener por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

54. Por lo que se refiere al primer requisito, procede señalar que, conforme a la exposición de motivos del Acuerdo de Cooperación, las partes contratantes están decididas «a promover el desarrollo y la diversificación de la cooperación económica, financiera y comercial con objeto de favorecer un mejor equilibrio, así como la mejora de la estructura y el desarrollo del volumen de sus intercambios comerciales y un mayor bienestar de sus poblaciones» y que son conscientes «de la necesidad de tener en cuenta la nueva situación originada por la ampliación de la Comunidad y de estrechar los lazos de vecindad existentes para la organización de unas relaciones económicas y comerciales más armoniosas entre la Comunidad y la República Federativa Socialista de Yugoslavia». Atendiendo a dichas consideraciones, el artículo 1 del referido Acuerdo dispone que éste tiene «como objeto promover una cooperación global entre las Partes Contratantes a fin de contribuir al desarrollo económico y social de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y de favorecer el fortalecimiento de sus relaciones».

55. Habida cuenta de la existencia de un objetivo de tal envergadura, el mantenimiento de una situación de paz en Yugoslavia, indispensable para las relaciones de buena vecindad, y la existencia de instituciones capaces de garantizar la realización de la cooperación contemplada por el Acuerdo en todo el territorio de Yugoslavia, constituían un requisito esencial para iniciar y proseguir la cooperación prevista por el Acuerdo.

56. Por lo que se refiere al segundo requisito, no parece que el Consejo haya incurrido en un error manifiesto de apreciación al señalar en el segundo considerando del Reglamento controvertido que «la continuación de las hostilidades y sus consecuencias sobre las relaciones económicas y comerciales, tanto entre las Repúblicas de Yugoslavia como con la Comunidad, representan una modificación radical de las condiciones en las que se celebró el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Federativa Socialista de Yugoslavia y sus Protocolos» y «que dichas hostilidades ponen en tela de juicio la aplicación de éstos».

57. Si bien es cierto, como afirma Racke, que siguieron produciéndose algunos intercambios comerciales con Yugoslavia y que la Comunidad habría podido continuar otorgando concesiones arancelarias, no lo es menos que, como señala el Abogado General en el punto 93 de sus conclusiones, la aplicación de las normas de derecho consuetudinario internacional de que se trata no presupone la imposibilidad de cumplir las obligaciones y que no tenía sentido seguir otorgando preferencias, con objeto de estimular el comercio, dado que Yugoslavia estaba escindiéndose.

58. En relación con la cuestión, planteada en la resolución de remisión de si, con respecto al artículo 65 de la Convención de Viena, era lícito proceder a la suspensión del Acuerdo de Cooperación sin notificación ni preaviso, se debe destacar que, en las declaraciones conjuntas de fechas 5, 6 y 28 de octubre de 1991, la Comunidad y los Estados miembros habían anunciado que adoptarían medidas restrictivas contra aquellas partes que no respetasen el acuerdo de alto el fuego de 4 de octubre de 1991 que habían firmado en presencia del Presidente del Consejo y del Presidente de la Conferencia sobre Yugoslavia; además, en el momento de la celebración de dicho Acuerdo, la Comunidad había manifestado que pondría fin al Acuerdo de Cooperación en caso de que no se respetase el alto el fuego (*Boletín CE* 10-1991, puntos 1.4.6, 1.4.7 y 1.4.16).

59. Si bien las referidas declaraciones no cumplen las exigencias formales establecidas en dicha disposición, procede recordar que las prescripciones específicas de carácter procedimental en ella previstas no forman parte del derecho consuetudinario internacional.

60. Por consiguiente, procede señalar que del examen de la primera cuestión no se desprende ningún elemento que sea capaz de afectar a la validez del Reglamento de suspensión.

7. El 25 de noviembre de 1991 el Consejo puso fin al Acuerdo de cooperación[8] con un preaviso de seis meses, según lo previsto en el párrafo segundo del artículo 60 de dicho Acuerdo.

b) *Conflictos en los países de África, el Caribe y el Pacífico o entre ellos*

8. La CE y sus Estados miembros han establecido relaciones contractuales durante décadas con un grupo de países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP) signatarios de la Convención de Lomé entre la Comunidad Europea y los Estados de África, del Caribe y del Pacífico. Tras la Primera, la Segunda, la Tercera y la Cuarta Convención ACP-CEE, en la actualidad la relación contractual con esos países figura en el Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000 y modificado en Luxemburgo el 25 de junio de 2005. Según el apartado cuarto del párrafo 2 del artículo 9 del Acuerdo, «[e]l respeto de los derechos humanos, de los principios democráticos y del Estado de derecho […] inspirará las políticas internas e internacionales de las Partes y constituirá un elemento esencial del […] Acuerdo». Con arreglo al párrafo 4 del artículo 11 del Acuerdo, «[e]n las situaciones de conflicto violento, las Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para prevenir la intensificación de la violencia, limitar su propagación y facilitar una solución pacífica de los desacuerdos existentes». El artículo 96 del Acuerdo establece un mecanismo específico de consulta entre las Partes antes de que una de ellas adopte las medidas oportunas cuando considere que la otra Parte no ha cumplido una obligación derivada del respeto de los derechos humanos, los principios democráticos y el Estado de derecho citados en el párrafo 2 del artículo 9 del Acuerdo. Esas medidas han de adoptarse de conformidad con el derecho internacional y ser proporcionales a la violación (art. 96, párr. 2, apdo. *c* del Acuerdo).

9. Aunque el objetivo de estas observaciones no es comentar en detalle casos particulares, cabe señalar que la CE y sus Estados miembros también pueden recurrir al mecanismo previsto en el artículo 96 del mencionado Acuerdo para, en su caso, suspender partes de ese Acuerdo tras el estallido de un conflicto armado no internacional en un país asociado si, como consecuencia de ese conflicto, se producen violaciones a gran escala de las normas de derechos humanos[9]. Lo mismo ocurre si

[8] Decisión 91/602/CEE del Consejo, de 25 de noviembre de 1991 (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 325, 27 de noviembre de 1991, pág. 23).

[9] Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Cooperación con los países ACP envueltos en conflictos armados, Bruselas, 19 de mayo de 1999, COM (1999) 240 final, pág. 4, anexo 1. La comunicación se remite al artículo 366 *bis* de la Convención de Lomé IV, precursor del artículo 96 del Acuerdo de Cotonú, como base jurídica para suspender el Acuerdo: «En caso de graves violaciones de

las fuerzas armadas de un país asociado cometen graves violaciones de los derechos humanos durante un conflicto armado con otro país[10]. Puede obtenerse más información sobre la práctica de la Comunidad en este ámbito en distintas publicaciones académicas[11].

3. Relación entre la práctica de la CE y el proyecto de la Comisión

10. La Comisión Europea desea relacionar la limitada práctica descrita más arriba con el proyecto de artículos de la CDI propuesto en el tercer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, del Relator Especial, Sr. Brownlie[12].

11. En primer lugar, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea podría, teóricamente, quedar comprendido en ese estudio por tratarse de un tratado celebrado entre Estados miembros (artículo 5 de la Convención de Viena de 1969). Sin embargo, como ese Tratado contiene disposiciones específicas sobre los efectos de los conflictos armados en el mercado interno, y habida cuenta de la particular naturaleza jurídica de la Comunidad, los Estados miembros aplicarán esas normas comunitarias en lugar de las normas generales del derecho internacional codificadas en el proyecto.

12. En segundo lugar, por lo que respecta a los tratados en que la Comunidad es parte, los casos de Yugoslavia y los países ACP parecen confirmar la norma que figura en el apartado *b* del proyecto de artículo 3 sobre la terminación o suspensión no automáticas. El estallido de un conflicto armado en esos países no produjo de manera automática ningún efecto en el tratado suscrito por la Comunidad. Por el contrario, tales acontecimientos fueron un motivo para tomar la decisión de suspender o poner fin (parcialmente) al tratado.

13. En tercer lugar, el caso de Yugoslavia pone de manifiesto que tanto el legislador comunitario como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideraban que el estallido de un conflicto armado era un cambio fundamental en las circunstancias en el sentido del artículo 62 de la Convención de Viena de 1969. A ese respecto, la práctica de la Comunidad demostraría la utilidad del apartado *d* del proyecto de artículo 13.

14. En cuarto lugar, los casos de los países ACP ponen de manifiesto que la Comunidad dispone de un mecanismo específico para suspender sus obligaciones emanadas de un tratado en caso de conflicto armado, siempre que se produzcan violaciones a gran escala de los derechos humanos durante ese conflicto. Podría considerarse que este motivo está comprendido en el apartado *a* del proyecto de artículo 13 (suspensión de común acuerdo entre las partes), al haber acordado las partes previamente, en el momento de celebrar el tratado, los motivos y procedimientos para esa suspensión.

15. Habida cuenta de lo anterior, no parece que haya gran necesidad de ampliar el alcance del estudio y de adaptar el proyecto de artículos a la situación específica de la CE. Por el contrario, tal como ocurre respecto de la Convención de Viena de 1969, la Comunidad podría posiblemente recurrir a los artículos aun cuando su ámbito de aplicación no se ampliara formalmente a los tratados internacionales celebrados por organizaciones internacionales.

B. OMI

1. La OMI toma nota de la recomendación que figura en el párrafo 4, apdo. 1, inc. *a*, punto ii), del informe del Grupo de Trabajo sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados (documento A/CN.4/L.718, mimeografiado), en el sentido de que la cuestión de la inclusión de los tratados en que participan organizaciones intergubernamentales se deje en suspenso hasta una etapa ulterior de los trabajos de la Comisión sobre el tema general.

2. En este momento la OMI desea realizar los siguientes comentarios y observaciones. En primer lugar, la OMI es el organismo especializado de las Naciones Unidas encargado de la regulación de la seguridad de la navegación, la protección del medio marino frente a las actividades de transporte marítimo y las cuestiones jurídicas relacionadas con ellas. En este contexto, el párrafo *b* del artículo 3 de la Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental, establece simplemente que la OMI tendrá funciones de «preparar proyectos de convenciones, acuerdos u otros instrumentos apropiados y recomendarlos a los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales, y convocar las conferencias que estime necesarias». La Convención no contiene ninguna disposición sobre su aplicación o sobre las actividades de la OMI en tiempo de guerra, y tampoco especifica si los convenios (que en la actualidad ascienden a 51) y demás instrumentos de rango inferior a los tratados aprobados bajo los auspicios de la OMI deben seguir aplicándose en tiempo de guerra.

3. En segundo lugar, en general los tratados aprobados bajo los auspicios de la OMI, incluidos los relacionados con la protección del medio ambiente, se aplican a buques que se dedican a la navegación comercial internacional. Por regla general no se aplican a los buques de guerra u otros buques de Estado que se dediquen, en el momento considerado, a otros fines no comerciales, incluso en tiempo de paz. Esta posición se refleja a veces, aunque no siempre, en los convenios adoptados por la OMI. Por ejemplo, el Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974, que es el principal instrumento de la OMI dedicado a la seguridad de los buques y que se aplica a buques que representan más del 98% del tonelaje mundial, no contiene ninguna disposición sobre su aplicación a los buques de guerra ni sobre los efectos de los conflictos armados. Cabe presumir

los derechos humanos o de otros elementos esenciales a que se refiere el artículo 5 [de la Convención] de Lomé como consecuencia de un conflicto armado, la Comunidad Europea pedirá que se celebren consultas con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 366a, y podrá decidir suspender la cooperación para el desarrollo u otros aspectos [de la Convención] con un país determinado».

[10] Ibíd., pág. 10.

[11] Véanse, entre otros, Brandtner y Rosas, «Human rights and the external relations of the European Community: an analysis of doctrine and practice»; Paasivirta, «Human rights and diplomacy: aspects to human rights clauses in the European Union's external agreements»; Hoffmeister, «Les politiques de coopération au développement et d'assistance économique, technique et financière et les droits de l'homme», en esp. págs. 265 a 267.

[12] (*Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/578).

que el Convenio no es aplicable en absoluto a los buques de guerra. Por tanto, la cuestión que se suscita entonces, es decir, si el Convenio seguiría aplicándose a los buques comerciales durante los períodos de conflicto armado y, en su caso, en qué medida, parece depender de lo previsto en los principios generales del derecho de los tratados.

4. Por su parte, el párrafo 3 del artículo 3 del Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Convenio MARPOL), modificado por el Protocolo de 1978, establece lo siguiente:

> El presente Convenio no se aplicará a los buques de guerra ni a las unidades navales auxiliares, ni a los buques que, siendo propiedad de un Estado o estando a su servicio, sólo presten por el momento servicios gubernamentales de carácter no comercial. No obstante, cada Parte se cuidará de adoptar las medidas oportunas para garantizar que dentro de lo razonable y practicable, tales buques de propiedad o servicio estatal actúen en consonancia con el propósito y la finalidad del presente Convenio, sin que ello perjudique las operaciones o la capacidad operativa de dichos buques.

5. En los párrafos 4 y 5 del artículo 4 del Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP) figura una formulación distinta sobre esta cuestión:

> 4. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 5, las disposiciones del presente Convenio no se aplicarán a los buques de guerra, buques auxiliares de la armada u otros buques cuya propiedad o explotación corresponda a un Estado y que estén destinados exclusivamente, en el momento considerado, a servicios no comerciales del gobierno.
>
> 5. Un Estado Parte podrá decidir aplicar el presente Convenio a sus buques de guerra u otros buques de los mencionados en el párrafo 4, caso en el que lo notificará al Secretario General especificando las modalidades y condiciones de dicha aplicación.

6. Aunque está claro que sus disposiciones se aplican a los Estados en tiempo de paz, los Convenios MARPOL y SNP no prevén si han de seguir aplicándose en períodos de conflicto armado, ni tan siquiera a los buques comerciales.

7. Podría deducirse que para la correcta aplicación de esos Convenios es esencial que haya una situación de paz entre los Estados partes en ellos, pero hasta donde se sabe esta cuestión nunca se ha planteado ni debatido en la OMI. Dado el carácter multilateral de todos esos tratados, es difícil considerar que puedan seguir aplicándose, o aplicarse plenamente, en períodos de conflicto armado.

8. La OMI también es parte en otros tratados; los más importantes quizá sean el Acuerdo relativo a la Sede de la Organización, entre el Reino Unido y la OMI[1], y el Acuerdo entre el Gobierno de Suecia y la Organización Marítima Internacional sobre la Universidad Marítima Mundial[2]. También cabe destacar los acuerdos concertados con las Naciones Unidas y algunos de sus órganos, así como varios acuerdos de cooperación con otras organizaciones internacionales. Ninguno de ellos se ocupa de los efectos de los conflictos armados en su aplicación. Aunque algunas de sus disposiciones podrían aplicarse en períodos de conflicto armado, no cabe duda de que otras disposiciones, o incluso los tratados en su totalidad, se suspenderían durante esos períodos.

[1] Firmado en Londres el 28 de noviembre de 1968 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 677, n.º 9632, pág. 3).

[2] Firmado en Londres el 9 de febrero de 1983 (ibíd., vol. 1409, n.º 23595, pág. 233).

C. FMI

1. En el contexto de su estudio de los proyectos de artículos relativos a los efectos de los conflictos armados en los tratados, la Comisión ha solicitado a las organizaciones internacionales información sobre su práctica con respecto a los efectos de los conflictos armados en los tratados en que son partes. Actualmente, la definición de «tratado» según el proyecto de artículo 2 excluye los tratados entre los Estados y las organizaciones internacionales y entre organizaciones internacionales, y la cuestión de la inclusión de los tratados en que participen organizaciones internacionales se ha dejado en suspenso hasta una fase ulterior de los trabajos de la Comisión sobre el tema.

2. El FMI no tiene experiencia con respecto a los efectos de los conflictos armados en los tratados concertados entre el Fondo y los Estados o las organizaciones internacionales. Sin embargo, sí tiene amplia experiencia con respecto a los efectos de los conflictos armados en los miembros del FMI en virtud de su Convenio Constitutivo. A los efectos de analizar y destilar dicha experiencia, es importante reconocer dos principios generales.

3. En primer lugar, los conflictos armados no afectan a la condición de miembro de los países miembros del FMI a menos que, a consecuencia del conflicto, la comunidad internacional deje de reconocer al miembro como «país» en el sentido del Convenio Constitutivo (por ejemplo, debido a su disolución o anexión).

4. En segundo lugar, aunque el conflicto armado no modifique la condición de un miembro como país, puede afectar al gobierno del país miembro y, por tanto, a la capacidad del miembro de ejercer sus derechos y obligaciones en virtud del Convenio Constitutivo.

1. Los conflictos armados y la condición de miembro del FMI

5. A menos que un conflicto armado afecte a la condición de miembro de un país en el sentido establecido en el Convenio Constitutivo, el país seguirá siendo miembro del Fondo. Así pues, un país miembro del FMI que esté bajo la ocupación militar de otro país conserva su condición de miembro del FMI. Por ejemplo, cuando el Iraq fue ocupado en 2003, conservó su condición de miembro del FMI. De modo similar, cuando el Iraq ocupó Kuwait en 1990 y 1991, Kuwait conservó su condición de miembro del FMI. Además, cuando una parte de un país miembro del FMI se separa de ese país debido a un conflicto armado, y esa secesión es reconocida por la comunidad internacional, el miembro del FMI mantiene su condición de miembro del FMI y el país secesionista tendría que solicitar su ingreso como miembro del FMI (como

país independiente)[1] si está interesado en ser miembro del FMI. Por ejemplo, en 1971, después de un conflicto armado interno, Bangladesh se separó del Pakistán, solicitó su ingreso como miembro del FMI y posteriormente se convirtió en miembro del FMI en 1972. El Pakistán mantuvo su condición de miembro del FMI.

6. No obstante, si a consecuencia de un conflicto armado la comunidad internacional considera que un país ha dejado de existir, su condición de miembro se da por terminada. Así pues, la condición de miembro del FMI terminaría si el miembro del FMI dejase de existir a consecuencia de su anexión o disolución. Con respecto a la disolución, un ejemplo reciente es la disolución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia. Una vez que el Fondo estableció que ese país se había disuelto en 1992 (para lo cual tuvo en cuenta las opiniones de la comunidad internacional), su condición de miembro del FMI se dio por terminada. El Fondo también estableció (teniendo en cuenta de nuevo las opiniones de la comunidad internacional) que había cinco países sucesores de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, y todos ellos reunían las condiciones para sucederle como miembro del Fondo[2].

2. Efectos de los conflictos armados en el gobierno de un miembro del FMI

7. Los miembros del FMI ejercen los derechos que se les otorgan como miembros a través de sus gobiernos, y los conflictos armados pueden afectar a estos gobiernos. Pese a que los miembros del FMI son los países, y no los gobiernos (véase el artículo II del Convenio Constitutivo), los miembros mantienen relaciones con el FMI por medio de sus gobiernos. En consecuencia, sólo el gobierno de un país miembro con el que el FMI pueda llevar a cabo sus actividades puede ejercer los derechos que se le otorgan como miembro (por ejemplo, el uso de los recursos del Fondo). A consecuencia de un conflicto armado, puede haber situaciones en que se establezca que no hay ningún gobierno que pueda ejercer los derechos de un miembro. Esta situación se produjo durante un tiempo tras la ocupación del Iraq en 2003. Además el FMI ha determinado que, desde octubre de 1992, no hay en Somalia ningún gobierno eficaz con el que pueda realizar sus actividades. En algunos casos, el Fondo podría determinar que, a causa del conflicto, sigue habiendo un gobierno, pero que se encuentra en el exilio. Después de un golpe de Estado perpetrado en Haití en 1991, la Junta de Gobernadores del FMI decidió (de nuevo, reflejando las opiniones de la comunidad internacional) tratar con la autoridad en el exilio, en calidad de gobierno del país miembro, en lugar de hacerlo con la autoridad que tenía el control efectivo. Cuando un conflicto armado conduce a la ocupación de un país miembro y debido a ello deja de haber un gobierno reconocido internacionalmente, la Potencia ocupante es responsable del cumplimiento de las obligaciones del miembro ocupado en virtud del Convenio Constitutivo[3]. De acuerdo con el enfoque que el FMI adopta con respecto a la condición de un miembro como «país», las decisiones mencionadas sobre si el Fondo reconoce o no a un gobierno se basan en gran medida en las opiniones de la comunidad internacional. Si no hay una orientación clara por parte de la comunidad internacional, los funcionarios del FMI determinan si la mayoría de los miembros del FMI (según el número de votos) reconocen o tratan con la autoridad correspondiente en calidad de gobierno en sus relaciones bilaterales[4].

---

[1] El país tendría que solicitar su ingreso como miembro del FMI de acuerdo con lo dispuesto en la sección 2 del artículo II del Convenio Constitutivo y cumplir los criterios para obtener la condición de miembro del FMI, que en la práctica del FMI son los siguientes: *a*) el solicitante debe tener la condición de «país», *b*) el país debe tener el control oficial de sus relaciones exteriores; *c*) el país está dispuesto a cumplir las obligaciones correspondientes a su condición de miembro establecidas en el Convenio Constitutivo (véase Gold, *Membership and Nonmembership in the International Monetary Fund: A Study in International Law and Organization*, págs. 41 y 42).

[2] Croacia (el 15 de enero de 1993), Eslovenia (el 15 de enero de 1993), la ex República Yugoslava de Macedonia (el 21 de abril de 1993), Bosnia y Herzegovina (el 20 de diciembre de 1995) y la República Federativa de Yugoslavia (el 20 de diciembre de 2000) sucedieron a la ex República Socialista Federativa de Yugoslavia como miembros del FMI, con efecto, en todos los casos, a partir del 14 de diciembre de 1992. Véase Gianviti, «Some specific legal features of the International Monetary Fund», págs. 1 a 15.

[3] Véase la sección 2, apdo. *g*, del artículo XXXI del Convenio Constitutivo.

[4] Véase Mundkur, «Recognition of Governments in international relations, including at the International Monetary Fund», págs. 77 a 97.

EFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/L.721

Nota del Presidente del Grupo de Trabajo sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados: Proyecto de artículo 8

[Original: inglés]
[5 de mayo de 2008]

ÍNDICE

		Párrafos	*Página*
Introducción		1-2	103
I.	Situaciones que abarca el proyecto de artículos	3-4	103
II.	Referencias que deben mantenerse en el proyecto de artículo 8		104
	A. Las referencias a los artículos 42, 43 y 45 de la Convención de Viena de 1969	5-7	104
	B. La referencia al artículo 44 de la Convención de Viena de 1969	8-15	104
III.	Conclusión: soluciones posibles	16-18	105

Introducción

1. La presente nota no tiene carácter de informe. Es un examen somero de los problemas que plantea el proyecto de artículo 8 cuyo objetivo es exponer al Grupo de Trabajo algunas reflexiones sobre el modo en que podrían resolverse tales problemas. Actualmente el proyecto de artículo 8 está redactado de la manera siguiente (véase el tercer informe sobre los efectos de los conflictos armados de los tratados[1]):

Proyecto de artículo 8. Modo de suspensión o terminación

En caso de conflicto armado, el modo de suspensión o terminación será el establecido en las formas de suspensión o terminación incluidas en las disposiciones de los artículos 42 a 45 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

2. El proyecto de artículo 8 intenta responder a la cuestión de si los artículos 42 a 45 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados[2], en adelante la Convención de Viena de 1969, deberían aplicarse en el contexto del presente proyecto de artículos, única cuestión a la que se refiere la nota. La cuestión de la notificación, que se aborda en los artículos 65 y ss. de la Convención de Viena de 1969, se examina en el cuarto informe sobre los efectos de los conflictos armados de los tratados[3], el cual, en los párrafos 43 a 47, ofrece tres opciones.

[1] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/578, anexo.

[2] Firmada en Viena el 23 de mayo de 1969 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n.º 18232, pág. 443).

[3] Documento A/CN.4/589, reproducido en el presente volumen.

I. Situaciones que abarca el proyecto de artículos

3. La presente versión de los artículos abarca básicamente tres tipos de situaciones:

a) los conflictos armados internacionales en los que participan todas, varias o una de las partes en un tratado;

b) los conflictos armados internos que pueden afectar al cumplimiento de un tratado por el Estado parte involucrado en el conflicto;

c) los conflictos armados internacionales o internos en que participan uno o varios Estados miembros de una

organización internacional, los cuales, a causa de ese conflicto, pueden experimentar dificultades en el cumplimiento de algunas de las obligaciones impuestas por el tratado constitutivo de la organización o los acuerdos conexos.

Los últimos instrumentos mencionados parecerían quedar abarcados por el presente proyecto de artículos, a diferencia de los tratados concertados por las organizaciones internacionales.

4. La tercera hipótesis no es de capital importancia. Si surgiera, cabría afirmar que debería seguirse la norma de la divisibilidad en lugar de la del retiro o la suspensión de todo el tratado respecto de los Estados afectados; además, en ese contexto el futuro de las obligaciones impuestas por el tratado es probable que venga determinado por el propio tratado. La segunda hipótesis guarda relación con la situación prevista en el artículo 62 de la Convención de Viena de 1969 (Cambio fundamental en las circunstancias), razón por la que no parece totalmente absurdo hacer una referencia a los artículos 42 a 45. El problema fundamental se plantea en la quinta hipótesis, es decir, las situaciones que afectan a todos o a algunos de los Estados partes en un tratado cuyas relaciones se ven perturbadas por un conflicto armado. En ese caso es cuando se plantea con más nitidez el problema de la aplicabilidad de los artículos 42 a 45 de la Convención de Viena de 1969, sobre todo el artículo 44 (Divisibilidad de las disposiciones de un tratado). Ese problema puede abordarse y resolverse por eliminación.

II. Referencias que deben mantenerse en el proyecto de artículo 8

A. Las referencias a los artículos 42, 43 y 45 de la Convención de Viena de 1969

5. Por lo que respecta al artículo 42 de la Convención de Viena de 1969, cabe destacar de inmediato que el artículo 73 de esa Convención establece que sus disposiciones «no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia [...] de la ruptura de hostilidades entre Estados». Cualquiera que sea el significado concreto de la palabra «hostilidades», no cabe duda de que el artículo 73 excluye del alcance de la Convención de Viena los efectos de los conflictos armados en los tratados. Por consiguiente, no cabe afirmar, tal como se hace en el párrafo 2 del artículo 42 de la Convención de Viena de 1969 que:

> La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención.

o tal vez pueda hacerse únicamente en el marco de la Convención de Viena, pero no en el de artículos separados sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados. En otras palabras, el artículo 42 no guarda relación con el presente contexto, razón por la que no debe mencionarse en el futuro proyecto de artículo 8.

6. Según el artículo 43 de la Convención de Viena de 1969, la terminación de un tratado, el retiro y la suspensión de su aplicación, cuando resulten de «la aplicación de la presente Convención» o de las disposiciones del tratado

> no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado.

Tal disposición se hace eco de una norma de derecho internacional general, que se aplica incluso en ausencia del artículo 43 de la Convención de Viena de 1969; sin embargo, ciertamente no hay ningún problema en incluirla en la Convención de Viena. Tampoco plantearía ningún problema su inclusión en el proyecto de artículo sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados si no fuera por las palabras «como resultado de la aplicación de la presente Convención». Esa es la razón por la que, en caso de que el futuro proyecto de artículo 8 haya de incluir una referencia al artículo 43, sería prudente agregar a la referencia las palabras *mutatis mutandis* u otras palabras de efecto similar.

7. El artículo 45 de la Convención de Viena de 1969 parece ser pertinente: si un Estado ha convenido expresamente en que un tratado sea válido, permanezca en vigor o continúe en aplicación o cuando haya de considerarse que ese tratado se mantiene como consecuencia de la conducta del Estado a pesar del estallido de un conflicto armado, no hay ninguna razón para no reconocer que tales circunstancias privan al Estado de que se trate del derecho a terminar o suspender el tratado o retirarse de él. En consecuencia, la referencia al artículo 45 parece posible a menos que se elija la tercera opción que se propone, en el párrafo 47 del cuarto informe del Relator Especial. Además, la inclusión de las palabras *mutatis mutandis* parece apropiada, dado que el artículo 45 de la Convención de Viena únicamente incluye como causas la nulidad, la terminación, el retiro y la suspensión que se indican en los artículos 45 a 50 y 50 a 52, respectivamente, de esa Convención.

B. La referencia al artículo 44 de la Convención de Viena de 1969

8. Quedan por examinar los problemas relacionados con el artículo 44 de la Convención de Viena de 1969 (Divisibilidad de las disposiciones de un tratado). En este caso también cabe proceder mediante eliminación.

9. En los párrafos 1 y 2 del artículo 44 de la Convención de Viena de 1969 se establece un principio o presunción de no divisibilidad. Tal como indica el Relator Especial en su cuarto informe, los conflictos armados son cataclismos en la vida de los tratados, mucho más que las otras causas, a saber, la terminación, el retiro o la suspensión. En consecuencia, y *a fortiori*, el principio de la no divisibilidad también debe mantenerse en el contexto de los conflictos armados. En otras palabras, el proyecto de artículo 8 podía incluir una referencia a los párrafos 1 y 2 del artículo 44 de la Convención de Viena.

10. El párrafo 5 del artículo 44 de la Convención de Viena de 1969 se refiere a las causas concretas que se exponen en los artículos 51 a 53 (Coacción sobre el representante de un Estado, Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza y Tratados que estén en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*)). Eso no tiene nada que ver con los efectos de los conflictos armados en los tratados, razón por la que no debe hacerse ninguna referencia a dicha disposición.

11. Se da la misma situación respecto del párrafo 4 del artículo 44 de la Convención de Viena de 1969, que se refiere a las causas concretas que figuran en los artículos 49 y 50 de la Convención (Dolo y Corrupción del representante de un Estado). Así pues, no debe hacerse ninguna mención al párrafo 4 del artículo 44 en el proyecto de artículo 8.

12. Corresponde examinar ahora el párrafo 3 del artículo 44 de la Convención de Viena de 1969, que permite que los Estados partes terminen o suspendan un tratado o se retiren de él únicamente respecto de determinadas cláusulas si se dan todas las condiciones siguientes: *a*) la causa de la terminación, la suspensión o el retiro se refiere exclusivamente a una cláusula o cláusulas determinadas del tratado (encabezamiento del párrafo 3 del artículo 44); *b*) la cláusula o cláusulas son separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación; *c*) la cláusula o cláusulas que hayan de terminarse o suspenderse o de las que haya que retirarse no constituyen para la otra parte o las otras partes en el tratado una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto, y *d*) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no es injusta.

13. Una primera cuestión que cabe plantear es si el estallido de un conflicto armado puede afectar únicamente a una cláusula o cláusulas determinadas de un tratado. Ello es posible, tal como puede observarse si se toma el ejemplo de un tratado sobre límites y un sistema de límite entre dos Estados que se encuentran a la sazón en guerra: las disposiciones sobre límites siguen existiendo indudablemente, en tanto que el sistema de límites como mínimo se suspenderá. Del mismo modo, se mantendrá por lo menos una parte de un tratado en los casos en que únicamente una de las partes contratantes participe en un conflicto armado. Lo mismo cabe decir respecto de los Estados partes involucrados cuando sean miembros de organizaciones internacionales. En este caso, la situación es totalmente la contraria: se mantienen el tratado constitutivo de la organización y los acuerdos conexos también para los Estados beligerantes (véase la guerra entre el Iraq y la República Islámica del Irán), si bien los beligerantes tal vez no puedan cumplir ciertas obligaciones impuestas por el tratado.

14. Así pues, aunque los conflictos armados constituyen un cataclismo, parece posible que se mantengan las cláusulas de los tratados si las partes así lo acuerdan a pesar del conflicto o si se cumplen todas las condiciones establecidas en el párrafo 3 del artículo 44 de la Convención de Viena de 1969.

15. Las condiciones del párrafo 3 del artículo 44 de la Convención de Viena de 1969 habrán de interpretarse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. La cuestión de cómo interpretar tales condiciones va más allá del alcance de la presente nota. De todos modos, no cabe ciertamente afirmar que sean totalmente irrelevantes cuando haya que calibrar los efectos de los conflictos armados en los tratados.

III. Conclusión: soluciones posibles

16. El somero examen que se lleva a cabo en la presente nota muestra:

a) que no debería hacerse ninguna referencia al artículo 42 de la Convención de Viena de 1969;

b) que es posible hacer una referencia al artículo 43 de la Convención de Viena de 1969 si se agregan las palabras *mutatis mutandis*;

c) que cabe hacer una referencia al artículo 45 de la Convención de Viena de 1969 agregando también las palabras *mutatis mutandis*, siempre que la redacción que se utilice en relación con la notificación no sea la misma que la del artículo 45 (opción 3 del cuarto informe del Relator Especial[4]), y

d) que, en relación con el artículo 44 de la Convención de Viena de 1969, cabe hacer una referencia a los párrafos 1 a 3, pero no a los párrafos 4 y 5.

17. Sobre la base de las conclusiones anteriores, cabe examinar las opciones siguientes:

a) *Opción A.* Ninguna referencia a los artículos de la sección 1 de la parte V de la Convención de Viena de 1969. Esta opción encontraría su razón de ser en el hecho de que no es necesario decir todo en el proyecto de artículos, en tanto que tendría ciertamente como inconveniente el hecho de que se eludiría la cuestión de la divisibilidad.

b) *Opción B.* Inclusión en el proyecto de artículos de una disposición que reprodujera íntegramente las disposiciones (adaptadas) del artículo 43, los párrafos 1 a 3 del artículo 44 y el artículo 45 de la Convención de Viena de 1969 (a menos que el contenido del artículo 45 se utilizara para el artículo sobre la notificación). La ventaja es dar la mayor claridad posible, especialmente en relación con la divisibilidad. El inconveniente es su relativa complejidad.

c) *Opción C.* Una redacción paralela a la del proyecto de artículo 8, tal como figura en el tercer informe del Relator Especial[5] y debería hacerse referencia al

[4] Si se eligiera esa opción, las palabras tomadas del artículo 45 que se utilizaran en una posible nueva disposición sobre la notificación tendrían que adaptarse también mediante la eliminación de las referencias a los artículos 45 a 50, 60 y 62 de la Convención de Viena de 1969.

[5] La redacción tal vez habría que modificarla en parte. Las palabras «*Modo* de suspensión o terminación» (debería agregarse la palabra «retiro») podrían ser sustituidas por las palabras «*Modos* de suspensión o terminación».

artículo 43 (*mutatis mutandis*), a los párrafos 1 a 3 del artículo 44 y al párrafos 45 (*mutatis mutandis*) de la Convención de Viena de 1969, a menos que la redacción de este último se utilizara en el artículo sobre la notificación[6]. Las ventajas son una relativa claridad, particularmente en relación con la cuestión de la divisibilidad, y una relativa sencillez. El inconveniente es que la claridad no es absoluta.

18. En el contexto de las opciones B y C, sería sumamente conveniente separar la referencia a la sección 1 de la parte V de la Convención de Viena de 1969 de la cuestión de la notificación.

[6] También podrían utilizarse las palabras *mutatis mutandis* a los efectos de que fueran aplicables a todas las referencias hechas en el proyecto artículo 8. Además, en caso de que la utilización de esa terminología en el artículo se considerara demasiado farragosa, podrían hacerse precisiones en el comentario del proyecto artículo 8.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/594

Cuarto informe sobre la expulsión de extranjeros*, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial

[Original: francés]
[24 de marzo de 2008]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		107
Obras citadas en el presente informe		108
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1-3	108
Capítulo		
I. EXPULSIÓN EN EL CASO DE DOBLE O MÚLTIPLE NACIONALIDAD	4-24	109
A. ¿Son extranjeros quienes poseen doble o múltiple nacionalidad?	7-13	109
B. ¿El Estado autor de la expulsión es el Estado de la nacionalidad predominante o efectiva de la persona expulsada?	14-24	110
II. PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD, DESNACIONALIZACIÓN Y EXPULSIÓN	25-35	112
A. Pérdida de la nacionalidad y desnacionalización	26-29	112
B. La expulsión en caso de pérdida de la nacionalidad de desnacionalización	30-35	119

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convención para determinar la condición de los extranjeros en el territorio de las Partes Contratantes (La Habana, 20 de febrero de 1928)	Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXXXII, n.º 3045, pág. 302.
Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad (La Haya, 12 de abril de 1930)	Ibíd., vol. CLXXIX, n.º 4137.
Convención para reducir los casos de apatridia (Nueva York, 30 de agosto de 1961)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 989, n.º 14458, pág. 221.
Convención sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre obligaciones militares en casos de pluralidad de nacionalidades (Estrasburgo, 6 de mayo de 1963)	Ibíd., vol. 634, n.º 9065, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, 25 de agosto de 1987, pág. 26221.
Segundo Protocolo de enmienda a la Convención sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre obligaciones militares en casos de pluralidad de nacionalidades (Estrasburgo, 2 de febrero de 1993)	Ibíd., vol. 1967, n.º 9065, pág. 338.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Ibíd., vol. 1577, n.º 27531, pág. 102.
Convenio europeo sobre la nacionalidad (Estrasburgo, 6 de noviembre de 1997)	Consejo de Europa, *Série des traités européens*, n.º 166.

* El Relator Especial expresa su profundo agradecimiento al Sr. William Worster por su contribución a la preparación del presente informe, en particular por las importantes investigaciones que realizó sobre la práctica de los Estados en lo que respecta a la pérdida de la nacionalidad y la desnacionalización en el marco de la expulsión. El Relator Especial asume la plena responsabilidad por el contenido del presente informe.

Obras citadas en el presente informe

Abel, Paul

«Denationalization», *Modern Law Review* (Londres), vol. 6, 1942.

Amnistía Internacional

Myanmar, la minorité Rohingya: déni des droits fondamentaux, mayo de 2004 (Index AI: ASA 16/005/2004).

Boll, Alfred M.

Multiple Nationality and International Law, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007 (Developments in International Law, vol. 57).

Chirot, Daniel

«The debacle in Côte d'Ivoire», *Journal of Democracy*, vol. 17, n.º 2 (abril de 2006), págs. 63 a 77.

Estados Unidos, Departamento de Estado

«Kuwait», *Country Reports on Human Rights Practices for 2003*, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 2004, vol. II, págs. 1941 a 1963.

Estados Unidos, Oficina de Administración de Personal (Servicio de Investigación)

Citizenship Laws of the World, Washington D.C., Library of Congress, 2001.

Human Rights Watch

Malaysia/Burma—Living in Limbo: Burmese Rohingyas in Malaysia, vol. 12, n.º 4 (C), 1.º de agosto de 2000.

Kuwait: Promises Betrayed—Denial of Rights of Bidun, Women, and Freedom of Expression, vol. 12, n.º 2 (E), 1.º de octubre de 2000.

Côte d'Ivoire. Le nouveau racisme. La manipulation politique de l'ethnicité en Côte d'Ivoire, vol. 13, n.º 6 (A), agosto de 2001 (http://hrw.org).

Eritrea and Ethiopia—The Horn of Africa War: Mass Expulsions and the Nationality Issue, vol. 15, n.º 3 (A), 29 de enero de 2003.

Kidane, Won

«Civil liability for violations of international humanitarian law: the jurisprudence of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission in The Hague», *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25 (2007–2008), págs. 23 a 87.

Kojanec, Giovanni

«Pluralité de nationalités», *Actes de la 1re Conférence européenne sur la nationalité. Tendances et développement en droit interne et international sur la nationalité (Strasbourg, 18-19 octobre 1999)*, Consejo de Europa, CONF/NAT (99) PRO 1, 2000, págs. 37 a 50.

Koslowski, Rey

«Challenges of international cooperation in a world of increasing dual nationality», en David A. Martin y Kay Hailbronner (eds.), *Rights and Duties of Dual Nationals: Evolution and Prospects*, La Haya, Kluwer Law International, 2003, págs. 157 a 182.

Mayer, Ann Elizabeth

«A 'benign' apartheid: how gender apartheid has been rationalized», *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 5, n.º 2 (2000–2001), págs. 237 a 338.

McDougal, Myres S., Harold D. Lasswell y Lung-chu Chen

«Nationality and human rights: the protection of the individual in external arenas», *Yale Law Journal*, vol. 83, n.º 5 (abril de 1974), págs. 900 a 908.

Meyer, Peter y otros

The Jews in the Soviet Satellites, Syracuse (Nueva York), Syracuse University Press, 1953.

Naciones Unidas

The United Nations and the Independence of Eritrea, n.º de venta: E.96.I.10, 1996.

Piotrowicz, Ryszard W.

«The Australian-Hungarian consular treaty of 1988 and the regulation of dual nationality», *Sydney Law Review*, vol. 12, n.º 2/3 (marzo de 1990), págs. 569 a 583.

Roth, Cecil

The History of the Jews of Italy, Filadelfia, Jewish Publication Society of America, 1946.

Rudko, Mykola

«La réglementation des questions de la pluralité de la nationalité par des accords bilatéraux et multilatéraux», *Actes de la 2e Conférence européenne sur la nationalité. Défis au droit national et international sur la nationalité à l'aube du nouveau millénaire (Strasbourg, 8-9 octobre 2001)*, Consejo de Europa, 2001 (CONF/NAT (2001) PRO), págs. 111 a 132.

Salmon, Jean (ed.)

Dictionnaire de droit international public, Bruselas, Bruylant, 2001.

Sarkin, Jeremy

«Towards finding a solution for the problems created by the politics of identity in the Democratic Republic of the Congo (DRC): designing a constitutional framework for peaceful cooperation», *Politics of Identity and Exclusion in Africa: From Violent Confrontation to Peaceful Cooperation, Conference on Politics of Identity and Exclusion in Africa: From Violent Confrontation to Peaceful Cooperation*, Universidad de Pretoria, 25 y 26 de julio de 2001, págs. 67 a 80.

Shaver, Lynn

«The revocation of dual citizenship in Turkmenistan», *Human Rights Brief*, vol. 11, n.º 1 (2003), págs. 4 a 6.

Introducción

1. Durante el examen del tercer informe sobre la expulsión de extranjeros[1] en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, en su 59.º período de sesiones (7 de mayo a 5 de junio y 9 de julio a 10 de agosto de 2007), y en particular del proyecto de artículo 4 (No expulsión por un Estado de sus propios nacionales), se observó que la cuestión de la expulsión de personas con doble nacionalidad o varias nacionalidades merecía ser estudiada de manera más detallada y regularse en el proyecto de artículo 4 o en un proyecto de artículo distinto[2]. De acuerdo con un punto de vista, esta cuestión no había sido estudiada en ese contexto, sobre todo si la intención de la Comisión era la de contribuir al fortalecimiento de la norma que prohíbe la expulsión de nacionales, que por otra parte recibió el apoyo de numerosos miembros[3]. No obstante, la cuestión quedó pendiente de estudio en un futuro.

[1] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581.

[2] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 227.

[3] Ibíd., párr. 228.

2. En el mismo orden de ideas, se observó que la cuestión de la privación de la nacionalidad, utilizada a veces como condición previa a la expulsión, merecía un análisis a fondo[4].

3. En su tercer informe sobre la expulsión de extranjeros, el Relator Especial observó, respecto de la doble nacionalidad, que no convenía tratar la cuestión en relación con el proyecto de artículo 4 puesto que la protección contra la expulsión debía ser reconocida por todos los Estados de los cuales una persona poseyera la nacionalidad. De acuerdo con el Relator Especial esta cuestión podría tener incidencia sobre todo en el contexto de la protección diplomática y en caso de expulsión ilícita. No obstante, para responder a las preguntas de varios miembros de la Comisión al respecto, el Relator Especial se propuso profundizar la cuestión de la expulsión de las personas con doble nacionalidad así como la de la privación de la nacionalidad como paso previo a la expulsión[5]. Este es el objeto del presente informe.

[4] Ibíd., párr. 227.

[5] Ibíd., párr. 261.

Capítulo I

Expulsión en el caso de doble o múltiple nacionalidad

4. La nacionalidad deriva esencialmente del derecho interno pero debe ser reglamentada de acuerdo con los lineamientos establecidos en el derecho internacional. Esta fórmula del preámbulo del proyecto de artículos de la Comisión sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados[6] retoma un concepto ya expresado hace tiempo, a saber en el Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad, que dispone lo siguiente:

> Incumbe a cada Estado determinar, en virtud de sus propias leyes, quiénes son sus nacionales. Los demás Estados sólo reconocerán esa legislación en la medida en que sea compatible con los convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios del derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad[7].

5. Se considera que en materia de nacionalidad deben tenerse debidamente en cuenta los intereses legítimos de los Estados y los de las personas. Tratándose de los intereses de las personas, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho de toda persona a una nacionalidad[8]; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[9] y la Convención sobre los Derechos del Niño[10], reconocen que todo niño tiene el derecho de adquirir una nacionalidad, en tanto que los Estados adoptaron la Convención para reducir los casos de apatridia. Asimismo, el Convenio europeo sobre la nacionalidad[11] y el proyecto de artículos de la Comisión sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, del que tomó nota la Asamblea General[12], se basa en el principio del derecho a la nacionalidad. En lo que respecta a los Estados, sus intereses legítimos obligan a reconocer la libertad de conceder o denegar la nacionalidad a una persona siempre que esas medidas se ajusten a los principios pertinentes establecidos por el derecho internacional en la materia. Así pues, un Estado puede disponer en su legislación la norma de la nacionalidad única y exclusiva o, por el contrario, aceptar la nacionalidad doble o múltiple.

[6] Véase la resolución 55/153 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000, anexo.

[7] Artículo 1 del Convenio, que entró en vigor el 1.º de julio de 1937.

[8] Véase la resolución 217 (III) A de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948, art. 15, párr. 1.

[9] Art. 24, párr. 3.

[10] Art. 7, párr. 1.

[11] Véase el artículo 4.

[12] Art. 1 (véase la nota 6 *supra*).

6. Cabe señalar que la práctica de la nacionalidad doble o múltiple es una tendencia relativamente reciente. En efecto, la adquisición de dos o más nacionalidades por una misma persona era desaconsejada anteriormente en el derecho internacional. En verdad, hasta hace poco tiempo la oposición a la doble nacionalidad fue tan enérgica como las actividades tendientes a evitar la apatridia. El aumento de los casos de doble nacionalidad se produjo en los últimos decenios. Algunos autores lo han atribuido a la situación matrimonial de las mujeres que adquieren una segunda nacionalidad por vínculos matrimoniales[13]. Se podría agregar a ello, en esta época de mundialización, la intensidad de las migraciones internacionales y la propensión de los migrantes a instalarse en forma permanente en los países de acogida, cuya nacionalidad les permite insertarse mejor en el sistema social, político y económico.

A. ¿Son extranjeros quienes poseen doble o múltiple nacionalidad?

7. La cuestión de la expulsión de extranjeros plantea problemas jurídicos particulares en lo que se refiere a quienes poseen doble o múltiple nacionalidad. En primer lugar, en la medida en que una persona que pueda ser expulsada tenga la nacionalidad del Estado que la expulsa, ¿el principio de no expulsión de los nacionales se aplica de manera absoluta? Dicho de otra manera, sin perder ninguna de sus nacionalidades, ¿la persona susceptible de ser expulsada puede ser considerada extranjera? En segundo lugar, ¿un Estado viola el derecho internacional al expulsar a una persona con doble nacionalidad sin haberle antes denegado su propia nacionalidad?

8. Respecto del primer punto, se observa que algunos Estados tratan a los propios nacionales que poseen otra nacionalidad como extranjeros fundándose en razones distintas a las de la expulsión. Por ejemplo, Australia y Hungría han intercambiado notas en relación con su tratado consular en virtud del cual sus ciudadanos binacionales serán tratados como extranjeros en el otro país si esas personas ingresan en el país para una estadía transitoria utilizando el pasaporte del otro Estado con el visado correspondiente[14]. Australia ya había considerado que

[13] Véase Koslowski, «Challenges of international cooperation in a world of increasing dual nationality».

[14] Véase Piotrowicz, «The Australian-Hungarian Consular Treaty of 1988 and the regulation of dual nationality», esp. págs. 572 a 576.

podía limitar algunos derechos de sus nacionales y de ese modo tratar como extranjeros a quienes posean otra nacionalidad[15]. Los Estados Unidos y Polonia[16] así como el Canadá y Hungría[17] han intercambiado notas relativas a sus tratados consulares respectivos que contienen disposiciones similares. Al parecer esos acuerdos fueron suscritos para asegurar que los ciudadanos de los Estados respectivos pudieran regresar a sus países de origen después de una estadía en el extranjero conservando la nacionalidad del país que visitaron.

9. En la causa *Georges Pinson* tramitada ante la Comisión Mixta de Reclamaciones Francia-México en 1928, Francia presentó una reivindicación efectuada por una persona que poseía la doble nacionalidad francesa y mexicana. Esa Comisión estimó que «aun cuando se considerara como un caso de doble nacionalidad desde el punto de vista estrictamente jurídico, sería muy dudoso que el reclamante no pudiera haber invocado la Convención, en razón de que el Gobierno de México siempre lo consideró, en forma oficial y exclusiva, como ciudadano francés»[18]. A la luz de este caso es que los Estados pueden considerar en realidad a sus nacionales como extranjeros cuando esos nacionales tienen otra nacionalidad. Tal actitud puede facilitar la expulsión de quien posea la doble nacionalidad por parte del Estado en cuestión. Más adelante se verá que este comportamiento no puede ser suficiente de por sí como fundamento para la expulsión, en la medida en que la persona afectada sigue siendo un nacional del Estado que la expulsa cuando éste no le ha denegado oficialmente su nacionalidad y ella puede reivindicar esa nacionalidad para impugnar la legalidad de la expulsión.

10. Respecto del segundo punto referido precisamente a la cuestión de la legalidad de la expulsión de un plurinacional sin una previa desnacionalización por el Estado autor de la expulsión, la norma de no expulsión por un Estado de sus propios nacionales propuesta por el Relator Especial en su tercer informe sobre la expulsión de extranjeros[19], que recibió el apoyo unánime de los miembros de la Comisión, tiende a favorecer la idea de que tal expulsión sería contraria al derecho internacional. No obstante, los casos de expulsión de binacionales sin una desnacionalización previa por parte del Estado que los expulsa no son raros en la práctica. En numerosos casos no resulta clara la nacionalidad de la persona que ha sido objeto de la expulsión. Para ajustarse a la obligación de un Estado de no expulsar a sus nacionales, algunos Estados autores de expulsión desnacionalizan por precaución jurídica a la persona afectada o se niegan a reconocerle la nacionalidad en razón de que ésta no está suficientemente establecida en favor del interesado. Aún así también se observa una práctica en sentido contrario.

11. La imposición al Estado autor de la expulsión de la obligación de desnacionalizar antes de cualquier expulsión de un binacional no está exenta de peligro: la aplicación de tal obligación podría comprometer el derecho a regresar de la persona expulsada. En efecto, si la persona expulsada tuviera que regresar al Estado que la expulsó, por ejemplo a raíz de un cambio de gobierno, su trámite se complicaría por el hecho de la desnacionalización; dado que sería tratado como un extranjero que solicita permiso para entrar en un Estado extranjero, será necesario que el Estado que lo expulsó le restituya la nacionalidad a fin de facilitar el ejercicio de su derecho a regresar. Parece entonces que la aplicación de una exigencia de transformar a un binacional en extranjero antes de expulsarlo, por medio de la desnacionalización, no beneficia necesariamente a la persona expulsada, para quien la labor de la Comisión sobre la cuestión de la expulsión de extranjeros tiene por objeto ofrecer la mejor protección posible de sus derechos.

12. Respecto de las observaciones que anteceden, el Relator Especial considera que es preciso aclarar que:

a) El principio de no expulsión de los nacionales no se aplica a los binacionales ni a los plurinacionales, salvo que la expulsión pueda dar lugar a casos de apatridia;

b) La práctica de algunos Estados y el interés propio de las personas expulsadas no propicia el establecimiento de una norma que exija la desnacionalización de un binacional o plurinacional antes de la expulsión.

13. Los problemas jurídicos que plantea la expulsión son aún más complejos según si el Estado que expulsa sea o no el Estado de la nacionalidad predominante o efectiva de la persona expulsada, y si ésta tiene o no la nacionalidad predominante o efectiva del Estado que la expulsa.

B. ¿El Estado autor de la expulsión es el Estado de la nacionalidad predominante o efectiva de la persona expulsada?

14. Como lo expresó en su segundo informe sobre la expulsión de los extranjeros[20], el Relator Especial se abstendrá de realizar un estudio de las condiciones de

[15] Véase Kojanec, «Pluralité de nationalités», pág. 46, párr. 5.1, quien señala que «[e]l dictamen del Tribunal Superior de Australia de junio de 1999, de acuerdo con el cual un nacional australiano que posea simultáneamente otra nacionalidad no puede, conforme al artículo 44 de la Constitución, ser elegido al Parlamento federal a causa de sus vínculos con una 'potencia extranjera', ilustra este concepto».

[16] Intercambio de notas (nota n.º 38), de 31 de mayo de 1972 (conforme a la Convención Consular de 31 de mayo de 1972 entre los Estados Unidos y Polonia, *United States Treaties and Other International Agreements*, vol. 24, parte 2, n.º 7642, pág. 1231 (Washington D. C., U. S. Government Printing Office, 1974), que entró en vigor el 6 de julio de 1973) («Las personas que ingresen en la República de Polonia para una visita transitoria con un pasaporte estadounidense que contenga un visado de entrada en Polonia serán consideradas por las autoridades competentes de Polonia, en el período para el cual se le haya otorgado la condición de visitante transitorio (según el período de validez del visado), ciudadanos estadounidenses a los fines de asegurar la protección consular que dispone el artículo 29 de la Convención y el derecho de partida sin otra documentación, independientemente de si poseen o no la ciudadanía polaca» y viceversa).

[17] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 862, n.º 12356, pág. 257 (Intercambio de cartas constitutivo de acuerdo sobre cuestiones consulares y pasaportes entre el Canadá y Hungría, Ottawa, 11 de junio de 1964 (que complementa el acuerdo de comercio suscrito el mismo día [ibíd., n.º 12355, pág. 233], que entró en vigor el 25 de mayo de 1965)).

[18] *Annual Digest of Public International Law Cases (1927-1928)*, caso n.º 195, pág. 300. Véase también Naciones Unidas, RSA, vol. V (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1952.V.3), pág. 327, y el comentario de MacDougal, Lasswell y Chen, «Nationality and human rights: the protection of the individual in external arenas», págs. 900 a 908.

[19] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581, párr. 57.

[20] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573.

adquisición de la nacionalidad, pues el tema que se examina es la expulsión de extranjeros y no el régimen jurídico de la nacionalidad. En su primer informe sobre la protección diplomática[21], el Relator Especial, Sr. Dugard, señaló las dificultades de ese ejercicio indicando los límites del alcance del dictamen en el caso *Nottebohm* [segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 4; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 46] del cual, a su juicio, no se debería inferir una norma general[22]. Por cierto, el proyecto de artículos de la Comisión sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados mantiene la «residencia habitual en el territorio» como criterio de presunción de la nacionalidad[23].

15. El concepto de nacionalidad predominante o efectiva está establecido en el derecho internacional y no hay necesidad aquí de realizar una larga exposición al respecto. Basta con recordar que se trata del «carácter que posee la nacionalidad en tanto traduce el vínculo de una persona con un Estado en razón de lazos (sociales, culturales, lingüísticos, etc.) más fuertes que los que pueden vincularla a otro Estado»[24]. Aunque se observa en la práctica de los Estados y en algunos autores una preferencia por la expresión «nacionalidad efectiva», ambas expresiones son no obstante utilizadas para referirse a una norma del derecho internacional aplicable en caso de nacionalidad múltiple. Así pues, en la causa *Nasser Esphahanian* v. *Bank Tejarat*, el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán declaró que la norma del derecho internacional que se aplica es la de «la nacionalidad predominante o efectiva»[25].

16. El criterio de la nacionalidad efectiva se aplica en los casos de conflicto de nacionalidad derivados de la doble nacionalidad. El principio establece que la nacionalidad predominante tiene preeminencia sobre las demás nacionalidades en caso de conflicto entre ellas. En cuanto a la expulsión, es preciso distinguir entre los casos de doble nacionalidad y los de nacionalidad múltiple.

17. En el caso de la doble nacionalidad, la cuestión que se plantea es la de saber de cuál de los dos Estados la persona expulsada tiene la nacionalidad predominante. Si el Estado autor de la expulsión es el Estado de la nacionalidad predominante de la persona afectada, en principio y por lógica, este Estado no podría expulsar a su propio nacional en virtud de la norma de la no expulsión por un Estado de sus propios nacionales. Contrariamente a la opinión expresada por un miembro de la Comisión, esta norma no es absoluta, como lo señaló el Relator Especial en su tercer informe sobre la expulsión de extranjeros[26]. En su informe definitivo de 20 de junio de 1988 sobre el derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, dirigido al Consejo Económico y Social y a la Comisión de Derechos Humanos, el Sr. C. L. C. Mubanga-Chipoya desarrolla un punto de vista similar al afirmar que binacional de un Estado puede ser expulsado de su propio país, con el consentimiento del país de acogida y dice al respecto que

> la expulsión de un nacional […] puede llevarse a cabo con el consentimiento explícito o implícito del Estado receptor, a cuya petición el Estado del nacional tiene el deber de readmitir a sus nacionales en su territorio[27].

18. No obstante, según el Relator Especial, si es necesario el consentimiento del Estado de acogida de la persona expulsada cuando ésta no tenga la nacionalidad de dicho Estado, esa exigencia no parece necesaria cuando el Estado de acogida es a la vez uno de los dos Estados de los cuales posee la nacionalidad la persona expulsada. Pues aun cuando el Estado de acogida no sea el de la nacionalidad predominante o efectiva de la persona expulsada, es evidente que existe entre ésta y el Estado un vínculo jurídico formal de nacionalidad que la persona expulsada puede reivindicar llegado el caso. Este Estado debe acoger al nacional expulsado por el Estado de la nacionalidad predominante, en virtud de una norma del derecho internacional que figura, por ejemplo, en la Convención para determinar la condición de los extranjeros en el territorio de las Partes Contratantes, cuyo artículo 6 dispone que [l]os Estados están obligados a recibir a los nacionales que, expulsados del extranjero, se dirijan a su territorio».

19. El consentimiento de un Estado a la expulsión puede ser implícito o tácito. En el caso *Jama* v. *Immigration and Customs Enforcement*[28], la Corte Suprema de los Estados Unidos interpretó la legislación estadounidense en el sentido de que no prescribe el consentimiento previo del país de acogida cuando los Estados Unidos expulsan a un extranjero. Aun cuando el consentimiento previo fue considerado preferible, la Corte consideró que la ley no lo exigía y que no podía suponer que fuera de otra manera. Cabe señalar que en este asunto el Gobierno de los Estados Unidos no había recabado el consentimiento previo porque no podía pedirlo, dado que el Estado de acogida, Somalia, era entonces un Estado fallido, desprovisto de un gobierno que funcionara. Esta interpretación podría haber sido motivada en gran medida por el hecho de que la Corte consideró que el Gobierno no podía detener en forma indefinida a un extranjero en espera de su expulsión cuando el Estado de acogida se había negado categóricamente a recibir al expulsado[29]. La Corte no añade nada más pues se ha abstenido de examinar las obligaciones del derecho internacional de manera específica.

20. Por más fundamentado que pueda parecer, este argumento basado en la situación política general del Estado de acogida pierde de vista los derechos propios de la persona, en particular la exigencia de protección de los derechos de la persona expulsada. Es decir, no parece que la situación caótica de un país que se traduce en el no funcionamiento del gobierno y la inseguridad generalizada sea un contexto apropiado para acoger a una persona expulsada del extranjero. Por el contrario, el derrumbamiento del Estado, en una Somalia librada a los señores de la guerra y a la violencia

[21] *Anuario… 2000*, vol. II (primera parte), pág. 215, documento A/CN.4/506 y Add.1.

[22] Ibíd., vol. II (segunda parte), págs. 82 y ss., párrs. 449 y ss.

[23] Art. 5 (véase la nota 6 *supra*).

[24] Véase Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, pág. 725.

[25] Véase laudo n.º 157, 29 de marzo de 1983, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 2, pág. 166.

[26] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581, párrs. 49 a 56.

[27] E/CN.4/Sub.2/1988/35, párr. 116.

[28] *United States Supreme Court Reports*, vol. 543 (2005), pág. 335.

[29] Véase, en tal sentido, el caso *Zadvydas* v. *Davis*, ibíd., vol. 533 (2001), pág. 678, sobre dos extranjeros, uno nacido en Lituania y rechazado por Alemania, y el otro nacido en Camboya e igualmente rechazado por Alemania, cuando no había acuerdo de repatriación.

generalizada de las bandas armadas, que actúan con una crueldad extrema (recuérdense los soldados estadounidenses amarrados a vehículos y arrastrados por las calles de Mogadishu), pueden poner en peligro la vida de la persona expulsada. En consecuencia, más allá de las relaciones estrictas entre los Estados, se debería haber tenido en cuenta la suerte de la persona de que se trataba.

21. La determinación de la nacionalidad predominante puede resultar particularmente difícil en algunos casos, pues la persona objeto de expulsión puede tener más de una nacionalidad predominante, sabiendo que el criterio que se aplica es el de la «residencia habitual» y además de eso los intereses económicos. En efecto, no es raro que una persona resida seis meses en otro país del que posee igualmente la nacionalidad y que además tenga intereses económicos en uno y en otro. Que un binacional sea expulsado hacia un tercer Estado no plantea ningún problema jurídico particular: si se mantuviera el proyecto del párrafo 2 del artículo 4 que figura en el tercer informe sobre la expulsión de extranjeros[30], la expulsión no podía hacerse en ese caso más que por razones excepcionales y con el acuerdo del Estado de acogida. Queda por considerar la expulsión hacia el otro Estado de la nacionalidad. ¿Es posible esta expulsión? ¿Con qué fundamento jurídico? ¿Puede hacerse sin el acuerdo del Estado de acogida o debe hacerse necesariamente con su consentimiento?

22. De acuerdo con el Relator Especial, en la medida en que la persona afectada posea en condiciones de igualdad dos nacionalidades predominantes y que no haya ningún riesgo de apatridia por el hecho de que sea expulsada hacia el otro Estado del que posee igualmente la nacionalidad, la expulsión sólo podría ser considerada en dos casos:

a) El Estado que la expulsa reconoce a la persona afectada el beneficio de su nacionalidad: en este caso no debería poder expulsarla hacia el otro Estado de la nacionalidad más que con el consentimiento de éste;

b) El Estado autor de la expulsión priva a la persona afectada de su nacionalidad, transformándola de esa manera en un extranjero: en este caso se recae en el derecho común de la expulsión de extranjeros pues la persona expulsada se convierte en nacional de un único Estado que posee sólo la nacionalidad del Estado de acogida.

[30] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581, párr. 57.

Estas reflexiones, que no se fundan ni en la práctica de los Estados ni en ninguna jurisprudencia, podrían conducir en el mejor de los casos al desarrollo progresivo del derecho internacional en la materia. Es preciso que se manifieste un interés práctico por el desarrollo del derecho, de lo cual duda el Relator Especial.

23. El problema parece aún más complejo cuando la expulsión afecta a una persona que posee varias nacionalidades. En este caso, el conflicto de nacionalidades no opondría únicamente a dos Estados como en el caso de la doble nacionalidad, sino a por lo menos tres Estados o más. Si sólo uno o dos de esos Estados son los de la nacionalidad predominante de la persona expulsada, se debería aplicar el razonamiento precedente en caso de expulsión por uno de los Estados de la nacionalidad predominante hacia otro Estado del cual la persona posee igualmente la nacionalidad predominante. Por el contrario, el problema se plantearía en forma distinta si la expulsión tuviera lugar desde el Estado de la nacionalidad predominante hacia un Estado del que la persona no tuviera la nacionalidad predominante, o de este último hacia un Estado de la nacionalidad predominante. En el primer caso, ¿el Estado autor de la expulsión debería desnacionalizar a la persona objeto de la expulsión para no encontrarse en la situación de expulsar a su propio nacional o para no tener que recabar el consentimiento previo del Estado de acogida que no sería el Estado de la nacionalidad predominante de esa persona? En el segundo caso, ¿el Estado autor de la expulsión del cual la persona no posee la nacionalidad predominante podría expulsarla hacia el Estado de acogida del que la persona tenga la nacionalidad predominante sin recabar el consentimiento de este último, ni desnacionalizar con anterioridad a la persona expulsada dado que el Estado de acogida es el de la nacionalidad efectiva?

24. Esos son los interrogantes que podrían suscitar esas consideraciones fundadas en la nacionalidad de la persona objeto de la expulsión y teniendo en cuenta, en la hipótesis de la nacionalidad múltiple que entraña un conflicto positivo de nacionalidades, el criterio de la nacionalidad predominante o no predominante. El Relator Especial sigue dudando del interés y la utilidad prácticas de efectuar tal análisis en esta etapa. Considera que el examen de esas distintas hipótesis sería útil en el marco del estudio de la protección de los derechos patrimoniales de la persona expulsada que se propone realizar más adelante en un informe que estará dedicado, entre otras cosas, a esa cuestión.

Capítulo II

Pérdida de la nacionalidad, desnacionalización y expulsión

25. La pérdida de la nacionalidad y la desnacionalización no guardan relación exacta con un mismo mecanismo jurídico, aun cuando sus consecuencias sean similares en caso de expulsión.

A. Pérdida de la nacionalidad y desnacionalización

1. Pérdida de la nacionalidad

26. Numerosos Estados impiden que sus nacionales posean otra nacionalidad. La adquisición de otra nacionalidad entraña en ese caso en forma automática la pérdida de la nacionalidad del Estado cuya legislación la prohíbe[31].

[31] Por ejemplo, tras la enumeración de los distintos casos de adquisición de la nacionalidad camerunesa «en razón de la filiación» y luego «en razón de haber nacido en el Camerún», la Ley n.º 68-LF-3 de 11 de junio de 1968 referida al Código de la nacionalidad camerunesa (*Journal Officiel de la République fédérale du Cameroun*, 15 de julio de 1968) dispone en su artículo 12 que «[l]a nacionalidad camerunesa la adquiere de pleno derecho, por el solo hecho de haber nacido en el territorio del Camerún, toda persona que no pueda hacer valer ninguna otra

27. La pérdida de la nacionalidad es la consecuencia de un acto voluntario de la persona, en tanto que la desnacionalización es una decisión del Estado, de carácter colectivo o individual. Diversos países de todos los continentes, mencionados siguiendo el orden alfabético inglés, tienen legislación relativa a la pérdida de la nacionalidad: Argelia[32], Andorra[33], Angola[34], Argentina[35], Armenia[36], Austria[37], Azerbaiyán[38], Bahamas[39], Bahrein[40], Bangladesh[41], Bélgica[42], Bhután[43], Bolivia[44], Botswana[45], Brasil[46], Brunei Darussalam[47], Burundi[48], Camboya[49], Camerún[50], China[51], Congo[52], Croacia[53], Cuba[54], República Checa[55], República Democrática Popular de Corea[56], República Democrática del Congo[57], Dinamarca[58], Djibouti[59], República Dominicana[60], Ecuador[61], Egipto[62], Guinea Ecuatorial[63], Eritrea[64], Estonia[65], Fiji[66],

nacionalidad». El artículo 31 del capítulo IV titulado «De la pérdida y la privación de la nacionalidad» se refiere más precisamente al caso de pérdida de la nacionalidad y dispone lo siguiente:

«Pierde la nacionalidad del Camerún:

a) El nacional del Camerún mayor de edad que adquiere o conserva voluntariamente una nacionalidad extranjera;

[…]

c) Quien se encuentre ocupando un puesto en una administración pública extranjera o en un organismo internacional y lo conserve pese a que el Gobierno del Camerún le haya ordenado que renuncie a ese puesto».

[32] Estados Unidos, Oficina de Administración de Personal, Servicio de Investigación, *Citizenship Laws of the World* (cita el Código de la nacionalidad de Argelia de 15 de diciembre de 1978).

[33] Ibíd., pág. 16.

[34] Ibíd., pág. 17 (cita la Ley 13/91 de 13 de mayo de 1991).

[35] Ibíd., pág. 19 (cita la Ley 346 de ciudadanía de la Argentina) (a excepción de la doble nacionalidad con España). Véase, no obstante, Boll, *Multiple Nationality and International Law*, págs. 311 a 313, donde se afirma que la nacionalidad no se pierde sino más bien únicamente la ciudadanía o los derechos políticos.

[36] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 20 (cita la Constitución de 5 de julio de 1995 y la Ley sobre la nacionalidad de 26 de noviembre de 1995); véase también Rudko, «Regulation of multiple nationality by bilateral and multilateral agreements», pág. 112 (cita la Constitución, art. 14).

[37] Boll, *op. cit.*, pág. 320 (señala que debe presentarse previamente una demanda para el mantenimiento de la nacionalidad, que sólo es aprobada si entraña un interés nacional); véase también *Citizenship Laws of the World* (nota 32 *supra*), pág. 24 (cita la Ley sobre la nacionalidad de 1965, en su forma enmendada; se prevén excepciones).

[38] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 25 (no obstante, se prevén excepciones sobre todo en lo que respecta a los tratados); véase también Rudko, *loc. cit.* (cita la Ley sobre la nacionalidad y la Constitución, sec. 32, art. 109).

[39] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 26 (cita la Constitución de 10 de julio de 1973).

[40] Ibíd., pág. 27 (cita la Ley de nacionalidad de 16 de septiembre de 1963).

[41] Ibíd., pág. 28 (cita el Decreto de nacionalidad, 1972; se prevén excepciones).

[42] Ibíd., pág. 31 (cita el Código de nacionalidad de 28 de junio de 1984, enmendado el 1.º de enero de 1992); véase también Boll, *op. cit.*, págs. 330 y 331 (observa la excepción respecto de la ciudadanía impuesta a una persona sin medida voluntaria y que en determinadas circunstancias puede mantenerse la nacionalidad presentando una solicitud a tal efecto cada 10 años).

[43] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 35 (cita la Ley sobre la nacionalidad de 1958 y la de 1977, enmendada en 1985).

[44] Ibíd., pág. 36 (se prevén excepciones, en particular para España y los países de América Latina).

[45] Ibíd., pág. 38 (cita la Constitución y la Ley sobre la nacionalidad de 31 de diciembre de 1982).

[46] Ibíd., pág. 39 (cita enmienda constitucional n.º 3 de 6 de junio de 1994 y la Ley 818 de 18 de septiembre de 1949, enmendada por el Decreto-Ley 961 de 13 de octubre de 1969) (no obstante, se prevén excepciones).

[47] Ibíd., pág. 40 (cita información proporcionada por la misión diplomática ante los Estados Unidos).

[48] Ibíd., pág. 43 (cita el Código de la nacionalidad de 10 de agosto de 1971).

[49] Ibíd., pág. 44 (cita el Decreto 913-NS de 20 de noviembre de 1954, y la Ley 904-NS de 27 de septiembre de 1954).

[50] Ibíd., pág. 45 (cita los Decretos 2 de 1959, y 68 de 1968) (se prevé una excepción en caso de matrimonio con un extranjero).

[51] Ibíd., pág. 51 (cita la Ley sobre la nacionalidad de 10 de septiembre de 1980 y las conclusiones del Comité Permanente del Congreso Nacional del Pueblo sobre la aplicación de la Ley de ciudadanía en la Región Administrativa Especial de Macao, 20 de diciembre de 1999 (respecto de la Ley de ciudadanía relativa a Macao)); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 343.

[52] Ibíd., pág. 56 (cita el Código sobre la nacionalidad y el reglamento de aplicación de 29 de julio de 1961).

[53] Ibíd., pág. 59 (cita la Ley sobre la nacionalidad croata, junio de 1991) (no obstante, la revocación de la nacionalidad no es automática tras la adopción de una nacionalidad posterior sino que depende de si el Estado revoca o no la nacionalidad).

[54] Ibíd., pág. 60 (cita información proporcionada por la Sección de Intereses Cubanos de la Misión de Suiza ante los Estados Unidos) (no obstante, la revocación de la nacionalidad no es automática tras la adopción de una nacionalidad posterior sino que depende de si el Estado revoca o no la nacionalidad).

[55] Ibíd., pág. 62 (cita la Ley sobre la adquisición y la pérdida de la nacionalidad de 1.º de enero de 1993, enmendada por la Ley 272 de 12 de octubre de 1993, la Ley 140 de 28 de junio de 1995 y la Ley 139 de 26 de abril de 1996) (no obstante, se prevén excepciones, incluso en caso de matrimonio con un extranjero); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 360 (observa una excepción en caso de matrimonio).

[56] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 109 (cita la Ley sobre la nacionalidad de 9 de octubre de 1963; no obstante, la revocación de la nacionalidad no es automática tras la adopción de una nacionalidad posterior sino que depende de si el Estado revoca o no la nacionalidad).

[57] Ibíd., pág. 55 (cita el código civil y la Ley especial sobre la ciudadanía congoleña) (no obstante, se prevén excepciones).

[58] Ibíd., pág. 64 (cita la Ley sobre la nacionalidad danesa) (no obstante, se prevé una excepción en caso de matrimonio con un extranjero). Véase el informe del Secretario General de 28 de diciembre de 1998 titulado Derechos humanos y privación arbitraria de la nacionalidad (E/CN.4/1999/56), párr. 4 (cita la respuesta de Dinamarca de 22 de octubre de 1998: «El 6 de noviembre de 1997, Dinamarca firmó en Estrasburgo el Convenio europeo sobre la nacionalidad. […] En Dinamarca no se priva a nadie de la nacionalidad arbitrariamente»).

[59] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 65 (cita la Ley 200/AN/81 de 24 de octubre de 1981).

[60] Ibíd., pág. 67 (cita la Constitución, art. 11).

[61] Ibíd., pág. 68 (cita la Constitución de 1998; no obstante, se prevé una excepción referida al tratado con España).

[62] Ibíd., pág. 69 (cita la Ley 17 de 22 de junio de 1958; no obstante, la revocación de la nacionalidad no es automática tras la adopción de una nacionalidad posterior sino que depende de si el Estado revoca o no la nacionalidad), y Boll, *op. cit.*, pág. 369 (observa que se conserva la nacionalidad egipcia si no se obtiene permiso para naturalizarse en otro país o si se obtiene el permiso y se notifica a las autoridades el deseo de conservar la nacionalidad).

[63] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 72 (cita información proporcionada por la misión diplomática ante los Estados Unidos).

[64] Ibíd., pág. 73 (cita la Proclama de la nacionalidad eritrea; en el futuro podrán preverse excepciones).

[65] Ibíd., pág. 74 (cita la Ley de 19 de enero de 1995, en vigor a partir del 1.º de abril de 1995); Rudko, *loc. cit.* (cita la Ley de nacionalidad, arts. 1 y 3); véase también la Ley de ciudadanía, arts. 22 y 26 a 29, así como el informe del Secretario General E/CN.4/1999/56 (véase la nota 58 *supra*), párr. 7 y párr. 10 (cita la respuesta de Estonia de 29 de septiembre de 1998: «Hasta la fecha no se ha llevado ante los tribunales de Estonia ningún caso de privación arbitraria de la nacionalidad»).

[66] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 76 (cita la Constitución Federal de 1997); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 373.

Finlandia[67], Gabón[68], Gambia[69], Georgia[70], Alemania[71], Ghana[72], Guatemala[73], Guinea[74], Guinea-Bissau[75], Guyana[76], Haití[77], Honduras[78], India[79], Indonesia[80], Japón[81], Kazajstán[82], Kenya[83], Kiribati[84], Kuwait[85], Kirguistán[86], República Democrática Popular Lao[87], Letonia[88], Lesotho[89], Liberia[90], Jamahiriya Árabe Libia[91], Lituania[92], Luxemburgo[93], Madagascar[94], Malawi[95], Malasia[96], Malta[97], Islas Marshall[98], Mauritania[99], Micronesia (Estados Federados de)[100], República de Moldova[101], Mónaco[102], Mongolia[103], Mozambique[104],

[67] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 77 (cita la Ley de nacionalidad de 28 de junio de 1968, enmendada en 1984; no obstante, se prevén excepciones). Véase también Boll, *op. cit.*, pág. 377 (observa que Finlandia enmendó su legislación en 2003 a fin de aceptar la doble nacionalidad cuando subsiste un vínculo fuerte con Finlandia).

[68] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 79 (cita información proporcionada por la misión diplomática ante los Estados Unidos).

[69] Ibíd., pág. 80 (cita la Constitución; se prevé una excepción en caso de matrimonio con un extranjero).

[70] Rudko, *loc. cit.* (cita el artículo 12 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley sobre la nacionalidad).

[71] Ibíd., pág. 82 (cita la Ley de nacionalidad; no obstante, se prevén excepciones); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 385 (observa también las excepciones a la norma de la revocación).

[72] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 83 (cita la Constitución de abril de 1992; se prevé una excepción en caso de matrimonio con un extranjero); véase también el Informe del Secretario General E/CN.4/1999/56 (véase la nota 58 *supra*), párr. 15 (cita la respuesta de Ghana de 9 de noviembre de 1998: «Aun cuando hay mucho a favor de que el derecho a tener una nacionalidad se proclame como derecho humano, no puede dejar de considerarse la otra cara de la moneda, a saber, cómo afecta ese derecho al principio de soberanía del Estado»).

[73] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 86 (cita la Constitución de Guatemala; no obstante, se prevén excepciones en lo que respecta a los tratados con otros Estados de América Central y América del Sur).

[74] Ibíd., pág. 87.

[75] Ibíd., pág. 88 (cita la Ley sobre la nacionalidad de 1973).

[76] Ibíd., pág. 89 (cita la Constitución de 1980; se prevé una excepción en caso de matrimonio con un extranjero).

[77] Ibíd., pág. 90 (cita la Constitución).

[78] Ibíd., pág. 91 (cita la Constitución; se prevén numerosas excepciones, incluso sobre la base de tratados).

[79] Ibíd., pág. 94 (cita la Ley de nacionalidad de 1995), y Boll, *op. cit.*, pág. 409.

[80] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 95 (cita las Leyes de nacionalidad de 1.º de enero de 1946, enmendadas el 1.º de agosto de 1958; no obstante, se prevén excepciones); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 412 (observa la existencia de excepciones).

[81] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 103 (cita la Ley de nacionalidad de 4 de mayo de 1950), y Boll, *op. cit.*, pág. 436.

[82] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 105 (cita la Ley de nacionalidad de 1.º de marzo de 1992; hay excepciones posibles para los tratados celebrados con otros Estados de la Comunidad de Estados Independientes).

[83] Ibíd., pág. 106 (cita la Constitución) y Boll, *op. cit.*, pág. 439.

[84] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 108 (cita el Decreto de independencia de Kiribati de 12 de julio de 1979; se prevé una excepción en caso de matrimonio con un extranjero).

[85] Ibíd., pág. 112 (cita la Constitución); Decreto del Emir 15 de 1959, enmendado, art. 4, párr. 5, arts. 13, 14 y 21 *bis*, y E/CN.4/1999/56 (véase la nota 58 *supra*), párr. 20 y párr. 19, donde se cita la respuesta de Kuwait de 30 de octubre de 1998: «Las autoridades de Kuwait desean hacer constar que las cuestiones relativas a la nacionalidad revisten enorme importancia para el Estado, en la medida en que están presentes en cuestiones que a su vez afectan a la patria, además de en consideraciones sobre el carácter soberano del Estado, su seguridad interna y externa y su situación y circunstancias sociales y económicas, sin olvidar el hecho de que la nacionalidad entraña un lazo de lealtad y un sentido de patriotismo, sin los cuales se hace necesario e incluso fundamental retirar la condición de ciudadano a quien la haya adquirido».

[86] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 113 (cita el proyecto de constitución de 5 de mayo de 1993; hay excepciones posibles para los tratados celebrados con otros Estados de la Comunidad de Estados Independientes), y Rudko, *loc. cit.* (cita la Constitución, art. 13; la Ley de la República Kirguisa, art. 5; el acuerdo entre Belarús, Kazajstán, Kirguistán y la Federación de Rusia; y el acuerdo entre la Federación de Rusia y Kirguistán (procedimiento simplificado para adquisición de la nacionalidad)).

[87] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 114 (cita la Ley de nacionalidad de 29 de noviembre de 1990; no obstante, la revocación de la nacionalidad no es automática tras la adopción de una nacionalidad posterior sino que depende de si el Estado revoca o no la nacionalidad).

[88] Ibíd., pág. 115 (cita la Ley de ciudadanía); Rudko, *loc. cit.* (cita la Ley constitucional, art. 5, y la Ley de nacionalidad, arts. 1 y 9; no obstante, la revocación de la nacionalidad no es automática tras la adopción de una nacionalidad posterior sino que depende de si el Estado revoca la nacionalidad), y Boll, *op. cit.*, pág. 445 (señala que la revocación de la nacionalidad letona es «posible» por decisión judicial).

[89] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 118 (cita la Constitución revisada de 1993 y el Decreto de ciudadanía de 1971; se prevén excepciones en caso de matrimonio con un extranjero).

[90] Ibíd., pág. 119 (cita la Constitución).

[91] Ibíd., pág. 120 (cita la Ley sobre la nacionalidad n.º 17 de 1954, y la Ley n.º 3 de 1979).

[92] Ibíd., pág. 122 (cita la Ley de nacionalidad de 5 de diciembre de 1991) y Rudko, *loc. cit.* (cita la Constitución, art. 12, y la Ley de la República de Lituania, art. 1).

[93] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 123 (cita la Ley de 1.º de enero de 1987); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 450.

[94] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 124 (cita el Decreto 60-064 de 22 de julio de 1960; se prevén excepciones en caso de matrimonio con un extranjero).

[95] Ibíd., pág. 125 (cita la Ley sobre la nacionalidad de 6 de julio de 1966; se prevén excepciones en caso de matrimonio con un extranjero).

[96] Ibíd., pág. 126 (cita la Constitución); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 454 (señala que la revocación es discrecional).

[97] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 129 (cita la Constitución de 1964, en su forma enmendada, y la Ley de nacionalidad de Malta; se prevén excepciones).

[98] Ibíd., pág. 130 (cita la Constitución de 21 de diciembre de 1978 y la Ley sobre inmigración; se prevén excepciones en caso de matrimonio con un extranjero).

[99] Ibíd., pág. 131 (cita el Código de la nacionalidad de 12 de junio de 1961; se prevé una excepción en caso de matrimonio con un extranjero).

[100] Ibíd., pág. 134 (cita la Ley de nacionalidad y naturalización de 10 de mayo de 1979).

[101] Ibíd., pág. 135 (cita la Ley de nacionalidad de 23 de junio de 1990), y Rudko, *loc. cit.* (cita la Constitución, art. 18, y la Ley de nacionalidad de Moldova, art. 4).

[102] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 136 (cita la Ley de adquisición de la nacionalidad monegasca de 1.º de enero de 1987); E/CN.4/1999/56 (véase la nota 58 *supra*), párrs. 21 a 23 (cita la respuesta de Mónaco de 19 de septiembre de 1998); Constitución de 17 de diciembre de 1962, art. 18 («La pérdida de la nacionalidad monegasca en todos los demás casos sólo puede preverse en la ley cuando se adquiera voluntariamente otra nacionalidad o cuando se hayan prestado servicios de manera ilegal en un ejército extranjero»); Ley 572 de 18 noviembre de 1952, arts. 5 y 6 (relativos a la adquisición de la nacionalidad monegasca); Ley 1155 de 18 de diciembre de 1992, caps. III a V, sec. I (referido a la nacionalidad), y Decreto 10822 de 22 de febrero de 1993.

[103] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 137 (cita la Constitución de 13 de enero de 1992; no obstante, la revocación de la nacionalidad no es automática tras la adopción de una nacionalidad posterior sino que depende de si el Estado revoca o no la nacionalidad).

[104] Ibíd., pág. 139 (cita la Ley de nacionalidad de 1975, enmendada en noviembre de 1990).

Myanmar[105], Namibia[106], Nauru[107], Nepal[108], Países Bajos[109], Nicaragua[110], Níger[111], Noruega[112], Omán[113], Pakistán[114], Palau[115], Panamá[116], Papua Nueva Guinea[117], Filipinas[118], Qatar[119], República de Corea[120], Federación de Rusia[121], Rwanda[122], Santo Tomé y Príncipe[123], Arabia Saudita[124], Senegal[125], Seychelles[126], Sierra Leona[127], Singapur[128], Islas Salomón[129], Sudáfrica[130], España[131], Sri Lanka[132], Sudán[133], Swazilandia[134], República Árabe Siria[135], Tailandia[136], Tonga[137], Turquía[138], Uganda[139], Ucrania[140], Emiratos Árabes Unidos[141], República Unida de Tanzanía[142], Uzbekistán[143], Vanuatu[144], Venezuela (República

[105] Ibíd., pág. 140 (cita información proporcionada por la misión diplomática ante los Estados Unidos).

[106] Ibíd., pág. 141 (cita la Constitución de 21 de marzo de 1990).

[107] Ibíd., pág. 142 (cita la Constitución de 30 de enero de 1968, y el Decreto de la Comunidad de 1956-1966).

[108] Ibíd., pág. 143 (cita la Constitución, enmendada en 1990, y la Ley de nacionalidad de 1964).

[109] Ibíd., pág. 144 (cita la Ley de nacionalidad de 1984; se prevén excepciones); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 465 (observa excepciones a la revocación si la nacionalidad adquirida se funda en el nacimiento en otro Estado o si la persona ha vivido únicamente en el Estado extranjero siendo menor de edad durante cinco años como máximo; sin embargo, las excepciones no se aplican respecto de ciertas nacionalidades, como la austríaca, belga, danesa, luxemburguesa y noruega).

[110] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 147 (cita la Constitución; no obstante, se prevén excepciones en caso de tratados con los Estados de América Central o del Sur).

[111] Ibíd., pág. 148 (cita información proporcionada por la misión diplomática ante los Estados Unidos).

[112] Ibíd., pág. 150 (cita la Ley de nacionalidad noruega de 8 de diciembre de 1950; se prevén excepciones); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 475 (señala que se prevén excepciones).

[113] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 151 (cita información proporcionada por la misión diplomática ante los Estados Unidos; no obstante, la revocación de la nacionalidad no es automática tras la adopción de una nacionalidad posterior sino que depende de si el Estado revoca o no la nacionalidad).

[114] Ibíd., pág. 152 (cita la Ley de nacionalidad de 13 de abril de 1951).

[115] Ibíd., pág. 153 (cita la Constitución de 1994).

[116] Ibíd., pág. 155 (cita la Constitución).

[117] Ibíd., pág. 156 (cita la Constitución de 16 de septiembre de 1975 y la Ley de nacionalidad de 13 de febrero de 1976; se prevén excepciones en caso de matrimonio con un extranjero).

[118] Ibíd., pág. 159 (cita la Constitución de 2 de febrero de 1987); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 484 (observa que la revocación sólo se aplica si se debe prestar juramento de lealtad en otro país y que el nacional por nacimiento puede recuperar posteriormente la nacionalidad).

[119] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 162 (cita la Ley 2 de 1961, enmendada por la Ley 19 de 1963 y la Ley 17 de 1966).

[120] Ibíd., pág. 110 (cita la Ley sobre la nacionalidad de 13 de diciembre de 1997, en su forma enmendada); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 442.

[121] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), págs. 164 y 165 (Ley de nacionalidad de 6 de febrero de 1992; se prevén excepciones en caso de tratados con otros Estados); Rudko, *loc. cit.* (cita la Constitución, arts. 6 y 62; la Ley sobre la doble nacionalidad, art. 3; Acuerdo entre la Federación de Rusia y Turkmenistán sobre la reglamentación de los asuntos relativos a la doble nacionalidad de 23 de diciembre de 1993 (*Diplomaticheskii vestnik*, 1994, n.º 1-2, págs. 24 y 25); y el Acuerdo entre la Federación de Rusia y la República de Tayikistán sobre la reglamentación de los asuntos relativos a la doble nacionalidad de 7 de septiembre de 1995 (ibíd., octubre de 1995, n.º 10, págs. 23 a 26)).

[122] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 166 (cita el Código de la nacionalidad de 28 de septiembre de 1963).

[123] Ibíd., pág. 171 (cita la Ley sobre la nacionalidad de 13 de septiembre de 1990).

[124] Ibíd., pág. 172 (cita la Ley sobre la nacionalidad).

[125] Ibíd., pág. 173 (cita el Código de la nacionalidad de 1960, enmendado en 1989; no obstante, la revocación de la nacionalidad no es automática tras la adopción de una nacionalidad posterior sino que depende de si el Estado revoca o no la nacionalidad).

[126] Ibíd., pág. 174 (cita la Constitución de 1970, y la Ley de nacionalidad de 29 de junio de 1976).

[127] Ibíd., pág. 175 (cita la Ley de nacionalidad de 1961).

[128] Ibíd., pág. 176 (cita la Constitución de 9 de agosto de 1965); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 503.

[129] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 180 (cita el Decreto de independencia 783 de 7 de julio de 1978).

[130] Ibíd., pág. 182 (cita la Ley de nacionalidad, 1995 (Ley 88 de 1995), en su forma enmendada; se prevén excepciones), y Boll, *op. cit.*, pág. 512 (observa que la nacionalidad puede conservarse mediante permiso).

[131] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 184 (cita el Código Civil, arts. 17 a 26, enmendado por las Leyes 18/1990 y 29/1995; no obstante, hay excepciones para los tratados con Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú y República Dominicana); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 515 (observa que la revocación sólo se realiza si se reside en el exterior durante tres años pero no si España está en guerra o si se expresa el deseo de conservar la nacionalidad).

[132] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 185 (cita la Ley de nacionalidad de 22 de mayo de 1972, enmendada en 1987; no obstante se prevén excepciones).

[133] Ibíd., pág. 186 (cita la Ley de nacionalidad 22 de 1957; la Ley 55 de 1970 y la Ley 47 de 1972).

[134] Ibíd., pág. 188 (cita información proporcionada por la misión diplomática ante los Estados Unidos; se prevé una excepción tratándose de la nacionalidad adquirida por nacimiento, que no puede ser revocada).

[135] Ibíd., pág. 192 (cita información proporcionada por la misión diplomática ante los Estados Unidos); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 527 (observa que se puede mantener la nacionalidad pero que la nacionalidad extranjera por lo general no es reconocida y que de todos modos se mantiene la nacionalidad).

[136] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 196 (cita la Ley de nacionalidad de 1965, modificada por las enmiendas 2 AD 1992 y 3 AD 1993); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 533.

[137] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 199 (cita la Ley de nacionalidad, enmendada entre 1915 y 1988, y dos leyes de Tonga, cap. 59 (ed. rev. 1988)); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 536.

[138] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 202 (cita la Constitución, art. 66, y la Ley 403 sobre la nacionalidad turca de 1964); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 542 (la revocación es discrecional; es posible una autorización para conservar la nacionalidad).

[139] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 205 (cita la Constitución).

[140] Ibíd., pág. 206 (cita la Ley sobre la nacionalidad de 1991), y Rudko, *loc. cit.* (cita la Ley sobre la sucesión de Ucrania de septiembre de 1991, arts. 6 y 7; Convenio entre Ucrania y la ex República Federativa de Yugoslavia de 22 de mayo de 1956 (prevista en el Convenio de sucesión en vigor); Convenio entre Ucrania y Hungría de 24 de agosto de 1957; Convenio entre Ucrania y Rumania de 4 de septiembre de 1957; Convenio entre Ucrania y Albania de 18 de septiembre de 1957; Convenio entre Ucrania y Checoslovaquia de 5 de octubre de 1957; Convenio entre Ucrania y Bulgaria de 12 de diciembre de 1957; Convenio entre Ucrania y la República Popular Democrática de Corea de 16 de diciembre de 1957; Convenio entre Ucrania y Polonia de 21 de enero de 1958, y Convenio entre Ucrania y Mongolia de 25 de agosto de 1958).

[141] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 207 (cita la Ley de nacionalidad 17 de 1.º de enero de 1972, enmendada por la Ley 10 de 1975).

[142] Ibíd., pág. 195 (cita la Ley de nacionalidad 6 de octubre de 1995; se prevén excepciones en caso de matrimonio con un extranjero).

[143] Ibíd., pág. 211 (cita la Ley de nacionalidad).

[144] Ibíd., pág. 212 (cita la Constitución de 30 de julio de 1983, sec. 10), y Boll, *op. cit.*, pág. 559.

Bolivariana de)[145], Viet Nam[146], Yemen[147], Zambia[148] y Zimbabwe[149]. Es decir, una gran mayoría de los Estados[150].

En principio, el riesgo de apatridia es inexistente en esta

[145] *Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 213 (cita la Constitución).

[146] Ibíd., pág. 214 (cita la Ley de nacionalidad vietnamita, revisada el 15 de julio de 1988).

[147] Ibíd., pág. 216 (cita la Ley de nacionalidad 2 de 1975).

[148] Ibíd., pág. 218 (cita la Constitución; se prevén excepciones en caso de matrimonio con un extranjero).

[149] Ibíd., pág. 219 (cita la Constitución); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 565.

[150] Véanse los Estados siguientes, mencionados siguiendo el orden alfabético inglés, que no anulan la nacionalidad cuando una persona posee la de otro país: Antigua y Barbuda [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 18 (cita la Ley de nacionalidad de 1.º de noviembre de 1981)]; Australia [ibíd., págs. 22 y 23 (cita la Ley de nacionalidad de 1948)]; Barbados [ibíd., pág. 29 (cita la Constitución)]; Belarús [ibíd., pág. 30 (cita la Ley de la República de Belarús y Leyes de nacionalidad de 18 de octubre de 1991); Rudko, *loc. cit.* (cita la Ley de nacionalidad, art. 1, y el Acuerdo entre Belarús y Kazajstán; y Boll, *op. cit.*, pág. 326 (señala que Belarús enmendó su legislación en 2002 para poner fin a la revocación automática de la nacionalidad en caso de naturalización en otro Estado)]; Belice [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), págs. 32 y 33 (cita la Ley de nacionalidad, cap. 127 A de las Leyes de Belice, R.E. 1980-1990)]; Benin [ibíd., pág. 34 (cita la Ley de derechos civiles)]; Bulgaria [ibíd., pág. 41 (cita la Ley de nacionalidad, noviembre de 1998)]; Burkina Faso [ibíd., pág. 42 (no se prohíbe)]; Canadá [ibíd., pág. 46 (cita la Ley de nacionalidad, 1947; y la Ley de nacionalidad y reglamentación, 1977)]; Cabo Verde [ibíd., pág. 47 (cita información proporcionada por la misión diplomática ante los Estados Unidos)]; República Centroafricana [ibíd., pág. 48 (cita la Constitución de 7 de enero de1995)]; Chile [ibíd., pág. 50 (cita información proporcionada por la misión diplomática ante los Estados Unidos) (se prevén excepciones por tratado, tratándose de la nacionalidad española); véase también el Convenio con el ACNUR y con la OIM para la realización de programas de retorno y reinserción de exiliados chilenos que deseen regresar voluntariamente al país, art. II (permite el regreso de refugiados chilenos, incluidos los que habían perdido la nacionalidad chilena por naturalización en el extranjero en situación de asilo) (*Diario Oficial de la República de Chile*, 19 de febrero de 1992); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 340 (observa que Chile revisó sus normas constitucionales en 2005 para permitir la doble nacionalidad)]; Colombia [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 53 (cita la Constitución de julio de 1991 y la Ley de nacionalidad 43 de 1.º de febrero de 1993)]; Costa Rica [ibíd., pág. 57 (cita la Constitución)]; Côte d'Ivoire [ibíd., pág. 58 (cita información proporcionada por la misión diplomática ante los Estados Unidos); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 429)]; Chipre [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 61 (cita la Ley de la República de 1967)]; Timor-Leste [Boll, *op. cit.*, pág. 363 (cita la Constitución de 20 de mayo de 2002, y la Ley 9/2002 sobre la nacionalidad de 5 de noviembre de 2002)]; El Salvador [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 71 (cita la Constitución) (la posibilidad de conservar la doble nacionalidad sólo se concede a quienes adquirieron la nacionalidad por nacimiento)]; Francia [ibíd., pág. 78 (cita el Código de la nacionalidad); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 381 (observa no obstante que Francia es parte en la Convención sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre obligaciones militares en casos de pluralidad de nacionalidades y el Segundo Protocolo de enmienda a la Convención sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre obligaciones militares en casos de pluralidad de nacionalidades)]; Grecia [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 84 (cita el Código de la nacionalidad, enmendado en 1968 y 1984) (no obstante, la revocación de la nacionalidad no es automática tras la adopción de una nacionalidad posterior sino que depende de si el Estado revoca o no la nacionalidad); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 391 (observa que la nacionalidad no se pierde automáticamente por naturalización en el extranjero, aunque se prevén excepciones a esta norma). Grecia podría ser incluida en la lista de países con revocación automática porque se reserva la facultad de revocar la nacionalidad.]; Granada [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 85 (cita la Orden constitucional de 19 de diciembre de 1973)]; Hungría [ibíd., pág. 92 (cita la Ley 55 de 1.º de junio de 1993)]; Islandia [ibíd., pág. 93 (cita la Ley de la nacionalidad de 23 de diciembre de 1952, enmendada el 11 de mayo de 1982 y el 12 de junio de 1998) (se prevén excepciones); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 406 (observa que la legislación fue enmendada en 2003 para permitir la conservación de la doble nacionalidad, a condición de que la persona tenga vínculos con Islandia)]; Irlanda [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 99 (cita la Ley de la nacionalidad y ciudadanía de 1956)]; República Islámica del Irán [ibíd., pág. 97 (cita el Código civil) (no obstante, la revocación de la nacionalidad no es automática tras la adopción de una nacionalidad posterior sino que depende de si el Estado revoca o no la nacionalidad); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 415 (observa que la naturalización en otro país puede dar lugar a la pérdida de bienes y a la inhabilitación para ocupar cargos públicos)]; Israel [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 100 (cita la Ley de nacionalidad de 1952, enmendada en 1968); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 423 (observa la excepción relativa a la adquisición de la nacionalidad de un Estado «hostil» que deriva en la revocación)]; Italia [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 101 (cita la Ley de nacionalidad, enmendada el 5 de febrero de 1992); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 427 (observa una excepción respecto de un Estado en guerra con Italia y señala que Italia es parte en la Convención sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre obligaciones militares en casos de pluralidad de nacionalidades) (observa igualmente que la falta de notificación a las autoridades de Italia sobre la adquisición de otra nacionalidad puede ser objeto de sanción)]; Jamaica [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 102 (cita la Ley de nacionalidad de 1962, enmendada el 2 de marzo de 1993)]; Jordania [ibíd., pág. 104 (cita la Ley de nacionalidad de 1954) (no obstante, la adquisición de una segunda nacionalidad está sujeta a autorización previa, salvo que se trate de la nacionalidad de un Estado árabe)]; Líbano [ibíd., pág. 117 (cita información proporcionada por la misión diplomática ante los Estados Unidos)]; Maldivas [ibíd., pág. 127]; Malí [ibíd., pág. 128 (cita el Código de nacionalidad y el reglamento 95-098 de 1995)]; Mauricio [ibíd., pág. 132 (cita el Decreto de independencia de Mauricio de 4 de marzo de 1968)]; México [ibíd., pág. 133 (cita la Constitución federal, enmendada el 20 de marzo de 1998); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 457 (observa la excepción para los nacionales mexicanos naturalizados que pierden la nacionalidad mexicana)]; Marruecos [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 138 (cita el Código de nacionalidad de 6 de septiembre de 1958)]; Nueva Zelandia [ibíd., pág. 145 (cita la Constitución de 1.º de enero de 1949). Véase no obstante Boll, *op. cit.*, pág. 468 (observa la excepción en el caso de que la naturalización en el extranjero sea por acto voluntario y la persona cometa actos contra el Estado o ejerza derechos contrarios a los intereses del Estado)]; Nigeria [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 149 (cita la Constitución de 1989); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 471 (observa una excepción para los ciudadanos naturalizados)]; Paraguay [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 157 (cita la Constitución) (la norma relativa a la revocación de la nacionalidad sólo se aplica a los ciudadanos naturalizados); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 478 (observa que sólo se aplica a los nacionales naturalizados y que los nacionales de nacimiento son privados del derecho de ciudadanía al naturalizarse en otro país pero que no se les revoca la nacionalidad)]; Perú [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 158 (cita la Constitución de 31 de octubre de 1993, y la Ley de nacionalidad 26574 de enero de 1996)]; Polonia [ibíd., pág. 160 (cita la Constitución y la Ley de nacionalidad de 15 febrero de 1962) (no obstante, la revocación de la nacionalidad no es automática tras la adopción de una nacionalidad posterior sino que depende de si el Estado revoca o no la nacionalidad)]; Portugal [ibíd., pág. 161 (cita la Ley de nacionalidad 37/81, 1981, y el Decreto Ley 322/82); véase también E/CN.4/1999/56 (nota 58 *supra*), párr. 25 (cita la respuesta de Portugal de 3 de diciembre de 1998: «De conformidad con la Ley portuguesa de nacionalidad (art. 8), no se privará a ningún ciudadano portugués de su nacionalidad salvo que, siendo nacional de otro Estado, declare que no quiere ser portugués. En consecuencia, el ordenamiento jurídico de Portugal no permite la privación arbitraria de la nacionalidad.»)]; Rumania [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 163 (cita la Ley 21 de 1991)]; Saint Kitts y Nevis [ibíd., pág. 167 (cita la Constitución)]; Santa Lucía [ibíd., pág. 168 (cita la Ley de nacionalidad de 5 de junio de 1979)]; San Vicente y las Granadinas [ibíd., pág. 169 (cita la Constitución de 27 octubre 1979 y la Ley de nacionalidad de 1984)]; Samoa [ibíd., pág. 170 (cita la Ley de nacionalidad de 9 de agosto de 1972) (se prevén excepciones en caso de matrimonio con un extranjero); véase no obstante Boll, *op. cit.*, pág. 501 (señala que la legislación fue modificada en 2004 para permitir la doble nacionalidad)]; Eslovaquia [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 177 (cita la Ley 40 del Consejo Nacional de 19 enero de 1993)], Eslovenia [ibíd., pág. 178 (cita la Ley de nacionalidad de 25 de junio de 1991) (se prevén excepciones); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 508)]; Suecia [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 189 (cita la Ley de nacionalidad); véase también Boll, *op. cit.*, pág. 518 (cita la Ley de nacionalidad de 1.º de julio de 2001)]; Suiza [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 190 (cita la Ley de nacionalidad de 29 de septiembre de 1952,

hipótesis, en la medida en que la persona afectada puede conservar la nacionalidad que podría perder en caso de obtener otra nacionalidad repudiando esta última.

2. Desnacionalización

28. A diferencia de la pérdida de la nacionalidad, que, como se ha visto, es la consecuencia de un acto voluntario de la persona, la desnacionalización es una decisión del Estado que priva, ya sea a un grupo de personas o a una o varias personas, de la nacionalidad de ese Estado. En efecto, ocurre que algunos Estados, en circunstancias particulares como la guerra, la sucesión de Estados o el comportamiento reprensible de una persona, privan a las personas afectadas por esas situaciones o autores de tal comportamiento de su nacionalidad. La desnacionalización puede adoptar las formas siguientes:

a) El retiro colectivo de la nacionalidad por la promulgación de una legislación restrictiva de la nacionalidad que quita la nacionalidad de un Estado determinado por razones étnicas o de otra índole a un gran número de ciudadanos o de residentes permanentes y de larga data en el territorio de ese Estado. Por lo general se citan los casos de Alemania[151], Checoslovaquia, Hungría, Italia[152] y Rumania[153] en el período anterior a la Segunda Guerra Mundial. Recientemente se han producido situaciones de ese tipo en diversos Estados, como, en orden alfabético inglés, Bhután[154], Côte d'Ivoire[155], la República Democrática del Congo[156], la República Dominicana[157], Kenya[158], Kuwait[159], Myanmar[160], la Federación de Rusia[161], Tailandia[162], Zambia[163] y Zimbabwe[164];

b) Desnaturalización: «opción propuesta por algunos convenios bilaterales entre países de emigración y países de inmigración que autorizan a los emigrados que hayan adquirido la nacionalidad del país de acogida por naturalización, a recuperar su nacionalidad de origen si establecen su residencia definitiva en sus países de origen»[165].

---

enmendada en 1984 y 1990)]; Togo [ibíd., pág. 198 (cita información proporcionada por la misión diplomática ante los Estados Unidos)]; Trinidad y Tabago [ibíd., pág. 200 (cita la Constitución, enmendada en 1976, y la Ley de nacionalidad de 30 de agosto de 1962)]; Túnez [ibíd., pág. 201 (cita el Código de nacionalidad de 26 de enero de 1956)]; Tuvalu [ibíd., pág. 204 (cita el Decreto de la Constitución de Tuvalu de 15 de septiembre 1986; y el Decreto de nacionalidad, 1979); Boll, *op. cit.*, pág. 545 (se exceptúan los ciudadanos naturalizados)]; Reino Unido [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), págs. 208 y 209 (cita la Ley de nacionalidad británica de 1984); véase también E/CN.4/1999/56 (nota 58 *supra*), párr. 31, apdo. *b* (cita la respuesta del Reino Unido de 26 de octubre de 1998: «A quienes hubieran adquirido [alguna forma de ciudadanía británica] por naturalización o registro distintos de los previstos en las leyes de nacionalidad británica de 1948 a 1964 podrá asimismo privárseles de dicha ciudadanía o condición […] iii) si durante los cinco años siguientes a la fecha de registro o naturalización hubieran sido sentenciados a pena de prisión de un mínimo de 12 meses y si con la pérdida de la nacionalidad británica no se convirtieran en apátridas.»); Ley de nacionalidad británica de 1981, sec. 40 (c. 61), Ordenanza de Hong Kong (nacionalidad británica) de 1986, art. 7 (948)]; Estados Unidos [E/CN.4/1999/56 (véase la nota 58 *supra*), párr. 39 (cita la respuesta de los Estados Unidos de 9 de octubre de 1998)]; y Uruguay [*Citizenship Laws of the World* (véase la nota 32 *supra*), pág. 210 (cita la Constitución) (esta norma no se aplica cuando se haya adquirido la nacionalidad por nacimiento), y Boll, *op. cit.*, pág. 556 (observa una excepción relativa a los naturalizados, pero sólo si no mantienen su residencia u otros vínculos con el Uruguay) (observa también que los nacionales pierden los derechos de ciudadanía cuando se naturalizan en otro país, aunque no la nacionalidad)].

[151] Ley de ciudadanía del Reich de 15 de septiembre de 1935 (Alemania) (a veces llamada «Ley de retractación de las naturalizaciones y desconocimiento de la ciudadanía alemana» o «Leyes de Nuremberg») (por las cuales se desnacionalizaba a todos los nacionales alemanes que hubieran adquirido la nacionalidad alemana entre fines de la Primera Guerra Mundial y la asunción del poder por Hitler en enero de 1933) (*Nazi Conspiracy and Aggression*, vol. IV, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1946). Véase también Abel, «Denationalization», págs. 59 a 61, y McDougal, Lasswell y Chen, *loc. cit.*

[152] Véase Roth, *The History of the Jews of Italy*, págs. 524 a 527 (retiro de todos los certificados de naturalización entregados a los judíos entre el 1.º de enero de 1919 y el 17 de diciembre de 1938).

[153] Véase Meyer y otros, *The Jews in the Soviet Satellites*, págs. 384 y 500.

[154] Véase Amnistía Internacional, *Nepal: Bhutanese Refugees Rendered Stateless: Leading Global NGOs Criticize Screening Process* (19 de junio de 2003), comunicado de prensa disponible en el sitio www.amnesty.org (personas de origen nepalés). Véase más abajo un análisis de la cuestión en que se indica que algunas personas expulsadas no fueron consideradas nunca como nacionales de Bhután.

[155] Véase Chirot, «The debacle in Côte d'Ivoire», pág. 68, y Human Rights Watch, *The Political Manipulation of Ethnicity in Côte d'Ivoire* (exigencia de que ambos padres hayan nacido en Côte d'Ivoire para que la nacionalidad sea transmitida a los hijos).

[156] Véase Sarkin, «Towards Finding a Solution for the Problems Created by the Politics of identity in the Democratic Republic of the Congo (DRC): Designing a Constitutional Framework for Peaceful Cooperation» (examina la situación de los banyamulenge concentrados en la región noreste).

[157] Véase *Dilcia Yean y Violeta Boscia* c. *República Dominicana*, caso 12.189, Informe sobre la admisibilidad 28/01, OEA, OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 22 de febrero de 2001) (en que se aduce que a dos niñas nacidas en el Estado, de ascendencia haitiana, se les denegó la nacionalidad dominicana a pesar de que la Constitución de la República Dominicana concede la nacionalidad *jus soli*).

[158] Información oral de la Sociedad Africana de Derecho Internacional y Comparado y Minority Rights Group International en el 59.º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos (2 de abril de 2003) (sobre la comunidad nubia del Sudán desplazada a la fuerza por los británicos) (www.minorityrights.org); John Mbaria, «Meet the Nubians, Kenya's Fifth-Generation 'Foreigners'», *East African* (Kenya), 15 de julio de 2002, parte 2, pág. 1; y *Commission on Human Rights Hears from NGOs Charging Violations Around the World*, comunicado de prensa de las Naciones Unidas *(*HR/CN/1017), 3 de abril de 2003).

[159] Véase Human Rights Watch, *Kuwait: Promises Betrayed: Denial of Rights of Bidun, Women, and Freedom of Expression*; Estados Unidos, *Country Reports on Human Rights Practices – 2003: Kuwait* (25 de febrero de 2004) (sobre los grupos bidun).

[160] Véase Amnistía Internacional, *Myanmar, la minorité Rohingya: déni des droits fondamentaux*, y Human Rights Watch, *Living in Limbo: Burmese Rohingyas in Malaysia* (sobre la minoría musulmana rohingya de Arakan).

[161] Obsérvese que la minoría meskhetia en la región de Krasnodar Krai eran considerados nacionales de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas pero conforme a la Ley 1948-I de 1991 de la Federación de Rusia se les denegó la nacionalidad rusa, a pesar de que la Ley la concede en virtud del artículo 13, párr. 1.

[162] Véase Marwaan Macan-Markar, «Thailand: fear of expulsion haunts hill tribes», *Asia Times* (Hong Kong), 30 de julio de 2003); y Julian Gearing, «The struggle for the Highlands: accused of endangering the environment, Thailand's tribespeople face eviction and an uncertain future», *Asiaweek*, vol. 25, n.º 43 (29 de octubre de 1999).

[163] Véase Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Legal Resources Foundation* c. *Zambie*, comunicación 211/98, 7 de mayo de 2001, en *Quatorzième rapport annuel d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (2000-2001)*, 37.º período de sesiones, OUA, AHG/229(XXXVII), págs. 78 a 91.

[164] Grant Ferrett, «Citizenship choice in Zimbabwe», *BBC News* (28 de febrero de 2003).

[165] Véase Salmon, *op. cit.*, pág. 320.

De ese modo recuperan, en relación con el país al que emigraron, su estatuto de extranjero y pueden ser objeto de expulsión conforme al régimen de derecho común;

c) Privación de la nacionalidad; el retiro por parte de un Estado de la nacionalidad de un extranjero que la ha adquirido, por razones de seguridad o en las condiciones previstas en la legislación penal nacional. Así pues, se observa en dicha legislación que un extranjero que haya adquirido la nacionalidad del Estado del caso puede ser privado de esa calidad: i) si ha sido condenado por un acto calificado de crimen o delito contra la seguridad interna o externa del Estado; ii) si ha cometido actos que perjudican los intereses del Estado[166].

29. La pérdida de la nacionalidad, como la desnacionalización, no deben derivar en una situación de apatridia. Tratándose de la desnacionalización, en particular, existe una obligación general de no desnacionalizar a un ciudadano cuando éste no posea ninguna otra nacionalidad. Además, la pérdida de la nacionalidad sólo puede hacerse efectiva cuando la persona afectada ha adquirido efectivamente otra nacionalidad. Además, la desnacionalización no puede efectuarse de manera arbitraria ni por motivos discriminatorios. En todos los casos, la pérdida de la nacionalidad como la desnacionalización transforman al nacional en extranjero y lo hacen pasible de expulsión del Estado del que poseía hasta ese momento la nacionalidad.

B. La expulsión en caso de pérdida de la nacionalidad de desnacionalización

30. Si la práctica de la doble o múltiple nacionalidad tiende a generalizarse en esta época, no parece que pueda establecerse la existencia de una norma del derecho consuetudinario en la materia. En la causa *Erythrée* c. *Ehiopie*, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía consideró que la revocación de la nacionalidad de multinacionales es una práctica admitida pues no tiene un carácter arbitrario ni discriminatorio. Esa Comisión rechazó el argumento de Eritrea según el cual la desnacionalización seguida de la expulsión de las personas que poseían la doble nacionalidad etíope y eritrea era contraria al derecho internacional[167], y estimó que las personas afectadas habían adquirido la doble nacionalidad de Etiopía y de Eritrea tras la proclamación del Gobierno provisorio de Eritrea sobre la posibilidad de adquirir la ciudadanía para el referéndum y el establecimiento del nuevo Estado[168]. Etiopía no cometió violación alguna del derecho internacional al proceder a la desnacionalización de aquellos nacionales que se habían convertido en binacionales en virtud de la adquisición de la nacionalidad eritrea[169]. Por el contrario, la Comisión de Reclamaciones consideró que la expulsión de Etiopía de las personas que poseían la doble nacionalidad —en la mayor parte de las ciudades pequeñas— por las autoridades locales por razones de seguridad, así como de muchas otras contra su voluntad, era arbitraria y en consecuencia contraria al derecho internacional. Dicho de otro modo, no es la expulsión en razón de la doble nacionalidad que esa Comisión reprobó en este caso, sino el carácter arbitrario de dicha expulsión.

31. Pueden preverse diversas posibilidades en el caso de expulsión tras la pérdida de la nacionalidad o de la desnacionalización.

32. En caso de doble nacionalidad, ¿la expulsión debe efectuarse necesariamente en la dirección del Estado de la nacionalidad remanente en caso de que este último no sea el Estado «desnacionalizador»? ¿Puede oponerse a ello la persona expulsada? De ser así, ¿en qué se transformaría?

33. En principio, el Estado autor de la expulsión tiene el derecho en este caso de expulsar hacia el Estado de nacionalidad remanente, pues con la desnacionalización se pone término a la situación de doble nacionalidad; la persona expulsada sólo posee la nacionalidad de este último Estado, haya sido o no antes de la desnacionalización la nacionalidad predominante: hay ejemplos recientes que ilustran esta hipótesis de desnacionalización sobre la base de la doble nacionalidad en Turquía[170] y Turkmenistán[171], así como la amenaza de desnacionalización de las personas que poseían doble nacionalidad en Francia[172], los Países Bajos[173] y el Reino Unido, en particular cuando las personas en cuestión están vinculadas a movimientos islámicos radicales. El Reino Unido precisó que su legislación permite que el Gobierno desnaturalice a las personas que hayan sido condenadas por delito grave, a menos que esas personas corran el riesgo de apatridia[174]. Pero en el caso en que la persona expulsada no quiera ser expulsada hacia el Estado del que posee una única nacionalidad, o si

---

[166] Véase, por ejemplo, la Ley 68-LF-3 del Camerún (nota 31 *supra*), art. 34.

[167] CPA, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, laudo arbitral parcial, Reclamaciones de civiles 15, 16, 23 y 27 a 32, párrs. 79 y 80; e ILM, vol. 44 (mayo de 2005), pág. 601. Véase también Kidane, «Civil liability for violations of international humanitarian law: the jurisprudence of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission in The Hague», esp. pág. 52.

[168] *Erythrée* c. *Ethiopie* (nota 167 *supra*), párrs. 40 y 45. Véase también la Proclama 21/1992 del Gobierno provisorio de Eritrea, 6 de abril de 1992 («Proclamación eritrea») (establece diversas modalidades de adquisición de la nacionalidad eritrea, entre ellas el nacimiento, el matrimonio y la naturalización), Naciones Unidas, *The United Nations and the Independence of Eritrea*, págs. 156 a 158.

[169] *Erythrée* c. *Ethiopie* (nota 167 *supra*), párrs. 43 y 46. Véase también Human Rights Watch, *Eritrea and Ethiopia—The Horn of Africa War: Mass Expulsions and the Nationality Issue*.

[170] Véase Mayer, «A 'benign' apartheid: how gender apartheid has been rationalized», págs. 312 y 313 (sobre el caso de desnacionalización del miembro del Parlamento Merve Kavakci, que fue miembro del Partido Virtud Islámica, quien usó un pañuelo en la cabeza al concurrir al Parlamento y adquirió la nacionalidad estadounidense sin permiso del Gobierno), cita «Headscarf deputy is stripped of Turkish citizenship», *Deutsche Presse-Agentur* (15 de mayo de 1999).

[171] Véase Shaver, «The revocation of dual citizenship in Turkmenistan», pág. 5 (el Presidente Niyazov anunció que Turkmenistán renunciaba al acuerdo bilateral de 1993 con la Federación de Rusia que permitía la doble nacionalidad rusa-turcomana, que deriva en la desnacionalización y posible expulsión de los antiguos nacionales).

[172] «The French lesson», *The Economist* (13 de agosto de 2005) (comenta la especulación de Nicolas Sarkozy, siendo Ministro del Interior, de que Francia podría revocar la nacionalidad de las personas que poseyeran la doble nacionalidad y fueran imanes radicales que promovieran el terrorismo).

[173] Véase, por ejemplo, Ian Bickerton, «Dutch murders result in tighter terrorism laws», *Financial Times* 2 (15 de julio de 2005); y «Dealing with traitors», *The Economist* (13 de agosto de 2005) (sobre propuestas del Reino Unido y los Países Bajos tendientes a aprobar legislación sobre la revocación de la nacionalidad de las personas con doble nacionalidad que se adhieran al islam radical).

[174] Véase E/CN.4/1999/56 (nota 58 *supra*), párr. 31, apdo. *b* (véase *supra* la nota 150 *in fine*).

tuviera motivos para temer por su vida en dicho país, o si existiera el riesgo de ser sometida a tortura o tratos degradantes, puede ser expulsada hacia un tercer Estado con el consentimiento de éste.

34. En caso de nacionalidad múltiple, una primera hipótesis podría ser la de que el Estado que desnacionaliza sea el de la nacionalidad predominante de la persona afectada. En este caso, podría aplicarse el mismo razonamiento que el expuesto anteriormente en la hipótesis de la doble nacionalidad, con la única diferencia de que no habría uno sino dos o más Estados de nacionalidad remanente. Otra posibilidad sería la de que el Estado autor de la expulsión no fuera el de la nacionalidad predominante. En este caso, la expulsión debería realizarse prioritariamente hacia el Estado de la nacionalidad predominante.

35. El Relator Especial no está convencido de la necesidad, ni aún de la utilidad práctica, de proponer uno o varios proyectos de artículos sobre las cuestiones examinadas en este informe, por las siguientes razones principales:

a) La concesión de la nacionalidad incumbe a la competencia soberana de cada Estado, el que puede establecer en su legislación nacional las condiciones de la pérdida de la nacionalidad, de la misma manera que puede proceder a la desnacionalización de quienes posean su nacionalidad, a condición de no crear una situación de apatridia y que la desnacionalización no sea ni arbitraria ni discriminatoria. Esto no guarda relación, estrictamente hablando, con la expulsión de extranjeros, en la medida en que las normas mencionadas anteriormente se aplicarían aun cuando la pérdida de la nacionalidad o la desnacionalización no dieran lugar a la expulsión. Por consiguiente, tienen más relación con el régimen de la nacionalidad que con el de la expulsión de extranjeros;

b) Tratándose más precisamente de la expulsión, se ha observado que en el caso de la doble nacionalidad, donde no existe el riesgo de apatridia, la pérdida de la nacionalidad o la desnacionalización llevan a una situación de nacionalidad única y, por consiguiente, al régimen de derecho común de la expulsión. En consecuencia, no es posible decretar normas específicas para este caso;

c) Sólo en el caso de nacionalidad múltiple se presentan situaciones particulares: la primera está vinculada con la cuestión de saber hacia qué otro Estado de la nacionalidad un Estado puede expulsar a una persona tras la pérdida por ésta de la nacionalidad de dicho Estado o tras la desnacionalización, en particular cuando el Estado autor de la expulsión no es el de la nacionalidad predominante de la persona en cuestión; la segunda se refiere al caso en que la persona expulsada, haciendo uso de su derecho de opción en particular en caso de sucesión de Estados, elija ser nacional del Estado que está por expulsarla en razón de haber adquirido una nueva nacionalidad. Pero, en este caso como en el otro, la práctica resulta ser cruelmente deficiente, pues esencialmente también se trata de normas relativas a la nacionalidad de personas naturales.

Por lo tanto, el Relator Especial no está convencido de las razones de la Comisión para elaborar proyectos de normas para esas hipótesis, incluso con miras al desarrollo progresivo del derecho internacional.

OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR (*AUT DEDERE AUT JUDICARE*)

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/603

Tercer informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial

[Original: inglés]
[10 de junio de 2008]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		122
Obras citadas en el presente informe		122
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1-2	122
Capítulo		
I. SEGUIMIENTO DEL SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL	3-109	123
A. Examen del tema en el 59.º período de sesiones de la Comisión	7-53	123
1. Especificidad del segundo informe	7-33	123
2. Resumen de los debates en la Comisión	34-53	126
B. Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones de los Estados podrían revestir particular interés para la Comisión: información y observaciones de los Gobiernos	54-93	128
1. Tratados internacionales por los que un Estado está obligado que enuncien la obligación de extraditar o juzgar y reservas hechas por ese Estado para limitar la aplicación de esta obligación	63-68	129
2. Normativa legal interna adoptada y aplicada por un Estado, en particular las disposiciones constitucionales y los códigos penales o códigos de procedimiento penal, concernientes a la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)	69-83	129
3. Práctica judicial de un Estado que refleje la aplicación de la obligación de *aut dedere aut judicare*	84-89	130
4. Crímenes o delitos a los que se aplica el principio de la obligación de *aut dedere aut judicare* en la legislación o la práctica de un Estado	90-93	132
C. Debates sobre la obligación de extraditar o juzgar celebrados por la Sexta Comisión durante el sexagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General	91-109	132
1. Observaciones generales	95-97	132
2. Carácter consuetudinario de la obligación	98	132
3. Delitos que abarca la obligación	99-100	133
4. Alcance y contenido de la obligación	101-104	133
5. Vínculo con la jurisdicción universal	105-106	133
6. Entrega de presuntos culpables a los tribunales penales internacionales	107	133
7. Proyecto de artículo 1 propuesto por el Relator Especial	108	134
8. Resultado final de la labor de la Comisión	109	134
II. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR	110-125	134
A. Artículo 1. Ámbito de aplicación del proyecto de artículos	112-118	134
B. Artículo 2. Términos empleados	119-122	135
C. Artículo 3. El tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar	123-125	135
III. CONCLUSIONES	126-131	136

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convención sobre Extradición (Montevideo, 26 de diciembre de 1933)	Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXV, n.º 3803, pág. 46.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 78, n.º 1021, pág. 296.
Convenio europeo de extradición (París, 13 de diciembre de 1957)	Ibíd., vol. 359, n.º 5146, pág. 273. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 136, 8 de junio de 1982, pág. 15454.
Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 14 de septiembre de 1963)	Ibíd., vol. 704, n.º 10106, pág. 242.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970)	Ibíd., vol. 860, n.º 12325, pág. 105.
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 contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	lbíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
Convención regional de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la eliminación del terrorismo (Katmandú, 4 de noviembre de 1987)	*International Instruments related to the Prevention and Suppression of International Terrorism* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E.03.V.2), pág. 153.
Protocolo adicional de la Convención regional de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la eliminación del terrorismo (Islamabad, 6 de enero de 2004)	www.saarc-sec.org.
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10 de marzo de 1988)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1678, n.º 29004, pág. 201.
Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)	Ibíd., vol. 1582, n.º 27627, pág. 303.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Ibíd., vol. 2187, n.º 38544, pág. 308.
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2225, n.º 39574, pág. 209.
Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2237, n.º 39574, pág. 319.
Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2241, n.º 39574, pág. 480.
Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 31 de mayo de 2001)	Ibíd., vol. 2326, n.º 39574, pág. 211.
Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 49* (A/59/49), vol. I, resolución 59/38, anexo.

Obras citadas en el presente informe

Enache-Brown, Colleen y Ari Fried

«Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of *aut dedere aut judicare* in international law», *Revue de droit de McGill*, vol. 43 (1997-1998), págs. 613 a 633.

Instituto de Derecho Internacional

Annuaire, vol. 71, t. II, sesión de Cracovia, 2005, segunda parte, París, Pedone, 2005.

Wise, Edward M.

«The obligation to extradite or prosecute», *Israel Law Review*, vol. 27 (1993), págs. 268 a 287.

Introducción

1. El presente es el tercer informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) que presenta el Relator Especial. Su objetivo es continuar con el proceso iniciado con el informe preliminar[1] y el segundo informe[2], a saber, plantear cuestiones tanto a los Estados como a los miembros de la Comisión de Derecho Internacional sobre los aspectos más importantes del tema. La finalidad de esas cuestiones, que hasta cierto punto se han venido repitiendo cada año, es permitir que el

[1] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571.

[2] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/585.

Relator Especial establezca algunas conclusiones definitivas sobre el principal problema planteado, a saber, determinar si la obligación de *aut dedere aut judicare* forma parte del derecho internacional consuetudinario.

2. Aunque todavía no puede darse una respuesta plenamente convincente a esa pregunta, los resultados del presente estudio parecen ahora mucho más prometedores que al comienzo, cuando podían oírse algunas voces que expresaban dudas sobre la existencia de esa obligación (véanse los párrafos 60 y 61 *infra*). El examen del tema en sí requiere un amplio análisis de varios instrumentos, como tratados y sus trabajos preparatorios, jurisprudencia, legislación nacional y doctrina.

Capítulo I

Seguimiento del segundo informe del Relator Especial

3. El segundo informe, presentado por el Relator Especial en el 59.º período de sesiones de la Comisión, en 2007, estaba estrechamente relacionado con el informe preliminar presentado a la Comisión en 2006 y contenía incluso algunos pasajes prácticamente idénticos. Sin embargo, al menos tres razones justificaban esas repeticiones.

4. La primera de ellas se basaba en el simple hecho de que aproximadamente la mitad de los miembros de la Comisión habían sido sustituidos a raíz de la elección celebrada por la Asamblea General a finales de 2006. Por tanto, era útil para los nuevos miembros que en el segundo informe se recapitularan las principales ideas y conceptos presentados por el Relator Especial en el informe preliminar y se resumieran los debates que habían tenido lugar posteriormente, primero en la CDI y luego en la Sexta Comisión.

5. En segundo lugar, como se menciona en el segundo informe[3], pareció necesario recabar los puntos de vista de los nuevos miembros de la Comisión sobre los aspectos más controvertidos tratados en el informe preliminar antes de proceder a la elaboración sustantiva de proyectos de normas o artículos sobre la obligación de extraditar o juzgar.

6. Por último, existía la indiscutible necesidad de obtener más respuestas de los Estados sobre las cuestiones seleccionadas por la Comisión en la parte pertinente de su informe de 2006[4]. Lamentablemente, tan sólo siete Estados habían respondido a la solicitud formulada en tal sentido y habían transmitido sus observaciones y opiniones sobre esas cuestiones en el momento en que el Relator Especial finalizó su segundo informe. En consecuencia, en dicho informe sólo pudieron examinarse esas siete observaciones y opiniones. Posteriormente el número de observaciones, opiniones y comunicaciones de información aumentó a aproximadamente 20, pero seguía pareciendo necesario, al igual que ahora, reiterar la solicitud a los Estados a fin de obtener, en la medida de lo posible, una imagen completa y fiel de la normativa interna y los compromisos internacionales de los Estados en relación con la obligación de extraditar o juzgar.

A. Examen del tema en el 59.º período de sesiones de la Comisión

1. Especificidad del segundo informe

7. El segundo informe[5] constaba de un prefacio, una introducción y dos capítulos. El prefacio y la introducción exponían brevemente los antecedentes del tema en los trabajos de la Comisión. El Relator Especial considera que no es necesario exponer nuevamente esos antecedentes.

8. El capítulo I del segundo informe ponía de manifiesto, ya en su título, la intención del Relator Especial de plantear algunas cuestiones antiguas y problemas nuevos a los miembros de la Comisión de reciente incorporación y de revisar el informe preliminar.

9. En consecuencia, las dos primeras secciones de ese capítulo se ocupaban del examen del tema en el 58.º período de sesiones de la Comisión en 2006 y de la determinación de cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones de los Estados podrían revestir particular interés para la Comisión. Cabe recordar que durante los debates de la Comisión en su período de sesiones de 2006 ya se habían planteado algunas cuestiones importantes, como las siguientes[6]:

a) La obligación de *aut dedere aut judicare*, ¿se deriva exclusivamente de los tratados internacionales en que se enuncia, o puede considerarse también que se basa en un principio de derecho internacional consuetudinario ya existente o en vías de aparición[7]?

b) ¿Existe suficiente base consuetudinaria para aplicar esa obligación, cuando menos respecto de determinadas categorías de delitos, por ejemplo los delitos más graves reconocidos en virtud del derecho internacional consuetudinario, como los crímenes de guerra, la piratería, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad?

c) ¿Es aceptable, por regla general, distinguir claramente entre el concepto de obligación de extraditar o juzgar y el de jurisdicción penal universal, o debería quizá la Comisión (en relación con la obligación de *aut dedere aut judicare*) examinar, al menos hasta cierto punto, la cuestión de la jurisdicción universal y, en tal caso, hasta qué punto?

d) ¿Qué parte de la obligación alternativa de extraditar o juzgar debería ser prioritaria a la hora de cumplir esta obligación, o deberían los Estados dar la misma

[3] Ibíd., párr. 3.

[4] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 30 y 31.

[5] Véase la nota 2 *supra*.

[6] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 220 a 229.

[7] En el informe preliminar ya se planteó una cuestión similar, en la que se instaba a los miembros de la Comisión a «dar una respuesta que pueda ser generalmente aceptada a la pregunta de si la fuente jurídica de la obligación de extraditar o juzgar debe quedar limitada a los tratados que obliguen a los Estados interesados, o extenderse a las normas consuetudinarias o los principios generales del derecho apropiados» (ibíd., vol. II (primera parte), párr. 40).

importancia a ambas partes? Y, por consiguiente, ¿en qué medida el cumplimiento de una parte de esa obligación alternativa exime al Estado de cumplir la otra?

e) El concepto de «triple alternativa», que comprende también la competencia de los tribunales internacionales, ¿debería excluirse por completo del examen del tema o debería incluirse (sobre la base de una práctica emergente de los Estados) como una posible tercera vía, al menos en determinados casos?

f) El producto final de la labor de la Comisión que se prepare en su momento, ¿debería adoptar la forma de un proyecto de artículos, normas, principios, orientaciones o recomendaciones, o es aún demasiado pronto para decidir al respecto?

10. Como en 2006 no se habían recibido respuestas coincidentes de los miembros de la Comisión sobre algunas de estas cuestiones, para el Relator Especial era muy importante obtener una respuesta más concluyente en 2007 de los nuevos miembros de la Comisión.

11. Los contenidos sustantivos de esa respuesta también podrían enriquecerse con las observaciones y opiniones de las delegaciones en la Sexta Comisión, resumidas (con ayuda de la Secretaría) en el segundo informe (cap. I, sec. C) y en el presente informe (cap. I, sec. C). El Relator Especial ha conservado en ambos casos la estructura sistemática de esas secciones y los subepígrafes utilizados por la Secretaría.

12. Cabe destacar que parece necesario seguir examinando todos los problemas que se acaban de exponer pese a que se haya debatido sobre esas cuestiones en dos períodos de sesiones de la CDI y en dos períodos de sesiones de la Sexta Comisión.

13. Como recordarán los miembros de la Comisión, en el segundo informe (cap. I, sec. D)[8], el Relator Especial decidió presentar sus observaciones finales sobre los debates relativos al informe preliminar celebrados en 2006 en la CDI y en la Sexta Comisión. El Relator Especial observó que los miembros de la CDI y de la Sexta Comisión tuvieron en cuenta la especificidad del informe preliminar y sus observaciones se centraron, en general, en las principales cuestiones que debían ser examinadas por la CDI y el Relator Especial en su futura labor sobre el tema.

14. Los miembros de la CDI y de la Sexta Comisión presentaron gran variedad de opiniones, observaciones y sugerencias durante los debates sobre el tema, referidas tanto a cuestiones sustantivas como a aspectos formales, comenzando por el propio título del tema y acabando con la elección de la forma final del resultado de la labor de la CDI en este ámbito. En los párrafos 40 a 60 del segundo informe figura una exposición detallada de esas opiniones, observaciones y sugerencias, así como la valoración del Relator Especial al respecto.

15. La sección E del capítulo I del segundo informe y la sección B del capítulo I del presente informe contienen una exposición sumaria de la información y las observaciones recibidas de los gobiernos en respuesta a la solicitud que se les formuló en el informe de la Comisión sobre su 58.º período de sesiones. La Secretaría ha recopilado y publicado esas respuestas[9].

16. Cabe destacar que la Secretaría organizó el material suministrado por los Estados de manera transparente, en cuatro categorías, según el orden de las preguntas formuladas previamente en el informe de la Comisión. La sección B del presente capítulo se ajusta a esa misma estructura: *a*) tratados internacionales que contienen la obligación de *aut dedere aut judicare*; *b*) normativa legal interna; *c*) práctica judicial, y *d*) crímenes o delitos.

17. Gracias a esta estructura, la Comisión y el Relator Especial podrán realizar con más facilidad, ahora y en el futuro, las comparaciones necesarias para seguir examinando el tema. El Relator Especial desea expresar, una vez más, su agradecimiento a la Secretaría por su ayuda y cooperación. El Relator Especial no pudo examinar en su segundo informe la información y las observaciones que figuran en el *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/579 y Add.1 a 4, debido al retraso con que fueron presentadas por los Estados. Por consiguiente, sólo han sido examinadas y analizadas en el presente informe (véanse los párrafos 57 a 87 *infra*).

18. El capítulo II del segundo informe[10] contiene el aspecto esencial de la labor tradicional de la Comisión sobre cada tema sustancial del que se ocupa en el proceso de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. En ella se formulan proyectos de artículos, normas, principios, orientaciones o recomendaciones (dependiendo de la forma que elija finalmente la Comisión) que pretenden reflejar la situación actual del derecho internacional y la práctica de los Estados en un determinado ámbito de las relaciones internacionales.

19. Durante la preparación del segundo informe, el Relator Especial consideró que si bien la información y las observaciones presentadas por los Estados aún estaban lejos de ser exhaustivas y de proporcionar un fundamento sólido y definitivo para formular conclusiones constructivas, ya en ese momento parecía posible elaborar al menos provisionalmente un proyecto de artículo sobre el ámbito de aplicación del futuro texto sobre la obligación de extraditar o juzgar. Ese era el objetivo de la sección A del capítulo II del segundo informe.

20. En consecuencia, en el segundo informe[11] el Relator Especial, teniendo en cuenta las consideraciones contenidas tanto en el informe preliminar como en el segundo informe, propuso que la primera disposición se redactara de la siguiente manera:

Artículo1. Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículos se aplicará a la creación, el contenido, el funcionamiento y los efectos de la obligación alternativa de los Estados de extraditar o juzgar a las personas bajo su jurisdicción.

[8] Véase la nota 2 *supra*.

[9] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/579 y Add.1 a 4.

[10] Ibíd., documento A/CN.4/585.

[11] Ibíd., párr. 76.

21. En el segundo informe[12], el Relator Especial presentó sucintamente tres elementos principales propuestos en el proyecto de artículo 1 y trató de delimitar los principales problemas que planteaban, que, en su opinión, podrían ser debatidos por los miembros de la Comisión. Se trataba de los siguientes elementos:

a) El elemento temporal: alcance de la aplicación del futuro proyecto de artículos a los períodos de creación, funcionamiento y producción de efectos de la obligación en cuestión;

b) El elemento sustantivo: una obligación específica de los Estados, de carácter alternativo, consistente en extraditar o juzgar;

c) El elemento personal: las personas contra quienes puede ejercerse la referida obligación de los Estados.

22. Como se señala en el segundo informe[13], pueden distinguirse al menos tres períodos temporales concretos vinculados a la creación, el funcionamiento y los efectos de la obligación de *aut dedere aut judicare*, cada uno de los cuales presenta características específicas que deben reflejarse en el proyecto de artículos. Por otra parte, en relación concretamente con el período de creación de la obligación de extraditar o juzgar, la cuestión de las fuentes de que puede derivarse esa obligación parece revestir una importancia fundamental. Así pues, en caso de que finalmente se acepte que dicha obligación puede surgir por vía consuetudinaria, la práctica de los Estados necesaria a tal fin ha de examinarse en el contexto del período de tiempo necesario para que haya un desarrollo suficiente de tal práctica.

23. Por lo que respecta al elemento sustantivo, como se señala en el segundo informe[14] la Comisión debe decidir si existe la obligación de extraditar o juzgar, y en qué medida; y, en caso afirmativo, si es de carácter absoluto o relativo. Pueden plantearse numerosas cuestiones en relación con la referida alternativa. En el segundo informe se exponen tres de ellas[15]:

a) Cuando los Estados proceden a dar cumplimiento a esta obligación, ¿a cuál de las dos opciones debe darse prioridad, o son libres de elegir entre la extradición y el enjuiciamiento de las personas a quienes concierne el procedimiento?

b) El Estado de detención que recibe la petición de extradición, ¿cuenta con suficiente margen de discrecionalidad para denegar la solicitud si decide que sean sus propios órganos los que juzguen el caso o cuando el fundamento de la petición de extradición sea ilícito y contrario a su ordenamiento jurídico?

c) La obligación de *aut dedere aut judicare*, ¿incluye o excluye la posibilidad de una tercera opción? Este extremo es especialmente importante, sobre todo teniendo en cuenta la competencia alternativa de la Corte Penal Internacional establecida sobre la base del Estatuto de Roma.

24. Por último, por lo que respecta al tercer elemento del proyecto de artículo 1 propuesto, el elemento personal, cabe recordar que, como se destaca en el segundo informe[16], la obligación de los Estados de extraditar o juzgar no es abstracta, sino que siempre está conectada a actuaciones que los Estados deben emprender necesariamente respecto de personas físicas. La elección entre extradición o enjuiciamiento en un determinado caso debe realizarse en relación con una persona concreta.

25. Un requisito adicional para que las personas físicas queden comprendidas en la obligación de *aut dedere aut judicare* es que se encuentren bajo la jurisdicción de Estados vinculados por dicha obligación. La fórmula «bajo su jurisdicción», propuesta en el proyecto de artículo 1, designa tanto la jurisdicción real que se ejerce efectivamente como la jurisdicción potencial que un Estado puede hacer valer frente a las personas que cometan ciertos delitos. En una fase posterior, la Comisión deberá decidir de manera precisa hasta qué punto debe recurrirse al concepto de jurisdicción universal en la definición final del alcance de la obligación de *aut dedere aut judicare*.

26. Junto con el elemento personal será inevitable examinar, en una etapa posterior, la cuestión de los crímenes y delitos cometidos por las personas del caso (o cuando menos de cuya comisión se las acuse o sean sospechosas) a los que se aplicará la obligación sustantiva. No obstante, como se señala en el segundo informe[17], el Relator Especial opina que, a los fines de elaborar una disposición que regule el ámbito de aplicación del proyecto de artículos sobre la obligación de *aut dedere aut judicare*, no es esencial referirse directamente a estos crímenes y delitos en el texto del proyecto de artículo 1.

27. La sección B del capítulo II del segundo informe llevaba por título «Plan para el desarrollo futuro». Se trata de una parte específica del informe en la que el Relator Especial pretendía compartir con los miembros de la Comisión sus ideas y conceptos sobre otros proyectos de artículos que podían seguir al artículo 1. Esas ideas y conceptos siguen siendo pertinentes a los efectos del presente informe.

28. Parece indiscutible que el siguiente proyecto de artículo que se elabore, que podría llevar por título «Términos empleados», debería incluir la definición o la descripción de los términos utilizados en el proyecto de artículos. La lista de esos términos debería quedar abierta y su contenido dependerá de las necesidades concretas que puedan plantearse durante la elaboración de otros proyectos de artículos. Las propuestas formuladas por el Relator Especial en el segundo informe se limitan, por ejemplo, a términos como «jurisdicción», «enjuiciamiento», «extradición» o «personas bajo su jurisdicción». Sin embargo, han sido útiles para redactar el proyecto de artículo 3 propuesto en el presente informe.

29. Como se señaló en el segundo informe[18], otro proyecto de artículo (o incluso una serie de proyectos de artículos) que podría adelantarse ya en esta fase podría

[12] Ibíd., párrs. 79 a 104.

[13] Ibíd., párr. 80.

[14] Ibíd., párr. 89.

[15] Ibíd., párrs. 90 a 92.

[16] Ibíd., párr. 94.

[17] Ibíd., párr. 100.

[18] Ibíd., párr. 107.

referirse a una descripción más detallada de la obligación principal de *aut dedere aut judicare* y de sus elementos alternativos.

30. Habida cuenta de que se admite, con carácter general, que los tratados internacionales gozan de un reconocimiento general como fuente de la obligación de extraditar o juzgar, parece posible, en un principio, formular en el futuro un proyecto de artículo en los siguientes términos: «Todo Estado está obligado a extraditar o juzgar a los presuntos culpables de un delito si dicha obligación está prevista en un tratado en que el Estado sea parte». Es evidente que tal artículo en modo alguno impediría el reconocimiento de las normas consuetudinarias internacionales como posible fundamento de la tipificación de ciertos actos y como fuente de la obligación de extraditar o juzgar de los Estados, cuando menos respecto de las personas que cometan tales actos.

31. Por último, como también se señaló en segundo informe[19], el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[20], aprobado por la Comisión en 1996, puede constituir otra fuente de aportaciones interesantes para los futuros proyectos de artículos. En dicho código se incluyó la norma *aut dedere aut judicare*, y en las explicaciones al respecto se incluyeron directrices sui géneris para otros proyectos de artículos sobre la obligación de extraditar o juzgar.

32. En el párrafo 114 del segundo informe se presentaron cuatro de estas cuasi reglas. Sin embargo, el Relator Especial ya hizo hincapié en que esas reglas aún no se habían incluido oficialmente como propuestas para proyectos de artículos. Aunque en un contexto diferente, estas ideas ya habían sido formuladas anteriormente por la Comisión, por lo que el Relator Especial consideró conveniente señalarlas nuevamente a la atención de sus miembros. Si bien no se reiteran en el presente informe, el Relator Especial tiene la intención de recuperar esas reglas en el momento y lugar adecuados.

33. En la introducción del segundo informe, el Relator Especial confirmó que el «plan de acción preliminar» en 10 puntos principales que aparece en el informe preliminar[21] seguía siendo la guía principal para avanzar en esta tarea, incluida la labor continuada de análisis del valioso material relativo a la legislación (nacional e internacional), las decisiones judiciales, la práctica de los Estados y la doctrina, obtenido con ayuda de la Secretaría. El Relator Especial estaba convencido de que esos elementos, junto con las opiniones y observaciones de los gobiernos, deberían servir para acumular suficientes antecedentes que permitieran elaborar efectivamente los futuros proyectos de artículos. Esas expectativas del Relator Especial siguen siendo válidas en el marco del presente informe, aunque la lentitud con que los Estados han transmitido esas opiniones y observaciones ha afectado negativamente al avance de los trabajos.

[19] Ibíd., párr. 113 y 114.

[20] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 34, art. 9 (Obligación de conceder la extradición o de juzgar).

[21] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571, párr. 61.

2. Resumen de los debates en la Comisión

34. La intención del Relator Especial era incluir en el segundo informe el mayor número posible de problemas y cuestiones difíciles a fin de obtener respuestas y sugerencias al respecto, en primer lugar de los miembros de la CDI y posteriormente de los miembros de la Sexta Comisión. Como resultado de este enfoque, los miembros de la CDI presentaron gran variedad de opiniones, observaciones y sugerencias durante los debates sobre el tema, referidas tanto a cuestiones sustantivas como a aspectos formales, comenzando por el propio título del tema y acabando con la elección de la forma final del resultado de la labor de la CDI en este ámbito.

35. Por lo que respecta al título, entre los miembros de la Comisión parece imponerse el concepto de «obligación» frente al «principio» de extraditar o juzgar. En consecuencia, el Relator Especial estima que, al menos por el momento, debería conservarse el título tal y como está formulado ahora. Como ya observó el Relator Especial en 2006, el concepto de «obligación» de *aut dedere aut judicare* parece constituir un fundamento más seguro que el concepto de «principio» para seguir realizando un análisis constructivo. Es evidente que ello no excluye la posibilidad, incluso la necesidad, de examinar la cuestión paralela del derecho de los Estados a extraditar o juzgar, como una clase de contrapartida sui géneris de dicha obligación.

36. Los miembros de la Comisión expresaron ciertas dudas sobre el uso de la fórmula latina *aut dedere aut judicare*, en particular por lo que respecta al término «*judicare*», que no refleja de manera precisa el alcance del término «juzgar». El Relator Especial está de acuerdo con estas observaciones, pero considera que, en esta fase, es prematuro centrarse en la formulación precisa de los términos. Ya en su informe preliminar, el Relator Especial expuso los distintos términos empleados en diferentes épocas del desarrollo de esa obligación, empezando por el término utilizado por Grocio: *punire*[22].

37. Parece que en el futuro proyecto de artículo 2 («Términos empleados») deberá definirse mejor el significado preciso y el alcance exacto del término *judicare*, el más usado en la actualidad, así como otros términos empleados en el proyecto de artículos. Pero no parece apropiado eliminar por completo el origen latino de la obligación, dado que sigue utilizándose tanto en la práctica legislativa como en la doctrina.

38. Los debates celebrados en la Comisión en su 59.º período de sesiones, en 2007, se centraron por lo general en tres problemas principales[23], aunque no todos los miembros expresaron opiniones coincidentes al respecto:

a) ¿Cómo debe abordarse el tema desde el punto de vista de las fuentes de la obligación en cuestión?

b) ¿Qué tipo de relación mutua (suponiendo que exista tal relación) entre la obligación de *aut dedere aut judicare* y el concepto de jurisdicción universal debería aceptarse en el marco del proyecto de artículos sobre la obligación de extraditar o juzgar?

[22] Ibíd., párr. 5.

[23] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 365.

c) ¿Cómo deberían establecerse los límites relativos al alcance de esa obligación y a la aplicación del futuro proyecto de artículos?

39. El Relator Especial observa con satisfacción que si bien estas cuestiones ya se habían abordado en los debates del 58.º período de sesiones, en 2006, en el 59.º período de sesiones, en 2007, se aclararon significativamente las opiniones expresadas por los miembros de la Comisión.

40. En relación con la primera cuestión, aunque existe un consenso bastante generalizado en el sentido de que puede considerarse que las disposiciones pertinentes de los tratados son en la actualidad la fuente indiscutible de la obligación de *aut dedere aut judicare*, parece haber un interés cada vez mayor entre los miembros de la Comisión en relación con la posibilidad de reconocer también el fundamento consuetudinario de esa obligación, cuando menos respecto de determinadas categorías de delitos, por ejemplo, los delitos más graves reconocidos en virtud del derecho internacional consuetudinario.

41. El Relator Especial admite que, al ofrecer algunos ejemplos de esos delitos, omitió mencionar la categoría de «crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad». Por otra parte, se siente satisfecho de que varios miembros de la Comisión añadieran esa categoría a las categorías respecto de las cuales podría examinarse la aplicación de la obligación en cuestión, sin perjuicio, evidentemente, del resultado final de tal examen.

42. En el período de sesiones de 2006, los miembros de la Comisión se habían mostrado mucho más cautos respecto de la posible existencia de una base consuetudinaria para la referida obligación. En 2007, su actitud ante este problema parecía ser, en general, más permisiva, aunque el Relator Especial está de acuerdo con las advertencias expresadas por muchos miembros, según las cuales una conclusión en ese sentido debería basarse únicamente en un análisis riguroso de la práctica internacional, legislativa y judicial de los Estados.

43. En el 59.º período de sesiones, en 2007, también se destacó que era necesario, a tal fin, conocer la práctica y la *opinio juris* de un gran número de Estados. Por consiguiente, parece aceptarse la idea de seguir instando a los Estados a que suministren información adecuada, ya sea directamente o por conducto de sus representantes en la Sexta Comisión, si bien algunos miembros criticaron esta última vía.

44. El número de opiniones y observaciones sobre el informe preliminar que los Estados han enviado a lo largo de más de un año sigue siendo bastante pequeño, pero está aumentando lentamente y permite albergar esperanzas de que finalmente se pueda obtener información suficientemente amplia y representativa para formular algunas conclusiones constructivas en los próximos informes.

45. Por lo que respecta a la segunda cuestión, relativa a la jurisdicción universal, también puede constatarse una evolución específica en comparación con la postura defendida en 2007 por los miembros de la Comisión. Si bien en el 58.º período de sesiones de la Comisión, en 2006, la opinión predominante, tal como señaló el Relator Especial en su segundo informe, era que se debía examinar con gran cuidado la relación mutua entre la obligación de extraditar o juzgar y el principio de jurisdicción universal y distinguir claramente entre la jurisdicción universal y la obligación de *aut dedere aut judicare*, en el 59.º período de sesiones, en 2007, un gran número de miembros adoptó un enfoque más permisivo.

46. Se sugirió que se analizaran ambas instituciones en paralelo. También se señaló, por ejemplo, que debía analizarse la jurisdicción universal a fin de determinar si podía haber solapamientos entre ese fundamento para el ejercicio de la jurisdicción y la obligación de *aut dedere aut judicare*, y en qué ámbitos.

47. El Relator Especial está de acuerdo con estas sugerencias, en particular habida cuenta de las interesantes conclusiones que figuran en la resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia (Polonia) en 2005 sobre la jurisdicción penal internacional en relación con el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. En esa resolución se mostraba de manera bastante clara la relación mutua y, en cierta medida, la interdependencia entre la jurisdicción universal y la obligación de *aut dedere aut judicare*[24].

48. Sin embargo, el Relator Especial está convencido de que el examen debe seguir centrándose principalmente en la obligación de extraditar o juzgar y en modo alguno debe verse relegado por la cuestión de la jurisdicción universal.

49. En relación con la tercera cuestión, que versa, tal como propuso el Relator Especial en el proyecto de artículo 1, sobre el ámbito de aplicación del proyecto de artículos y, como sugirieron algunos miembros, sobre el alcance de la obligación de *aut dedere aut judicare*, el Relator Especial podría estar de acuerdo con la propuesta de que esa obligación no se trate como una obligación alternativa y que la relación mutua y la interdependencia entre los dos elementos que la integran («*dedere*» y «*judicare*») se analice detenidamente y en profundidad en el futuro[25]. Como indicaron algunos miembros de la Comisión, también deberían examinarse las características específicas de ambos elementos y los requisitos necesarios para su aplicación.

50. Habida cuenta de la opinión mayoritaria expresada por los miembros de la Comisión, el Relator Especial considerará la posibilidad de retirar su concepto inicial de «triple alternativa» y tratará de presentar y analizar posibles situaciones concretas relacionadas con la entrega de personas a la Corte Penal Internacional que puedan tener consecuencias para la obligación de *aut dedere aut judicare*.

51. Sin embargo, por lo que respecta a otra cuestión discutible, el Relator Especial no está plenamente convencido

---

[24] *Annuaire*, pág. 296.

[25] Sin embargo, el Relator Especial desea recordar que uno de los mayores expertos sobre este tema, Edward M. Wise, comienza su conocido ensayo sobre la obligación de extraditar o juzgar de la siguiente manera: «El presente estudio versa sobre la obligación alternativa de extraditar o juzgar que figura en los tratados multilaterales que exigen la represión de los 'delitos internacionales'» («The obligation to extradite or prosecute», pág. 268).

de que el «elemento temporal» del proyecto de artículo 1 propuesto, relativo al ámbito de aplicación, deba tratarse de manera global, sin establecer ninguna distinción entre los períodos vinculados a la creación, el funcionamiento y los efectos de la obligación en cuestión.

52. Muchos miembros de la Comisión sugirieron que el proyecto de artículo 1 se remitiera al Comité de Redacción para perfeccionarlo. El Relator Especial no se oponía en principio a esta idea, pero propuso que, por motivos prácticos, el proyecto de artículo 1 se remitiera junto con otros proyectos de artículos que se presentarían más tarde, ya que para el Comité de Redacción sería más fácil examinar los proyectos de artículos en su conjunto, debido a la posible interdependencia entre ellos. En el capítulo II de su segundo informe el Relator Especial formuló propuestas de fondo sobre esos futuros artículos, que al parecer fueron valoradas positivamente por los miembros de la Comisión.

53. La participación de los miembros de la Comisión en los debates sobre la obligación de extraditar o juzgar fue muy amplia, razón por la cual el Relator Especial, en las conclusiones que presentó a la Comisión[26], sólo pudo tratar los problemas y cuestiones más generales e importantes planteados por los participantes. Sin embargo, el Relator Especial asegura a los miembros que ha tomado debida nota de todos los demás comentarios, observaciones, opiniones y puntos de vista (tanto los positivos como los críticos) y que los ha tenido en cuenta en la elaboración del presente informe.

B. Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones de los Estados podrían revestir particular interés para la Comisión: información y observaciones de los Gobiernos

54. En el capítulo III del informe sobre su 59.º período de sesiones, la Comisión incluyó, como suele ser habitual, una lista de cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones de los Estados podrían revestir particular interés, entre ellas la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)[27].

55. Las cuestiones planteadas en este contexto eran en gran medida análogas a las formuladas durante el 58.º período de sesiones, en 2006[28]. La Comisión declaró que agradecería cualquier información que desearan proporcionar los gobiernos acerca de su legislación y su práctica en esta materia, especialmente las más recientes. A ser posible, esa información debería versar sobre los siguientes aspectos:

a) Los tratados internacionales que obligan a un Estado y enuncian el principio de la jurisdicción universal en materia penal, ¿guardan relación con la obligación de *aut dedere aut judicare*?

b) Las normas jurídicas internas adoptadas y aplicadas por un Estado, incluidas las disposiciones constitucionales y los códigos penales o códigos de procedimiento penal, concernientes al principio de jurisdicción universal en materia penal, ¿guardan relación con la obligación de *aut dedere aut judicare*?

c) La práctica judicial de un Estado que refleja la aplicación del principio de jurisdicción universal en materia penal, ¿guarda relación con la obligación de *aut dedere aut judicare*?

d) Los crímenes o delitos a los que se aplica el principio de jurisdicción universal en materia penal en la legislación y la práctica de un Estado, ¿guardan relación con la obligación de *aut dedere aut judicare*?

56. La Comisión añadió en 2007 que también agradecería recibir información sobre las siguientes cuestiones[29]:

a) si el Estado está facultado de conformidad con su derecho interno para extraditar personas en supuestos no previstos por un tratado o para extraditar personas de su propia nacionalidad;

b) si el Estado está facultado para ejercer jurisdicción sobre delitos ocurridos en otros Estados en los que no está implicado un nacional suyo;

c) si el Estado considera la obligación de extraditar o juzgar como una obligación de derecho internacional consuetudinario y, en caso afirmativo, en qué medida.

Por último, la Comisión señaló que agradecería cualquier otra información y opiniones que los gobiernos consideraran pertinentes en relación con el tema.

57. Lamentablemente, a excepción de la información escrita recibida de los Estados durante el 59.º período de sesiones de la Comisión, en 2007, en respuesta a las cuestiones planteadas en el informe preliminar, los Estados no facilitaron prácticamente ninguna respuesta a las cuestiones formuladas en el párrafo 20 del segundo informe. La lista de los Estados que han presentado información escrita en respuesta a las cuestiones que figuran en esos informes (en la mayoría de los casos en respuesta únicamente al informe preliminar) es la siguiente:

a) Austria, Croacia, Japón, Mónaco, Qatar, Reino Unido y Tailandia (véase la nota 9 *supra*);

b) Chile, Eslovenia, Estados Unidos, Irlanda, Kuwait, Letonia, Líbano, México, Polonia, Serbia, Sri Lanka, Suecia y Túnez.

58. La información suministrada por los siete Estados mencionados en el apartado *a supra* fue examinada por el Relator Especial en su segundo informe[30]. La información facilitada por los otros 13 Estados (mencionados en el apartado *b supra*) durante el período comprendido entre abril y julio de 2007 (en respuesta a las cuestiones del informe preliminar) no se pudo tener en cuenta en el segundo informe y se utilizará en el presente informe.

---

[26] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párrs. 364 a 368.

[27] Ibíd., párrs. 31 a 33.

[28] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 30.

[29] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 32.

[30] *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/585, párrs. 61 a 72.

59. Aunque las cuestiones planteadas a los Estados en ambos informes versaban sobre aspectos particulares, es evidente que ello no excluía la posibilidad de presentar observaciones más generales sobre el tema. En la práctica, sólo un Estado hizo uso de esta posibilidad: los Estados Unidos.

60. En sus observaciones generales, los Estados Unidos declararon que, en su opinión,

> su práctica y la de otros países refuerza la idea de que no existe base suficiente en el derecho internacional consuetudinario o en la práctica de los Estados para elaborar un proyecto de artículos que amplíe la obligación de extraditar o juzgar más allá de lo previsto en los instrumentos jurídicos internacionales vinculantes en los que se establece tal obligación[31].

61. Los Estados Unidos añadieron que, a su juicio,

> el derecho internacional consuetudinario no contempla ninguna obligación general de extraditar o juzgar por delitos que no estén previstos en acuerdos internacionales que establezcan tal obligación. Los Estados Unidos consideran, por el contrario, que los Estados sólo asumen esas obligaciones al adherirse a instrumentos jurídicos internacionales vinculantes que contengan disposiciones en materia de extradición o enjuiciamiento y que tales obligaciones sólo se aplican respecto de los demás Estados que sean partes en dichos instrumentos[32].

62. Aunque algunos Estados, en la Sexta Comisión o en sus observaciones escritas, expresaron ciertas dudas sobre la existencia de una base consuetudinaria de la obligación de *aut dedere aut judicare*, en general ningún otro Estado manifestó un rechazo *a priori* tan categórico respecto de la posibilidad de investigar los antecedentes consuetudinarios de dicho principio, incluso aplicado a una categoría limitada de delitos.

1. Tratados internacionales por los que un Estado está obligado que enuncien la obligación de extraditar o juzgar y reservas hechas por ese Estado para limitar la aplicación de esta obligación

63. Los 13 Estados que formularon observaciones facilitaron una lista de tratados multilaterales y bilaterales[33] que establecían la obligación de *aut dedere aut judicare*, salvo Suecia, que no consideró necesario enumerar todos los tratados internacionales que contenían el principio *aut dedere aut judicare*. Las listas de tratados multilaterales, tanto universales como regionales[34], se ajustan a la lista de tratados y convenciones mencionados por el Relator Especial en su informe preliminar[35]. Chile mencionó además, por la particular importancia que revestían, dos tratados multilaterales relativos a delitos concretos[36].

64. Eslovenia y Sri Lanka señalaron que no habían formulado reservas respecto de los tratados multilaterales pertinentes con el fin de limitar la aplicación de la obligación de *aut dedere aut judicare*.

65. México indicó que había formulado sendas reservas al firmar la Convención sobre Extradición y al adherirse al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, pero que esas reservas no afectaban a las cláusulas que establecían la obligación de extraditar o juzgar en los tratados multilaterales en los que era parte.

66. Los Estados Unidos señalaron que no habían formulado reservas a fin de limitar la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar *per se*. Al adherirse a tratados, la posición de los Estados Unidos había sido la de considerar que las obligaciones de extradición en el marco de esos instrumentos sólo se aplicaban a fin de ampliar las posibilidades de extradición con países con los que los Estados Unidos habían celebrado tratados bilaterales de extradición.

67. Polonia indicó que había formulado dos declaraciones en relación con el Convenio europeo de extradición respecto de la no extradición de sus propios nacionales.

68. Chile, Eslovenia, Kuwait, Letonia, Líbano, México, Polonia, Serbia, Sri Lanka y Túnez enumeraron tratados bilaterales que contenían la obligación de *aut dedere aut judicare*. La mayoría de ellos son tratados de extradición, aunque Kuwait y Túnez también mencionaron acuerdos sobre asistencia judicial y relaciones jurídicas. Serbia subrayó que los tratados bilaterales no regulaban específicamente cuestiones relacionadas con la extradición o el enjuiciamiento. Sin embargo, varios de ellos contemplaban como motivo para denegar la extradición la competencia judicial del Estado requerido para juzgar a la persona de que se tratara y preveían que la solicitud de extradición habría de denegarse cuando ya se hubieran incoado actuaciones penales por el mismo delito.

2. Normativa legal interna adoptada y aplicada por un Estado, en particular las disposiciones constitucionales y los códigos penales o códigos de procedimiento penal, concernientes a la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)

69. Algunos gobiernos señalaron que los tratados internacionales se aplicaban sin necesidad de adoptar legislación interna al respecto, en algunos casos directamente (Chile) y en otros, con arreglo a la jerarquía de normas impuesta por la constitución del Estado (Eslovenia, Letonia, México y Serbia).

70. Eslovenia, Letonia, el Líbano, México, Polonia, Serbia, Suecia y Túnez mencionaron disposiciones de sus códigos penales y sus códigos de procedimiento penal relativas a los delitos y el procedimiento de extradición, así como a los casos en que debe otorgarse o denegarse la extradición y la autoridad competente para adoptar decisiones al respecto.

71. En Eslovenia, Letonia, el Líbano, Polonia, Serbia, Suecia y Túnez existían regímenes distintos dependiendo

---

[31] Ibíd., documento A/CN.4/579 y Add.1 a 4, sec. A, primer párrafo.

[32] Ibíd., segundo párrafo.

[33] Kuwait sólo mencionó acuerdos bilaterales.

[34] Eslovenia, Irlanda, Letonia y Polonia mencionaron convenciones europeas, Sri Lanka mencionó la Convención regional de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional sobre la eliminación del terrorismo y su Protocolo adicional, y México y Chile mencionaron la Convención sobre Extradición.

[35] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/571, párrs. 35 a 39.

[36] La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos.

de si la persona cuya extradición se solicita era o no nacional de esos Estados. Suecia destacó que poseía distintos regímenes sobre extradición, según cuál fuera el país requirente.

72. La obligación de juzgar está estrechamente vinculada a la denegación de la extradición, por ejemplo, en Irlanda, donde la obligación de extraditar se considera fundamental, y sólo se contempla la posibilidad de recurrir al enjuiciamiento cuando no está permitida la extradición de un ciudadano irlandés debido a la ausencia de acuerdos de reciprocidad.

73. En Serbia, cuando se deniega una solicitud de extradición, la legislación penal del Estado obliga a juzgar, a fin de hacer efectiva la responsabilidad penal del extranjero e imponerle un castigo. La legislación penal de Serbia y el principio de universalidad se aplican solamente si ningún país extranjero ha solicitado la extradición de un extranjero o si se ha rechazado la solicitud de extradición.

74. En Suecia, el fiscal interviene en el procedimiento de extradición y es informado cada vez que se deniega una solicitud. En ese caso pueden aplicarse las disposiciones de la legislación sueca, que ordenan la realización de una investigación preliminar y el enjuiciamiento de la persona de que se trate, a fin de cumplir con la obligación que dimana del principio *aut dedere aut judicare*.

75. Eslovenia, Letonia, México, Polonia, Suecia y Túnez incluyeron la regla de la doble incriminación entre los requisitos necesarios para conceder la extradición. El delito debe existir en su ordenamiento jurídico y en el del Estado requirente.

76. México señaló que basaba todos sus procedimientos de extradición en tratados bilaterales o la Ley de extradición y que, hasta ese momento, no había recibido ninguna solicitud de extradición que se fundara en un tratado multilateral.

77. Suecia señaló que su Código Penal preveía otras situaciones en que delitos que habían sido cometidos fuera del territorio sueco debían ser juzgados según la ley sueca y por tribunales suecos, y que en esos casos la ley no exigía el requisito de la doble incriminación.

78. Irlanda mencionó su Ley de la Corte Penal Internacional, de 2006, que contempla la entrega a la Corte Penal Internacional de las personas que sean solicitadas para ser enjuiciadas por la comisión de delitos de competencia de la Corte, y la Ley del Tribunal Internacional de Crímenes de Guerra, de 1998, que dispone la entrega de las personas que sean solicitadas por un «tribunal internacional».

79. Polonia señaló que era el Ministro de Justicia quien debía resolver en última instancia la solicitud de extradición presentada por un Estado extranjero y que sólo una decisión judicial en que el juez determinara la inadmisibilidad de la extradición era vinculante para el Ministro.

80. Sri Lanka recordó la Ley de extradición n.º 08 de 1977, que establecía el régimen jurídico básico para atender las solicitudes de extradición de delincuentes recibidas de determinados países del Commonwealth o Estados partes en tratados. Además, mencionó las disposiciones que modificaban esa Ley, incluidas las adoptadas para hacer efectivos los tratados internacionales sobre la represión de los crímenes internacionales graves en relación con los cuales existe la obligación de extraditar o enjuiciar.

81. Mientras que Túnez mencionó que su Código de Procedimiento Penal reconocía los principios de personalidad activa, personalidad pasiva y territorialidad objetiva, Serbia señaló que su legislación penal recogía el principio de personalidad activa.

82. Kuwait dijo que los acuerdos internacionales vinculantes para su Gobierno constituían el derecho vigente en el que se fundaban las decisiones de los tribunales y que sus disposiciones debían aplicarse en todos los asuntos de extradición[37].

83. Los Estados Unidos señalaron que carecían de disposiciones jurídicas internas relativas a la obligación de extraditar o juzgar.

3. Práctica judicial de un Estado que refleje la aplicación de la obligación de *aut dedere aut judicare*

84. Eslovenia, Irlanda, Letonia y México señalaron que su práctica judicial no reflejaba la aplicación de la obligación de *aut dedere aut judicare*.

85. Chile y Sri Lanka[38] mencionaron casos en que la práctica judicial reflejaba la aplicación de la obligación de *aut dedere aut judicare*. Los dos casos presentados por Chile estaban relacionados con la denegación de solicitudes de extradición.

86. Serbia señaló que su práctica judicial permitía la extradición de extranjeros siempre que se cumplieran todos los requisitos para ello. En los últimos diez años, solo se habían denegado solicitudes de extradición en contadas ocasiones, fundamentalmente porque se trataba de nacionales de Serbia. En esos casos, no se había enjuiciado a esas personas porque las infracciones cometidas no cumplían los requisitos para ser consideradas delitos con arreglo a los instrumentos internacionales que establecen la obligación de extraditar o juzgar.

87. Los Estados Unidos señalaron que en su práctica judicial la obligación de extraditar o juzgar estaba íntimamente ligada a los instrumentos internacionales, y mencionaron una causa como ejemplo[39].

---

[37] Por ejemplo, en relación con los casos en que la extradición es obligatoria o no está permitida y las condiciones que deben cumplirse para que un delito dé lugar a extradición.

[38] El Tribunal Supremo de Colombo, en la sentencia dictada en la causa *Ekanayake v. Attorney General* (*Sri Lanka Law Reports* (1988), vol. 1, pág. 46), tomó en consideración los siguientes convenios internacionales en los que figura la obligación de extraditar o juzgar: *a*) el Convenio relativo a las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves; *b*) el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, y *c*) el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil.

[39] En el caso *United States* v. *Yousef* (327 F.3d 56 (2d cir. 2003)), un tribunal de apelaciones de los Estados Unidos sostuvo que el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil creaba «un acuerdo judicial entre los Estados contratantes para extraditar o juzgar a los delincuentes que cometen los actos prohibidos por el tratado» (ibíd., pág. 96).

88. El Relator Especial está convencido de que la práctica judicial de los Estados puede servir como una de las principales fuentes para confirmar el desarrollo consuetudinario de la obligación de *aut dedere aut judicare*. Aunque en la información presentada por escrito por los Estados figura un número relativamente reducido de ejemplos de aplicación práctica de ese principio por las autoridades judiciales, cada vez se conocen más casos de ese tipo a través de otras fuentes. Por ejemplo:

a) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia en el caso *Goiburú y otros* vs. *Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas)[40] declaró lo siguiente:

> 132. En tales términos, la extradición se presenta como un importante instrumento para estos fines por lo que la Corte considera pertinente declarar que los Estados Partes en la Convención deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas en este caso, mediante el juzgamiento y, en su caso, sanción de sus responsables. Además, en virtud de los principios mencionados, un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes contra los derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. En consecuencia, el mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculan a los Estados de la región a colaborar de buena fe en ese sentido, ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos del presente caso;

b) El 12 de diciembre de 2007, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala decidió denegar dos solicitudes de extradición formuladas por un juez de instrucción español, debido a que, en su opinión, España no podía ejercer jurisdicción universal en ese caso. La causa que se tramita en España, conocida como *Ríos Montt*, se funda básicamente en el presunto genocidio de la población maya en Guatemala ocurrido durante el conflicto armado y las matanzas cometidas en la Embajada de España en la Ciudad de Guatemala por oficiales guatemaltecos. La Corte de Constitucionalidad señaló, entre los fundamentos de su decisión, que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no contemplaba el ejercicio de la jurisdicción universal por un tercer Estado, sin que mediara consentimiento previo del Estado del territorio, en este caso, Guatemala. Sin embargo, en la sentencia se reconoce la obligación de juzgar o extraditar. La Corte reitera en tres oportunidades que Guatemala tiene esa obligación. La afirmación de la Corte no parece basada en ninguna disposición convencional y no se cita en ningún tratado como fundamento. La Corte se refiere a la obligación simplemente como una regla u obligación[41];

c) La sentencia de la Audiencia Nacional de España, dictada el 28 de abril de 2008 [España, Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2], constituye otro ejemplo muy reciente de la invocación del principio *aut dedere aut judicare* en actuaciones judiciales. La Audiencia Nacional, en una primera sentencia, sujeta a apelación, determinó que no podía hacerse lugar a la solicitud de extradición presentada por la Argentina para investigar a María Estela Martínez de Perón (tercera esposa y viuda de Juan Perón) en una causa por desaparición forzada y en otra causa por detención ilegal y tortura, en ambos casos por hechos cometidos en 1975. Las principales razones esgrimidas por el tribunal fueron la falta de jurisdicción de la Argentina y el cumplimiento del plazo de prescripción para delitos cometidos en 1975. El tribunal decidió que esos delitos no habían sido generalizados ni sistemáticos y que, por lo tanto, no se trataba de delitos de lesa humanidad (que no prescriben, según la Audiencia Nacional). Además, el tribunal, al interpretar el tratado de extradición entre España y la Argentina, afirmó que si se denegaba una solicitud de extradición, el Estado en que se encontraba el presunto autor del delito tenía la obligación de juzgarlo en sus tribunales nacionales. Sin embargo, el tribunal también agregó una condición nueva, hasta entonces desconocida: el juicio ante los tribunales nacionales sólo podía tener lugar si así lo solicitaba el Estado requirente (la Argentina, en este caso).

89. Las tres resoluciones judiciales mencionadas anteriormente, dictadas después de comenzar nuestro estudio sobre la obligación de extraditar o juzgar, pueden ser un buen estímulo para explorar este aspecto del tema en mayor profundidad, dado que muestran que no sólo los

---

[40] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Serie C n.º 153*.

[41] Véase Guatemala, *Corte de Constitucionalidad*, 2008. Además, en una resolución reciente (España, Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción Uno, D. Previas 331/1999), el juez de instrucción Santiago J. Pedraz Gómez, a cargo de la causa *Ríos Montt* en Madrid, no sólo lamentó la falta de cooperación de las autoridades guatemaltecas en las investigaciones, sino que expuso varios argumentos jurídicos de peso, especialmente sobre la naturaleza consuetudinaria y convencional del principio *aut dedere aut judicare*, así como de su aplicabilidad a todos los delitos de *jus cogens*:

> «En el curso de la investigación de los delitos (genocidio, torturas, asesinatos…) se ha solicitado por parte del Reino de España de las autoridades guatemaltecas la colaboración judicial procedente a través de las oportunas comisiones rogatorias. Ni una sola de ellas se ha cumplimentado, pese a los múltiples intentos por parte de España para ello; demostrándose, por parte del Estado guatemalteco, una clara actitud dilatoria en su cumplimentación, no sólo por la tardanza en su tramitación, sino por «problemas» de firma, apostilla, recursos de los imputados.
>
> […]
>
> Asimismo, con esta decisión, la Corte de Constitucionalidad desliza que el Estado de Guatemala acepta y asume la violación de sus obligaciones internacionales y de su propia ley nacional, ignorando la obligación internacional *erga omnes* [de] *aut dedere aut judicare* reconocida en la doctrina más autorizada desde que fuera señalada en el siglo XVII por Grocio y, hoy, cristalizada en el derecho internacional y en el derecho penal internacional, tanto consuetudinario como convencional. Baste recordar que, más allá de su aplicación como derecho penal internacional consuetudinario, en el derecho internacional escrito, por ejemplo, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes [...], se exige y se reitera la obligación de extraditar o juzgar.
>
> A pesar de esta obligación *erga omnes*, predicable respecto de todos los crímenes internacionales que gozan de naturaleza *jus cogens*, como los aquí imputados, nada dice ni insinúa el máximo órgano guatemalteco sobre la plena y efectiva ejecución de esta obligación en sus tribunales, incurriendo en flagrante violación de sus obligaciones internacionales como Estado.
>
> [...]
>
> El genocidio es un crimen de derecho internacional y, por lo tanto, su persecución deviene obligatoria para todos los miembros de la comunidad internacional. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala en su decisión viene a considerar lo acontecido contra el pueblo maya como un delito político, así como al resto de crímenes investigados.
>
> [...]
>
> A la vista de ello, se confirma aún más la necesidad de que por parte de la justicia española se sigan investigando los crímenes señalados, […] negada a todas luces la cooperación guatemalteca como la de proceder contra los presuntos responsables criminalmente al negar su extradición en cumplimiento de la obligación ya citada *aut dedere aut judicare*.»

tratados, sino también otras fuentes pueden servir de fundamento de esta obligación.

4. Crímenes o delitos a los que se aplica el principio de la obligación de *aut dedere aut judicare* en la legislación o la práctica de un Estado

90. Chile, Eslovenia y Polonia señalaron que la obligación de *aut dedere aut judicare* se aplicaba a todos los delitos. En el caso de Chile, no existen limitaciones en la legislación nacional que impidan la aplicación de ese principio a determinados crímenes o delitos. En Eslovenia, se aplica a todos los delitos establecidos en el Código Penal, incluidos los delitos que se derivan del derecho internacional humanitario y los tratados internacionales. En Polonia, se aplica en relación con la comisión de cualquier crimen o delito establecido en un tratado internacional vinculante para Polonia.

91. Irlanda se remitió a la información presentada sobre su normativa legal interna.

92. En México, de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial, puede extraditarse a personas que cometan delitos federales. Los delitos previstos en los tratados internacionales son delitos federales, y son los jueces federales con competencia en materia penal quienes entienden de ellos.

93. Como se señaló más arriba al comienzo de la presente sección B, la información y los comentarios a los que se hace referencia en ella son los que se han recibido por escrito de un número reducido de Estados. Por lo tanto, en la práctica las respuestas de los demás Estados a los interrogantes planteados en los informes de la CDI se encuentran en su mayor parte en las observaciones de las delegaciones de la Sexta Comisión durante su sexagésimo segundo período de sesiones.

C. Debates sobre la obligación de extraditar o juzgar celebrados por la Sexta Comisión durante el sexagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General

94. La presente sección se basa, al igual que la sección correspondiente del segundo informe, en el Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General[42]. Como en esa oportunidad, el Relator Especial ha decido conservar la organización sistemática y el material empleado en el resumen por temas —incluidos los títulos utilizados por la Secretaría— por lo que la presentación de las opiniones y puntos de vista de los Estados Miembros es mucho más clara y transparente. Dada la falta de observaciones escritas recibidas de los Estados en respuesta a la solicitud que figura en el capítulo III del informe de 2007 (véase el párrafo 54 *supra*), las opiniones expresadas por las delegaciones en la Sexta Comisión adquirieron una importancia especial como forma de conocer las opiniones de los Estados y su práctica en relación con este tema.

[42] Véase A/CN.4/588, párrs. 161 a 173. El Relator Especial quisiera dar las gracias una vez más a la Secretaría por el activo apoyo prestado en la recopilación y organización del material necesario para preparar el presente informe.

1. Observaciones generales

95. En las reuniones de la Sexta Comisión celebradas durante el sexagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General, algunas delegaciones destacaron que la obligación de extraditar o juzgar tenía por finalidad combatir la impunidad, de modo que no se ofreciera refugio seguro a las personas acusadas de la comisión de ciertos delitos y fueran enjuiciadas por sus actos criminales. Se señaló que el cumplimiento de esa obligación no debía menoscabar la jurisdicción de los Estados ni afectar a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado.

96. Algunas delegaciones acogieron favorablemente el plan para que se siguiera trabajando sobre el tema propuesto por el Relator Especial. Se apoyó la idea de que la Comisión llevara a cabo un estudio sistemático de tratados internacionales, legislación nacional y decisiones judiciales que tuvieran relación con la obligación de extraditar o juzgar, sobre la base de información obtenida de los gobiernos. Según algunas delegaciones, la Comisión debía dar prioridad a la realización de este estudio, antes de proceder a la elaboración de artículos sobre el tema. Durante los debates, varias delegaciones suministraron información sobre su legislación y práctica en esta esfera, como había pedido la Comisión.

97. Aunque se observó que la Comisión debía examinar las distintas modalidades de la obligación de extraditar o juzgar en los tratados internacionales, se señaló que si la obligación existía sólo con arreglo a tratados internacionales quizás no fuera apropiado redactar un proyecto de artículos sobre este tema[43].

2. Carácter consuetudinario de la obligación

98. Algunas delegaciones opinaron que la obligación de extraditar o juzgar se basaba exclusivamente en tratados y no tenía carácter consuetudinario. Otras consideraron que había adquirido ese carácter, por lo menos en relación con los delitos internacionales más graves o que pronto lo alcanzaría en relación con esos delitos[44]. Se argumentó que la competencia reconocida a los tribunales penales internacionales para juzgar ciertos delitos internacionales graves era prueba de que la obligación de extraditar o juzgar estaba comenzando a adquirir carácter consuetudinario para esos delitos[45]. Algunas delegaciones subrayaron

[43] Véase, por ejemplo, la declaración de los Estados Unidos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 91.

[44] China expresó una opinión interesante: «Si bien la obligación de extraditar o enjuiciar constituye básicamente una obligación de tratado, podría también convertirse en una obligación en el marco del derecho internacional consuetudinario si el delito al que se aplica es un delito sometido al derecho consuetudinario universalmente reconocido por la comunidad internacional. Los delitos abarcados por esa obligación deben ser principalmente delitos internacionales, delitos transnacionales que ponen en peligro el interés común de la comunidad internacional con arreglo al derecho internacional, y delitos graves que ponen en peligro el interés nacional y público, en el marco del derecho interno. Se debe reflexionar para incluir en los proyectos de artículos una lista no exhaustiva de esos delitos» (ibíd., párr. 62).

[45] Por ejemplo, Suecia, hablando en nombre de los países nórdicos, señaló que existían razones para sostener que la obligación de extraditar o juzgar estaba adquiriendo carácter consuetudinario con respecto a delitos como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes

que la cuestión debía resolverse mediante un examen de la práctica pertinente de los Estados y apoyaron la idea de que la Comisión siguiera estudiando la cuestión[46]. En general, puede decirse que en comparación con las respuestas de los Estados al informe preliminar de 2006, el enfoque de éstos se ha flexibilizado en cierta medida en lo que respecta al posible carácter consuetudinario de la obligación de *aut dedere aut judicare*.

3. Delitos que abarca la obligación

99. Algunas delegaciones propusieron que la Comisión estableciera una lista indicativa de los delitos que abarcaba la obligación (véase la nota 44 s*upra*). Entre los delitos que podrían incluirse en esa lista, las delegaciones mencionaron el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y la tortura, así como el terrorismo y la corrupción.

100. Otras delegaciones apoyaron la propuesta de que la Comisión se limitara a establecer los criterios para determinar cuáles serían los delitos afectados por esa obligación (utilizando, por ejemplo, el concepto de «crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad» o haciendo referencia a los intereses de la comunidad internacional en su conjunto).

4. Alcance y contenido de la obligación

101. Según algunas delegaciones, la definición del alcance de la obligación debía seguir siendo el principal tema del estudio de la Comisión. Se señaló que la obligación surgía para el Estado cuando el supuesto autor del delito se encontraba en el territorio de ese Estado.

102. También se observó que, en el caso de que existieran jurisdicciones concurrentes, debía darse prioridad al ejercicio de la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el delito o el de la nacionalidad del presunto culpable. Se apoyó la idea de que la Comisión examinara, dentro de este tema, el alcance de la obligación de juzgar y las condiciones que debían darse para ello, así como los requisitos de la extradición (incluso en el derecho interno). También se plantearon cuestiones concretas para que la Comisión las siguiera examinando, como la naturaleza del vínculo territorial necesario para que la obligación resultara aplicable.

103. Algunas delegaciones opinaron que el contenido de la obligación de extraditar o juzgar y, en particular, la relación entre estas dos opciones, debían interpretarse en el contexto de cada convención que estableciera esa obligación.

104. Se propuso que, al estudiar el alcance y contenido de la obligación, la Comisión considerara especialmente la relación entre las opciones de extraditar y juzgar. Algunas delegaciones destacaron el carácter alternativo de la obligación, señalando, por ejemplo, que quedaba librado a la discrecionalidad del Estado de detención decidir qué parte de la obligación cumpliría. Otras delegaciones destacaron la naturaleza condicional de la obligación u observaron que la opción de extraditar prevalecía sobre la de juzgar.

5. Vínculo con la jurisdicción universal

105. Algunas delegaciones subrayaron la relación entre la obligación de extraditar o juzgar y el principio de universalidad (destacando, en particular, su finalidad común) e indicaron que la Comisión no debía excluir *a priori* la existencia de esa relación. Otras delegaciones rechazaron la existencia de ese vínculo o consideraron que no era importante.

106. A este respecto, algunas delegaciones opinaron que el presente estudio no debía centrarse en el concepto de jurisdicción universal. Si bien algunas delegaciones alentaron a la Comisión a analizar la relación entre ese concepto y la obligación de extraditar o juzgar (ya fuera en una disposición independiente o en el comentario al futuro proyecto de artículos), otras delegaciones se opusieron a esa propuesta. También se argumentó que la Comisión debía hacer una clara distinción entre las dos ideas y que la jurisdicción universal sólo debía abordarse en el futuro proyecto de artículos en la medida que fuera necesario para el estudio de la obligación de extraditar o juzgar. Se señaló que extender la jurisdicción universal sería una forma eficaz de aplicar la obligación de extraditar o juzgar; se dijo, al respecto, que para que existiera la posibilidad de elegir entre las dos opciones de *aut dedere aut judicare*, el Estado debía asegurarse de que tenía jurisdicción en relación con los delitos de que se tratara.

6. Entrega de presuntos culpables a los tribunales penales internacionales

107. Algunas delegaciones acogieron favorablemente la decisión del Relator Especial de no seguir examinando la llamada «triple alternativa» (es decir, la entrega del presunto culpable a un tribunal penal internacional)[47]. Sin embargo, otras delegaciones seguían pensando que la «triple opción» planteaba cuestiones específicas que debían examinarse dentro de este tema. Se señaló que, en cualquier caso, los Estados debían cumplir con sus obligaciones en relación con la jurisdicción penal internacional.

---

de guerra, la tortura y los crímenes de terrorismo. La Comisión había llegado a la conclusión en su proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 de que el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra entrarían en el marco de la obligación de *aut dedere aut judicare*. La importancia del compromiso práctico de los Estados de poner fin a la impunidad con respecto a esos delitos se reflejaba también en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que se basaba en el principio de la complementariedad (ibíd., párr. 33).

[46] Esa fue la sugerencia de la Argentina, que dijo que el carácter consuetudinario de ese principio debía demostrarse caso por caso, según el tipo de delito de que se tratara. Si bien existía una *opinio juris* con respecto a los delitos más graves, a saber, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, no se justificaba ninguna conclusión en cuanto a la aplicación a esos delitos del principio en cuestión o de una jurisdicción universal (ibíd., párr. 58).

[47] Véase, por ejemplo, la declaración del Reino Unido, que acogió con agrado esa decisión del Relator Especial y recordó que la entrega de personas a tribunales penales internacionales se regía por un conjunto diferente de disposiciones de tratados y normas jurídicas (ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 63). Francia expresó una opinión similar y dijo que estaba de acuerdo con la decisión del Relator Especial de abstenerse de seguir examinando la denominada «triple opción», la entrega de una persona a un tribunal penal internacional, habida cuenta de las normas convencionales especiales aplicables en ese ámbito (ibíd., 20.ª sesión (A/C.6/62/SR.20), párr. 12).

7. Proyecto de artículo 1 propuesto por el Relator Especial

108. Algunas delegaciones acogieron con agrado el proyecto de artículo 1 propuesto por el Relator Especial. Sin embargo, se señaló que esa disposición planteaba varias cuestiones que la Comisión todavía debía resolver y que requería mayores aclaraciones. Las referencias que se hacen en ese proyecto a la naturaleza «alternativa» de la obligación y a los distintos momentos de esa obligación recibieron críticas de algunas delegaciones[48]. Se exhortó a seguir examinando la condición de que el presunto culpable debiera encontrarse «bajo [la] jurisdicción» del Estado; a ese respecto, se propuso que el proyecto de artículos hiciera referencia a las personas que se encontraban en el territorio del Estado de detención o bajo su control.

[48] México afirmó que la obligación dimanada del principio *aut dedere aut judicare* no era alternativa, sino condicional. En consecuencia, sugirió que se redactara nuevamente el proyecto de artículo 1, a fin de eliminar esa característica de alternativa (ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 9).

8. Resultado final de la labor de la Comisión

109. Algunas delegaciones dijeron que eran flexibles en cuanto a la forma definitiva del resultado de la labor de la Comisión. Otras señalaron que su decisión al respecto dependería de los resultados del examen del tema que la Comisión hiciera en el futuro. En general, quedó claro que los Estados no querían pronunciarse prematuramente sobre la forma definitiva que habría de adoptar la labor de la Comisión sobre el tema, lo que por otra parte deja a la Comisión mayor libertad para tomar una decisión definitiva sobre el asunto.

Capítulo II

Proyecto de artículos sobre la obligación de extraditar o juzgar

110. Aunque ni la CDI ni la Sexta Comisión tomaron una decisión sobre la forma definitiva que debe revestir el estudio sobre la obligación de extraditar o juzgar, parece que ambas han respondido positivamente a la propuesta formulada por el Relator Especial en su segundo informe de elaborar un proyecto de artículos al respecto y, en particular, a la propuesta de elaborar varios proyectos de artículos introductorios, comenzando por el proyecto de artículo 1 sobre el ámbito de aplicación.

111. El hecho de que los resultados de la labor de la Comisión sobre la obligación de extraditar o juzgar se plasmen en un proyecto de artículos no prejuzga la decisión definitiva que adopte la Comisión sobre el tipo de instrumento internacional en que debería incorporarse ese proyecto de artículos (anexo de una resolución, declaración, proyecto de convención, etc.).

A. Artículo 1. Ámbito de aplicación del proyecto de artículos

112. El proyecto de artículo 1, que se reproduce en el párrafo 20 *supra*, recibió, en general, una opinión positiva de los miembros de la CDI y las delegaciones de la Sexta Comisión, aunque se hicieron algunos comentarios sobre cómo se los podría mejorar (véanse los párrafos 52 y 108 *supra*).

113. Sobre la base de las opiniones expresadas en la CDI y la Sexta Comisión, el Relator Especial está dispuesto a eliminar del texto propuesto para este artículo el adjetivo «alternativa» (después de «obligación»), aunque, como se desprende de la nota 25 s*upra*, ese adjetivo se utiliza en la definición de la obligación de extraditar o juzgar que da la doctrina.

114. Otro elemento controvertido del proyecto de artículo 1 fue la enumeración de las fases de formulación y aplicación de esa obligación («la creación, el contenido, el funcionamiento y los efectos»). A ese respecto, el Relator Especial está dispuesto a discutir en mayor profundidad la eliminación total de esa enumeración o la posibilidad de reemplazarla con otra fórmula (por ejemplo «formulación y aplicación»).

115. Por último, el elemento personal del proyecto de artículo 1 («personas bajo su jurisdicción») también ha recibido algunas críticas. Se formularon propuestas para sustituir esta fórmula por otra, por ejemplo, «personas que se encuentren en el territorio del Estado de detención» o «bajo el control del Estado de detención». Aparentemente se podría seguir debatiendo esta cuestión, aunque el Relator Especial preferiría que se conservara su propuesta original.

116. Teniendo en cuenta los comentarios formulados por los miembros de la CDI y las delegaciones en la Sexta Comisión, así como las opiniones de los Estados, el Relator Especial quisiera en esta etapa mantener abierto el debate y proponer una «versión alternativa» del proyecto de artículo 1:

«*Artículo 1. Ámbito de aplicación*

El presente proyecto de artículos se aplicará a la creación, el contenido, el funcionamiento y los efectos de la obligación jurídica de los Estados de extraditar o juzgar a las personas [bajo su jurisdicción] [que se encuentren en el territorio del Estado de detención] [que se encuentren bajo el control del Estado de detención].»

117. En vez del concepto de obligación «alternativa», que ha sido criticado, el Relator Especial sugiere que se agregue el término «jurídica» después de «obligación», para subrayar la necesidad de que tenga un fundamento esa obligación jurídica y no se considere una obligación de naturaleza moral o política. La idea de que el principio *aut dedere aut judicare* es un elemento fundamental en la represión de la criminalidad o constituye un límite a la diplomacia basada en el poder, aunque justificada en cierta medida, puede hacer que se tienda a realzar la

importancia moral o política del principio y a disminuir, a su vez, su valor jurídico.

118. El Relator Especial tiene dudas sobre la propuesta de eliminar la enumeración de las distintas fases en que puede surgir la obligación (creación, contenido, financiamiento y efectos). Por supuesto, es posible reemplazar esos términos por una descripción más breve (por ejemplo, formulación y aplicación), pero esa sustitución podría causar dificultades a la hora de formular proyectos de normas aplicables a las etapas más detalladas de aparición de la obligación de *aut dedere aut judicare*. Sin embargo, es necesario que la Comisión se pronuncie sobre esta cuestión lo antes posible, dado que es un requisito previo para la sistematización de los futuros proyectos de artículos.

B. Artículo 2. Términos empleados

119. Este artículo parece ser imprescindible para evitar malentendidos y repeticiones innecesarias en el proceso de elaboración del proyecto de artículos sobre la obligación de extraditar o juzgar. Si bien el Relator Especial formuló algunas sugerencias en el segundo informe sobre los términos del proyecto de artículos que exigirían definiciones más precisas, la lista de posibles términos no fue acogida con entusiasmo. Sin embargo, no hubo objeción a que se incorporara un artículo de ese tipo y el enfoque que se adoptó en relación con este concepto fue bastante positivo.

120. Como ejemplo de esos términos, el Relator Especial mencionó en el segundo informe «extradición», «enjuiciamiento», «jurisdicción» y «personas». Con relación a este último término, probablemente sería útil agregar una descripción más precisa de «crímenes» y «delitos» en el «ámbito de aplicación» del proyecto de artículos. El Relator Especial sigue convencido de que no debería adoptarse una redacción definitiva del proyecto de artículo 2 hasta que culmine el estudio, de modo que puedan añadirse definiciones y descripciones adicionales en caso necesario.

121. Mientras tanto, la única parte del proyecto de artículo 2 que podría proponerse en este momento sin generar controversias sería la siguiente:

«*Artículo 2. Términos empleados*

1. A los fines del presente proyecto de artículos:

a) Se entiende por ‘extradición’…

b) Se entiende por ‘enjuiciamiento’…

c) Se entiende por ‘jurisdicción’…

d) Se entiende por ‘personas bajo jurisdicción’…

2. Las disposiciones del párrafo 1 sobre los términos empleados en el presente proyecto de artículos se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en [otros instrumentos internacionales o] el derecho interno de cualquier Estado.»

122. Se solicita a los miembros de la Comisión que propongan otros términos que, en su opinión, deberían definirse expresamente en el proyecto de artículo 2, a los fines de este proyecto de artículos. La parte del párrafo 2 del proyecto de artículo 2 que figura entre corchetes se ajusta a la redacción de artículos similares de otros tratados internacionales (cuyos proyectos fueron elaborados por la Comisión)[49]. El Relator Especial opina que, si se tienen en cuenta los numerosos tratados internacionales que se relacionan con la obligación de *aut dedere aut judicare*, el proyecto de artículo 2 debería extender esa cláusula a «otros instrumentos internacionales», además de al «derecho interno de cualquier Estado».

C. Artículo 3. El tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar

123. El proyecto de artículo 3 propuesto en el presente informe se refiere al papel de los tratados como fuente de la obligación de extraditar o juzgar. Esta propuesta ya había sido formulada por el Relator Especial en su segundo informe, y dado que no recibió objeciones ni en la CDI ni en la Sexta Comisión, da la impresión de que el texto del proyecto de artículo 3 podría ser el siguiente:

«*Artículo 3. El tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar*

Todo Estado está obligado a extraditar o juzgar a los presuntos culpables de un delito si dicha obligación está prevista en un tratado en que el Estado sea parte.»

124. Hay un consenso bastante amplio acerca de que los tratados internacionales constituyen una fuente generalmente reconocida de la obligación de extraditar o juzgar. El número de tratados internacionales en que se establece la obligación de *aut dedere aut judicare* aumenta cada año. Ese hecho no basta en sí mismo para justificar la codificación de una norma consuetudinaria de carácter vinculante, aunque el desarrollo de una práctica internacional basada en un número creciente de tratados que establecen y confirman esa obligación puede llevar, por lo menos, a iniciar la formulación de una norma consuetudinaria adecuada.

125. El Relator Especial quisiera recordar una opinión de la doctrina:

> Si un Estado se adhiere a numerosos tratados internacionales que contienen distintas versiones del principio *aut dedere aut judicare*, ello será un indicio claro de su voluntad de quedar vinculado por esta disposición susceptible de generalización, y de que la práctica en cuestión debe conducir al afianzamiento de este principio en el derecho consuetudinario[50].

---

[49] Por ejemplo, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados se refiere exclusivamente al «derecho interno de cualquier Estado» (art. 2, párr. 2), en tanto que la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes extiende ese tipo de cláusula también a «otros instrumentos internacionales» (art. 2, párr. 3).

[50] Enache-Brown y Fried, «Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of *aut dedere aut judicare* in international law», pág. 629.

Capítulo III

Conclusiones

126. Como se señaló al principio, el presente informe sobre la obligación de extraditar o juzgar está estrechamente relacionado con sus dos predecesores, el informe preliminar de 2006 y el segundo informe de 2007. De la lectura detallada de los tres informes se desprende claramente el orden en que se han ido presentando las cuestiones y su seguimiento en los informes posteriores. Este enfoque interrelacionado, aunque conlleve algunas repeticiones, parece apropiado para alcanzar un resultado definitivo, en forma de un proyecto de artículos, que refleje verdaderamente la realidad jurídica existente. Esta realidad también está cambiando, incluso en el período de tiempo, no tan prolongado, durante el cual el Relator Especial ha trabajado en el tema, como puede verse, por ejemplo, en el creciente número de disposiciones jurídicas y decisiones judiciales existentes sobre la cuestión. Esas disposiciones y decisiones generan y promueven el desarrollo de una práctica jurídica, que es fundamental para establecer y aceptar nuevas normas consuetudinarias. Y demostrar que existen fundamentos consuetudinarios de la obligación de *aut dedere aut judicare* es precisamente la principal finalidad de la tarea del Relator Especial. Da la impresión de que en los últimos tres años ha aumentado el grado de aceptación de esos esfuerzos por parte de los Estados.

127. Una de las preguntas que se plantearon al principio y sigue sin respuesta tiene que ver con el problema de la relación recíproca entre la obligación de *aut dedere aut judicare* y el principio de la jurisdicción universal. A pesar de que se ha procurado obtener opiniones convincentes de los Estados, especialmente sobre las preguntas que se agregaron al párrafo 20 del segundo informe, el número de respuestas de los Estados ha sido decididamente insuficiente y, además, las respuestas distan de ser concluyentes, dadas las importantes divergencias que existen entre ellas (véanse los párrafos 45 a 48, 107 y 108 *supra*). Por último, se debería evitar toda exageración al abordar en el presente estudio los problemas relacionados con la jurisdicción universal. Aunque, por otra parte, es imposible ignorar o siquiera restar importancia a esa cuestión cada vez que se plantea en relación con el cumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar. Debe llegarse a una solución de avenencia, que dependerá en gran medida de que los Estados respondan positivamente a la solicitud formulada al respecto por la Comisión.

128. Existe otro problema importante —no resuelto todavía— relacionado con la decisión adoptada por el Relator Especial en el segundo informe de abstenerse de seguir examinando la llamada «triple opción», que implica la entrega del presunto autor del delito a un tribunal penal internacional. Si bien muchos Estados apoyaron esa decisión, parece algo prematuro descartar totalmente la posibilidad de examinar este asunto.

129. Cabe recordar aquí que el 9 de enero de 2007, se publicó en el *Boletín Oficial de la República Argentina* la Ley de implementación del Estatuto de Roma, que incluye una disposición sobre la obligación de *aut dedere aut judicare* estrechamente relacionada con la cuestión de la entrega, que establece lo siguiente:

> Principio *aut dedere aut iudicare* — Articulo 4º — Cuando se encuentre en territorio de la República Argentina o en lugares sometidos a su jurisdicción una persona sospechada de haber cometido un crimen definido en la presente ley y no se procediera a su extradición o entrega a la Corte Penal Internacional, la República Argentina tomará todas las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de dicho delito[51].

130. Algunas leyes aprobadas recientemente en Panamá, el Perú y el Uruguay, para aplicar el Estatuto de Roma también establecen la obligación de *aut dedere aut judicare* en relación con la institución de la entrega. Da la impresión de que la «triple alternativa» sigue en vigor y que está muy vinculada con la obligación de extraditar o juzgar.

131. Como conclusión de estas consideraciones, el Relator Especial quisiera solicitar tanto a los miembros de la CDI como a las delegaciones de la Sexta Comisión que respondan con franqueza a todas las preguntas y problemas planteados en este informe o el anterior, e incluso en el informe preliminar, lo que hará posible continuar y culminar nuestra labor conjunta sobre el proyecto de artículos relativo a la obligación de extraditar o juzgar. Los beneficios de esa labor parecen ser cada vez más importantes para la comunidad internacional de Estados, que se enfrenta a la creciente amenaza de la delincuencia nacional e internacional.

---

[51] *Boletín Oficial de la República Argentina,* año CXV, n.º 31069, 9 de enero de 2007, Ley 26200, Ley de implementación del Estatuto de Roma, aprobado por la Ley 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, de la Corte Penal Internacional. Disposiciones generales. Penas y principios generales. Delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional. Relaciones con la Corte Penal Internacional. Sancionada el 13 de diciembre de 2006, promulgada de hecho el 5 de enero de 2007.

OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR (*AUT DEDERE AUT JUDICARE*)

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/599

Información y observaciones recibidas de los Gobiernos

[Original: español/inglés/ruso]
[30 de mayo de 2008]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente documento		137
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1-5	139
Información y observaciones recibidas de los gobiernos		140
A. Chile		140
B. Guatemala		141
C. Mauricio		142
D. Países Bajos		143
E. Federación de Rusia		144

Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

	Fuente
Convención de extradición (Washington D.C., 7 de febrero de 1923)	Organización de Estados Centroamericanos, *Documentos de la Unión Centroamericana*, Guatemala, 1957, pág. 294.
Código de derecho internacional privado (Código Bustamante) (Convención de derecho internacional privado) (La Habana, 20 de febrero de 1928)	Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. LXXXVI, n.º 1950, pág. 112.
Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda (Ginebra, 20 de abril de 1929)	Ibíd., vol. CXII, n.º 2623, pág. 371. En español, véase España, *Gaceta de Madrid*, n.º 98, 8 de abril de 1931, pág. 98.
Convención sobre Extradición (Montevideo, 26 de diciembre de 1933)	Ibíd., vol. CLXV, n.º 3803, pág. 46.
Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas (Ginebra, 26 de junio de 1936)	Ibíd., vol. CXCVIII, n.º 4648, pág. 299. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado* n.º 233, 29 de septiembre de 1970, pág. 16053.
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, 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 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)	Ibíd.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (Convenio III)	Ibíd.

	Fuente
Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17512, pág. 214. En español, véase CICR, *Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 3.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (Ginebra, 10 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17513, pág. 642. En español, véase CICR, *Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 91.
Convenio europeo de extradición (París, 13 de diciembre de 1957)	Ibíd., vol. 359, n.º 5146, pág. 273. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 136, 8 de junio de 1982, pág. 15454.
Protocolo Adicional al Convenio europeo de extradición (Estrasburgo, 15 de octubre de 1975)	Ibíd., vol. 1161, n.º A-5146, pág. 450. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 139, 11 de junio de 1985, pág. 17580.
Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de extradición (Estrasburgo, 17 de marzo de 1978)	Ibíd., vol. 1496, n.º A-5146, pág. 328. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 139, 11 de junio de 1985, pág. 17578.
Convención sobre la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 450, n.º 6465, pág. 241.
Convención única de 1961 sobre Estupefacientes (Nueva York, 30 de marzo de 1961)	Ibíd., vol. 520, n.º 7515, pág. 151.
Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 14 de septiembre de 1963)	Ibíd., vol. 704, n.º 10106, pág. 242.
Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970)	Ibíd., vol. 860, n.º 12325, pág. 105.
Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional (Washington D.C., 2 de febrero de 1971)	Ibíd., vol. 1438, n.º 24381, pág. 194.
Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (Viena, 21 de febrero de 1971)	Ibíd., vol. 1019, n.º 14956, pág. 175.
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.
Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 24 de febrero de 1988)	Ibíd., vol. 1589, pág. 474.
Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Convenio MARPOL) (Londres, 2 de noviembre de 1973), modificado por el Protocolo de 1978 (Londres, 17 de febrero de 1978)	Ibíd., vol. 1341, n.º 22484, pág. 226.
Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973)	Ibíd., vol. 1015, n.º 14861, pág. 266.
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Ibíd., vol. 1035, n.º 15410, pág. 191.
Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (Estrasburgo, 27 de enero de 1977)	Ibíd., vol. 1137, n.º 17828, pág. 93. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 242-1980, 8 de octubre de 1980.
Protocolo de enmienda al Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (Estrasburgo, 15 de mayo de 2003)	Consejo de Europa, *Série des traités européens*, n.º 190.
Convención sobre la protección física de materiales nucleares (Viena, 26 de octubre de 1979)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1456, n.º 24631, pág. 101.
Convención internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979)	Ibíd., vol. 1316, n.º 21931, pág. 238.
Convención Interamericana sobre Extradición (Caracas, 25 de febrero de 1981)	Ibíd., vol. 1752, n.º 30597, pág. 177.
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 contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 145.
Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985)	OEA, *Serie sobre Tratados*, n.º 67.
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10 de marzo de 1988)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1678, n.º 29004, pág. 201.

	Fuente
Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Roma, 10 de marzo de 1988)	Ibíd.
Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1582, n.º 27627, pág. 303.
Convención sobre la prohibición, el desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (París, 13 de enero de 1993)	*Situación de los acuerdos multilaterales de regulación de armamentos y de desarme*, 4.ª ed., 1992, vol. 2 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.IX.11 (vol. 2)), pág. 111.
Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (Belém do Pará, 9 de junio de 1994)	OEA, *Documentos oficiales*, OEA/Ser.A/55 (SEPF).
Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (Nueva York, 9 de diciembre de 1994)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2051, n.º 35457, pág. 423.
Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996)	E/1996/99.
Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 15 de diciembre de 1997)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2149, n.º 37517, pág. 318.
Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (París, 17 de diciembre de 1997)	OCDE, DAFFE/IME/BR(97)20. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado* n.º 46, pág. 7155.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n.º 38544, pág. 308.
Convenio de derecho penal sobre la corrupción (Estrasburgo, 27 de enero de 1999)	Ibíd., vol. 2216, n.º 39391, pág. 225.
Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999)	Ibíd., vol. 2178, n.º 38349, pág. 267.
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2225, n.º 39574, pág. 209.
Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2237, n.º 39574, pág. 319.
Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)	Ibíd., vol. 2241, n.º 39574, pág. 480.
Convenio sobre cibercriminalidad (Budapest, 23 de noviembre de 2001)	Ibíd., vol. 2296, n.º 40916, pág. 167.
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)	Ibíd., vol. 2349, n.º 42146, pág. 41.
Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (Nueva York, 13 de abril de 2005)	Ibíd., vol. 2445, n.º 44004, pág. 89.
Tratado Centroamericano relativo a la orden de detención y extradición simplificada (León, 2 de diciembre de 2005)	Secretaría General del Sistema de la Integración Centroamericana, *Instrumentos jurídicos del Sistema de la Integración Centroamericana*, 1.ª ed., 2008, pág. 419.

Introducción

1. El presente informe se ha elaborado en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución 62/66 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, en que la Asamblea, entre otras cosas, invitó a los gobiernos a que proporcionaran información a la Comisión de Derecho Internacional sobre la práctica relativa al tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)».

2. En su 58.º período de sesiones, en 2006, la Comisión, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 19 de su Estatuto (resolución 174 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947, anexo), decidió pedir a los gobiernos, por conducto del Secretario General, que presentaran información sobre su legislación y su práctica, especialmente las más recientes, relativas al tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)». Más concretamente, se pidió a los gobiernos que facilitaran información sobre:

a) Los tratados internacionales por los que un Estado está obligado a enunciar la obligación de extraditar o juzgar y las reservas hechas por ese Estado para limitar la aplicación de esta obligación;

b) La normativa legal interna adoptada y aplicada por un Estado, en particular las disposiciones constitucionales y los códigos penales o códigos de procedimiento penal, concernientes a la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*);

c) La práctica judicial de un Estado que refleje la aplicación de la obligación *aut dedere aut judicare*;

d) Los crímenes o delitos a los que se aplica el principio de la obligación *aut dedere aut judicare* en la legislación o la práctica de un Estado[1].

3. En su 59.º período de sesiones, en 2007, la Comisión pidió además a los gobiernos que presentaran informaciones sobre su legislación y práctica relativas a este tema, especialmente las más recientes, y más concretamente sobre los siguientes aspectos:

[1] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 30.

a) Los tratados internacionales que obligan a un Estado y enuncian el principio de la jurisdicción universal en materia penal, ¿guardan relación con la obligación *aut dedere aut judicare*?

b) Las normas jurídicas internas adoptadas y aplicadas por un Estado, incluidas las disposiciones constitucionales y los códigos penales o códigos de procedimiento penal, concernientes al principio de jurisdicción universal en materia penal, ¿guardan relación con la obligación *aut dedere aut judicare*?

c) La práctica judicial de un Estado que refleja la aplicación del principio de jurisdicción universal en materia penal, ¿guarda relación con la obligación *aut dedere aut judicare*?

d) Los crímenes o delitos a los que se aplica el principio de jurisdicción universal en materia penal en la legislación y la práctica de un Estado, ¿guardan relación con la obligación *aut dedere aut judicare*[2]?

4. En el mismo período de sesiones, la Comisión también señaló que agradecería recibir información sobre lo siguiente:

a) si el Estado estaba facultado de conformidad con su derecho interno para extraditar personas en supuestos no previstos por un tratado o para extraditar personas de su propia nacionalidad;

b) si el Estado estaba facultado para ejercer jurisdicción sobre delitos ocurridos en otros Estados en los que no está implicado un nacional suyo;

c) si el Estado consideraba la obligación de extraditar o juzgar como una obligación de derecho internacional consuetudinario y, en caso afirmativo, ¿en qué medida[3]?

5. Las observaciones recibidas en el 59.º período de sesiones de la Comisión figuran en *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/579 y Add. 1 a 4. Desde entonces, y al 30 de mayo de 2008, se habían recibido observaciones por escrito de los cinco Estados siguientes, mencionados siguiendo el orden alfabético inglés: Chile, Guatemala, Mauricio, los Países Bajos y la Federación de Rusia.

[2] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 31.

[3] Ibíd., párr. 32.

Información y observaciones recibidas de los Gobiernos

A. Chile

A fin de complementar la información que figura en *Anuario… 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/579 y Add.1 a 4, Chile presentó una lista de tratados multilaterales, en los que es parte, que imponen la obligación de extraditar o juzgar: Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, promulgada por Decreto Supremo n.º 808, de 7 de octubre de 1988, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 26 de noviembre de 1988; Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, promulgada por Decreto Supremo n.º 809, de 7 de octubre de 1988, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 26 de noviembre de 1988; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, promulgada por Decreto Supremo n.º 129, de 28 de febrero de 1977, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 29 de marzo de 1977; Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I), promulgado por Decreto Supremo n.º 752, de 5 de diciembre de 1950, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 17 de abril de 1951; Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II), promulgado por Decreto Supremo n.º 752, de 5 de diciembre de 1950, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 17 de abril de 1951; Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (Convenio III), promulgado por Decreto Supremo n.º 752, de 5 de diciembre de 1950, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 18 de abril de 1951; Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempos de guerra (Convenio IV), promulgado por Decreto Supremo n.º 752, de 5 de diciembre de 1950, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 19 y 20 de abril de 1951; Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, promulgado por Decreto Supremo n.º 163, de 3 de julio de 2002, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 13 de septiembre de 2002; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, promulgado por Decreto Supremo n.º 519, de 20 de noviembre de 2001, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 6 de febrero de 2002; Convención Internacional contra la toma de rehenes, promulgada por Decreto Supremo n.º 989, de 16 de noviembre de 1981, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 8 de enero de 1982; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, promulgado por Decreto Supremo n.º 147, de 20 de marzo de 1972, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 19 de abril de 1972; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, promulgado por Decreto Supremo n.º 736, de 4 de noviembre de 1975, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 11 de diciembre de 1975; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, promulgado por Decreto Supremo n.º 519, de 10 de julio de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 9 de septiembre de 1989; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, promulgados por Decreto Supremo n.º 793, de 3 de junio de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 8 de agosto de 1994; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, promulgada por Decreto Supremo n.º 712, de 12 de mayo de 1999, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 21 de julio de 1999; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, promulgada por Decreto Supremo n.º 375, de 23 de noviembre de 2006, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 30 de enero de 2007; y Convención Interamericana contra la Corrupción, promulgada por Decreto Supremo n.º 1879, de 29 de octubre de 1998, del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 2 de febrero de 1999.

B. Guatemala

*Tratados internacionales por los que Guatemala está obligada que enuncian la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) y reservas hechas por ese Estado para limitar la aplicación de esa obligación*

1. Guatemala presentó la siguiente lista de tratados multilaterales sobre el tema: los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (el Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II); el Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (Convenio III), y el Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)); la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves; el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil; la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; la Convención Internacional contra la toma de rehenes; la Convención sobre la protección física de materiales nucleares; el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

2. Guatemala señaló además que es parte en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, ninguna de las cuales impone la obligación de extraditar o juzgar, aunque ambas obligan a los Estados partes a establecer jurisdicción en relación con los delitos correspondientes y a conceder la extradición con arreglo a la legislación de cada Estado. Además, Guatemala ha suscrito el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y la Convención Interamericana sobre Extradición, aunque no ha ratificado estos instrumentos.

3. Guatemala también presentó una lista de tratados regionales sobre la materia: la Convención de derecho internacional privado (Código Bustamante); la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional; la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; la Convención Interamericana contra la Corrupción; la Convención sobre Extradición, de 1933, y la Convención de extradición, de 1923.

4. Guatemala señaló que las reservas hechas por ese país a los tratados multilaterales y regionales enumerados anteriormente no afectan las disposiciones sobre la obligación de extraditar o juzgar contenidas en ellos.

5. Guatemala también presentó una lista de tratados bilaterales sobre la materia: Tratado sobre Extradición de Criminales entre Guatemala y Bélgica; Convención Adicional al Tratado sobre Extradición entre Guatemala y Bélgica; Protocolo Adicional a la Convención sobre Extradición entre Guatemala y Bélgica; Tratado de Extradición entre Guatemala y España; Protocolo Adicional al Tratado de Extradición entre Guatemala y España; Tratado de Extradición entre Guatemala y los Estados Unidos; Convención Adicional al Tratado de Extradición entre Guatemala y los Estados Unidos; Tratado de Extradición entre Guatemala y el Reino Unido; Protocolo Adicional al Tratado de Extradición entre Guatemala y el Reino Unido; Canje de notas para extender las estipulaciones del Tratado de Extradición a algunos territorios bajo el mandato del Reino Unido; Tratado de Extradición entre Guatemala y México y Tratado de Extradición entre Guatemala y la República de Corea.

6. Por último, Guatemala informó que había suscrito tres tratados que todavía no habían entrado en vigor: el Acuerdo sobre Extradición entre Guatemala y el Brasil; el Tratado de Extradición entre Guatemala y el Perú y el Tratado Centroamericano relativo a la orden de detención y extradición simplificada.

Normativa legal interna adoptada y aplicada por Guatemala, en particular las disposiciones constitucionales y los códigos penales o códigos de procedimiento penal, concernientes a la obligación de extraditar o juzgar

7. La Constitución Política de la República de Guatemala aborda la extradición en su artículo 27, que establece que «[l]a extradición se rige por lo dispuesto en tratados internacionales». Esa disposición también establece que no se intentará la extradición de guatemaltecos por delitos políticos, y que los guatemaltecos en ningún caso serán entregados a un gobierno extranjero, salvo lo dispuesto en tratados y convenciones con respecto a los delitos de lesa humanidad o contra el derecho internacional. Este artículo es la base de la legislación nacional sobre el tema, por ejemplo, los artículos 5 y 8 del Código Penal[1] (Decreto 17-23 del Congreso de la República y sus modificaciones) y demás disposiciones legislativas y reglamentarias, como los artículos 68 y 69 de la Ley contra la Narcoactividad, el Acuerdo 8-2005 de la Corte Suprema de Justicia, en virtud del cual se designan los tribunales competentes para resolver solicitudes de extradición y la Circular de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, N.º 3426-B, de 13 de mayo de 1952.

8. Debido a que según lo previsto en la Constitución de Guatemala la extradición se rige por tratados internacionales, las pocas disposiciones de derecho interno vigentes

[1] El artículo 5, párr. 3, dice: «Por delito cometido por guatemalteco, en el extranjero, cuando se hubiere denegado su extradición». El artículo 8 establece lo siguiente: «La extradición sólo podrá intentarse u otorgarse por delitos comunes. Cuando se trate de extradición comprendida en tratados internacionales, sólo podrá otorgarse si existe reciprocidad».

sobre el tema son en gran medida de naturaleza procesal y complementarias de esos tratados. La legislación nacional debe ajustarse a los principios internacionales reconocidos sobre la extradición, por ejemplo, que no se concederá la extradición de los nacionales del Estado requerido por delitos leves que tengan una pena prevista inferior a un año de prisión ni por delitos políticos o delitos comunes conexos, y que no se impondrá a la persona sujeta a extradición una pena más severa que la aplicable en el Estado requerido ni pena de muerte.

9. En cuanto a la obligación de no entregar a nacionales, el artículo 27 de la Constitución prohíbe la extradición de nacionales sólo en el caso de delitos políticos, pero no en caso de delitos de lesa humanidad o contra el derecho internacional, de conformidad con los tratados internacionales en los que Guatemala es parte. Por lo tanto, puede inferirse *a contrario sensu* que la Constitución no prohíbe la entrega de nacionales, dado que las autoridades guatemaltecas tienen la facultad de otorgar o denegar la extradición. Sin embargo, si deniegan una solicitud de extradición, tienen la obligación de juzgar.

10. En ese orden de ideas, el artículo 5, párr. 3, del Código Penal constituye un caso concreto por el que Guatemala acepta la obligación *aut dedere aut judicare*, dado que en él se establece que se aplicará la ley penal guatemalteca por «delito cometido por guatemalteco, en el extranjero, cuando se hubiere denegado su extradición».

11. A diferencia del Código Penal, que se ocupa de los delitos comunes, los artículos 68 y 69 de la Ley contra la Narcoactividad establecen algunos parámetros para los delitos relacionados con drogas:

> Artículo 68. Extradición y procedimiento para tramitarla.
>
> [...]
>
> *i*) Si se denegare la extradición, porque así lo resolvieron los tribunales de justicia o porque el Ejecutivo así lo dispuso, Guatemala queda en la obligación de procesar a la persona no extraditada y además entregarle al Estado solicitante copia certificada de la sentencia.
>
> El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados en esta ley.
>
> Artículo 69. Renuncia a la extradición. El Estado de Guatemala podrá entregar a la persona reclamada a la parte requirente sin un procedimiento formal de extradición, siempre y cuando la persona reclamada consienta a dicha entrega [frente a] una autoridad judicial competente.

12. En la práctica, no se concede la extradición en Guatemala simplemente por razones de reciprocidad. El artículo 8 del Código Penal guatemalteco establece que «[l]a extradición sólo podrá intentarse u otorgarse por delitos comunes». También establece que la «extradición comprendida en tratados internacionales, sólo podrá otorgarse si existe reciprocidad». No obstante, esta disposición cede ante lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución, que establece que la extradición se rige por lo dispuesto en tratados internacionales. Por otro lado, la legislación penal guatemalteca no define qué son los delitos comunes o cuándo se juzga que son de carácter político. En la práctica y según la jurisprudencia de los tribunales, la expresión «delito político» se refiere a los delitos contra la seguridad del Estado o el orden institucional (títulos XI y XII del Código Penal).

Crímenes o delitos a los que se aplica el principio de la obligación de extraditar o juzgar en la legislación o la práctica de Guatemala

13. Guatemala explicó que todos los delitos extraditables de conformidad con uno o más de los tratados enumerados precedentemente llevan implícita la obligación de *aut dedere aut judicare*, siempre y cuando esos tratados no establezcan ninguna excepción a la obligación de juzgar, si se deniega la extradición.

C. Mauricio

1. Mauricio presentó una lista de tratados internacionales, en los que es parte, que establecen la obligación de extraditar o juzgar: Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II); Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (Convenio III), y Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)); Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II); Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (fecha de ratificación: 25 de abril de 1983); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (fecha de ratificación: 25 de abril de 1983); Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (fecha de adhesión: 8 de mayo de 1973); Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (fecha de adhesión: 24 de septiembre de 2003); Convención internacional contra la toma de rehenes (fecha de ratificación: 17 de octubre de 1980); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (fecha de adhesión: 9 de diciembre de 1992); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (fecha de adhesión: 21 de julio de 2004); Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (fecha de adhesión: 6 de marzo de 2001); Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (fecha de adhesión: 24 de enero de 2003); Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (fecha de ratificación: 14 de diciembre de 2004); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (fecha de ratificación: 18 de abril de 2003); Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (fecha de adhesión: 24 de septiembre de 2003); y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2003 (fecha de ratificación: 14 de diciembre de 2004).

2. Mauricio también ratificó, el 5 de abril de 1983, el Convenio relativo a las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves. Sin embargo, ese Convenio no imponía la obligación de extraditar o juzgar, sino que sólo exigía que cada Estado Contratante adoptara las medidas necesarias a fin de establecer su jurisdicción como Estado de matrícula sobre las infracciones cometidas a bordo de las aeronaves matriculadas en tal Estado.

3. Además, Mauricio señaló que había celebrado tratados bilaterales de extradición con algunos países, aunque esos tratados sólo imponían la obligación de extraditar bajo ciertas condiciones, lo que no equivale a una obligación de extraditar o juzgar.

4. Mauricio explicó que no existía legislación específica en su derecho interno que estableciera la obligación de extraditar o juzgar. Incluso la Ley de extradición de 1970, que regulaba la práctica de la extradición en Mauricio, no contenía ninguna disposición que consagrara el principio *aut dedere aut judicare*. En cambio, Mauricio señaló que la Ley de extradición no prohibía la extradición de nacionales de Mauricio y que, en general, en los países que denegaban la extradición por razón de la nacionalidad era necesario aplicar el principio *aut dedere aut judicare* para evitar que hubiera impunidad por ese motivo. Según la Ley sobre prevención de la corrupción (2002), los delitos relacionados con la corrupción son simplemente extraditables. Esa Ley no establece la obligación de extraditar o juzgar. Al respecto, la sección 80 de la Ley dispone lo siguiente: «Todo delito relacionado con la corrupción será considerado un delito extraditable, y podrá otorgarse la extradición con respecto a él de conformidad con la Ley de extradición». Asimismo, la sección 29 de la Ley de inteligencia financiera y lucha contra el blanqueo de dinero de 2002 establece que los delitos de blanqueo de dinero son extraditables. La Ley no establece la obligación de extraditar o juzgar.

5. En Mauricio son pocas las disposiciones legislativas que establecen jurisdicción para delitos concretos, y que, por lo tanto, facultan al Fiscal General a entablar acciones penales. Al respecto, la Ley de 2003 sobre el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, por la que se aplica ese Convenio, establece la obligatoriedad del principio *aut dedere aut judicare*. La financiación del terrorismo, en Mauricio o en el exterior, constituye un delito conforme lo dispuesto en la sección 4 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo. El artículo 7, párr. 1, apdo. *h*, de la Ley otorga jurisdicción a los tribunales de Mauricio para juzgar a una persona sospechada de financiar el terrorismo, siempre que esa persona se encuentre en Mauricio después de la comisión del hecho, independientemente de que el delito se haya cometido en Mauricio o en el exterior. La persona no puede ser extraditada a un Estado extranjero que tenga jurisdicción para juzgar ese delito. De lo que antecede se desprende que los tribunales de Mauricio pueden ejercer jurisdicción extraterritorial sobre extranjeros sospechados de haber cometido el delito de financiación del terrorismo en el exterior. La Ley establece la jurisdicción de los tribunales de Mauricio en esos casos y como esa jurisdicción se funda en que Mauricio no puede extraditar al sospechoso, obviamente la Ley consagra la aplicación del principio *aut dedere aut judicare*. Asimismo, la obligación de extraditar o juzgar está prevista en el artículo 30, apdo. *c*, de la Ley de prevención del terrorismo de 2002, que establece que un tribunal de Mauricio tendrá jurisdicción para juzgar los delitos y aplicar las sanciones establecidos en esa Ley si esos delitos fueron cometidos o se terminaron de cometer fuera de Mauricio, el supuesto autor se encuentra en Mauricio y Mauricio no lo extradita.

6. Además, Mauricio señaló que existían otros instrumentos que facilitaban la cooperación internacional en materia penal, como la Ley de asistencia recíproca en materia penal y asuntos conexos de 2003, que prevé una amplia variedad de medidas de asistencia, por ejemplo, la posibilidad de tomar declaraciones, realizar allanamientos o incautar bienes, obtener documentos o material probatorio, cursar notificaciones de documentos, y trasladar temporalmente personas para que presten asistencia en una investigación o se presenten como testigos.

D. Países Bajos

Tratados internacionales por los que un Estado está obligado que enuncien la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare) *y reservas hechas por ese Estado para limitar la aplicación de esta obligación*

1. Los Países Bajos presentaron la siguiente lista de tratados en relación con el tema: Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda; Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas; Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II); Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (Convenio III), y Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)) y Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I); Convención sobre la alta mar; Convención única de 1961 sobre Estupefacientes; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil; Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas; Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Convenio MARPOL); Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo; Convención Internacional contra la toma de rehenes; Convención sobre la protección física de materiales nucleares; Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación

civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental; Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado; Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo; Convenio de derecho penal sobre la corrupción; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Convenio sobre cibercriminalidad; y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, así como la Decisión marco del Consejo relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros[1].

2. Los Países Bajos suscribieron el Protocolo de enmienda al Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo y el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, y se encuentra en marcha el proceso de ratificación de esos tratados.

3. Los Países Bajos también son parte en el Convenio europeo de extradición y sus dos Protocolos Adicionales, que no establecen la obligación de *aut dedere aut judicare*, pero que fomentan la cooperación judicial internacional en la esfera del derecho penal.

4. Los Países Bajos han celebrado también varios acuerdos bilaterales de extradición.

5. Por último, los Países Bajos señalaron que son parte en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y en el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, en que no se impone la obligación de extraditar o juzgar, pero se exige a los Estados que establezcan jurisdicción sobre determinados delitos.

Normativa legal interna adoptada y aplicada por un Estado, en particular las disposiciones constitucionales y los códigos penales o códigos de procedimiento penal, concernientes a la obligación de extraditar o juzgar

6. En octubre de 2003, entró en vigor en los Países Bajos una nueva ley sobre crímenes internacionales, que contempla la posibilidad de que se entablen procesos penales contra una persona sospechada de haber cometido crímenes internacionales en el exterior si es detenida en territorio neerlandés, si ha cometido crímenes internacionales en el extranjero contra nacionales neerlandeses o si tiene nacionalidad neerlandesa. Los crímenes internacionales a los que se refiere esa ley son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la tortura.

Práctica judicial de un Estado que refleje la aplicación de la obligación de aut dedere aut judicare

7. Los Países Bajos señalaron que los acontecimientos acaecidos en el plano internacional cuando se estableció la Corte Penal Internacional impulsaron la decisión de ampliar los recursos de la Fiscalía General para tramitar esas causas tan complejas. Desde entonces, un miembro de las fuerzas armadas de la República Democrática del Congo y dos ex miembros de las fuerzas armadas del Afganistán, que habían buscado asilo en los Países Bajos, fueron juzgados por crímenes internacionales y condenados en consecuencia. Además, dos ciudadanos neerlandeses fueron detenidos acusados de ser cómplices en crímenes de guerra y genocidio. Algunos apelaron la sentencia del tribunal de primera instancia. Más recientemente, otro ex oficial afgano y un refugiado rwandés fueron detenidos y acusados de cometer crímenes de guerra y actos de tortura. La acusación contra el nacional de Rwanda incluía crímenes de guerra y genocidio. Sin embargo, el tribunal de primera instancia resolvió que la acusación de genocidio era inadmisible. Según la nueva Ley de crímenes internacionales mencionada, en la actualidad es posible incoar un proceso penal contra un extranjero por genocidio, si es detenido en territorio neerlandés. Sin embargo, en 1994, cuando el sospechoso presuntamente cometió el crimen de genocidio, no existía esa ley en los Países Bajos (*nullum crimen sine lege*). El Fiscal General interpuso recurso de apelación, pero todavía no se ha dictado sentencia.

E. Federación de Rusia

Tratados internacionales en que la Federación de Rusia es parte y que incluyen el principio de la jurisdicción penal universal

1. La Federación de Rusia es parte en los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (el Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II); el Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (Convenio III), y el Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)) y el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), que establecen la jurisdicción penal universal respecto de los crímenes de guerra (Convenio I, arts. 49 y 50; Convenio II, arts. 50 y 51; Convenio III, arts. 129 y 130, y Protocolo adicional I (art. 85).

2. La Federación de Rusia también es parte en la mayoría de los tratados universales y regionales de represión de delitos concretos que incluyen el principio *aut dedere aut judicare*. En particular, cabe mencionar el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la

[1] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 190, 18 de julio de 2002.

seguridad de la aviación civil; la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo; la Convención sobre la protección física de materiales nucleares; la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima; el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

3. La Federación de Rusia es parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que en su artículo 105 establece la jurisdicción penal universal respecto de la piratería.

4. Además, la Federación de Rusia es parte en varios tratados internacionales que incluyen el principio de la jurisdicción universal, si bien no en relación con la no extradición de los presuntos autores. Entre ellos cabe mencionar la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*. La Federación de Rusia ha firmado, pero no ratificado, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

5. En algunos de los tratados en que la Federación de Rusia es parte, el principio *aut dedere aut judicare* no está relacionado con el establecimiento de jurisdicción universal. Por ejemplo, el artículo 8 del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, establece que

> [e]n los países que no admitan el principio de extradición de los nacionales, sus súbditos que hayan vuelto al territorio de su país después de haber sido culpables en el extranjero de hechos previstos por el artículo 3, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiese sido cometido en su propio territorio y eso aun en el caso de que el culpable hubiera adquirido su nacionalidad posteriormente a la realización de la infracción.

¿Está la legislación de la Federación de Rusia relativa al principio de la jurisdicción penal universal relacionada con la obligación de aut dedere aut judicare*?*

6. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 15 de la Constitución de la Federación de Rusia, los principios y las normas del derecho internacional reconocidos generalmente y los tratados internacionales en que la Federación de Rusia es parte son parte integrante de su sistema jurídico. Si un tratado internacional en que la Federación de Rusia es parte estipula normas distintas de las establecidas en la ley, se aplicarán las normas internacionales.

7. El derecho penal ruso está incorporado en el Código Penal de la Federación de Rusia. Con arreglo al párrafo 3 del artículo 12 de ese código, «los extranjeros y los apátridas que no tengan residencia permanente en la Federación de Rusia y que hubieran cometido un delito fuera del país serán enjuiciados con arreglo al presente código en los casos en que el delito estuviera dirigido contra los intereses de la Federación de Rusia o de un nacional ruso o de un apátrida con residencia permanente en la Federación de Rusia, y en los casos previstos en los tratados internacionales en que la Federación de Rusia es parte, si no hubieran sido condenados en un Estado extranjero y estuvieran siendo enjuiciados en el territorio de la Federación de Rusia».

8. La aplicación del párrafo 3 del artículo 12 del Código Penal de la Federación de Rusia está relacionada con la obligación de *aut dedere aut judicare* en la medida en que la Federación de Rusia ejerce su jurisdicción penal de conformidad con el principio de universalidad, sobre la base de un tratado internacional que incorpore ese principio.

Crímenes y delitos a los que en la legislación y práctica de la Federación de Rusia se aplica el principio de jurisdicción penal universal

9. Con arreglo a lo establecido en el párrafo 3 del artículo 12 del Código Penal de la Federación de Rusia, la jurisdicción universal de la Federación de Rusia se aplica únicamente a los crímenes respecto de los cuales la Federación de Rusia está obligada por un tratado internacional a ejercer su jurisdicción penal. Ello se aplica esencialmente a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (arts. 353 a 360 del Código Penal: planificación, preparación, iniciación o conducción de una guerra de agresión; instigación pública a la iniciación de una guerra de agresión; desarrollo, producción, almacenamiento, adquisición o venta de armas de destrucción en masa; uso de medios y métodos prohibidos para la conducción de la guerra; genocidio; deterioro del medio ambiente; actividades de mercenarios; ataques contra personas o instituciones internacionalmente protegidas) y otros crímenes a que se hace referencia en las convenciones (art. 206, toma de rehenes; art. 211, secuestro de aeronaves, buques o trenes; art. 227, piratería; y otros artículos del Código Penal).

¿Autoriza la legislación interna de la Federación de Rusia a extraditar personas en casos no contemplados por un tratado, o a extraditar personas de su propia nacionalidad?

10. La Federación de Rusia coopera internacionalmente en asuntos de extradición no sólo de conformidad con los tratados internacionales en que es parte, sino también sobre la base del principio de reciprocidad. Con arreglo al artículo 462 de su Código de Procedimiento Penal, «la Federación de Rusia, de conformidad con los tratados internacionales en que es parte y sobre la base del principio de reciprocidad, puede extraditar a un extranjero o a un apátrida que se encuentre en el territorio de la Federación de Rusia a un Estado extranjero para su enjuiciamiento penal o para la ejecución de una condena por actos que sean punibles con arreglo al derecho penal de la Federación de Rusia y el derecho del Estado extranjero que solicitó la extradición». El párrafo 2 del artículo 462 del Código establece que «la extradición de la persona sobre la base del principio de reciprocidad entraña que, de conformidad con las seguridades que ofrezca el Estado extranjero que solicitó la extradición, cabe esperar que, en una situación similar, se otorgará la extradición que solicite la Federación de Rusia».

11. La Constitución de la Federación de Rusia establece que no se podrá extraditar a otro Estado a un nacional ruso (art. 61, párr. 1). El párrafo 1 del artículo 13 del Código Penal ruso establece también que «los nacionales rusos que hayan cometido un delito en el territorio de un Estado extranjero no serán extraditados a ese Estado».

12. Cuando la Federación de Rusia deniega la extradición de una persona a un Estado extranjero y tiene jurisdicción penal respecto de esa persona (incluso con fundamento en la jurisdicción universal), las autoridades competentes de la Federación de Rusia proponen al Estado solicitante que remita el expediente del caso, a fin de que esa persona pueda ser enjuiciada en el territorio de la Federación de Rusia.

¿Tiene el Estado autoridad para ejercer jurisdicción respecto de delitos cometidos en otros Estados y en que no haya participado uno de sus nacionales?

13. La autoridad de la Federación de Rusia a ese respecto dimana del párrafo 3 del artículo 12 del Código Penal. Como se indicó precedentemente, el Código establece que la Federación de Rusia puede ejercer jurisdicción penal respecto de delitos cometidos fuera de la Federación de Rusia por los extranjeros y los apátridas que no tengan residencia permanente en la Federación de Rusia si el delito estuviera dirigido contra los intereses de la Federación de Rusia o de un nacional ruso o de un apátrida con residencia permanente en la Federación de Rusia, y en los casos previstos en los tratados internacionales en que la Federación de Rusia es parte, si los extranjeros y los apátridas que no tengan residencia permanente en la Federación de Rusia no hubieran sido condenados en un Estado extranjero.

14. Con arreglo al párrafo 1 del artículo 460 del Código de Procedimiento Penal, «la Federación de Rusia podrá solicitar a un Estado extranjero que extradite a una persona para su enjuiciamiento penal o para la ejecución de una condena sobre la base de un tratado internacional en que la Federación de Rusia y el Estado extranjero sean partes o con fundamento en un compromiso celebrado por escrito por el Procurador General de la Federación de Rusia de que a partir de ese momento se extraditarán personas a ese Estado sobre la base del principio de reciprocidad de conformidad con la legislación de la Federación de Rusia».

¿Considera la Federación de Rusia que la obligación de extraditar o enjuiciar es una obligación de derecho consuetudinario internacional y, en caso afirmativo, en qué medida?

15. La Federación de Rusia considera que este asunto exige un estudio más detenido por parte del Relator Especial y la Comisión. Sin embargo, considera que se deben tener en cuenta las cuestiones siguientes.

16. La extradición y el enjuiciamiento de personas son, como cuestión de principio, derechos soberanos del Estado en cuyo territorio se encuentre el autor. Dentro de su jurisdicción territorial, el Estado tiene derecho a decidir independientemente si corresponde la extradición o el enjuiciamiento penal. En ciertas circunstancias quizás incluso se abstenga por completo de enjuiciar a una persona, por ejemplo, a cambio de su testimonio o asistencia en la realización de una investigación penal.

17. Por supuesto, si se ha concertado tratado internacional que incluya la obligación de *aut dedere aut judicare*, el Estado no puede decidir discrecionalmente si corresponde el enjuiciamiento o la extradición de un presunto autor, ya que queda obligado por las normas pertinentes del tratado. Además, es apenas posible presumir que en el derecho internacional consuetudinario exista una obligación de esa naturaleza, que restringe significativamente los derechos soberanos de los Estados en una esfera delicada del derecho público.

18. La Federación de Rusia no comparte la opinión de que se pueda inferir la existencia de una obligación de derecho consuetudinario internacional porque existe un gran cuerpo de tratados internacionales que establece esa obligación. De ser así, podría afirmarse que la concertación por los Estados de un gran número de tratados de extradición es prueba del surgimiento de una norma consuetudinaria que obliga a los Estados a hacer lugar a las solicitudes de extradición. Sin embargo, por sí misma la existencia de ese tipo de tratados, incluso un gran número de ellos, no es prueba suficiente de la existencia de una norma de derecho consuetudinario internacional. Al mismo tiempo, se acepta en general que las obligaciones relacionadas con la extradición sólo pueden dimanar de los instrumentos internacionales pertinentes.

19. En opinión de la Federación de Rusia, la existencia de una norma de derecho consuetudinario que obligue a los Estados a ejercer su jurisdicción penal o a hacer lugar a la solicitud de extradición con relación a un tipo determinado de delitos quizás no pueda inferirse fácilmente de la existencia de una norma consuetudinaria que prohíba ese tipo de delitos.

20. Como señaló la CIJ en el fallo *Plateau continental* (Jamahiriya Árabe Libia *c.* Malta), el material constitutivo del derecho consuetudinario internacional debe buscarse esencialmente en la práctica real y en la *opinio juris* de los Estados[1]. La Federación de Rusia no descarta *a priori* la existencia de una norma de derecho consuetudinario internacional que obligue a los Estados a extraditar o enjuiciar a personas respecto de ciertas categorías de delitos. Sin embargo, considera que la existencia y el alcance de la aplicación de una norma de esa naturaleza sólo puede establecerse si se determina que esa es la práctica pertinente del Estado cuando no existe una obligación dimanada de un tratado, junto con la prueba de que los Estados actúan de esa manera precisamente porque se consideran obligados por una norma de derecho.

21. Este último elemento es particularmente importante en este caso, habida cuenta de que en la práctica es difícil determinar si un Estado que extradita o enjuicia a una determinada persona lo hace con fundamento en el principio *aut dedere aut judicare*. Si un Estado no está obligado por un tratado, quizás extradite al presunto

[1] Fallo, *C.I.J. Recueil 1985*, pág. 29, párr. 27; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 195.

autor que se encuentre en su territorio, no porque se considere vinculado por una obligación en relación con otro Estado, sino simplemente con fundamento en el principio de reciprocidad.

22. La Federación de Rusia considera que una prueba importante de la *opinio juris* a este respecto podría ser la dimanada de los fallos de los tribunales nacionales o de las declaraciones oficiales de los Estados en que se afirme explícitamente que la negativa a conceder la extradición crea en el Estado solicitado la obligación de remitir el caso a las autoridades nacionales competentes, aun a falta de la correspondiente obligación dimanada de un tratado. La Federación de Rusia estima que todavía no hay pruebas convincentes de que exista una norma consuetudinaria *aut dedere aut judicare*.

23. La cuestión de la creación de la obligación de *aut dedere aut judicare* en el derecho consuetudinario internacional respecto de un reducido número de actos delictivos que preocupan a toda la comunidad internacional merece un análisis separado. Esas preocupaciones se refieren esencialmente al genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE

[Tema 8 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/598

Informe preliminar sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial

[Original: español/inglés]
[5 de mayo de 2008]

ÍNDICE

			Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe			149
Obras citadas en el presente informe			150
		Párrafos	
INTRODUCCIÓN		1-13	151
	A. Inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional	1-8	151
	B. Objetivo del presente informe	9-13	152
Capítulo			
I.	ANTECEDENTES	14-42	153
	A. Evolución de la protección de las personas en casos de desastre	14-20	153
	B. Fuentes	21-42	154
	1. Derecho internacional humanitario y asistencia humanitaria	22-24	154
	2. El derecho internacional de los derechos humanos como paradigma de un enfoque de la protección basado en los derechos	25-26	155
	3. Derecho internacional de los refugiados y desplazados internos y desastres	27-29	155
	4. Instrumentos jurídicos aplicables específicamente a la asistencia en casos de desastre	30-40	156
	5. Últimos acontecimientos	41	158
	6. Derecho internacional consuetudinario	42	158
II.	ALCANCE DEL TEMA	43-58	158
	A. *Ratione materiae*: concepto y clasificación de los desastres	44-49	158
	B. *Ratione materiae*: el concepto de protección de las personas	50-55	160
	C. *Ratione personae*	56	161
	D. *Ratione temporis*	57-58	161
III.	FORMA QUE HAN DE REVESTIR LOS TRABAJOS	59-60	162
IV.	CONCLUSIONES	61-66	162

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña (Ginebra, 22 de agosto de 1864)	CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 19.
Convención (VIII) de 1907 relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (La Haya, 18 de octubre de 1907)	James Brown Scott (ed.), *Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, Nueva York, Oxford University Press, 1916, pág. 151.
Convenio y Estatuto por los que se establece la Unión Internacional de Socorro (Ginebra, 12 de julio de 1927)	Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. 135, n.º 3115, pág. 247.

	Fuente
Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de febrero de 1946)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1, n.º 4, pág. 15.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, n.os 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)	Ibíd.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (Convenio III)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.º 17512, pág. 214.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., n.º 17513, pág. 642.
Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Ibíd., vol. 189, n.º 2545, pág. 137.
Protocolo sobre el estatuto de los refugiados (Nueva York, 31 de enero de 1967)	Ibíd., vol. 606, n.º 8791, pág. 267.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 993, n.º 14531, pág. 3.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Convención de la OUA que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África (Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969)	Ibíd., vol. 1001, n.º 14691, pág. 45.
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.
Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (Addis Abeba, 11 de julio de 1990)	OUA, documento CAB/LEG/24.9/49 (1990).
Convención Interamericana para facilitar la Asistencia en Casos de Desastre (Santiago de Chile, 7 de junio de 1991)	OEA, *Serie sobre Tratados 74* (OEA/Ser.A/49 (SEPF), pág. 3.
Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en caso de catástrofe (Tampere, 18 de junio de 1998)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2296, n.º 40906, pág. 98.
Convenio marco de asistencia en materia de protección civil (Ginebra, 22 de mayo de 2000)	Ibíd., vol. 2172, n.º 38131, pág. 253.
Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia (Vientiane, 26 de julio de 2005)	*ASEAN Documents Series 2005*, pág. 157.
Protocolo sobre la Protección y la Asistencia a los Desplazados Internos (Nairobi, 30 de noviembre de 2006)	Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos (https://icglr.org).
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2515, n.º 44910, pág. 3.

Obras citadas en el presente informe

Berramdane, Abelkhaleq

«L'obligation de prévention des catastrophes et risques naturels», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 113 (1997), págs. 1717 a 1751.

Cançado Trindade, Antônio Augusto

«International law for humankind—towards a new *jus gentium* (II): general course on public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2005*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, t. 317, págs. 9 a 312.

Caron, David D.

«Addressing catastrophes: conflicting images of solidarity and separateness», en David D. Caron y Charles Leben (eds.), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2001, págs. 3 a 29.

De Vattel, Emer

Derecho de gentes, o Principios de la ley natural aplicados a la conducta, y a los negocios de las naciones y de soberanos, tomo segundo, París, Casa de Masson, 1824.

Ebersole, Jon M.

«The Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies: Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance», *Human Rights Quarterly*, vol. 17 (1995), págs. 192 a 208.

El Baradei, Mohamed y otros

Model Rules for Disaster Relief Operations, publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E.82.XV.PE/8 (Policy and Efficacy Studies n.º 8).

FICR

«Derecho internacional de las intervenciones en casos de desastre (DIICD): proyecto de informe 2002-2003» (03/IC/11), documento preparado para la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 2-6 de diciembre de 2003, Ginebra, 2003.

Fisher, David

Law and legal issues in international disaster response: a desk study, Ginebra, FICR, 2007.

Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck

Customary International Humanitarian Law, vol. 1: *Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Hoffman, Michael H.

«What is the scope of international disaster response law?», *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*, Ginebra, FICR, 2003.

Instituto de Derecho Internacional

Annuaire, vol. 70, parte II, sesión de Brujas, 2003: segunda parte, París, Pedone.

Jakovljević, Boško

«International disaster relief law», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 34 (2004), págs. 251 a 286.

Kalshoven, Frits

«Assistance to the victims of armed conflicts and other disasters», en Frits Kalshoven (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflict and Other Disasters: Papers delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict, The Hague, 22–24 June 1988*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, págs. 13 a 26.

Kent, Randolph C.

Anatomy of Disaster Relief: The International Network in Action, Londres, Pinter, 1987.

Macalister-Smith, P.

«The International Relief Union: reflections on the Convention Establishing an International Relief Union of July 12, 1927», *Legal History Review*, vol. LIV (1986), págs. 363 a 374.

Naciones Unidas, OCAH

Directrices sobre la Utilización de Recursos Militares y de la Defensa Civil Extranjeros para las Operaciones de Socorro en Casos de Desastre, revisión 1.1 de noviembre de 2007, Ginebra, OCAH, 2008.

Patrnogic, Jovica

«Some reflections on humanitarian principles applicable in relief actions», en Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Ginebra y La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, págs. 925 a 936.

Provost, René

International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 (Cambridge studies in international and comparative law).

Romano, Cesare P. R.

«L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles», en David D. Caron y Charles Leben (eds.), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2001, págs. 379 a 428.

Introducción*

A. Inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional

1. En el 54.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 2002, su Grupo de Planificación creó el Grupo de Trabajo sobre el programa a largo plazo, presidido por el Sr. Alain Pellet[1], que volvió a constituirse en el 58.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 2006[2]. En ese quinquenio, el Grupo de Trabajo pidió a sus miembros, a los demás miembros de la Comisión y a la Secretaría que preparasen anteproyectos sobre diversos temas. En 2004 el Sr. Maurice Kamto presentó una propuesta sobre la protección internacional de personas en situaciones críticas para que fuera examinada por el Grupo de Trabajo[3]. La División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas, que hace las veces de secretaría de la Comisión, presentó varias propuestas al Grupo de Trabajo en el 58.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 2006, que llevaban por título «Protección de las personas en casos de desastre»[4]. En ese período de sesiones la Comisión expresó su reconocimiento a la División de Codificación por la valiosa asistencia que le había prestado en relación con esas propuestas. En el mismo período de sesiones el Grupo de Planificación recomendó la inclusión del tema «Protección de las personas en casos de desastre» en el programa de trabajo a largo plazo[5], que fue respaldada por la Comisión sin deliberación, y, como sinopsis del tema, se reprodujo la propuesta de la Secretaría en el anexo C del informe de la Comisión.

2. En su 59.º período de sesiones, celebrado en 2007, la Comisión decidió incluir el tema en su actual programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Eduardo Valencia-Ospina[6].

3. En su sexagésimo primer período de sesiones, la Asamblea General, basándose en la recomendación de la Sexta Comisión, aprobó la resolución 61/34, de 4 de diciembre de 2006, titulada «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones», en la que, entre otras cosas, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir cinco temas en su programa de trabajo a largo plazo.

4. En su sexagésimo segundo período de sesiones, la Asamblea General, basándose en la recomendación de la Sexta Comisión, aprobó la resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, titulada «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su

* El Relator Especial desea expresar su agradecimiento por el apoyo y asesoramiento del Sr. Arjen Vermeer, doctorando, y el T.M.C. Asser Instituut, dirigido por el Sr. Frans Nelissen, La Haya; la Sra. Liz Heffernan, profesora de derecho del Trinity College, Dublín; el Sr. Guglielmo Verdirame, profesor de derecho internacional de la Universidad de Cambridge y profesor del Centro Lauterpacht de Derecho Internacional, y el propio Centro, dirigido por el Sr. James Crawford, titular de la cátedra Whewell de derecho internacional, Universidad de Cambridge (Reino Unido); el Sr. Sebastián Machado, maestrando en derecho, y el Área de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes (Bogotá), dirigida por la Sra. Liliana Obregón; el Sr. Christophe Swinarski, ex asesor jurídico del CICR, Ginebra; el Sr. Diego Basile, master en derecho (Groningen), Buenos Aires; y los Sres. Paul Walegur y Vincent Stittelaar, La Haya.

[1] *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte) pág. 107, párr. 521.

[2] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 256.

[3] ILC(LVI)/WG/LT/INFORMAL/2. Existen copias del documento en los archivos de la División de Codificación.

[4] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 261.

[5] Ibíd., párr. 257.

[6] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 375.

59.º período de sesiones», en la que, entre otras cosas, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema «Protección de las personas en casos de desastre» en su programa de trabajo.

5. En 2007, durante el examen por la Sexta Comisión del informe de la CDI sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones, varios representantes acogieron con agrado la inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión[7], si bien un representante siguió expresando sus dudas de que el tema se prestara a la codificación o el desarrollo progresivo del derecho internacional[8].

6. Tras su nombramiento, el Relator Especial decidió establecer contactos preliminares con representantes de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales interesadas, como el Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, el Secretario General Adjunto para Asuntos Humanitarios y Coordinador del Socorro de Emergencia, la OCAH y altos funcionarios del Programa Internacional de Leyes, Normas y Principios para la Respuesta a Desastres de la FICR.

7. A instancias del Relator Especial, en marzo de 2008 el Centro Lauterpacht de Derecho Internacional organizó una mesa redonda de un día en la Universidad de Cambridge sobre el tema «Protección de las personas en casos de desastre». La mesa redonda estuvo presidida por el Director del Centro, el Sr. James Crawford, que fue miembro y Relator Especial de la Comisión, y contó con 18 participantes, que contribuyeron al debate aportando conocimientos y experiencias de distinta índole en la materia.

8. En su 59.º período de sesiones, celebrado en 2007, la Comisión expresó su reconocimiento a la División de Codificación por su valiosa asistencia en la preparación de trabajos de investigación, al aportar y analizar documentación jurídica[9]. En ese período de sesiones la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio de antecedentes sobre el tema «Protección de las personas en casos de desastre», limitado inicialmente a los desastres naturales[10]. El Relator Especial aprovecha esta oportunidad para manifestar, como ya hizo la Comisión, su reconocimiento al Asesor Jurídico y, en particular, al Director y los miembros de la División de Codificación por su exhaustivo estudio, que será sin duda un punto de referencia imprescindible para la futura labor de la Comisión sobre el tema. El Relator Especial también expresa su agradecimiento a la División por haberle facilitado material de antecedentes, así como referencias bibliográficas. Teniendo presente el estudio preparado por la Secretaría, y habida cuenta del carácter preliminar del presente informe, el Relator Especial considera más económico abstenerse, en la medida de lo posible, de repetir la información que ya figura en el estudio de la Secretaría.

B. Objetivo del presente informe

9. El presente informe es, necesariamente, de carácter preliminar. Su objetivo principal es abordar de manera general el ámbito de aplicación del tema, a fin de delimitarlo adecuadamente. Se trata, por tanto, de un estudio exploratorio, y no definitivo. Se intentarán acotar las premisas básicas en que debe basarse la labor de codificación y desarrollo progresivo del tema. A tal fin, este informe abordará varias cuestiones preliminares, algunas de las cuales ya han sido tratadas, en cierta medida, en la propuesta inicial del tema presentada por la Secretaría. Pero si bien esa propuesta se centraba en los principios generales aplicables a los mecanismos operacionales, el presente informe hace hincapié en el ámbito general de aplicación del tema. Su finalidad es esbozar a grandes rasgos las cuestiones que han de ser examinadas en primer lugar por la Comisión en relación con la protección de las personas en casos de desastre y los problemas jurídicos que suscitan. Este informe pretende fomentar el debate en la Comisión a fin de ofrecer al Relator Especial las orientaciones necesarias sobre el enfoque que ha de seguirse.

10. Cuando la Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo a largo plazo decidió denominarlo «Protección de las personas en casos de desastre». Sin embargo, no existen documentos oficiales que permitan conocer las razones por las que la Comisión decidió centrarse en la «protección de las personas» en lugar del «socorro» o la «asistencia», aspecto básico en que hacía hincapié la Secretaría en su propuesta original. Por tanto, es necesario, con carácter preliminar, delimitar claramente el tema y definir sus principios y conceptos fundamentales.

11. En primer lugar, es preciso determinar el ámbito de aplicación del tema, no sólo *ratione materiae*, sino también *ratione personae* y *ratione temporis*. El título acordado por la Comisión («Protección de las personas en casos de desastre») debe estar relacionado de alguna manera con su ámbito de aplicación. Del título elegido podría desprenderse que la labor que ha de desarrollarse no entrañaría un análisis exhaustivo de las consecuencias jurídicas de los desastres, sino sólo de aquéllas relacionadas con la protección de las personas.

12. El título también incorpora una perspectiva singular, a saber, la de la persona que es víctima de un desastre, y, por tanto, sugiere que el tratamiento del tema responde claramente a un enfoque basado en los derechos. La esencia de un enfoque de la protección y la asistencia basado en los derechos consiste en definir un determinado patrón de trato que la persona, víctima de un desastre, tiene derecho a recibir en el caso concreto. Parafraseando al Secretario General[11], un enfoque basado en los derechos aborda las situaciones no sólo en función de las necesidades

---

[7] Véanse las intervenciones de Benin, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 47; Egipto, ibíd., párr. 71; Guatemala, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 12; Reino Unido, ibíd., párr. 42; Sri Lanka, ibíd., párr. 55; India, ibíd., párr. 107; Polonia, 20.ª sesión (A/C.6/62/SR.20), párr. 1; Estados Unidos, ibíd., párr. 23; Hungría, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 7; Grecia, ibíd., párr. 53; Rumania, ibíd., párr. 78; Israel, ibíd., párr. 99; Kenya, ibíd., párr. 112; Sierra Leona, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 100, y Nueva Zelandia, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 19.

[8] Véase la intervención de Portugal, ibíd., 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 77.

[9] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 386.

[10] Ibíd. El estudio fue publicado como documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3 y se reproducirá como anexo al presente volumen.

[11] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 1* (A/53/1), párr. 174.

humanas, sino también en función de la obligación que tiene la sociedad de satisfacer los derechos inalienables del individuo; habilita a las personas para que exijan la justicia como derecho y no como limosna; y da a las comunidades una base moral para reclamar asistencia internacional cuando la necesitan.

13. En el presente informe se analiza primero la evolución de la protección de las personas en casos de desastre. A continuación, se hace referencia a las fuentes y las iniciativas internacionales de codificación y desarrollo del derecho en esta materia. Se esbozan luego los distintos aspectos del ámbito general de aplicación a fin de determinar las principales cuestiones jurídicas que han de tratarse. Por último, el Relator Especial presenta una conclusión provisional, sin perjuicio del resultado de los debates que se produzcan en la Comisión a raíz del presente informe.

Capítulo I

Antecedentes

A. Evolución de la protección de las personas en casos de desastre

14. Los desastres siempre han desempeñado un papel importante en la historia del ser humano. Cabe citar, por ejemplo, la erupción del Vesubio en el año 79, la propagación de la peste durante la Edad Media y el tsunami que afectó a amplias zonas de Asia en 2004. Los llamamientos morales para prestar asistencia a las víctimas de los desastres y la solidaridad en respuesta a los desastres se han basado en consideraciones de humanidad. Cabe recordar que las órdenes de caballería, como la Soberana Orden Militar y Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta, más conocida como la Orden de San Juan o la Orden de Malta fundada en 1080, prestaban socorro a los necesitados, entre ellos las víctimas de los desastres. Con la aparición del Estado-nación y el derecho internacional modernos, el diplomático y jurista suizo Emer de Vattel escribió en 1758 un pasaje que se cita a menudo:

> Cualquiera nación debe trabajar, cuando llegue la ocasión, en la conservación de las demás y en librarlas de una ruina funesta, siempre que pueda hacerlo sin exponerse ella misma demasiado.
>
> [...]
>
> [S]i el hambre desola a un pueblo, todos los que tienen víveres sobrantes deben socorrerle en aquella necesidad, pero sin exponerse ellos mismos al hambre.
>
> [...]
>
> El socorro en un apuro tan cruel, es tan esencialmente conforme a la humanidad, que no se ve casi ninguna nación un poco civilizada, que falte a él absolutamente.
>
> [...]
>
> El mismo socorro se debe dar a un pueblo de cualquiera calamidad que se halle oprimido[12].

15. Sin embargo, habrían de pasar 100 años antes de que otro suizo, Henri Dunant, lograra recabar apoyo para establecer normas internacionales con miras a prestar una asistencia eficaz a las víctimas de conflictos armados, como una forma más de desastre. La creación del CICR y la aprobación del Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña tuvieron su origen en la preocupación mostrada por la protección de las personas heridas en campaña durante los conflictos armados. Así pues, los primeros acuerdos para ofrecer protección y asistencia a determinados grupos de personas surgieron en el contexto de la guerra.

16. En la segunda mitad del siglo XIX comenzaron a reconocerse, de manera similar, las necesidades de las personas afectadas por otros tipos de desastre. Con arreglo a su mandato[13], las sociedades nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja prestan asistencia y socorro en los desastres que pueden afectar a las personas en tiempos de paz, como requisito para un desarrollo dinámico y como preparación útil para su labor en tiempo de guerra; y en tiempos de paz realizan labores humanitarias que corresponden a sus obligaciones en tiempo de guerra, es decir, prestar socorro en casos de calamidad pública que requieran, al igual que la guerra, una asistencia inmediata y organizada. Sin embargo, la prestación de asistencia internacional a las víctimas de los desastres distintos de los conflictos armados no se convirtió en una cuestión importante para la comunidad internacional hasta principios del siglo XX. La importancia que se atribuye al socorro en casos de desastre ha ido aumentando a lo largo del último siglo, a medida que aumentaban la frecuencia, intensidad y complejidad de los desastres. Con la creación del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y el establecimiento de la Unión Internacional de Socorro[14], el socorro internacional en casos de desastre comenzó a abrirse camino en el derecho internacional. En ese momento se empezó a prestar cada vez más atención en el plano internacional a los aspectos jurídicos del tema. Si bien los Estados se han guiado por sus propios intereses a la hora de concertar instrumentos para regular su comportamiento en tiempo de guerra, la cooperación internacional en el ámbito de la protección y la asistencia en los casos de desastre se ha ido ampliando. El aumento de la solidaridad internacional en casos de desastre ha potenciado la necesidad de una mayor regulación jurídica a nivel internacional.

---

[12] De Vattel, *Derecho de gentes*, libro II, cap. I, págs. 6 a 8, párrs. IV y V.

[13] Véase la resolución 3 de la Segunda Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Berlín, 1869), *Compte rendu des travaux de la Conférence internationale tenue à Berlin du 22 au 27 avril 1869 par les délégués des gouvernements signataires de la Convention de Genève et des Sociétés et Associations de secours aux militaires blessés et malades*, Berlín, J.-F. Starcke, 1869, pág. 251.

[14] El Convenio y Estatuto por los que se establece la Unión Internacional de Socorro se abrieron a la firma en 1927 y entraron en vigor en 1932, pero la Unión ya no está en funcionamiento.

17. Por lo general, las actividades de protección y asistencia en casos de desastre se han enfocado de manera pragmática. Ello se refleja en la constante ampliación de los marcos normativos, en su mayoría de carácter bilateral, pero también en los órganos de las Naciones Unidas y sus organismos especializados y en entidades como el CICR. La evolución de los ámbitos normativo y organizativo a nivel internacional en la gestión de los desastres pone de manifiesto tanto la necesidad constante de abordar la cuestión de la protección de las personas como el enfoque de la comunidad internacional al respecto. Estos dos aspectos (la normativa y la estructura organizativa internacionales) han de ir estrechamente unidos a fin de poder prestar una asistencia adecuada y eficaz a las personas afectadas por emergencias humanitarias como los desastres[15].

18. En 2001, la FICR decidió examinar el corpus disperso de normas internacionales y nacionales existentes en el ámbito del socorro en casos de desastre en el marco de su proyecto sobre Derecho Internacional de las Intervenciones en Casos de Desastre (DIICD). Sobre la base de los resultados de ese proyecto, el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, integrado por los órganos de la Cruz Roja y la Media Luna Roja y por los Estados partes en los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, aprobó recientemente, en noviembre de 2007, un conjunto de directrices operacionales sobre asistencia en casos de desastre. Según la FICR, el núcleo fundamental del derecho relativo al socorro internacional en casos de desastre comprende las leyes, normas y principios aplicables al acceso, la facilitación, la coordinación, la calidad y la rendición de cuentas de las actividades internacionales de intervención en casos de desastres no relacionados con conflictos, que abarca la preparación para desastres inminentes y la realización de actividades de socorro y asistencia humanitaria[16], y se basa en la premisa de que esas actividades se llevan a cabo cuando se produce un desastre, con independencia de su origen, salvo en las situaciones de conflicto armado comprendidas en el derecho internacional humanitario. Además, el derecho relativo a la respuesta internacional en casos de desastre se centra principalmente en el aspecto operacional de la protección, es decir, la asistencia.

19. Tanto en un estudio técnico de la FICR[17] como en el memorando de la Secretaría se acota un corpus concreto de normas relativas a la respuesta y el socorro internacionales en casos de desastre y se ofrecen listas detalladas de sus distintas fuentes. Existe un número considerable de tratados bilaterales que se ocupan de cuestiones de asistencia mutua. Hay, además, una cantidad significativa de instrumentos no vinculantes aplicables a las actividades de asistencia humanitaria en casos de desastre, en particular decisiones de órganos de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales, que conforman el DIICD. Como es lógico, hay variaciones significativas en los ámbitos de aplicación material, espacial y temporal de los distintos preceptos que forman parte del DIICD. Por consiguiente, no resulta en absoluto sencillo evaluar la importancia del DIICD ni el grado de apoyo de que disfruta en la comunidad internacional.

20. A un nivel conceptual más amplio, el DIICD tiene un número considerable de principios fundamentales en común con el derecho internacional humanitario, que servirán de orientación para su desarrollo futuro[18]. Además, el DIICD se basa en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional de los refugiados y los desplazados internos. Por ese motivo, las fuentes del DIICD son en gran medida las mismas en que se basa el tema concreto objeto del presente estudio, como se expone en la sección B *infra*. Al mismo tiempo, el DIICD suscita cuestiones en relación con el tema examinado por la Comisión, incluida la manera de clasificar, y no sólo de determinar, el derecho y la práctica existentes.

B. Fuentes

21. Entre las fuentes inmediatas de las actividades actuales de protección y asistencia internacionales en casos de desastre destacan tres: el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados y los desplazados internos. A efectos del presente informe, el Relator Especial se limitará a realizar una breve descripción de cada una de esas tres fuentes desde la perspectiva del tema objeto de estudio.

1. Derecho internacional humanitario y asistencia humanitaria

22. Según se ha señalado, los primeros acuerdos entre Estados en los que se contemplaban preocupaciones y medidas humanitarias se limitaban a un tipo de situación de emergencia especialmente grave: los conflictos armados. Desde el punto de vista histórico, la dinámica de los conflictos armados se distingue de la de las situaciones de paz. Partiendo de los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, se elaboraron normas de conducta específicas, en particular con respecto a la asistencia internacional. Esos acuerdos iniciales se centraron, en especial, en la protección y asistencia prestada a los militares más que a la población civil. Sin embargo, dado el aumento del número de víctimas civiles que sufrían los efectos de la guerra, la protección de todos los que estaban fuera de combate se convirtió en una importante preocupación de los acuerdos posteriores relativos al comportamiento de los participantes en un conflicto armado.

23. Los acuerdos que regulan el comportamiento durante los conflictos armados fueron constituyendo paulatinamente el conjunto de normas jurídicas que hoy se conoce como derecho internacional humanitario[19], una rama del derecho que ha sido codificada con bastante amplitud. La aplicación del derecho internacional humanitario depende de que exista un conflicto armado y las personas en cuestión pertenezcan a una determinada categoría. En cualquier caso, los múltiples grados de protección que ofrece

[15] Véase Kalshoven, «Assistance to the victims of armed conflicts and other disasters», pág. 14.

[16] FICR, «Derecho internacional de las intervenciones en casos de desastre (DIICD): proyecto de informe 2002-2003» (03/IC/11), págs. 16 y 17.

[17] Fisher, *Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study*.

[18] Véase Hoffman, «What is the scope of international disaster response law?».

[19] Véase *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 226, párrs. 74 a 87. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 111.

el derecho internacional humanitario contemplan a la persona como beneficiario último[20].

24. Las normas básicas que regulan la prestación de socorro a la población civil en situaciones de conflicto armado, esto es, la asistencia humanitaria, se consagran en los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y sus Protocolos Adicionales. Las disposiciones que figuran en estos instrumentos reflejan en gran medida las normas consuetudinarias correspondientes[21]. Además, existen normas de ese tipo en los acuerdos celebrados entre las partes de un conflicto o entre una o más partes en conflicto y el CICR. Por otro lado, las organizaciones internacionales, tengan o no carácter intergubernamental, tales como la Federación Internacional de la Cruz Roja, los órganos principales de las Naciones Unidas y sus organismos especializados, y los departamentos de la Secretaría de las Naciones Unidas, como la OCAH, desempeñan una importante función mediante sus normas y decisiones internas sobre cuestiones de socorro en situaciones de conflicto, entre otros contextos en las misiones de mantenimiento de la paz[22]. Por consiguiente, existe un vasto entramado de normas jurídicas que regulan la asistencia en situaciones de conflicto que pueden no sólo servir de inspiración para las normas sobre la protección de las personas en casos de desastre, sino aplicarse incluso por analogía, en la medida en que una norma sea pertinente para situaciones de desastre distintas de un conflicto armado.

2. El derecho internacional de los derechos humanos como paradigma de un enfoque de la protección basado en los derechos

25. El derecho internacional de los derechos humanos comprende derechos y libertades de los que la persona goza en virtud del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos atribuye a la persona la condición de titular de derechos. Los Estados tienen la obligación permanente y universal de proteger a quienes se encuentran en su territorio conforme a los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos.

26. En situaciones de desastre, hay varios derechos humanos que revisten especial importancia. Entre los derechos que son pertinentes en esos casos destacan el derecho a la vida[23], el derecho a la alimentación[24], el derecho a la salud y a servicios médicos[25], el derecho al abastecimiento de agua[26], el derecho a vivienda, vestido y saneamiento adecuados[27], y el derecho a no ser discriminado[28]. Las relaciones entre las normas internacionales de derechos humanos y los desastres aún no se han contemplado de forma general en ninguno de los instrumentos jurídicos vinculantes que regulan ambos temas. Hasta la fecha, sólo dos instrumentos internacionales de derechos humanos se aplican expresamente en casos de desastre. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad no se refiere a un derecho de protección, ya que la disposición que contiene sobre este particular se formula más bien como una obligación del Estado contratante de garantizar la protección y la seguridad en caso de que se produzca un desastre natural[29]. Del mismo modo, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño recoge explícitamente la obligación de que los niños reciban «la protección y la asistencia humanitaria adecuadas»[30]. Las disposiciones pertinentes de los dos instrumentos que acaban de mencionarse se refieren al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario como el contexto en el que esas obligaciones deben cumplirse. Así pues, por su propia naturaleza, esas disposiciones parecen establecer normas de orden público para los Estados, informadas por el principio de humanidad, más que derechos individuales. A este respecto, hay que recordar que suele entenderse que cada derecho humano impone al Estado una triple obligación: la de respetar, proteger y cumplir[31]. Un enfoque de la protección y asistencia en casos de desastre basado en los derechos también contempla esa triple obligación.

3. Derecho internacional de los refugiados y desplazados internos y desastres

27. Los desastres a menudo provocan desplazamientos en masa de personas, bien a través de las fronteras (refugiados), bien dentro del Estado afectado por el desastre (desplazados internos). Por lo general, refugiados y desplazados internos reciben un trato diferenciado y son titulares de derechos concretos en virtud de regímenes de protección que tienen en cuenta su situación específica.

---

[20] Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, pág. 34.

[21] Véase Henkaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*.

[22] Véase Jakovljević, «International disaster relief law», pág. 256.

[23] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6.

[24] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11.

[25] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12.

[26] Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 14, párr. 2, apdo. *h*.

[27] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11.

[28] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.

[29] Convención sobre los derechos de la personas con discapacidad, Art. 11.

[30] Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, art. 23, párrs. 1 y 4.

[31] Véanse, por ejemplo, los comentarios generales formulados por el Comité de Derechos Humanos en 1982 en relación con el artículo 6 (Derecho a la vida) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en que el Comité consideró que los Estados debían tomar medidas positivas para «eliminar la malnutrición y las epidemias» (Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/37/40), anexo V, Comentario general n.º 6, párr. 5). Esa triple obligación se ha abordado más explícitamente en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, al examinar en 1999 el artículo 11 del Pacto (Derecho a una alimentación adecuada) observó que: *a*) «los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre […], incluso en caso de desastre natural o de otra índole» (Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2000, Suplemento n.º 2* (E/2000/22-E/C.12/1999/11), anexo V, Observación general n.º 12, párr. 6; *b*) «el Estado ha de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone (ibíd., párr. 17); y *c*) «que si es incapaz de cumplir esta obligación, tiene, […] la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar apoyo internacional (ibíd.).

28. El derecho internacional de los refugiados se desarrolló con el telón de fondo de los desplazamientos causados por la persecución y destrucción características de los conflictos armados, en particular durante la Segunda Guerra Mundial, lo que culminó en la adopción de la Convención sobre el estatuto de los refugiados[32], piedra angular del derecho internacional de los refugiados. Esa rama del derecho internacional obliga a los Estados a otorgar protección a las personas facultadas para obtener la condición de refugiado en caso de que no estén suficientemente protegidas en su Estado de origen, por falta de voluntad o de capacidad de éste. El advenimiento de un desastre no se considera motivo suficiente para la concesión del estatuto de refugiado. Sin embargo, en un caso de emergencia, como un desastre, es más probable que se produzcan situaciones de persecución, lo que sí es un motivo jurídico para conceder el estatuto de refugiado. Asimismo, las partes en la Convención sobre el estatuto de los refugiados están obligadas, conforme a su artículo 23, a conceder a los refugiados que se encuentren legalmente en su territorio el mismo trato que a sus nacionales en lo que respecta a asistencia y a socorro públicos.

29. Actualmente, no existe un instrumento jurídicamente vinculante que regule la situación de los desplazados internos. Una fuente autorizada (aunque no vinculante) de normas para la protección de los desplazados internos son los Principios Rectores de los desplazamientos internos, elaborados por el Representante del Secretario General sobre la cuestión de los desplazados internos (E/CN.4/1998/53/Add.2, anexo)[33]. Los Principios Rectores contemplan la protección de los desplazados, entre otros motivos, como resultado de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano[34]. En particular, los Principios Rectores establecen expresamente que las autoridades nacionales tienen la responsabilidad primaria de proporcionar protección y asistencia y que los desplazados internos tienen el derecho a solicitar y recibir protección y asistencia de ellas[35].

4. Instrumentos jurídicos aplicables específicamente a la asistencia en casos de desastre

30. Los tres conjuntos de normas descritos anteriormente determinan con carácter general el marco jurídico en que tiene lugar la protección de las personas. No obstante, hay un gran número de instrumentos disponibles que se aplican de forma más directa y que están concebidos específicamente para el componente operativo de la protección (esto es, la asistencia) en casos de desastre. El Relator Especial considera ocioso repetir aquí la exhaustiva relación de instrumentos que figuran en el memorando de la Secretaría[36]. A los efectos del presente informe, basta con señalar varios marcos jurídicos y tendencias normativas importantes en materia de desastres.

Tratados multilaterales

31. Aunque a nivel multilateral no existe ningún instrumento amplio de carácter universal que aborde los aspectos generales de la protección de las personas en casos de desastre, hay varios instrumentos, tanto universales como regionales, que regulan aspectos específicos de dicha protección. Además, se han elaborado y aprobado gran número de instrumentos y declaraciones no vinculantes y sin fuerza jurídica, en particular bajo los auspicios de las Naciones Unidas o en colaboración con ellas. Por otra parte, la comunidad no gubernamental ha contribuido a este proceso mediante la aprobación de directrices o normas modelo.

32. El primer instrumento multilateral que abordó de forma exclusiva los aspectos generales del socorro en casos de desastre fue el Convenio y Estatuto por los que se establece la Unión Internacional de Socorro. No obstante, ese órgano sólo contribuyó a operaciones de socorro en dos ocasiones[37]. Aunque hoy día el instrumento sigue técnicamente en vigor entre 17 Estados, los activos y responsabilidades de la Unión fueron transferidos a las Naciones Unidas en virtud de la resolución 1268 (XLIII) del Consejo Económico y Social, de 4 de agosto de 1967. Uno de los principales motivos de la inactividad de la Unión fue la propia estructura del Convenio. Se considera que dio lugar a un régimen convencional débil, que se basaba en derechos y obligaciones específicos sin tener en cuenta sus implicaciones jurídicas, y sin identificar por tanto los derechos y las obligaciones aplicables con carácter general[38]. Ha de observarse que el alcance del Convenio incluía los conflictos armados, además de las situaciones de paz[39].

33. Actualmente sólo hay dos tratados universales en vigor que contienen normas generales relativas a la prestación de asistencia internacional: *a*) el Convenio marco de asistencia en materia de protección civil, adoptado en 2000 y que regula la cooperación entre entidades nacionales de protección civil, y *b*) el Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en caso de catástrofe, adoptado en 1998 y que entró en vigor en 2005. Este último Convenio ofrece un marco jurídico amplio para la prestación de asistencia en materia de telecomunicaciones durante operaciones de socorro en caso de desastre, incluida la coordinación de esa asistencia y la reducción de los obstáculos reglamentarios. Regula gran número de cuestiones generales, aunque limitadas a las telecomunicaciones, que podrían influir en una codificación futura de alcance más general. Debe señalarse que el Convenio no contiene ninguna limitación jurídica a su

[32] La Convención entró en vigor el 22 de abril de 1954 y su Protocolo el 4 de octubre de 1967. Véanse también la Convención de la OUA que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África y la Declaración de Cartagena sobre refugiados, adoptada el 22 de noviembre de 1984 en el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá (ACNUR, Ginebra).

[33] Véase también el Protocolo sobre la Protección y la Asistencia a los Desplazados Internos, adoptado el 30 de noviembre de 2006, en la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos, donde los Estados miembros se comprometen a adherirse a los Principios Rectores de los desplazamientos internos.

[34] E/CN.4/1998/53/Add.2, anexo: «Introducción: alcance y finalidad», párr. 2.

[35] Ibíd., principios 3 y 25.

[36] A/CN.4/590 y Add.1 a 3 (véase la nota 10 *supra*). Para un estudio detallado de las normas e instrumentos aplicables, véase también, Fisher, *op. cit.*, parte II, págs. 33 a 87.

[37] MacAlister-Smith, «The International Relief Union: reflections on the Convention Establishing an International Relief Union of July 12, 1927», pág. 370.

[38] Ibíd., pág. 372.

[39] Ibíd., pág. 367.

aplicación en conflictos armados. Además, incluye a las organizaciones no gubernamentales dentro de los actores encargados de prestar asistencia que reciben diversas facilidades específicas. Ninguno de los dos instrumentos ha atraído una amplia participación y ambos se han aplicado con escasa eficacia sobre el terreno.

34. Hay varios acuerdos pertinentes que se han adoptado en los planos regional y subregional, por ejemplo en América Latina, Asia y Europa. Los tratados regionales son especialmente relevantes para el estudio de este tema, ya que tienden a ser más generales y a abarcar mayor número de cuestiones. El más reciente de ellos es el Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia, adoptado el 26 de julio de 2005, tras el tsunami de diciembre de 2004, y que refleja gran número de ideas contemporáneas sobre la mitigación de desastres y la reducción de riesgos, además de contemplar la cooperación internacional en la respuesta ante desastres. Algunos de los acuerdos establecen entidades regionales encargadas de desempeñar diversas funciones.

Tratados bilaterales

35. Por su parte, los acuerdos multilaterales están apuntalados por un importante número de acuerdos bilaterales que regulan la prestación de asistencia y la cooperación entre Estados, principalmente, aunque no de forma exclusiva en Europa[40].

Legislación nacional

36. Casi todos los países del mundo tienen leyes que regulan las situaciones de calamidad o ciertos aspectos de ellas. Aunque algunos Estados han aprobado legislación relacionada específicamente al tema de los desastres en ámbitos como la reducción de riesgos, la prestación de asistencia y la protección civil, hay que tener en cuenta que, como se observa en el memorando de la Secretaría[41], los Estados regulan diferentes aspectos de la prevención y la respuesta ante casos de desastre mediante diversas leyes internas, como las relativas a la protección del medio ambiente y la conservación, los recursos forestales, la salud, la seguridad alimentaria, el saneamiento, las epidemias, la seguridad, la vigilancia, el orden público, la protección civil, la inmigración, los derechos y aranceles aduaneros, las actividades de búsqueda y rescate, las emergencias, los recursos hídricos, la seguridad contra incendios, la prevención de accidentes industriales, los impuestos, la meteorología, la ordenación del territorio, y la prevención de terremotos. Según el mismo estudio, en varias cuestiones las normas internas son determinantes, bien porque dotan de contenido a una norma internacional, bien porque permiten poner en marcha la operación de cooperación internacional.

Otros instrumentos fundamentales

37. Por su parte, el conjunto de tratados y acuerdos internacionales en vigor que regulan el socorro en casos de desastre (incluidas la prevención y la asistencia) se ve complementado por diversos instrumentos no vinculantes, aprobados principalmente a nivel intergubernamental, aunque también por instituciones y entidades privadas. Por ejemplo, un estudio realizado conjuntamente por las antiguas Oficina del Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro en Casos de Desastre y Liga de Sociedades de la Cruz Roja culminó en una serie de recomendaciones destinadas a acelerar el socorro internacional facilitando las actividades del personal de socorro y la entrega de los envíos de socorro. Esas medidas para acelerar la prestación de socorro internacional[42] fueron respaldadas por la Asamblea General en su resolución 32/56, de 8 de diciembre de 1977.

38. La Asamblea General, en su resolución 46/182, de 19 de diciembre de 1991, estableció el marco básico en el que se realizan las actividades contemporáneas de socorro en casos de desastre. En esa resolución, la Asamblea reconoció que las principales esferas de actuación eran la prevención y mitigación de desastres, la preparación, la mejora de las capacidades de reserva y la coordinación, cooperación y liderazgo en la prestación de asistencia en casos de desastre, y estableció una serie de principios rectores. Asimismo, la Asamblea estableció un vínculo entre el socorro, la rehabilitación y el desarrollo.

39. También es preciso hacer mención especial de los Principios y normas de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja para el socorro en casos de desastre[43]; la Declaración de principios sobre la organización de socorros a las poblaciones civiles en caso de desastre[44]; la resolución del Consejo de Europa relativa a las precauciones ante desastres naturales y de otra índole y la planificación y prestación de socorro en casos de desastre[45]; y el Código de conducta relativo al socorro en casos de desastre para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las organizaciones no gubernamentales, aprobado en 1995[46]. Otros textos significativos son el proyecto de acuerdo modelo sobre derecho internacional médico y humanitario, aprobado por la Asociación de Derecho Internacional en 1980[47]; las normas modelo para las operaciones de socorro en casos de desastre propuestas por el UNITAR en 1982[48], que tenían por objeto colmar las lagunas del derecho internacional humanitario en cuanto a la asistencia a las víctimas de desastres; los Principios

[40] Véase el documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3 (nota 10 *supra*).

[41] Ibíd.

[42] Véase el Informe del Secretario General sobre la Oficina del Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro en Casos de Desastre (A/32/64 y Corr.1), anexo II, párrs. 1 a 3.

[43] Aprobados en la XXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Estambul, 1969) y revisados en las Conferencias XXII a XXVI (Teherán (1973), Bucarest (1977), Manila (1981), Ginebra (1986) y Ginebra (1995) respectivamente), reimpresos en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 36, n.º 310 (1996), anexo IV.

[44] Resolución XXVI de la 21.ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Estambul del 6 al 13 de septiembre de 1969 (ibíd., vol. 9, n.º 104 (1969), pág. 187.

[45] Consejo de Europa, resolución (72) 6 adoptada por el Comité de Ministros de 18 de febrero de 1972 en la 207.ª reunión de ministros adjuntos.

[46] Aprobado en la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra del 3 al 7 de diciembre de 1995 (*Revista Internacional de la Cruz Roja* (nota 43 *supra*), anexo VI).

[47] «Rapport spécial sur un projet d'accord-type relatif aux actions de secours humanitaires», en Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Fifty-ninth Conference on the International Law Association, Belgrade, 17-23 August 1980*, págs. 520 a 527.

[48] El Baradei y otros, *Model Rules for Disaster Relief Operations*.

por los que se rige el derecho a la asistencia humanitaria, aprobados por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario en 1993[49]; los Criterios de Mohonk, aprobados en 1995[50]; los Principios Rectores de los desplazamientos internos, aprobados en 1999 (E/CN.4/1998/53/Add.2, anexo); el Proyecto Esfera[51]; las Directrices sobre la Utilización de Recursos Militares y de Defensa Civil Extranjeros para las Operaciones de Socorro en Casos de Desastre (también llamadas Directrices de Oslo), de 2006[52]; y las Directrices Operacionales sobre la protección de derechos humanos en situaciones de desastres naturales, aprobadas por el Comité Interinstitucional Permanente en 2006 (A/HRC/4/38/Add.1, anexo).

40. Por otra parte, en el decenio de 1980 se elaboró un proyecto de convención para acelerar la prestación de socorro de emergencia, que fue presentado al Consejo Económico y Social para su examen (véase A/39/267/Add.2-E/1984/96/Add.2, anexo). Aunque el proyecto de convención nunca se aprobó, sus disposiciones ofrecen un punto de referencia útil para los tipos de normas que podrían incluirse en un instrumento jurídico si se decidiera optar por esta posibilidad.

5. Últimos acontecimientos

41. La participación cada vez mayor de la comunidad internacional en situaciones de desastre en los últimos tiempos ha llevado a reconocer la necesidad de mejorar las normas jurídicas aplicables en los casos de desastre a fin de superar los obstáculos para la prestación de una asistencia eficaz. Los actuales acontecimientos dan fe de la importancia de esta necesidad e incluyen un importante número de resoluciones relativas a esta cuestión, que han sido aprobadas por la Asamblea General en los últimos períodos de sesiones en relación con temas diversos, pero relacionados entre sí, de su programa[53]; la resolución sobre asistencia humanitaria aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión celebrada en Brujas (Bélgica) en 2003[54], la Declaración de Hyogo, aprobada en la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres, de 2005[55], y la resolución por la que se respaldan las Directrices sobre la Facilitación y Reglamentación Nacionales de las Operaciones Internacionales de Socorro en Casos de Desastre y Asistencia para la Recuperación Inicial, aprobada por la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en 2007[56].

6. Derecho internacional consuetudinario

42. Aunque parece que en principio este tema es objeto de desarrollo progresivo, no debería excluirse la posibilidad de que existan normas consuetudinarias que resulten aplicables. En el estudio técnico de la FICR sobre la elaboración de leyes, normas y principios relativos a la respuesta internacional en casos de desastre se reconoce que de las investigaciones realizadas no se desprende la existencia de un sistema de leyes, normas y principios consuetudinarios de ese tipo[57]. Sin embargo, se señala que las investigaciones de la FICR quizás arrojen resultados en el futuro que lleven a reconsiderar esa afirmación[58].

[49] Aprobados en la XVII Mesa Redonda sobre problemas actuales del derecho humanitario del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, celebrada en San Remo (Italia) del 2 al 4 de septiembre de 1992.

[50] Véase Ebersole, «The Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies: Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance».

[51] *Proyecto Esfera: Carta Humanitaria y Normas mínimas de respuesta humanitaria en casos de desastre*, 2.ª ed., Ginebra, 2004.

[52] OCAH, *Guidelines on the Use of Foreign Military and Civil Defence Assets in Disaster Relief*.

[53] Para una lista de resoluciones de la Asamblea General pertinentes, véase el documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3 (nota 10 *supra*).

[54] *Annuaire*, vol. 70, parte II, pág. 262.

[55] Véase el informe de la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres, celebrada en Kobe, Hyogo (Japón) del 18 a 22 de enero de 2005 (A/CONF.206/6), cap. 1, resolución 1. Véase también, el Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres (ibíd., resolución 2).

[56] Resolución 4, Introducción a las Directrices sobre la Facilitación y Reglamentación Nacionales de las Operaciones Internacionales de Socorro en Casos de Desastre y Asistencia para la Recuperación Inicial (Ginebra, FICR, 2008), pág. 10.

[57] Hoffman, *loc. cit.*, pág. 16.

[58] Ibíd., nota 25.

Capítulo II

Alcance del tema

43. En la presente etapa preliminar de los trabajos, el Relator Especial solicita a la Comisión que le brinde orientación sobre el alcance del tema antes de que pase a proponer los correspondientes proyectos de artículos. A fin de facilitar los debates, a continuación se aborda la cuestión del alcance desde tres puntos de vista: *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis*. Se deja abierto el interrogante de si también debería definirse el alcance *ratione loci*.

A. *Ratione materiae*: concepto y clasificación de los desastres

44. El concepto y la clasificación de los desastres tienen consecuencias importantes en el alcance del tema. Aunque los desastres se manifiestan de diferente forma, tienen elementos en común, cuya determinación puede ser útil para comprender adecuadamente el concepto.

45. Las situaciones de desastre surgen como consecuencia de la vulnerabilidad de los seres humanos que quedan expuestos a una amenaza. En el Marco de Acción de Hyogo 2005-2015 la amenaza se define como:

> un evento físico potencialmente perjudicial, fenómeno o actividad humana que puede causar pérdida de vidas o lesiones, daños materiales, grave perturbación de la vida social y económica o degradación ambiental. Las amenazas incluyen condiciones latentes que pueden materializarse en el futuro. Pueden tener diferentes orígenes: natural (geológico, hidrometeorológico y biológico) o antrópico (degradación ambiental y amenazas tecnológicas)[59].

[59] A/CONF.206/6 (véase la nota 55 *supra*), resolución 2, nota 2.

46. El término «desastre», sin embargo, no es un término jurídico. No existe una definición generalmente aceptada de ese concepto en derecho internacional. Mientras que algunos instrumentos internacionales optan por no definir en absoluto el término[60], en otros se da una definición de amplio alcance. Un ejemplo de este último caso lo ofrece el Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en caso de catástrofe, que define una catástrofe como:

> una grave perturbación del funcionamiento de la sociedad que suponga una amenaza considerable y generalizada para la vida humana, la salud, las cosas o el medio ambiente, con independencia de que la catástrofe sea ocasionada por un accidente, la naturaleza o las actividades humanas y de que sobrevenga súbitamente o como el resultado de un proceso dilatado y complejo[61].

47. Un primer aspecto que puede señalarse es que el concepto de desastre no distingue si éste debe producirse en un solo país o en varios Estados. En otras palabras, no es necesario que exista un componente internacional (es decir, que se produzcan efectos transfronterizos). En segundo lugar, cabe destacar que lo que determina la existencia de un desastre es el grado de disfunción del Estado, región o sociedad de que se trate. El tercer elemento tiene que ver con el sufrimiento o el daño inherente que puede resultar de la amenaza a la vida, la salud, la propiedad o el medio ambiente. La dimensión internacional del hecho quizás radique en que el Estado, región o sociedad que sufre el desastre no puede o no quiere hacerle frente utilizando exclusivamente sus propios recursos. Los elementos que acaban de mencionarse, en los cuales el sufrimiento humano es un factor fundamental, atraen normalmente atención y generan una respuesta en el plano internacional. Podría entonces considerarse que los actores que prestan asistencia actúan como agentes de la humanidad[62], lo que tiene sus propias consecuencias en lo que respecta al alcance del término en la medida en que está relacionado con la protección, como se examina más adelante.

48. Es común que los instrumentos internacionales establezcan diferencias entre los desastres en función de algunos criterios preestablecidos. Para empezar, los desastres pueden dividirse en dos categorías según su causa: desastres naturales (por ejemplo, terremotos, tsunamis y erupciones volcánicas) y desastres causados por el hombre (por ejemplo, derrames de petróleo, accidentes nucleares y conflictos armados). Además, atendiendo a su duración suele distinguirse entre desastres repentinos (por ejemplo, huracanes) y desastres paulatinos o de evolución lenta (por ejemplo, sequías, escasez de alimentos y pérdidas de cosechas). Por último, según el contexto en que ocurren, cabe distinguir entre desastres acaecidos en el marco de una emergencia simple o de una compleja. En general, por emergencia compleja se entiende

> una crisis humanitaria producida en un país, región o sociedad en que se ha producido un quebrantamiento total o considerable de autoridad resultante de un conflicto interno o externo y que requiere una respuesta internacional que trasciende el mandato o la capacidad de un solo organismo o el programa de las Naciones Unidas en curso en el país[63].

49. En la propuesta de la Secretaría sobre el tema se sugirió que la definición se limitara en un comienzo a los desastres naturales, por considerarse que se trataba de una necesidad más inmediata[64]. Por su parte, el Relator Especial entiende que el título acordado posteriormente por la Comisión implica un alcance más amplio. Ese parecería ser el mejor criterio para lograr el objetivo subyacente de codificación y desarrollo progresivo del tema, es decir, la elaboración de normas para la protección de las personas. Puede decirse que la necesidad de protección es igualmente imperiosa en todas las situaciones de desastre. El concepto debería incluir todas las categorías mencionadas, lo que equivaldría a reconocer la complejidad de categorizar los desastres según su causa, duración y contexto. Es posible que las categorías se superpongan. No siempre es posible diferenciar claramente entre las causas, como puede suceder con la desertificación y el calentamiento de la Tierra. Un desastre aparentemente natural puede haber sido causado o verse agravado por la actividad humana, por ejemplo, la desertificación provocada por la explotación excesiva de la tierra y la deforestación. Otro ejemplo sería el desencadenamiento de una epidemia, que, pese a no ser necesariamente consecuencia directa de una actividad humana, puede ciertamente verse agravada por ella si no se cumplen ciertas normas de higiene, especialmente en los campamentos de refugiados o desplazados internos. Lo que antecede demuestra el alto grado de arbitrariedad que existe en la categorización de los desastres y aconseja la adopción de un enfoque más holístico. Sin embargo, quedarán excluidos los conflictos armados *per se* porque existe una rama específica del derecho aplicable a éstos, el derecho internacional humanitario, que está muy desarrollada y trata muy detalladamente esas situaciones de la realidad social. Ello coincidiría con el criterio adoptado por la CIJ en su opinión consultiva *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, donde consideró que la ley especial que correspondía aplicar en ese caso era el derecho aplicable a los conflictos armados, que tiene por finalidad regular la conducción de las hostilidades[65].

---

[60] Por ejemplo, la Convención Interamericana para facilitar la Asistencia en Casos de Desastre, que entró en vigor el 16 de octubre de 1996.

[61] Art. 1, párr. 6, del Convenio. Véase también el artículo 1, párr. 3, del Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia (que todavía no ha entrado en vigor), en el que se establece que por «desastre» se entenderá una alteración grave del funcionamiento de una comunidad o sociedad que cause pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales de gran alcance.

[62] Véase Caron, «Addressing catastrophes: conflicting images of solidarity and separateness», pág. 13.

[63] OCAH, *Directrices sobre la Utilización de Recursos Militares y de Defensa Civil Extranjeros para las Operaciones de Socorro en Casos de Desastre*, pág. 11. El concepto de emergencia compleja debe distinguirse de lo que se denomina «desastre complejo», que se produce cuando el agente causante del desastre deja expuesta una situación de vulnerabilidad que facilita los efectos de otros agentes causantes de desastres (Kent, *Anatomy of Disaster Relief: The International Network in Action*, pág. 6).

[64] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), anexo III, párr. 2. Véase, sin embargo, el estudio posterior de la Secretaría en que se adoptó un criterio más incluyente, al señalarse que aunque el grueso del estudio se refería a los desastres que son consecuencia de fenómenos naturales, son pocos los instrumentos y textos jurídicos citados que hacen una distinción clara entre desastres naturales y desastres causados por el hombre (A/CN.4/590 y Add. 1 a 3 (nota 10 *supra*), párr. 8).

[65] *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 226, párr. 25. Compárese con la posición adoptada en *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 2004*, pág. 178, párr. 106.

B. *Ratione materiae*: el concepto de protección de las personas

50. Puesto que el título dado al tema ha de estar relacionado con su ámbito de aplicación, el concepto de protección de las personas exige un examen más detenido. Las personas afectadas por los desastres no constituyen una categoría jurídica separada. Sin embargo, dado que las víctimas de desastres enfrentan una situación de hecho muy particular, tienen necesidades específicas que es preciso atender. El principio fundamental del derecho internacional humanitario y de las normas internacionales de derechos humanos aplicables a casos de desastre es el principio de humanidad, que subyace a toda acción humanitaria[66].

51. En primer lugar, el concepto de protección plantea un interrogante general cuando se compara con los conceptos de respuesta, socorro y asistencia: ¿debe entenderse que el concepto de protección es distinto de esos otros conceptos o que los incluye? En cualquier situación de desastre pueden distinguirse tres fases: la etapa anterior al desastre, el desastre propiamente dicho y la etapa posterior. El concepto de respuesta, desde el punto de vista temporal, se limita a la etapa de desastre. El socorro es un concepto más amplio que, al igual que la asistencia, abarca la etapa anterior al desastre y la etapa posterior a la respuesta inmediata. En el contexto actual, la asistencia puede describirse como la disponibilidad y la distribución de bienes, materiales y servicios esenciales para la supervivencia de la población. Los elementos del concepto de protección dependen en gran medida del contexto o la rama del derecho en que se utilice el concepto. Puede decirse que la protección es un concepto incluyente que abarca los conceptos más específicos de respuesta, socorro o asistencia, con los que a menudo aparece relacionada. Sin embargo, debe distinguirse entre la protección en sentido amplio y en sentido estricto. Esto puede explicarse de la siguiente manera: existe un concepto de protección amplio y general que incluye la protección en sentido estricto y está relacionado con un enfoque basado en los derechos, y otros conceptos, especialmente la asistencia.

52. En relación con este tema, la protección se refiere a la protección de las personas. El concepto de protección de las personas no es nuevo en derecho internacional; alude a una relación especial entre personas definidas como aquellas que han sido afectadas por desastres, y sus derechos y obligaciones en ese contexto. Como se señaló anteriormente, los regímenes que regulan la protección de las personas son el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados y los desplazados internos. Es posible que esos regímenes se apliquen simultáneamente a la misma situación porque esencialmente se complementan entre sí. Además, «están orientados por un mismo propósito básico: la protección de la persona en absolutamente todas las circunstancias»[67]. En esas tres ramas del derecho se destaca la universalidad esencial de los principios humanitarios. La protección de las personas en casos de desastre también se rige por otros principios, como los de humanidad, imparcialidad, neutralidad y no discriminación, así como los de soberanía y no intervención.

53. Aunque el título del tema se refiere expresamente a la protección de las personas, el alcance de los regímenes de protección a menudo se extiende a la protección de los bienes y el medio ambiente. Al respecto, el Relator Especial solicita a la Comisión que le facilite orientación sobre si deberían también abordarse esos elementos y en qué medida.

54. Es importante definir los derechos y obligaciones relativos a las situaciones de desastre y las consecuencias que podrían derivarse de ellos. Desde el punto de vista de las víctimas de desastres, se trata de una cuestión que afecta no sólo al derecho internacional humanitario, sino al derecho internacional de los derechos humanos, incluida la posible existencia de un derecho a la asistencia humanitaria. La cuestión de si existe este último derecho es pertinente dado que actualmente no hay certeza de que el derecho internacional vigente tenga en cuenta todas las necesidades legítimas de las personas afectadas por desastres ni de que no haya lagunas jurídicas a ese respecto. En el derecho internacional humanitario, goza de reconocimiento a nivel jurídico. Sin embargo, en situaciones de desastre, no parece que ningún instrumento jurídico lo reconozca expresamente. A lo sumo, podría decirse que se encuentra implícito en el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, no resulta claro cuál sería su naturaleza. ¿Se trataría de un derecho humano o simplemente de un derecho que tendrían las personas afectadas por un desastre? ¿Sería un derecho individual o colectivo? ¿Contra quién podría hacerse valer, en su caso? Después de todo, los criterios que se utilizan para determinar la existencia y la naturaleza de un derecho humano son controvertidos. Ello plantea la cuestión más fundamental de si el derecho internacional de los derechos humanos ha avanzado en esa dirección. Sin embargo, podría sostenerse que, desde el punto de vista del desarrollo progresivo del derecho, la creación y la formulación de ese derecho a la asistencia en casos de desastre evitaría el riesgo de fragmentación de los derechos humanos existentes, ya que de otra manera sería necesario seleccionar o destacar arbitrariamente algunos de esos derechos[68]. De cualquier modo, ese enfoque podría interpretarse como un cuestionamiento del principio de la soberanía del Estado y de su corolario, la no intervención[69], según el cual el

[66] Ya en 1949, la CIJ declaró que la Convención (VIII) de 1907 relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto, uno de los pilares del derecho internacional humanitario moderno, contenía «ciertos principios generales y bien reconocidos, es decir, consideraciones elementales de humanidad, aún más exigentes en tiempos de paz que de guerra» (*Détroit de Corfou*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 22; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 7).

[67] Cançado Trindade, «International law for humankind: towards a new *jus gentium* (II): general course on public international law», pág. 150.

[68] Patrnogic, «Some reflexions on humanitarian principles applicable in relief actions», pág. 934.

[69] Sobre la soberanía como principio fundamental del derecho internacional, véase *Détroit de Corfou*, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 35. Sobre la no intervención, véase *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua *c.* Estados Unidos), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, págs. 106 a 108, párrs. 202 a 205 («El principio de no intervención incluye el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin interferencia externa; aunque son frecuentes los ejemplos de violaciones de este principio, la Corte considera que es parte integrante del derecho internacional consuetudinario» (ibíd., párr. 202))

Estado tiene la responsabilidad primordial de ofrecer protección y asistencia a las personas afectadas por desastres en su territorio[70]. Se genera pues una tensión entre los principios de la soberanía de los Estados y la no intervención, por un lado, y el derecho internacional de los derechos humanos, por el otro[71].

55. Otra fuente de tensión es la que a menudo se da entre los derechos y obligaciones del agente que brinda asistencia y los del Estado afectado por un desastre. Dadas las consecuencias sociales, económicas y políticas del socorro y la gobernanza en casos de desastre, los Estados podrían sentirse inclinados a redefinir su soberanía utilizando constructivamente el derecho internacional. Desde el sistema estatal tradicional se observa cómo actualmente están surgiendo distintos conceptos relacionados con la responsabilidad de los Estados. Como señaló la Secretaría en su propuesta sobre el tema[72], la protección de las personas puede considerarse como parte de la reflexión actual sobre un nuevo principio que conlleva la responsabilidad de proteger. Este último concepto trae aparejada las responsabilidades de prevenir, reaccionar y reconstruir, que corresponden, respectivamente, a las tres fases de una situación de desastre. Sin embargo, la conveniencia de extender el concepto de la responsabilidad de proteger y su pertinencia en relación con este tema exigen un examen detenido. Incluso si se reconociera la responsabilidad de proteger en el contexto de la protección y la asistencia de las personas en casos de desastre, sus consecuencias serían inciertas. Por ejemplo, ¿hasta qué punto generaría esa responsabilidad derechos para terceros? ¿Cuál sería el contenido de esos derechos? ¿Qué circunstancias los harían exigibles? ¿Se trataría de derechos individuales o colectivos?

C. *Ratione personae*

56. La multiplicidad de actores que participan en situaciones de desastre es un factor que debe tenerse muy en cuenta. En la labor sobre el tema será decididamente necesario considerar el papel que desempeñan las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales y las entidades comerciales, además de los agentes estatales. También será necesario evaluar la práctica de los agentes no estatales y la importancia que se les debe, a fin de situarlos adecuadamente en el marco de la protección de las personas en casos de desastre. Resulta pertinente formular ciertos interrogantes. Por ejemplo, ¿existe un derecho de iniciativa, como se reconoce jurídicamente en los instrumentos internacionales de derecho humanitario? ¿Es necesario que el agente no estatal que preste asistencia haga un ofrecimiento formal o reciba una solicitud formal de asistencia? ¿Cuáles son, en su caso, las obligaciones de proteger de los agentes no estatales y en qué se distinguen de la prestación de asistencia? ¿Tiene la persona física derechos frente a un agente no estatal? ¿Cuál es la situación de los subcontratistas privados? Como se desprende de esos interrogantes, es posible que las consecuencias jurídicas sean distintas según el agente de que se trate.

D. *Ratione temporis*

57. Parece conveniente adoptar un criterio amplio en relación con las fases que deben incluirse en la definición a fin de que exista una cobertura completa desde el punto de vista jurídico. La importancia de adoptar un marco coherente de derechos y obligaciones salta a la vista cuando se examina la amplia variedad de cuestiones específicas que plantea la prestación de asistencia en casos de desastre en sus fases sucesivas, no sólo la de respuesta, sino también las anteriores y posteriores: la prevención y la mitigación, por un lado, y la rehabilitación, por otro. Un buen ejemplo de ello es la cuestión de la prevención, que puede dar lugar a controversias. Es interesante señalar que la responsabilidad de prevenir también es un componente reconocido del incipiente concepto de la protección en el derecho internacional humanitario. Sin embargo, la naturaleza y el alcance de la supuesta obligación de los Estados de prevenir desastres (actuando individual o colectivamente) plantea serios interrogantes, que quizás sea necesario atender[73]. Al respecto, sería pertinente tener en cuenta la labor de la Comisión en relación con el tema de la prevención del daño transfronterizo causado por actividades peligrosas[74].

58. En el otro extremo del espectro se encuentra la fase de rehabilitación. Las actividades de rehabilitación están debidamente vinculadas a la fase de respuesta en que se atienden las necesidades inmediatas de las personas afectadas por un desastre. Esas actividades deben distinguirse de las iniciativas de desarrollo, que pueden describirse como medidas de apoyo a las políticas autónomas de desarrollo y de ejecución de tales políticas. Es posible que no siempre sea fácil separar esas fases en la vida real, pero su naturaleza difiere considerablemente *ratione materiae*, *ratione temporis* y *ratione personae*. Esa es la razón por la que el Relator Especial considera apropiado no incluir tales actividades en el tratamiento de este tema y abordar con cuidado las consecuencias jurídicas de la fase de rehabilitación[75], de modo que no redunden en perjuicio de las normas que regulan las cuestiones de desarrollo[76].

(véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 210), y la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

[70] Véase, por ejemplo, la resolución 46/182 de la Asamblea General, anexo, párr. 4.

[71] Esta idea ha sido recogida en los Criterios de Mohonk, que establecen que «los principios de no intervención y soberanía no deben utilizarse para obstaculizar la asistencia humanitaria» y que «la finalidad de esa asistencia es salvar vidas y no desafiar al Estado en cuyo territorio se presta» (Ebersole, *loc. cit.*, pág. 198).

[72] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), anexo III, párr. 9.

[73] Véase Romano, «L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles», y Berramdane, «L'obligation de prévention des catastrophes et risques naturels».

[74] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 156.

[75] Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Doğan et autres* c. *Turquie* (demandas n.os 8803-8811/02, 8813/02 y 8815-8819/02), fallo de 29 de junio de 2004, *Recueil des arrêts et décisions 2004-VI*, pág. 171, párr. 154, en que el Tribunal analizó las consecuencias jurídicas de las actividades de rehabilitación emprendidas con posterioridad a una situación de emergencia: «Sin embargo, para el Tribunal las autoridades tienen la obligación y la responsabilidad primordiales de establecer las condiciones, y proveer los medios, que permitan a los demandantes volver voluntariamente, en condiciones de seguridad y con dignidad, a sus hogares o lugares de residencia habitual o establecerse voluntariamente en otra parte del país (véanse a este respecto los principios 18 y 28 de los Principios Rectores de los desplazamientos internos, E/CN.4/1998/53/Add.2, de 11 de febrero de 1998».

[76] Véase la Declaración sobre el derecho al desarrollo (resolución 41/128 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1986, anexo).

Capítulo III

Forma que han de revestir los trabajos

59. Citando la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas como posible modelo, el objetivo declarado de la propuesta de la Secretaría sobre el tema era elaborar una serie de disposiciones que sirvieran de marco jurídico para las actividades de socorro internacional en casos de desastre[77]. Al respecto, podría examinarse inicialmente el propósito cualitativo de la labor de la Comisión sobre este tema. ¿Debe limitarse la labor de la Comisión a la codificación del derecho y la práctica existentes o avanzar más allá *de lege ferenda*? En la propuesta de la Secretaría se señaló que la labor se limitaría principalmente a lo primero y que si se estimaba procedente se prestaría especial atención al desarrollo progresivo. De todos modos, la propia Comisión ha considerado que sus proyectos constituyen tanto codificación como desarrollo progresivo del derecho internacional, en el sentido en que se definen estos conceptos en el Estatuto, y ha juzgado imposible definir a qué categoría pertenece cada disposición. Sin embargo, dado el estado amorfo del derecho relativo a la respuesta internacional en casos de desastre, es especialmente difícil encontrar un equilibrio adecuado entre *lex lata* y *lex ferenda*.

60. En cuanto a la forma del resultado final, dado que en la propuesta de la Secretaría se señaló que el objetivo es la elaboración de un convenio marco, parece que se hace hincapié en el desarrollo progresivo, de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de la Comisión[78], que contempla el desarrollo progresivo del derecho internacional mediante la elaboración de proyectos de convenciones. Sin embargo, en la práctica, la Comisión ha utilizado muchas otras formas para sus proyectos definitivos, entre otros, normas modelo, principios, directrices, declaraciones o códigos. Con independencia de la forma definitiva que se adopte, la Comisión, con pocas excepciones, plasma el resultado de su labor en proyectos de artículos, preparados con arreglo a sus arraigados métodos de trabajo. Así habría que proceder también en relación con este tema. Conforme a su práctica habitual, la Comisión puede, en principio, esperar a que concluya la labor sobre el tema antes de decidir la forma que recomendará a la Asamblea General para sus proyectos de artículos definitivos. No obstante, las características especiales de una empresa tan novedosa podrían hacer aconsejable que se llegara antes a un entendimiento sobre la forma definitiva que se debería adoptar, especialmente si los Estados encontraran más aceptable el proyecto definitivo si revistiera la forma de directrices en vez de un convenio.

[77] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), anexo III, párr. 24.

[78] Resolución 174 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947.

Capítulo IV

Conclusiones

61. Este informe preliminar se presenta con la intención de suministrar la base para un debate constructivo en la Comisión que facilite la determinación del ámbito general de aplicación del tema de la protección de las personas en casos de desastre.

62. Sin perjuicio del resultado del debate de la Comisión sobre su alcance, la opinión del Relator Especial es que el título escogido para el tema implica una perspectiva amplia. El trabajo sobre el tema puede emprenderse partiendo de un enfoque basado en los derechos que informe los mecanismos operacionales de protección.

63. La identificación de los principios subyacentes y la elaboración de las reglas que de ellos se deriven deben reflejarse en un futuro proyecto de artículos respecto de cada uno de los dos elementos de la protección (una lección que puede extraerse de la experiencia de la Unión Internacional de Socorro).

64. Aunque la Comisión pidió a la Secretaría la preparación de un estudio de antecedentes, limitado inicialmente a los desastres naturales, en opinión del Relator Especial la Comisión podría útilmente embarcarse, *pari passu*, en un trabajo que comprendiera tanto los desastres naturales como los de origen humano.

65. El trabajo sobre el tema claramente debería tomar en cuenta la multiplicidad de actores en situaciones de desastre.

66. Para que su cobertura sea completa, el trabajo sobre el tema debería extenderse a las tres fases de las situaciones de desastre, aunque parecería justificado prestar particular atención a los aspectos relativos a la prevención y mitigación de los desastres, así como a la prestación de asistencia inmediatamente después de que éstos ocurran.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

[Tema 9 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/601

Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, del Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Relator Especial

[Original: ruso]
[29 de mayo de 2008]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		164
Obras citadas en el presente informe		164
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1-2	166
Capítulo		
I. OBJETIVO DEL INFORME PRELIMINAR	3-5	167
II. HISTORIA DE LA CONSIDERACIÓN DE LA CUESTIÓN DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO POR LA COMISIÓN Y EL INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL	6-26	167
A. Labor de la Comisión	6-24	167
B. Labor del Instituto	25-26	171
III. CUESTIONES PRELIMINARES	27-102	172
A. Fuentes	27-42	172
1. Tratados internacionales	27-29	172
2. Derecho internacional consuetudinario	30-34	173
3. Cortesía internacional	35-36	174
4. Papel del derecho internacional y del derecho nacional	37-41	175
5. Materiales que deberían utilizarse	42	176
B. Inmunidad y jurisdicción	43-101	176
1. Jurisdicción	43-47	176
2. Jurisdicción penal	48-50	178
3. Jurisdicción penal y jurisdicción civil	51-55	178
4. Inmunidad	56-63	179
5. La inmunidad de jurisdicción penal y su naturaleza procesal	64-70	181
6. La inmunidad, la doctrina de la no justiciabilidad y la doctrina de los hechos de los Estados	71-77	183
7. Inmunidad de los funcionarios *ratione personae* e inmunidad de los funcionarios *ratione materiae*	78-83	184
8. Fundamentos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	84-97	185
9. Inmunidad de los funcionarios del Estado e inmunidad diplomática y consular	98-101	190
C. Resumen	102	192
IV. CUESTIONES QUE DEBERÁN EXAMINARSE PARA DETERMINAR EL ALCANCE DEL TEMA	103-130	192
A. Límites del tema	103-105	192
B. Alcance por razón de la persona	106-129	193
1. Funcionarios de todas las categorías; definición del concepto «funcionario del Estado»	106-108	193
2. Funcionarios que gozan de inmunidad *ratione personae*	109-121	194
3. Cuestión relativa al reconocimiento en el contexto del presente tema	122-124	198
4. Miembros de familia	125-129	199
C. Resumen	130	200

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje (Londres, 8 de agosto de 1945)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, n.º 251, pág. 285.
Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de febrero de 1946)	Ibíd., vol. 1, n.º 4, pág. 15.
Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados (Nueva York, 21 de noviembre de 1947)	Ibíd., vol. 33, n.º 521, pág. 261.
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. 277.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, n.os 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)	Ibíd.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (Convenio III)	Ibíd.
Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., vol. 1125, n.o 17512, pág. 214.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Ibíd., n.º 17513, pág. 642.
Acuerdo General sobre las Prerrogativas e Inmunidades del Consejo de Europa (París, 2 de septiembre de 1949)	Ibíd., vol. 250, n.º 3515, pág. 13.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Ibíd., vol. 1400, n.º 23431, pág. 297.
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Ibíd., vol. 1035, n.º 15410, pág. 191.
Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	Naciones Unidas, *Anuario jurídico 1975* (n.º de venta: S.77.V.3), pág. 91.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1465, n.º 24841, pág. 85.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Ibíd., vol. 2187, n.º 38544, pág. 308.
Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 49* (A/59/49), vol. I, resolución 59/38, anexo.

Obras citadas en el presente informe

AKANDE, Dapo

«International law immunities and the International Criminal Court», AJIL, vol. 98, n.º 3 (julio de 2004), págs. 407 a 433.

ALTMAN, Heidi

«The Future of Head of State Immunity: the Case against Ariel Sharon», abril de 2002.

BANKAS, Ernest K.

The State Immunity Controversy in International Law. Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts, Berlín y Heidelberg, Springer, 2005.

BANTEKAS, Ilias

«Head of State immunity in the light of multiple legal regimes and non-self-contained system theories: theoretical analysis of ICC third party jurisdiction against the background of the 2003 Iraq war», *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 10, n.º 1 (segundo trimestre de 2005), págs. 21 a 42.

BARKER, J. Craig

The future of former Head of State immunity after *ex parte* Pinochet», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, parte 4 (octubre de 1999), págs. 937 a 948.

BORGHI, Alvaro

L'immunité des dirigeants politiques en droit international, Basilea, Helbling & Lichtenhahn, 2003.

BOWETT, Derek William

«Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources», BYBIL, vol. 53 (1982), n.º 1, págs. 1 a 26.

BRÖHMER, Jürgen

State Immunity and the Violation of Human Rights, La Haya, Kluwer, 1997.

BROWNLIE, Ian

Principles of Public International Law, 6.ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 2003.

Carter, Barry E.

«Immunity for Foreign Officials: Possibly Too Much and Confusing as Well», *American Society of International Law Proceedings. New world order or a world in disorder? Testing the limits of international law*, vol. 99, 30 de marzo a 2 de abril de 2005, págs. 230 a 233.

Cassese, Antonio

International Law, Nueva York, Oxford University Press, 2001.

«When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* Case», *European Journal of International Law*, vol. 13, n.º 4 (2002), págs. 853 a 875.

International Criminal Law, Nueva York, Oxford University Press, 2003.

Chernichenko, S.V.

Teoría del derecho internacional, vol. 2, Moscú, Instituto Independiente de Derecho Internacional, 1999 [en ruso].

Crook, John R.

«Contemporary practice of the United States relating to international law. U.S. Brief suggests Pope's immunity as a head of State», AJIL, vol. 100, n.º 1 (enero de 2006), pág. 219.

Day, Adam

«Crimes against humanity as a nexus of individual and State responsibility: why the ICJ got *Belgium v. Congo* wrong», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22, n.º 3 (2004), págs. 489 a 512.

De Smet, Simon

«The immunity of Heads of States in US Courts after the Decision of the International Court of Justice», *Nordic Journal of International Law*, vol. 72, n.º 3 (2003), págs. 313 a 339.

Denza, Eileen

Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1998.

«*Ex Parte Pinochet*: Lacuna or Leap?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, parte 4 (octubre de 1999), págs. 949 a 958.

Dickinson, Andrew, Rae Lindsay y James P. Loonam

State Immunity. Selected Materials and Commentary, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

Du Plessis, Max y Shannon Bosch

«Immunities and universal jurisdiction — The World Court steps in (or on?)», *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), págs. 246 a 262.

Fonteyne, Jean-Pierre

«Acts of State», en *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Amsterdam, Elsevier, 1992, págs. 17 a 20.

Forcese, Craig

«De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity», *Revue de droit de McGill*, vol. 52, n.º 1 (segundo trimestre de 2007), págs. 127 a 169.

Fournier, Alain

«Compétence pénale», *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit international*, 1998, págs. 1 a 10.

Fox, Hazel

The Law of State Immunity, Nueva York, Oxford University Press, 2002.

«International law and restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States», en Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, págs. 361 a 394.

Frulli, Michaela

«The question of Charles Taylor's immunity: still in search of balanced application of personal immunities?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n.º 4 (diciembre de 2004), págs. 1118 a 1129.

Gully-Hart, Paul

«The Function of State and Diplomatic Privileges and Immunities in International Cooperation in Criminal Matters: The Position in Switzerland», *Fordham International Law Journal*, vol. 23, n.º 5 (junio de 2000), págs. 1334 a 1343.

Hamid, Abdul Ghafur, Khin Maung Sein y Hunud Abia Kadouf

«Immunity versus international crimes: the impact of *Pinochet* and *Arrest Warrant* cases», *Indian Journal of International Law*, vol. 46, n.º 4 (octubre-diciembre de 2006), págs. 495 a 516.

Higgins, Rosalyn

«After Pinochet: developments on head of State and ministerial immunities», *The Incorporated Council of Law Reporting*, Annual lecture 2006, Londres, págs. 1 a 18.

Instituto de Derecho Internacional

Annuaire, 1889-1892, vol. 11, sesión de Hamburgo, septiembre de 1892, Bruselas, Weissenbruch, 1892.

Tableau général des résolutions (1873-1956), Basilea, Editions juridiques et sociologiques, 1957.

Annuaire, vol. 69 (2000-2001), sesión de Vancouver, 2001, París, Pedone.

Jennings, Robert y Arthur Watts (eds.)

Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, partes 2–4, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992.

Kessedjian, Catherine

«Immunités», *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit international*, 1998, págs. 1 a 21.

Khlestova, I. O.

Problemas de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero (legislación y práctica), Moscú, 2002 [en ruso].

Koller, David S.

«Immunity of foreign ministers: paragraph 61 of the *Yerodia* judgment as it pertains to the Security Council and International Criminal Court», *American University International Law Review*, vol. 20, n.º 1 (2004), págs. 7 a 42.

Lowe, Vaughan

«Jurisdiction», en Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, págs. 335 a 360.

Lukashuk, Igor I.

Derecho internacional, Parte general, 3.ª ed., Wolters Kluwer, 2008 [en ruso].

Malanczuk, Peter

Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7.ª ed. rev., Londres y Nueva York, Routledge, 1997.

Meagher, J. Patrick

«Act of State and sovereign immunity: the *Marcos* cases», *Harvard International Law Journal*, vol. 29, n.º 1 (primer trimestre de 1988), págs. 127 a 134.

Oxman, Bernard H.

«Jurisdiction of States», *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, Amsterdam, Elsevier, 1997, págs. 55 a 60.

Parlett, Kate

«Immunity in civil proceedings for torture: the emerging exception», *European Human Rights Law Review*, n.º 1 (2006), págs. 49 a 66.

Parry, Clive y John Grant

Encyclopaedic Dictionary of International Law, Nueva York, Londres y Roma, Oceana, 1986.

Parseghian, L. Y.

«Defining the 'public act' requirement in the act of State doctrine», *University of Chicago Law Review*, vol. 58 (1991), págs. 1151 a 1180.

Pierson, Charles

«Pinochet and the end of immunity: England's House of Lords holds that a former Head of State is not immune for torture», *Temple International & Comparative Law Journal*, vol. 14, n.º 2 (cuarto trimestre de 2000), págs. 263 a 326.

PRZETACZNIK, Frank

Protection of Officials of Foreign States according to International Law, La Haya, Martinus Nijhoff, 1983.

«Basic principles of international law concerning the protection of the officials of foreign States», *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques*, vol. 69 (1) (enero-marzo de 1991), págs. 52 a 81.

ROUSSEAU, Charles

Droit international public, vol. IV, París, Sirey, 1980.

SALMON, Jean (ed.)

Dictionnaire de droit international public, Bruselas, Bruylant, 2001.

SASSOLI, Marco

«L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international», *Revue générale de droit international public*, t. CVI, vol. 4 (2002), págs. 791 a 818.

SHAW, Malcolm

International Law, 5.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

SIMBEYE, Yitiha

Immunity and International Criminal Law, Aldershot, Ashgate, 2004.

SINCLAIR, I.

«The law of sovereign immunity: recent developments», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1980-II, vol. 167, págs. 113 a 284.

SMIS, Stefan y Kim VAN DER BORGHT

«Belgian law concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law: a contested law with uncontested objectives», *American Society of International Law Insights*, julio de 2003.

STEINBERGER, Helmut

«State immunity», en *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier, 2000, págs. 615 a 633.

STERN, Brigitte

«Immunités et doctrine de l'*Act of State*. Différences théoriques et similitudes pratiques de deux modes de protection des chefs d'État devant les juridictions étrangères», *Journal du droit international*, n.º 133 (1) (enero/febrero/marzo de 2006), págs. 63 a 88.

STRISOWER, Leo

«L'exterritorialité et ses principales applications», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. I, 1923, págs. 229 a 287.

SUCHARITKUL, Sompong

«Immunities of foreign States before national authorities», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1976-I, vol. 149, págs. 87 a 215.

SUMMERS, Mark A.

«Immunity or impunity? The potential effect of prosecutions of State officials for core international crimes in States like the United States that are not parties to the Statute of the International Criminal Court», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 31, n.º 2 (2006), págs. 463 a 493.

«Diplomatic Immunity *Ratione Personae*: Did the International Court of Justice Create a New Customary Rule in *Congo v. Belgium*?», *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16, n.º 1 (2007), págs. 459 a 473.

TOMONORI, Misushima

«The individual as beneficiary of State immunity: problems of the attribution of *ultra vires* conduct», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (tercer y cuarto trimestres de 2001), págs. 261 a 288.

TONER, Paul J.

«Competing Concepts of Immunity: The (R)evolution of the Head of State Immunity Defense», *Penn State Law Review*, vol. 108, n.º 3 (primer trimestre de 2004), págs. 899 a 927.

TRIFFTERER, Otto (ed.)

Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article, Baden-Baden, Nomos, 1999.

VAN PANHUYS, H. F.

«In the borderland between the act of State doctrine and questions of jurisdictional immunities», *International Comparative Law Quarterly*, vol. 13, parte 4 (octubre de 1964), págs. 1193 a 1213.

VERHOEVEN, Joe

«Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international», en Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), sesión de Vancouver, 2001, París, Pedone.

«Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», en Joe Verhoeven (ed.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Bruselas, Larcier, 2004, págs. 61 a 148.

WATTS, Arthur

«The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994-III, t. 247, Alphen aan den Rijn, Martinus Nijhoff, 1995, págs. 9 a 130.

WICKREMASINGHE, Chanaka

«Immunities enjoyed by officials of States and international organizations», en Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, págs. 395 a 421.

WIRTH, Steffen

«Immunity for core crimes? The I.C.J.'s Judgment in the *Congo v. Belgium* Case», *European Journal of International Law*, vol. 13, n.º 4 (2002), págs. 877 a 893.

ZANDER, Michael

«The act of State doctrine», AJIL, vol. 53 (1959), págs. 826 a 852.

Introducción

1. En su 58.º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión de Derecho Internacional, en respuesta a la recomendación formulada por el Grupo de Planificación[1], aprobó la inclusión en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión del tema «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado»[2]. En el informe de la Comisión sobre su 58.º período de sesiones figura una sucinta explicación del tema, incluida una bibliografía sumaria al respecto[3].

2. En el debate celebrado en la Sexta Comisión de la Asamblea General sobre esta cuestión, el nuevo tema

[1] El Grupo de Planificación, a su vez, se basó en un informe presentado al Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, en el que se propuso que se incluyera en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión seis temas nuevos, entre ellos el mencionado (documento A/CN.4/L.704, párr. 4).

[2] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 257.

[3] Ibíd., anexo I.

incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión recibió un respaldo general. A este respecto, «[s]e señaló que parecía haber llegado el momento de pasar revista a la práctica actual e intentar elaborar normas generales al respecto. También se observó que debía darse la debida prioridad a la necesidad de que los funcionarios del Estado disfrutaran de inmunidad, en aras de la estabilidad de las relaciones entre los Estados» (Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo primer período de sesiones, documento A/CN.4/577, párr. 126, apdo. *a*). En su 59.º período de sesiones, la Comisión decidió incluir este tema en su actual programa de trabajo[4]. En su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, la Asamblea General tomó nota de esta decisión.

[4] *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 376.

Capítulo I

Objetivo del informe preliminar

3. En el presente informe preliminar se expone en forma sucinta la historia del examen de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado por la Comisión y el Instituto de Derecho Internacional y también se definen las diversas cuestiones propuestas para su consideración por la Comisión durante la etapa preliminar de trabajo sobre el tema. Entre las cuestiones, respecto de las cuales es importante poner en claro la opinión de la Comisión para el ulterior examen del fondo, figuran las siguientes:

a) las fuentes de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado;

b) el contenido de los conceptos de «inmunidad» y «jurisdicción», «jurisdicción penal» e «inmunidad de jurisdicción penal», y la relación entre la inmunidad y la jurisdicción;

c) los tipos de inmunidad de los funcionarios del Estado (inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*);

d) los fundamentos de la inmunidad de los funcionarios del Estado y de la relación entre la inmunidad de los funcionarios y la inmunidad del Estado, y entre la inmunidad diplomática y consular y la inmunidad de los miembros de misiones especiales;

e) las cuestiones que es necesario examinar para determinar el alcance del tema.

4. Entre estas últimas cuestiones figuran, en particular:

a) la cuestión de si todos los funcionarios del Estado o sólo algunos de ellos (por ejemplo, sólo los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores) deben estar incluidos en los futuros proyectos de directrices o de artículos que podría elaborar la Comisión en el futuro como resultado del examen del presente tema;

b) el alcance de la inmunidad de que gozarían los funcionarios en ejercicio y los ex funcionarios del Estado que estén incluidos en el ámbito del tema examinado;

c) la denegación de la inmunidad a los funcionarios del Estado (y, posiblemente, otros aspectos de procedimiento relativos a la inmunidad).

5. Por lo tanto, el presente informe tiene por objeto definir dos tipos de cuestiones: en primer lugar, las que, por principio, deberían ser analizadas por la Comisión en el marco del tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; y, en segundo lugar, las cuestiones que la Comisión tal vez deba resolver en caso de que se elabore un instrumento como resultado del examen del tema, por ejemplo, un proyecto de directrices o de artículos.

Capítulo II

Historia de la consideración de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado por la Comisión y el Instituto de Derecho Internacional

A. Labor de la Comisión

6. Un examen del derecho internacional preparado por la Secretaría para la Comisión antes de su primer período de sesiones, celebrado en 1948, incluía una sección relativa a la jurisdicción sobre Estados extranjeros, en la que se señalaba que este tema abarcaba «la totalidad de las inmunidades de los Estados y de sus propiedades, sus buques, *sus soberanos*[*] y sus fuerzas armadas»[5].

7. La Comisión abordó la cuestión al preparar el proyecto de Declaración de derechos y deberes de los Estados en 1949, cuyo artículo 2 dispone:

> Todo Estado tiene derecho a ejercer jurisdicción sobre su territorio y sobre todas las personas y las cosas que en él se encuentren sin perjuicio de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional[6].

En el comentario se señaló que la última frase constituía una salvaguarda para proteger inmunidades como las de

[5] *Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international*, párr. 50 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1948 V.1 (I)).

[6] *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 6.ª ed., vol. I, pág. 278 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.04.V.6).

los funcionarios diplomáticos y los funcionarios de organizaciones internacionales[7]. No se hacía, entonces, referencia directa a los funcionarios del Estado.

8. La cuestión fue examinada en el marco de la preparación del proyecto de Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, que fue aprobado por la Comisión en 1950. De conformidad con el proyecto de principio III:

> El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional[8].

Como se menciona en el comentario de la Comisión, este texto figura en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg[9]. Esta idea, de acuerdo con la Comisión, fue expresada en el siguiente pasaje de la sentencia del Tribunal:

> Quien viole el derecho de la guerra no puede obtener inmunidad por actuar en cumplimiento de la autoridad del Estado si el Estado que lo autoriza actúa fuera de su competencia en virtud del derecho internacional[10].

9. Este tema también fue incluido en la labor de la Comisión sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, 1954. De conformidad con el proyecto de artículo 3 del código, que es similar al proyecto de principio III de los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg:

> El hecho de que una persona haya actuado como jefe de un Estado o como autoridad del Estado no la eximirá de responsabilidad por la perpetración de cualquiera de los delitos definidos en el presente código[11].

10. Esta idea se ve reflejada en forma algo diferente en el artículo 7 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado por la Comisión en 1996:

> El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluso si actuó como jefe de Estado o de gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal ni atenuará su castigo[12].

En la propuesta de proyecto de artículo 11 de 1988, que se convirtió en el proyecto de artículo 7 en la versión definitiva del proyecto de código, en lugar de las palabras «incluso si actuó como jefe de Estado o de gobierno» se utilizó la frase «y en especial el hecho de que haya actuado como jefe de Estado o de gobierno»[13]. En el comentario de este artículo, en particular, se señaló que su formulación comprendía términos incluidos en los Estatutos del Tribunal de Nuremberg y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio) [*Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII (julio de 1945-diciembre de 1946), págs. 354 y ss.], en los Principios de Nuremberg aprobados por la Comisión en 1950 y en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado por la Comisión en 1954[14].

11. Se debe tener en cuenta que tanto el proyecto de Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg como el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad estaban vinculados conceptualmente a la idea de la jurisdicción penal internacional (aunque inicialmente el proyecto de código fue concebido para ser utilizado en tribunales nacionales e internacionales). Los comentarios sobre los Principios de Nuremberg aprobados por la Comisión se basaron principalmente en las conclusiones del Tribunal de Nuremberg[15]. Respecto al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la Comisión señaló que,

> [e]n cuanto a la aplicación del código, como algunos miembros de la Comisión estimaban que un código que no fuera acompañado de [...] una jurisdicción penal competente sería inoperante, la Comisión pidió a la Asamblea General que precisara si su mandato consistía también en elaborar el estatuto de una jurisdicción penal internacional competente para los individuos[16].

---

[7] *Yearbook of the International Law Commission 1949*, pág. 253.

[8] *Yearbook… 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.

[9] El artículo 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje estipula: «El cargo oficial de los acusados, ya sean jefes de Estado o funcionarios a cargo de departamentos del Gobierno, no les exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena».

[10] *Yearbook… 1950*, vol. II, pág. 375. Como señala Triffterer, la formulación de los principios aprobados por la Comisión difiere ligeramente de las disposiciones de los tribunales del Tribunal de Nuremberg «en redacción aunque no en contenido, excepto por el hecho de que ya no figuraba la frase 'ni servirá para atenuar la pena'» (*Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, pág. 503.

[11] *Yearbook… 1954*, vol. II, pág. 152.

[12] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 29.

[13] *Anuario… 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 72.

[14] Ibíd., pág. 77. Además, la Comisión menciona que «[a]unque se refiere de modo expreso a los jefes de Estado o de gobierno, porque cuentan con mayor poder de decisión, las palabras el carácter oficial del autor [...] y en especial ponen de relieve que el artículo se refiere también a otros funcionarios. La verdadera trascendencia del principio está en que el carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no puede invocarse nunca como circunstancia eximente de su responsabilidad, o como circunstancia que le confiera cualquier tipo de inmunidad, incluso cuando el funcionario pretenda que los hechos constitutivos del crimen representaban un caso de ejercicio de sus funciones» (ibíd.). En el comentario del texto definitivo del proyecto de artículo 7 del código, la Comisión señaló que «[s]ería paradójico permitir a individuos, que en algunos aspectos son los más responsables de los crímenes previstos en el código, invocar la soberanía del Estado y escudarse tras la inmunidad que su carácter oficial les confiere» (*Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 29, párr. 1 del comentario al artículo 7). Al mismo tiempo, en su tratamiento de esta postura en el proyecto de código de 1996, Verhoeven estableció que «en sí misma, una disposición tal no implica que la inmunidad deba mantenerse ni que deba suprimirse: simplemente, le es ajena» («Les immunités propres aux organs ou autres agents des sujets du droit international», pág. 92).

[15] *Yearbook… 1950*, vol. II, pág. 191, párr. 42.

[16] *Anuario… 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 60, párr. 198. Es característico, en este sentido, por ejemplo, el discurso pronunciado en el plenario de la Comisión por el Sr. McCaffrey durante el debate del proyecto de artículo relativo a la obligación de castigar o someter a la justicia penal. Éste señaló que no consideraba que «una jurisdicción universal sea mucho más aceptable para los Estados que un tribunal penal internacional; en realidad, quizá lo sea menos. Por consiguiente, no está convencido de que la Comisión haría bien si procediese a la elaboración de un artículo sobre la jurisdicción universal antes de haber intentado, por lo menos, elaborar el estatuto de un tribunal penal internacional» (*Anuario… 1988*, vol. I, 2082.ª sesión, párr. 47, pág. 290; véase también *Anuario… 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 70, párrs. 211 a 216).

Cuando el proyecto de estatuto del tribunal penal internacional, elaborado por la CDI a solicitud de la Asamblea General en el marco del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[17] se convirtió en un documento independiente, en la Sexta Comisión se dijo que era lamentable, ya que «originalmente se había concebido al tribunal como un órgano jurídico en el que se aplicaría el código»[18]. Resulta, en este sentido, revelador e importante que en el comentario del proyecto de artículo 7 del Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996, donde se señala que «[l]a ausencia de toda inmunidad procesal frente a la persecución o castigo en el procedimiento judicial correspondiente es una consecuencia esencial de la ausencia de cualquier inmunidad o excepción sustantivas», la Comisión considerara pertinente agregar en una nota que «[e]l procedimiento judicial ante un tribunal penal internacional sería el arquetipo de procedimiento judicial pertinente en el que el individuo no podría alegar una inmunidad de fondo o una excepción de procedimiento basada en su carácter oficial para evitar la persecución y el castigo»[19].

12. También cabe tener en cuenta que, en el examen de esta disposición del proyecto de código, la Comisión tuvo en cuenta que varios Estados plantearon a este respecto la cuestión de la posible inmunidad de los funcionarios del Estado, incluidos los jefes de Estado y de gobierno. En este sentido, el Sr. Yankov, Presidente del Comité de Redacción, al presentar al plenario el proyecto de código aprobado en segunda lectura, mencionó que, en opinión del Comité de Redacción, la cuestión de la inmunidad estaba relacionada con la aplicación del código y, por tanto, no era pertinente tratarla en la parte del código relativa a los principios generales[20].

13. La cuestión de la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado fue examinada por la Comisión en el marco de la preparación del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. De conformidad con el proyecto de artículo 2, párr. 1, apdo. *b*, inc. v), los representantes del Estado, cuando actúen en tal carácter, están incluidos en el término «Estado»[21]. Estos representantes incluyen a los jefes de Estado y de gobierno, jefes de dependencias ministeriales, embajadores, jefes de misión, agentes diplomáticos y oficiales consulares[22]. La frase «en tal carácter» que figura al final del proyecto de artículo, 2 párr. 1, apdo. *b*, inc. v), tiene por objeto explicar que esta inmunidad se concede a estas personas en su calidad de representantes, *ratione materiae*[23]. El proyecto de artículo no se refiere a la inmunidad *ratione personae*, a la cual, como señaló la Comisión, los jefes de Estado y los embajadores «son personalmente acreedores»[24].

14. Inicialmente se consideró que, en el curso del desarrollo del presente tema, la Comisión debía examinar la cuestión de la inmunidad en diferentes formas y manifestaciones; por ejemplo, la inmunidad de jurisdicción civil, administrativa y penal. La propuesta a este respecto figura en el informe del Grupo de Trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, creado por la Comisión, que examinó la cuestión de la futura labor de la Comisión sobre el tema[25]. Los informes séptimo y octavo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, del Sr. Sucharitkul, Relator Especial, incluyeron entre otras cosas el proyecto de artículo 25 (Inmunidades de los soberanos y otros jefes de Estado, *ratione personae*, que incluía la jurisdicción penal de otro Estado[26]. Este proyecto de artículo fue objeto de críticas en el 31.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1979, y no se incluyó en el proyecto de artículos presentado a la Asamblea General[27]. En el proyecto de artículos no se menciona nada más sobre la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado (o de otros representantes del Estado).

15. La Comisión se limitó a incluir en el proyecto de artículos una cláusula, con la expresión «sin perjuicio». De conformidad con el párrafo 2 del proyecto de artículo 3, estos artículos se entenderán «sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los jefes de Estado». Como se señala en el comentario de este párrafo:

> El presente proyecto de artículos no prejuzga el alcance de las inmunidades concedidas por los Estados a los soberanos u otros jefes de Estado extranjeros, ni a los miembros de su familia o de su casa que, en la práctica, puede comprender también a otros miembros de su séquito. Tampoco prejuzga, de manera análoga, el alcance de las inmunidades concedidas por los Estados a los jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores. Sin embargo, estas personas no están expresamente incluidas en el párrafo 2, ya que sería muy difícil

---

[17] En su resolución 44/39, de 4 de diciembre de 1989, la Asamblea General pidió a la Comisión que, al examinar en su 42.º período de sesiones el tema titulado Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, «se ocupe de la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional que tenga jurisdicción sobre *las personas que presuntamente hayan cometido crímenes que pudieran ser tipificados en dicho código**»». En la resolución 46/54, de 9 de diciembre de 1991, la Asamblea invitó a la Comisión a que, *en el marco del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad**, siguiera examinando y analizando los temas planteados en su informe sobre la labor realizada en su 42.º período de sesiones relativos a la cuestión de una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo procesal internacional.

[18] Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo período de sesiones, documento A/CN.4/472, párr. 42. Se observó asimismo «que un tribunal penal internacional podía ocuparse mejor de la aplicación del código que los tribunales nacionales» (ibíd., párr. 43). Al mismo tiempo, se consideró que «el código y el futuro tribunal tenían la finalidad común de permitir que los *tribunales nacionales** o una instancia internacional sancionaran actos particularmente abominables cometidos por Estados o por personas» (ibíd., párr. 45).

[19] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 30, párr. 6 del comentario al artículo 7 y nota 69.

[20] *Anuario… 1995*, vol. I, 2408.ª sesión, pág. 217, párr. 36.

[21] *Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 14.

[22] Ibíd., págs. 18 y 19, párr. 18 del comentario al artículo 2. Del comentario se desprende evidentemente que la lista no es exhaustiva. En opinión de la Comisión, todas las personas que tienen derecho a representar al Estado son acreedoras a la inmunidad del Estado.

[23] Ibíd.

[24] Ibíd., pág. 19, párr. 19 del comentario.

[25] *Anuario… 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 151, párr. 22.

[26] *Anuario… 1985*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/388, págs. 46 y 47, párr. 119; y *Anuario… 1986*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/396, pág. 34, respectivamente.

[27] El informe sobre el debate relativo al proyecto de artículo 25 en la Comisión figura en el octavo informe presentado por el Relator Especial; véase también *Anuario… 1986*, vol. I, sesiones 1943.ª a 1945.ª, págs. 10 a 30.

confeccionar una lista exhaustiva y, por otra parte, cualquier enumeración de dichas personas plantearía la cuestión de su fundamento y de la amplitud de la inmunidad jurisdiccional ostentada por ellas. En cierto momento del debate se propuso que se incluyera en el párrafo 2, después de «jefes de Estado», una referencia a los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, pero la propuesta no fue aceptada por la Comisión[28].

Asimismo, en otra parte del comentario se señala:

Por consiguiente, la reserva del párrafo 2 del artículo 3 se refiere exclusivamente a los actos privados o a las inmunidades y privilegios personales concedidos y reconocidos en la práctica de los Estados, indicándose que su situación no se verá en absoluto afectada por los presentes artículos. El derecho consuetudinario vigente permanece inalterado[29].

16. La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y el estatuto de los funcionarios del Estado fueron examinados por la Comisión en la redacción de los proyectos de artículos sobre las relaciones diplomáticas y consulares, las misiones especiales, la prevención y el castigo de delitos contra agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas y la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales.

17. Los proyectos de artículos relativos a las relaciones diplomáticas, consulares, las misiones especiales y la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales trataban de categorías especiales de funcionarios estatales, en particular, de «agentes diplomáticos», «funcionarios consulares», «representantes del Estado que envía» y «delegados», a los que el Estado encomienda el desempeño en su nombre de determinadas funciones en las relaciones con otro Estado o con una organización internacional. En los proyectos de artículos se preveía que esas categorías de funcionarios del Estado gozaran de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor[30].

18. Es muy interesante el modo en que la Comisión aborda la cuestión del estatuto del jefe de Estado y de otras «personalidades de rango elevado» en la preparación de los proyectos de artículos sobre misiones especiales. Inicialmente la Comisión examinó la posibilidad de incluir en los proyectos de artículos una sección dedicada a las denominadas misiones especiales de alto nivel, en particular las encabezadas por jefes de Estado o de gobierno, ministros de relaciones exteriores y otros ministros[31]. En su 17.º período de sesiones, en 1965, el Relator Especial presentó un proyecto de disposiciones relativas a las llamadas misiones especiales de alto rango[32]. En esas disposiciones se preveía la inviolabilidad absoluta y la plena inmunidad penal de la jurisdicción del Estado receptor para jefes de Estado, jefes de gobierno, ministros de relaciones exteriores y otros ministros que desempeñaran la función de jefes de misiones especiales[33]. La Comisión no sometió a debate los proyectos de artículos como tales, sino que examinó si era necesario formular normas especiales para esas misiones[34]. Teniendo presentes las opiniones de los Estados sobre la cuestión, la Comisión recomendó que el Relator Especial no elaborara un proyecto de disposiciones relativas a las llamadas misiones especiales de alto rango, que introdujera en la segunda parte del proyecto de artículos una disposición referente a la condición del jefe de Estado en tanto jefe de una misión especial, y que examinara la conveniencia de mencionar la situación particular de esta categoría de misiones especiales en las disposiciones que tratan de ciertas inmunidades[35]. En ese sentido, en el proyecto de artículos que la Comisión presentó a la Asamblea General en 1967 se incluyó el siguiente proyecto de artículo 21:

Estatuto del jefe de Estado y de las personalidades de rango elevado

1. El jefe del Estado que envía, cuando encabece una misión especial, gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado, además de lo que los presentes artículos otorgan, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a los jefes de Estado en visita oficial.

2. El jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y demás personalidades de rango elevado, cuando participen en una misión especial del Estado que envía, gozarán en el Estado receptor o en un tercer Estado, además de lo que los presentes artículos otorgan, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional[36].

19. En los comentarios relativos a este proyecto de artículo se afirmó que «[e]n derecho internacional [...] el rango puede conferir a la persona titular de él facilidades, privilegios e inmunidades excepcionales que conserva cuando entre a formar parte de una misión especial», y que «[l]a Comisión no estableció la lista de los títulos y rango que deben reunir esas otras personalidades para gozar de las facilidades, privilegios e inmunidades suplementarios. En efecto, tal lista variará de un Estado a otro en función del derecho internacional y del protocolo de cada Estado»[37]. De ese modo, la Comisión no definió claramente el grupo de personas incluidas en la categoría de «personalidades de rango elevado», al señalar en

---

[28] *Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 23, párr. 7 del comentario al artículo 3, párr. 2.

[29] Ibíd., párr. 6.

[30] Véanse, en particular, los proyectos de artículos 27, 29, 30, 37, 38, 39 y 40 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas y sus comentarios (*Anuario… 1958*, vol. II, pág. 96 y ss.); los proyectos de artículos 41, 43, 45, 53, 54 y 55 del proyecto de artículos sobre las relaciones consulares y sus comentarios (*Anuario...1961*, vol. II, pág. 103); los proyectos de artículos 29, 31, 41, 43 y 44 del proyecto de artículos sobre misiones especiales y sus comentarios (*Anuario… 1967*, vol. II, pág. 361); y los proyectos de artículos 28, 30, 31, 37, 38, 59, 61, 62, 68 y 69 del proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales y sus comentarios (*Anuario… 1971*, vol. II (primera parte), págs. 307 y ss.).

[31] «En su 16.º período de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional invitó al Relator Especial, a que presentara en el período de sesiones siguiente unos artículos relativos a la condición jurídica de las llamadas misiones especiales de alto rango incluidas, en particular, las misiones especiales encabezadas por jefes de Estado, jefes de gobierno, ministros de relaciones exteriores y ministros miembros del gobierno» (*Anuario… 1967*, vol. II, pág. 411).

[32] El Relator Especial, Sr. Bartoš, señaló: «A pesar de todos sus esfuerzos por verificar qué reglas se aplican especialmente a las misiones de esa clase, el Relator Especial no ha logrado hallarlas ni en la práctica ni en la doctrina» (*Anuario… 1965*, vol. II, pág. 152).

[33] Ibíd., págs. 152 a 154, apartados *i* y *j* del proyecto de regla 2; apartados *e* y *g* del proyecto de regla 3; apartados *f* y *h* del proyecto de regla 4; apartados *d* y *f* del proyecto de regla 5.

[34] *Anuario… 1966*, vol. I (parte II), 881.ª sesión, págs. 259 a 261. Al resumir el debate, el Relator Especial expresó: «No cabe duda de que ya existen normas de derecho internacional general sobre las misiones presididas por un jefe de Estado y de que no es necesario enunciar normas especiales al respecto» (ibíd., pág. 266, 883.ª sesión, párr. 3).

[35] Ibíd., vol. II, pág. 302, párr. 69.

[36] *Anuario… 1967*, vol. II, pág. 373.

[37] Ibíd., párrs. 1 y 3 del comentario al artículo 21.

el párrafo 2 del proyecto de artículo 21 solamente dos de los ejemplos reconocidos ampliamente, a saber, el jefe de Estado y el ministro de relaciones exteriores. Tampoco quedó claro el alcance de las inmunidades que el derecho internacional otorga a los jefes de Estado, de gobierno, a los ministros de relaciones exteriores y otras personalidades «de rango elevado» más allá de los proyectos de artículos.

20. Un proyecto de artículo similar se incluyó en el proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, que la Comisión presentó a la Asamblea General en 1971[38]. Como señaló la Comisión en sus comentarios sobre ese proyecto, algunos Estados que enviaron sus opiniones por escrito consideraron que el artículo era totalmente superfluo por cuanto las personas en cuestión «gozarían de las facilidades, privilegios e inmunidades que les concedía el derecho internacional aunque el artículo no se incluyese en el proyecto»[39]. No obstante, la Comisión mantuvo el proyecto, ya que, como señaló en sus comentarios, reflejaba «una práctica bien establecida»[40].

21. Es interesante también el modo en que la Comisión abordó la definición del término «persona que goza de protección internacional» en relación con el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas. Al definir el contenido del término, la Comisión definió también la esfera de aplicación *ratione personae* de los proyectos de artículos. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 del proyecto que la Comisión presentó a la Asamblea General en 1972, a los efectos de los proyectos de artículos:

> Se entiende por «persona internacionalmente protegida»:
>
> *a*) Un jefe de Estado o un jefe de gobierno, siempre que se encuentre en un Estado extranjero, así como los miembros de su familia que lo acompañen;
>
> *b*) Cualquier funcionario de un Estado o de una organización internacional, que, conforme al derecho internacional general o un acuerdo internacional, tenga derecho a una protección especial en el desempeño de funciones en nombre de su Estado u organización internacional, o en relación con ellas, así como los miembros de su familia que tengan asimismo derecho a protección especial[41].

22. Como se señala en los comentarios al proyecto de artículo, los jefes de Estado o de gobierno se mencionan expresamente en el apartado *a* dada la protección excepcional que, en virtud del derecho internacional, se les asigna[42]. La Comisión subrayó que los jefes de Estado o de gobierno «tienen derecho a protección especial siempre que se encuentren en otro Estado, ya sea su visita oficial, oficiosa o privada»[43].

23. Fue rechazada la propuesta de que en el texto del proyecto de artículo se señalara que la protección internacional era aplicable también a los miembros del gabinete u otras personas de rango similar, es decir, de rango elevado, en cualquier momento y cualesquiera que fueran las circunstancias de su permanencia en el Estado extranjero. En primer lugar, la Comisión consideró que si bien contaba con cierto apoyo la tesis de hacer extensivo el principio a esas personas, «ello no podía basarse en ninguna regla de derecho internacional generalmente aceptada y en consecuencia no cabía proponerlo»[44]. En segundo lugar, los opositores a esta propuesta señalaron que la Comisión ya había examinado la posibilidad de utilizar una formulación similar (por ejemplo, «otra personalidad de rango elevado») cuando estudió las cuestiones de las misiones especiales y la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, y la había rechazado por considerar que su contenido no era suficientemente claro[45].

24. Según el parecer de la Comisión, a diferencia de los jefes de Estado o de gobierno, el derecho a recibir protección especial de los funcionarios señalados en el apartado *b* del párrafo 1 del proyecto de artículo 1, depende de que éstos desempeñen funciones oficiales[46].

B. Labor del Instituto

25. En el siglo XIX, el Instituto de Derecho Internacional examinó por primera vez la cuestión relativa a la inmunidad de los jefes de Estado respecto de la jurisdicción de tribunales extranjeros. En 1891 se aprobó el Proyecto de reglamento internacional sobre la competencia de los tribunales en procedimientos contra los Estados, soberanos o jefes de Estado extranjeros[47]. La inmunidad del jefe de Estado se examinó en el marco de la inmunidad del Estado. En el articulado no se abordó la cuestión de la jurisdicción penal extranjera. Se trató de la inmunidad en general. De conformidad con los artículos 4 a 6 del proyecto, los tribunales nacionales podían examinar

---

[38] «Artículo 50. Estatuto del jefe de Estado y de las personas de rango elevado

1. El jefe del Estado que envía, cuando encabece una delegación, gozará en el Estado huésped o en un tercer Estado, además de lo que le otorgan los presentes artículos, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a los jefes de Estado.

2. El jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y demás personas de rango elevado, cuando participen en una delegación del Estado que envía, gozarán en el Estado huésped o en un tercer Estado, además de los que otorgan los presentes artículos, de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a esas personas.»

(*Anuario… 1971*, vol. II (primera parte), pág. 340).

[39] Ibíd., párr. 4 del comentario al artículo 50.

[40] Ibíd.

[41] *Anuario… 1972*, vol. II, pág. 341.

[42] Ibíd.

[43] Ibíd., párr. 2 del comentario al artículo 1.

[44] Ibíd., párr 3.

[45] Ibíd., vol. I, 1191.ª sesión, pág. 247. Hasta donde el Relator Especial sabe, la última conclusión no correspondió a los resultados finales de la labor de la Comisión sobre los dos temas mencionados: en los proyectos de artículos sobre las misiones especiales y la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales se incluyeron proyectos de artículos en los que se mencionaron, además de los jefes de Estado y los ministros de relaciones exteriores, «otras personalidades de rango elevado».

[46] Ibíd., vol. II, págs. 341 y 342. De ese modo, un agente diplomático que se encuentre de vacaciones en un Estado diferente del Estado receptor, por lo general no tendrá derecho a protección especial.

[47] *Annuaire*, 1889-1892, vol. 11, págs. 426 a 438. Sobre el análisis de este asunto por el Instituto, véase también Verhoeven, «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international», pág. 487.

solamente un grupo muy limitado de demandas civiles en relación con los jefes de Estado[48].

26. El Instituto de Derecho Internacional estudió por segunda vez la cuestión de la inmunidad de los jefes de Estado a fines del siglo XX y principios del XXI, en un momento en que cobró gran auge el interés social, político y profesional sobre este tema[49]. Como resultado de ello, en 2001 el Instituto aprobó la resolución sobre Inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y de gobierno en derecho internacional[50]. En la resolución se establece la inmunidad de jurisdicción penal de los tribunales de un Estado extranjero del jefe de Estado y del jefe de gobierno que estén en ejercicio, independientemente de la gravedad del delito cometido[51]. De conformidad con la resolución, los ex jefes de Estado y de gobierno gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera sólo en relación con los actos cometidos en el ejercicio de funciones oficiales. Sin embargo, dicha inmunidad es limitada, por cuanto en cualquier caso esas personas pueden quedar sometidas a procesamiento penal, si los hechos de que se les acusan están tipificados como delitos en el derecho internacional, si se cometieron con el fin exclusivo de satisfacer intereses personales, o si constituyen actos de apropiación ilícita de bienes del Estado[52].

[48] «*Artículo 4*

Sólo podrán interponerse contra un Estado extranjero las acciones siguientes:

1. Acciones reales, incluidas las acciones posesorias relativas a una cosa, ya sea mueble o inmueble, que se encuentre en el territorio;

2. Acciones basadas en la condición del Estado extranjero como heredero o legatario de un residente en el territorio, o como derechohabiente de una sucesión abierta en el territorio;

3. Acciones relativas a un establecimiento comercial o industrial o a un ferrocarril, explotados por el Estado extranjero en el territorio;

4. Acciones respecto de las cuales el Estado extranjero haya reconocido expresamente la competencia del tribunal;

[...]

5. Acciones dimanantes de contratos celebrados por el Estado extranjero en el territorio, siempre que pueda solicitarse que el contrato se ejecute completamente en ese mismo territorio en virtud de una cláusula expresa o de la propia naturaleza de la acción;

6. Las acciones por daños y perjuicios derivadas de un delito o cuasidelito cometido en el territorio.

Artículo 5

No se admitirán las acciones entabladas en relación con actos de soberanía o derivadas de un contrato del demandante como funcionario del Estado, ni las acciones relativas a deudas del Estado extranjero contraídas por suscripción pública.

Artículo 6

Las acciones entabladas contra soberanos o jefes de Estado extranjeros estarán sujetas a las normas establecidas en los artículos 4 y 5.»

(Instituto de Derecho Internacional, *Tableau général des résolutions* (1873-1956), págs. 15 y 16.)

[49] En ese mismo momento, en particular, se examinaba en el Reino Unido el conocido caso *Pinochet* (*Regina* v. *Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex Parte Pinochet Ugarte)* (*The Law Reports 2000*, Appeal cases, vol. 1, pág. 61).

[50] Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), págs. 680 a 692, Relator: J. Verhoeven.

[51] «*Artículo 2*

En materia penal, el jefe de Estado gozará de inmunidad de jurisdicción penal ante los tribunales de un Estado extranjero por cualquier delito que pudiera haber cometido, independientemente de su gravedad.

[…]

Artículo 15

El jefe de gobierno de un Estado extranjero gozará [...] de la inmunidad de jurisdicción [...] que en la presente resolución se reconoce al jefe del Estado.»

(Ibíd., págs. 681 y 685, respectivamente).

[52] «*Artículo 13*

[...]

Tampoco disfrutará de inmunidad de jurisdicción [...] en procedimientos [...] penales, excepto cuando se trate de actos realizados en el ejercicio de funciones oficiales y en relación con dicho ejercicio. No obstante, podrá ser procesado y juzgado en cualquier momento si los actos que se le imputan constituyen delito en virtud del derecho internacional, se han realizado para satisfacer un interés exclusivamente personal, o constituyen actos de apropiación fraudulenta de los bienes y recursos del Estado.

[…]

Artículo 16

Los artículos 13 y 14 son aplicables a ex jefes de gobierno.»

(Ibíd., págs. 685 y 686).

Capítulo III

Cuestiones preliminares

A. Fuentes

1. Tratados internacionales

27. Sobre la base de los proyectos de artículos preparados por la Comisión se han aprobado los siguientes tratados internacionales: Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; Convención sobre las Misiones Especiales; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal[53], y Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes[54]. Esos tratados contienen disposiciones relacionadas con el estatuto de los funcionarios estatales o su inmunidad de jurisdicción extranjera, que reproducen en gran medida, y en algunos casos al pie de la letra, las disposiciones antes mencionadas, que figuran en los proyectos de artículos preparados por la Comisión[55].

28. La cuestión de la inmunidad de los representantes de los Estados se aborda también en otros tratados

[53] Aún no ha entrado en vigor.

[54] Aún no está en vigor.

[55] En la etapa final de la elaboración del proyecto de la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, se llegó a la interpretación definitiva de que la Convención no se aplicaba a las actuaciones penales. Posteriormente esa interpretación se confirmó en el párrafo 2 de la resolución 59/38 de la Asamblea General, de 2 de diciembre de 2004, mediante la cual se aprobó la Convención.

internacionales. Por ejemplo, en los tratados que regulan los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales en los territorios de Estados Miembros o en los Estados receptores figuran artículos sobre esta cuestión. Así, la inmunidad de los representantes de los Estados, incluida la inmunidad de jurisdicción penal, se recoge en el artículo IV de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas; el artículo V de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados y la parte IV del Acuerdo General sobre las Prerrogativas e Inmunidades del Consejo de Europa. Las inmunidades de los funcionarios consulares, incluida la inmunidad de jurisdicción penal, se regulan mediante las disposiciones de los convenios consulares bilaterales[56].

29. Existe la opinión de que la cuestión de la inmunidad de los funcionarios estatales se aborda también en algunos tratados internacionales en los que no se menciona la inmunidad como tal. Por ejemplo, Borghi afirma que «[v]arias convenciones relativas a la represión de delitos internacionales contienen disposiciones que excluyen la inmunidad de los jefes de Estado»[57]. Es el caso de los tratados cuya finalidad es luchar contra delitos internacionales, en particular la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Sin embargo, hay otro punto de vista. Por ejemplo, Verhoeven considera que «[n]o hay hasta el momento ningún tratado que excluya de manera explícita la inmunidad que normalmente se invoca ante un tribunal nacional en caso de delitos internacionales, ya se aplique al Estado o a sus diferentes órganos»[58]. Señala, además, que «ciertamente, existen convenciones que tratan de organizar una represión eficaz de esos delitos. Sin embargo, nada parece indicar que sus signatarios tengan una voluntad —implícita, aunque segura— de suspender la inmunidad»[59].

2. Derecho internacional consuetudinario

30. Los tratados internacionales vigentes regulan aspectos importantes, pero aislados, de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de determinadas categorías de funcionarios estatales; a saber: inmunidad de jurisdicción penal del Estado receptor, y en algunos casos, de jurisdicción penal del Estado de tránsito de los funcionarios estatales que desempeñan funciones diplomáticas y consulares (agentes diplomáticos y funcionarios consulares); inmunidad de jurisdicción penal del Estado receptor de los representantes de un Estado ante organizaciones internacionales; e inmunidad de jurisdicción penal del Estado receptor de los miembros de misiones especiales. En dichos tratados se pone de manifiesto que el grupo de personas que gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera no se limita a los jefes de Estado. Por otra parte, esos tratados no regulan, entre otras cosas, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios estatales en general, ni numerosas situaciones concretas, ni tampoco definen con precisión el grupo de funcionarios que goza de inmunidad. No existe un tratado internacional de carácter universal que regule exhaustivamente todas estas cuestiones, ni las cuestiones conexas relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios estatales en ejercicio o no. Además, no todos los tratados que regulan esta cuestión han entrado en vigor[60], y los que se encuentran vigentes no siempre se distinguen por una amplia adhesión de los Estados[61]. Cabe señalar que en algunas disposiciones de esos tratados se señala expresamente que sus normas no son más que un complemento de los preceptos del derecho internacional vigentes en la esfera dada[62]. De ese modo confirman la existencia del derecho internacional consuetudinario en ese ámbito. Además, los tratados internacionales mencionados, si bien codifican algunos aspectos del derecho internacional consuetudinario en lo relativo a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, no conllevan la eliminación de las normas correspondientes del derecho internacional consuetudinario, que continúan regulando el asunto que nos ocupa.

31. La costumbre internacional es la principal fuente de derecho internacional en el ámbito que se examina. Como afirma Fox, «al no existir ninguna convención general sobre el estatuto y las inmunidades de los jefes de Estado, se aplican las normas del derecho internacional consuetudinario»[63]. Ese es el estado de cosas existente en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no sólo de los jefes de Estado, sino también de otros funcionarios estatales.

32. En el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo *c.* Bélgica), de 2002, la CIJ señaló, al determinar la fuente de derecho aplicada a la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal belga del Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo, que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Convención sobre las Misiones Especiales que, entre otros instrumentos, fueron citadas por las partes:

---

[56] Véase, por ejemplo, la sección III (Privilegios e inmunidades) de la Convención Consular entre la Federación de Rusia y la República de Moldova, de 14 de junio de 1994 (Federación de Rusia, *Boletín de acuerdos internacionales*, n.º 4, 2000, pág. 32).

[57] Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, pág. 66.

[58] Verhoeven, «Les immunités propres aux organes ou autres agentes des sujets du droit international», pág. 123. El mismo autor agrega: «Cabe [...] constatar, como se ha dicho, que estas convenciones (sobre el genocidio, la tortura, y otras) no contienen ninguna disposición que la excluya [la inmunidad], como tampoco hay indicios, ni en sus documentos preparatorios, ni en otra parte, de que esa haya sido la voluntad implícita de los Estados que participaron en la negociación de las convenciones o pasaron a ser partes en ellas» (ibíd., pág. 125).

[59] Ibíd., pág. 123.

[60] Por ejemplo, no han entrado en vigor la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, ni la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

[61] Por ejemplo, en la Convención sobre las Misiones Especiales son Partes 38 Estados.

[62] Pueden mencionarse, por ejemplo, el artículo 21 de la Convención sobre las Misiones Especiales, y el artículo 50 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal.

[63] Fox, *The Law of State Immunity*, pág. 426. Véase también Watts, «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers», pág. 36; Borghi, *op. cit.*, págs. 71 y 72; Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, pág. 94; Summers, «Diplomatic Immunity Ratione Personae: Did the International Court of Justice Create a New Customary Rule in *Congo v. Belgium*?», pág. 466; Altman, «The Future of Head of State Immunity: the Case against Ariel Sharon», pág. 4.

[c]onstituían una útil orientación sobre ciertos aspectos de las inmunidades, si bien no contenían disposiciones en las que se definieran concretamente las inmunidades de que disfrutaban los ministros de relaciones exteriores. Por consiguiente, la Corte habría de basarse en el derecho internacional consuetudinario para resolver las cuestiones relacionadas con las inmunidades de esos ministros, que se planteaban en ese caso[64].

33. En fallos de tribunales nacionales se señala que la fuente de inmunidad de jurisdicción extranjera es el derecho consuetudinario[65]. Por ejemplo, en el fallo del caso *Qadhafi*, la Corte de Casación de Francia señaló que:

a falta de disposiciones internacionales vinculantes para las partes interesadas que estipulen lo contrario, la costumbre internacional se opone a que los jefes de Estado en ejercicio puedan ser objeto de demandas ante jurisdicciones penales de un Estado extranjero[66].

34. También los Estados, representados por su poder ejecutivo, se remiten a la costumbre como la fuente de derecho internacional en el ámbito que nos ocupa. De ese modo, en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, las posiciones de las partes respecto de si el Ministro congolés disfrutaba o no de inmunidad de jurisdicción penal belga se basaron en gran medida en referencias al derecho internacional consuetudinario[67]. En las «propuestas de inmunidad» que el Gobierno de los Estados Unidos presenta a los tribunales estadounidenses que examinan causas relacionadas con la inmunidad de funcionarios de Estados extranjeros, se menciona el derecho internacional consuetudinario como fuente de derecho de la inmunidad[68]. El Abogado General de Francia indicó en las conclusiones de la causa *Qadhafi* que «el principio de la inmunidad de los jefes de Estado se consideraba tradicionalmente una norma de la costumbre internacional, necesaria para preservar las relaciones amistosas entre los Estados»[69].

3. Cortesía internacional

35. Existe también la opinión de que la inmunidad de jurisdicción extranjera se otorga no en virtud del derecho, sino de la cortesía internacional[70]. Sin embargo, es difícil convenir con esa tesis. La inmunidad es, ante todo, una cuestión de derecho, y una cuestión de derechos y deberes legales de los Estados. Es legítimo que los tribunales examinen los litigios sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado como litigios sobre la violación de los derechos y deberes legales. Lord Hoffmann, en la causa

---

[64] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo *c.* Bélgica), fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 21, párr. 52.

[65] Como señala Borghi (*op. cit.*, pág. 71), «[e]l derecho consuetudinario está consagrado también como fuente de inmunidad en numerosas decisiones judiciales, en particular en Suiza, Francia, los Estados Unidos y Alemania». Véase también *Regina v. Bartle and the Commissionner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet* (*Pinochet n.º 1*), Cámara de los Lores, 25 de noviembre de 1998, ILM, vol. 37, págs. 1309 a 1311; *Regina v. Bartle and the Commissionner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet* (*Pinochet n.º 3*), Cámara de los Lores, 24 de marzo de 1999, ILM, vol. 38, págs. 621, 622, 641 y 644; *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Norte de Illinois (2003), pág. 5; *Bouzari v. Iran*, 2004, CanLII 871 (Tribunal de Apelaciones de Ontario), párrs. 40 y 85.

[66] Corte de Casación, Cámara Penal, 13 de marzo de 2001, 00-87.215, *Bulletin criminel*, 2001, n.º 64, pág. 218. Véase también ILR, vol. 125, pág. 509.

[67] *C.I.J. Mémoires, Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo *c.* Bélgica), presentación de la demanda, 17 de octubre de 2000, pág. 12, parte IV B): «el *no reconocimiento [...] de la inmunidad de un ministro de relaciones exteriores* en activo es contrario a la jurisprudencia internacional [...] al derecho consuetudinario y a la cortesía internacional». Véanse también la memoria de la República Democrática del Congo, párrs. 6, 55 y 97 1), y la contramemoria de Bélgica, párrs. 3.4.6 y 3.5.144, entre otros.

[68] Por ejemplo, en 2001, en su «propuesta de inmunidad» relativa a la causa *Tachiona* v. *Mugabe*, el Departamento de Estado señaló: «Con arreglo a las normas del derecho internacional reconocidas y aplicadas en los Estados Unidos, [...] el Presidente Mugabe, como jefe de un Estado extranjero, posee inmunidad de jurisdicción del tribunal en este caso» (AJIL, vol. 95, (octubre de 2001), pág. 874). En 2005 en relación con la inmunidad del Papa Benedicto XVI, el Departamento de Estado señaló: «La doctrina de la inmunidad del jefe del Estado se aplica en los Estados Unidos como norma del derecho internacional consuetudinario» (Crook, «Contemporary practice of the United States relating to international law. US Brief suggests Pope's immunity as a head of State», pág. 219). Véanse también en el sitio del Departamento de Estado de los Estados Unidos (www.state.gov) los respectivos párrafos 3 de las «propuestas de inmunidad», en las causas *Li Weixum v. Bo Xilai* («propuesta adicional», cc. 2 a 8); *Hartmann v. Sheikh Zayed Bin Sultan Al-Nayhan*; *Gladys M. Lafontant v. Jean-Bertrand Aristide*; *First American Corporation v. Sheikh Zayed Bin Sultan Al-Nayhan*; *Josephine Alicog and Spiyani Marian Fernando v. Kingdom of Saudi Arabia, His Royal Highness King Fahd Bin Abdulaziz Al-Saud, Majid Afifi, Salim Afifi*; y *Guardian F. v. Archdiocese of San Antonio.*

[69] Conclusiones del Abogado General, ILR, vol. 125, pág. 507.

[70] Esta tesis se menciona tanto en fallos judiciales como en la doctrina. En cierta medida es característica también del procedimiento judicial de los Estados Unidos. De ese modo, ya en el fallo de la causa *The Schooner Exchange* v. *McFaddon*, dictado en 1812 por la Corte Suprema de los Estados Unidos, se señalaba que «por motivos de cortesía los miembros de la comunidad internacional habían llegado al acuerdo implícito de renunciar al ejercicio de la jurisdicción sobre otros soberanos en causas de cierta índole, como las relacionadas con ministros de relaciones exteriores o con la persona del soberano» (11 U. S. 116, 137 (1812)). En el fallo del Tribunal de Distrito de Columbia, de 11 de marzo de 1998, en la causa *Flatow* v. *the Islamic Republic of Iran*, se señala: «La inmunidad de un soberano extranjero, en virtud del *common law* y en la actualidad con arreglo a la Ley de inmunidades de soberanos extranjeros, ha sido siempre un asunto de gentileza y cortesía, y no de derecho en virtud de las leyes de los Estados Unidos» (999 F. Supp. 1, Tribunal de distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia). En la causa *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Ziang Zemin and Falun Gong Control Office* (véase la nota 65 *supra*), el abogado de los solicitantes afirmó: «se otorga inmunidad a los jefes de Estado como muestra de cortesía en reconocimiento de la necesidad mutua de impedir que los tribunales interfieran en el desempeño adecuado de las funciones de los gobiernos extranjeros mediante la imposición de obstáculos y sanciones a los jefes de Estado visitantes» (pág. 5)**.**

La magistrada Van Den Wyngaert, en su opinión disidente en el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* señala también que «[n]o existen pruebas que respalden la tesis de que un Estado tiene la obligación de otorgar inmunidad respecto del procesamiento penal a un ministro de relaciones exteriores en ejercicio en virtud del derecho internacional consuetudinario. Al emitir y hacer pública la orden de detención, Bélgica actuó de manera contraria a la cortesía internacional, pero no transgredió ninguna obligación de derecho internacional» (*C.I.J. Recueil 2002*, pág. 139, párr. 1). No obstante, la gran mayoría de los magistrados mantuvieron una posición contraria sobre esta cuestión.

Como se señala en *Oppenheim's International Law*, «la base del trato especial concedido a los jefes de Estado se atribuye, entre otras cosas […] a los imperativos de la cortesía internacional» (Jennings y Watts, pág. 1034). Caplan señala: «Dos razones fundamentales explican el origen jurídico de la doctrina [de la inmunidad del Estado extranjero]. Según una de ellas, la inmunidad del Estado es un derecho fundamental de éste en virtud del principio de la igualdad soberana. Según la otra, la inmunidad del Estado se desarrolla a partir de una excepción del principio de jurisdicción del Estado, que se produce cuando el Estado de la jurisdicción suspende su derecho de jurisdicción decisoria como cortesía práctica para facilitar las relaciones interestatales» («State immunity, human rights, and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory», pág. 748). Cabe destacar que en varias de las opiniones citadas se menciona a la cortesía no como la fuente, sino como una de las razones fundamentales de la inmunidad.

Jones v. *Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia)* de 2006, en la que se examinaron cuestiones relativas a la inmunidad del Estado y sus funcionarios, señaló que «según afirmó Lord Millett en la causa *Holland v. Lampen-Wolfe* [2000] 1 WLR 1573, 1588, la inmunidad del Estado no es una 'restricción que el Reino Unido haya decidido imponer a la jurisdicción de sus propios tribunales' y que pueda atenuar o abandonar de manera discrecional, sino que viene impuesta por el derecho internacional, que no admite discriminación entre Estados»[71]. En el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la CIJ señaló que Bélgica había transgredido una obligación de derecho internacional en relación con la República Democrática del Congo, por cuanto la emisión de la orden de detención del Sr. Abdulaye Yerodia Ndombasi y su difusión internacional constituía una violación de la inmunidad penal extranjera del Ministro, de la que disfrutaba en virtud del derecho internacional[72]. En el caso en cuestión se trataba de una obligación derivada del derecho internacional consuetudinario. Resulta aún más evidente que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios se deriva del derecho internacional en el caso de las correspondientes obligaciones convencionales anteriormente mencionadas.

36. No obstante, en primer lugar nada impide que los Estados otorguen a los funcionarios de otros Estados, y en primer lugar a los altos funcionarios, inmunidad de jurisdicción no sólo en virtud de las obligaciones de derecho internacional, sino también de la cortesía internacional[73]. En segundo lugar, surge otra cuestión. Tanto en la doctrina como en la práctica en ocasiones se examina el tema de la inmunidad de jurisdicción extranjera de los miembros de la familia de los altos funcionarios o de las personas más cercanas a éstos. En relación con esta categoría de personas, existen muchos más argumentos para afirmar que la fuente de su inmunidad de jurisdicción extranjera no es el derecho internacional, sino la cortesía internacional[74]. Por último, existe la opinión de que cuando los altos funcionarios del Estado realizan visitas privadas, y no oficiales, a otro país, el Estado receptor no tiene obligación jurídica de otorgarles inmunidad, pero puede hacerlo por cortesía[75]. Esta cuestión se examinará en la sección dedicada al alcance de la inmunidad.

4. Papel del derecho internacional y del derecho nacional

37. En la legislación de algunos Estados se regula la cuestión de la inmunidad de los funcionarios de Estados extranjeros, fundamentalmente de los jefes de Estado. En las leyes sobre la inmunidad del Estado extranjero aprobadas, en particular, en Australia, Canadá, Pakistán, Reino Unido, Singapur y Sudáfrica, el jefe de un Estado extranjero que se encuentra oficialmente en funciones se incluye en el concepto de Estado[76], como ocurre también en la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. En ese sentido, con arreglo a la legislación del Reino Unido, cuando el jefe de un Estado extranjero no se encuentra oficialmente en funciones goza de la inmunidad que se otorga a los jefes de misiones diplomáticas[77]. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 36 de la Ley relativa a la inmunidad de Estados extranjeros de Australia, «Sin perjuicio de las disposiciones subsiguientes de esta sección, la Ley de privilegios e inmunidades diplomáticos de 1967 se aplicará, con las modificaciones necesarias, a la persona que en ese momento sea: *a*) el jefe de un Estado extranjero o *b*) el cónyuge del jefe de un Estado extranjero»[78].

38. La legislación de la Federación de Rusia contiene una disposición sobre la inmunidad de todos los funcionarios de Estados extranjeros. En el párrafo 2 del artículo 3 del Código de Procedimiento Penal se establece que las actuaciones penales contra funcionarios extranjeros que gocen de inmunidad penal en virtud de las normas del derecho internacional universalmente reconocidas o de acuerdos internacionales en que la Federación de Rusia sea parte, se iniciarán con el consentimiento del Estado extranjero a cuyo servicio se encuentre o se encontrase ese funcionario. El Ministerio de Relaciones Exteriores comunica al tribunal o al órgano encargado de hacer cumplir la ley si el funcionario goza de inmunidad penal, así como el alcance de esa inmunidad[79]. En este caso cabe destacar que, de conformidad con la legislación de Rusia, en lo que se refiere a la inmunidad de jurisdicción rusa de los funcionarios extranjeros prevalece el derecho internacional.

39. Dado que en los sistemas de derecho de algunos Estados se ha instituido la jurisdicción universal, en sus legislaciones han comenzado a incluirse disposiciones que pueden interpretarse como negaciones de la inmunidad de los funcionarios extranjeros en relación con los cuales el Estado en cuestión ejerce jurisdicción penal universal. De ese modo, en la Ley de Bélgica de 1993, relativa al procesamiento penal por violaciones graves de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas

---

[71] *Jones v. Ministry of Interior Al-mamlaka Al-Arabiya AS Saudia (the Kingdom of Saudi Arabia)*, Cámara de los Lores, Comité de Apelación, 14 de junio de 2006 (*Jones n.º 2*) [2006] UKHL 26, párr. 101.

[72] *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 33.

[73] «Con independencia de su carácter convencional o consuetudinario, la obligación [de otorgar la inmunidad] no impide que las autoridades nacionales concedan a un jefe de Estado extranjero un trato más favorable que el impuesto por el derecho internacional» (Verhoeven, «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international», pág. 509).

[74] Véase el párrafo 128 *infra*.

[75] Según Cassese (*International Law*, pág. 96), «[c]uando [los altos funcionarios del Estado] realizan una visita privada y no viajan de incógnito, el Estado receptor está obligado a concederles protección especial; también puede concederles privilegios e inmunidades por motivos de cortesía, esto es de urbanidad y buena voluntad; no obstante, no tiene la obligación de hacerlo».

[76] Véanse por ejemplo, el artículo 14 de la Ley de inmunidad del Estado, de 1978, del Reino Unido; el artículo 16 de la Ley de inmunidad del Estado, de 1979, de Singapur; el artículo 15 de la orden sobre inmunidad del Estado, del Pakistán, de 1981; el artículo 1 de la Ley de inmunidad del soberano extranjero, de 1981, de Sudáfrica; el artículo 2 de la Ley de inmunidad del Estado, del Canadá, de 1982; el artículo 3 de la ley de inmunidad de los Estados extranjeros, de Australia, de 1985. Las disposiciones correspondientes de esas leyes figuran en Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law. Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, págs. 431 a 459, y en Dickinson, Lindsay y Loonam, *State Immunity. Selected Materials and Commentary*, págs. 469 a 523.

[77] El artículo 20 de la Ley de inmunidad del Estado del Reino Unido contiene una referencia a la Ley de privilegios diplomáticos de 1964 (Bankas, *op. cit.*, pág. 440).

[78] Dickinson, Lindsay y Loonam, *op. cit.*, pág. 483.

[79] Véase la Ley Federal n.º 26 de modificaciones al artículo 3 del Código de Procedimiento Penal de la Federación de Rusia, de 4 de marzo de 2008.

de la guerra, de 1949, en 1999 se adoptó una disposición que impide utilizar la inmunidad como protección contra el procesamiento penal: «La inmunidad inherente al cargo oficial que una persona desempeñe no impide la aplicación de la presente ley»[80]. Esa disposición permitió iniciar el proceso penal contra el Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo. Sin embargo, en 2003, después de que la CIJ emitiera su fallo en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, dicha ley fue modificada[81] en el sentido de que «las inmunidades se dejarían sin efecto solamente en la medida en que el derecho internacional lo permitiera»[82]. De ese modo, de conformidad con la legislación belga, el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en el caso de crímenes de guerra comenzó a determinarse, en esencia, sobre la base del derecho internacional.

40. El papel que desempeñan respectivamente el derecho internacional y el derecho nacional cuando los tribunales y otros órganos nacionales encargados de hacer cumplir la ley examinan la cuestión de la inmunidad de los funcionarios de un Estado extranjero depende, en primer término, del lugar que ocupa el derecho internacional en el sistema jurídico del Estado en cuestión, y de su cultura y tradiciones en materia de derechos y aplicación de la ley. Es bien sabido que los tribunales nacionales aplican ampliamente el derecho internacional, como es obvio, junto al nacional, en el examen de cuestiones de inmunidad de funcionarios extranjeros, y se observa también una ausencia casi total de referencias al derecho internacional cuando examinan esas causas.

41. La inmunidad de los funcionarios del Estado de la jurisdicción penal extranjera y la inmunidad jurisdiccional de los Estados son cuestiones que afectan a las relaciones entre Estados. Por ello, la fuente de derecho fundamental y primaria en ese ámbito es el derecho internacional. Así pues, en una situación ideal, el derecho internacional determinará el contenido del derecho nacional que apliquen los tribunales y otros órganos nacionales encargados de hacer cumplir la ley, o éstos deberán aplicarlo directamente al examinar cuestiones relativas a la inmunidad[83]. Idealmente, el derecho nacional debe desempeñar un papel auxiliar en este ámbito, contribuyendo a la aplicación de las disposiciones del derecho internacional que regulan la inmunidad[84]. Considerando que con frecuencia a los tribunales nacionales les resulta difícil determinar el contenido de las normas consuetudinarias del derecho internacional aplicables, sería sumamente útil una codificación del derecho internacional en el ámbito que se examina.

5. Materiales que deberían utilizarse

42. En la investigación del tema que se examina y la posible formulación de los proyectos de disposiciones normativas al respecto, parece conveniente que se utilicen los siguientes materiales: documentos que reflejen la práctica de los Estados, como legislación nacional, fallos judiciales nacionales, sobre todo los emitidos a fines del siglo pasado y comienzos del presente, que reflejen la interpretación actual del tema; exposiciones del poder ejecutivo en los órganos judiciales nacionales e internacionales; intervenciones de representantes de los Estados sobre la problemática que se examina; tratados internacionales relacionados con el tema; fallos y otros documentos de la CIJ, especialmente del caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, y otros casos que se examinan en la actualidad: *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo c. Francia) y *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti *c.* Francia); fallos pertinentes de tribunales penales internacionales; material de la Comisión mencionado anteriormente y otro relacionado con el tema bajo examen, material relativo al examen de inmunidad de los jefes de Estado y jefes de gobierno elaborado por el Instituto de Derecho Internacional en el período 1997-2001; investigaciones académicas en esta esfera y otro material relacionado con el tema[85].

B. Inmunidad y jurisdicción

1. Jurisdicción

43. El propio título del tema que se examina supone que existen similitudes y diferencias entre los conceptos de «inmunidad» y de «jurisdicción». Como

---

[80] Ley de 16 de junio de 1993, modificada por la ley de 10 de febrero de 1999 relativa a la represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario.

[81] Ley de 5 de agosto de 2003 relativa a las violaciones graves del derecho internacional humanitario, dispone:

«Artículo 13

Insértese en el capítulo I del título preliminar del Código de Procedimiento Penal un artículo 1 *bis*, con la siguiente redacción:

Artículo 1 *bis*. § 1. De conformidad con el derecho internacional se excluyen los procedimientos relacionados con:

– Jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, mientras se encuentren en el ejercicio de sus funciones, así como con otras personas cuya inmunidad se reconoce en el derecho internacional;

– Personas que posean inmunidad total o parcial conforme a un tratado vinculante para Bélgica.

§ 2. De conformidad con el derecho internacional, no podrá realizarse ningún acto de coerción relacionado con el ejercicio de la acción pública contra una persona que haya sido invitada oficialmente a permanecer en el territorio del Reino por las autoridades belgas o por una organización internacional radicada en éste y con la que Bélgica ha concertado un acuerdo relativo a la sede, durante la permanencia de dicha persona en territorio belga.»

[82] Smis y Van der Borght, «Belgian law concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law: a contested law with uncontested objectives».

[83] Nótese en este sentido, por ejemplo, la situación de Francia descrita por el agente de Francia, R. Abraham durante las sesiones de la vista en la CIJ del caso *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo *c.* Francia): «De conformidad con el derecho internacional, la ley francesa hace suyo el principio de la inmunidad de los jefes de Estado extranjeros. [...] No existen reglas escritas que se deriven de ninguna legislación relacionada con las inmunidades del Estado y sus representantes. Es la jurisprudencia de los tribunales franceses la que, remitiéndose al derecho internacional consuetudinario y aplicándolo directamente, ha afirmado de manera clara y enérgica el principio relativo a esas inmunidades» (CIJ, CR 2003/21, lunes 28 de abril de 2003, 16.00 horas, párr. 32).

[84] Como señala Verhoeven («Les immunités propres aux organes ou autres agentes des sujets du droit international», pág. 82), «[a]l parecer, no hay dudas en el sentido de que la inmunidad es en primer lugar una cuestión de derecho internacional y que por tanto, corresponde al derecho internacional regular los problemas que ésta plantea. Además, compete al derecho internacional determinar el modo concreto en que esa regulación se aplica en cada sistema jurídico interno, teniendo en cuenta que si se abstiene de hacerlo, podría entrar en juego, al igual que en otros casos, la responsabilidad internacional del Estado».

[85] Por ejemplo, es interesante la labor de la OIPC/INTERPOL con las solicitudes de los países de difundir las órdenes de detención de funcionarios extranjeros.

señalan los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en sus opiniones separadas coincidentes en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, «inmunidad» es la palabra que se utiliza para designar brevemente la «inmunidad de jurisdicción»[86]. La jurisdicción precede a la inmunidad. Si no hay jurisdicción no existe ninguna base para plantear y examinar la cuestión de la inmunidad respecto de la jurisdicción[87]. En el mismo fallo, la CIJ indicó que «sólo cuando un Estado tiene jurisdicción con arreglo al derecho internacional en relación con un asunto concreto puede plantearse una cuestión de inmunidades respecto del ejercicio de esa jurisdicción»[88].

44. En el presente tema se trata de la jurisdicción nacional, y no de la internacional, es decir, de la jurisdicción del Estado, y no de la jurisdicción de los órganos internacionales. Según Shaw, «[l]a jurisdicción tiene que ver con el poder del Estado para afectar a las personas, a sus bienes y a sus circunstancias y refleja los principios básicos de soberanía del Estado, igualdad de los Estados y no injerencia en los asuntos internos»[89]. Con frecuencia al hablar de jurisdicción se tiene en mente el poder o la competencia del Estado[90]. La jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado[91], de sus prerrogativas de poder, en particular en el territorio que el Estado ejerce su soberanía. Lukashuk ha señalado que la jurisdicción «es el poder del Estado para prescribir normas de comportamiento y asegurar su cumplimiento, con todos los medios legales de que dispone»[92]. Según Brownlie, «al menos como presunción, la jurisdicción es territorial»[93]. No obstante, la jurisdicción puede ejercerse también en razón de otros motivos, como, por ejemplo, la nacionalidad[94], y puede ser extraterritorial.

45. La jurisdicción se ejerce mediante la acción de los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales del Estado. Por lo general se establece una distinción entre jurisdicción legislativa, ejecutiva y judicial[95]. La jurisdicción legislativa o prescriptiva (elaboración de leyes) consiste en la promulgación de leyes y otras disposiciones legales. La jurisdicción ejecutiva son las acciones que realizan el Estado, sus órganos ejecutivos y sus funcionarios para cumplir y hacer cumplir sus leyes y demás disposiciones legales. La jurisdicción judicial consiste en la actividad de sus órganos judiciales relacionada principalmente con el examen de las causas. La jurisdicción ejecutiva y la jurisdicción judicial tienen características comunes: ambas conllevan la aplicación y la garantía del cumplimiento de la ley. Por ello algunos autores argumentan que sólo hay dos tipos de jurisdicción: legislativa (prescriptiva) y ejecutiva[96].

46. En el segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes el Relator Especial, Sr. Sucharitkul, propuso la siguiente definición del término: «se entiende por 'jurisdicción' la competencia o poder de un Estado territorial para desarrollar un procedimiento judicial, resolver controversias o zanjar litigios, así como el poder de administrar justicia en todos sus aspectos» (apartado *g* del párrafo 1 del proyecto de artículo 2). Esta definición se complementó con el proyecto de disposiciones interpretativas, que explican los elementos del concepto de «jurisdicción»:

Artículo 3. Disposiciones interpretativas

1. Para los efectos de los presentes artículos, y a menos que se establezca otra cosa,

[...]

b) la expresión «jurisdicción», tal y como se define en el apartado *g* del párrafo 1 del artículo 2, comprende:

i) la potestad de sentencia,

ii) la potestad de decidir cuestiones de derecho y de hecho,

iii) la potestad de administrar justicia y adoptar medidas pertinentes en todas las fases de los procedimientos judiciales, y

iv) todas aquellas facultades administrativas y ejecutivas que normalmente ejercen las autoridades judiciales, administrativas y de policía del Estado territorial[97].

47. De esta definición y de las disposiciones interpretativas se desprende, en primer lugar, que a los efectos del proyecto de artículos sobre las inmunidades

[86] *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 64, párr. 3.

[87] Bröhmer (*State Immunity and the Violation of Human Rights*, pág. 34) señala que, «la cuestión de la jurisdicción lógicamente precede a la cuestión de la inmunidad soberana, porque sin jurisdicción no puede surgir la cuestión de la inmunidad». Toner («Competing Concepts of Immunity: The (R)evolution of the Head of State Immunity Defense», pág. 903) considera que: «[a]ntes de que se pueda analizar si la inmunidad es o no un argumento viable, el establecimiento de la jurisdicción [...] es una necesidad. La jurisdicción debe establecerse primero porque, por definición, inmunidad es la forma abreviada de inmunidad de la jurisdicción».

[88] *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 19, párr. 46. El entonces Presidente de la CIJ, G. Guillaume, expresó la misma idea: «En efecto, la competencia de los tribunales es una cuestión sobre la cual éstos deben pronunciarse antes de interrogarse sobre la inmunidad de los justiciables. Dicho de otro modo, sólo si existe jurisdicción es posible beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción» (ibíd., pág. 35, párr. 1). En su opinión separada, los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal compartieron ese criterio: «Si no hay jurisdicción *en principio, no se plantea entonces la cuestión de la inmunidad de una jurisdicción que en otras circunstancias sí podría existir» (ibíd.*, pág. 64, párr. 3).

[89] Shaw, *International Law*, pág. 572.

[90] «Jurisdicción» – «Término que hace alusión al concepto de poder, utilizado en diversas expresiones como competencia y en otras como poder de enjuiciar» (Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, pág. 624). De acuerdo con Lowe, «'Jurisdicción' es el término que describe los límites de la competencia jurídica de un Estado u otra autoridad reguladora (como la Comunidad Europea) para elaborar, aplicar y hacer cumplir normas de conducta en relación con sus destinatarios» («Jurisdiction», pág. 335). Oxman considera que «[e]n su sentido más amplio, la jurisdicción de un Estado se refiere al poder que lícitamente le corresponde para actuar y, por ende, a su poder de decidir si actúa o no actúa y en qué condiciones. Aunque los juristas a menudo utilizan el término 'jurisdicción' de manera más restrictiva para referirse al poder lícito para elaborar y hacer cumplir normas, es conveniente tener en cuenta su sentido más amplio» («Jurisdiction of States», pág. 55).

[91] Bowett, «Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources», y Chernichenko, *Teoría del derecho internacional*, pág. 126, según quien «[l]a jurisdicción del Estado (o jurisdicción nacional) es una manifestación de la soberanía del Estado».

[92] Lukashuk, *Derecho internacional. Parte general*, págs. 330 y 331.

[93] Brownlie, *Principles of Public International Law*, pág. 297. Lukashuk (*op. cit.*) señala que el principio fundamental de la jurisdicción es el principio territorial. Al mismo tiempo, en cuanto a la esfera de acción, la jurisdicción puede ser territorial y extraterritorial.

[94] Shaw, *op. cit.*, pág. 572.

[95] Ibíd., págs. 576 a 578; y Lukashuk, *op. cit.*

[96] Véase, por ejemplo, Chernichenko, *op. cit.*, págs. 112 a 117.

[97] *Anuario… 1980*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/331 y Add.1, pág. 222.

jurisdiccionales de los Estados, el Relator Especial consideró conveniente que se examinaran solamente los aspectos ejecutivo y judicial de la jurisdicción. La jurisdicción legislativa (prescriptiva) no queda incluida en esta definición. En segundo lugar, a los efectos de los artículos, el concepto de jurisdicción abarca todo el espectro de las acciones procesales[98].

2. Jurisdicción penal

48. Dependiendo de la esencia de las leyes (disposiciones) que las autoridades emiten, de las acciones que realizan, y de las cuestiones o los supuestos que se regulan en dichas disposiciones o que examinan las autoridades, la jurisdicción puede dividirse en civil, administrativa y penal. La jurisdicción penal conlleva la adopción de leyes y otras prescripciones que tipifican como delito actos realizados por las personas, y determinan y exigen la responsabilidad por esos actos, y la propia actividad de los órganos del Estado en la aplicación de esas leyes y disposiciones[99]. Es importante señalar que pueden participar en las actividades encaminadas a aplicar y hacer cumplir la ley en el ámbito jurídico-penal, es decir, en la jurisdicción ejecutiva o ejecutiva y judicial del Estado, los órganos judiciales, algunos órganos ejecutivos, y también órganos que no forman parte del sistema de poder ejecutivo o judicial. La participación de diversos órganos del Estado en el ejercicio de la jurisdicción penal junto con los órganos judiciales depende del ordenamiento jurídico del Estado[100]. Las disposiciones jurídicas nacionales que tipifican como delito ciertos actos de las personas y establecen la responsabilidad por su comisión son las disposiciones del derecho penal sustantivo. Las normas que definen el régimen y los procedimientos de la aplicación de las disposiciones sustantivas del derecho penal son las normas de derecho penal procesal. En general, la actividad de los órganos del Estado para cumplir o hacer cumplir las normas de derecho penal sustantivo, que viene regulada en las normas de derecho procesal, está constituida por actuaciones procesales penales, y forma parte del concepto de proceso penal.

49. Como se señaló anteriormente, la jurisdicción es un concepto fundamentalmente territorial. Sin embargo, puede tener también un carácter extraterritorial, típico especialmente de la jurisdicción penal. El Estado extiende la jurisdicción penal fuera de los límites de su propio territorio en una serie de casos: *a*) en relación con actos cometidos en el extranjero por uno de sus nacionales y tipificados como delito en su legislación; *b*) en relación con actos cometidos en el extranjero y tipificados como delito en su legislación que hayan ocasionado un perjuicio a uno de sus ciudadanos; *c*) en relación con actos cometidos en el extranjero y tipificados como delito en su legislación que ocasionen un perjuicio al propio Estado, y *d*) en relación con actos cometidos en el extranjero y tipificados como delito en el derecho internacional. En el caso *a*) la jurisdicción penal extraterritorial recibe el nombre de «jurisdicción respecto de la persona activa»; en el caso *b*) el de «jurisdicción respecto de la persona pasiva» (en ocasiones esos dos conceptos se unen en la categoría de jurisdicción extraterritorial «respecto de la persona»); en el caso *c*) se denomina «jurisdicción por el principio de protección» y en el *d*) se habla de principio «universal»[101].

50. La cuestión de la inmunidad de un funcionario puede surgir cuando un Estado extranjero ejerce la jurisdicción penal territorial y la jurisdicción respecto de la persona pasiva, la jurisdicción por el principio de protección y la jurisdicción penal universal extraterritorial. Esta cuestión puede plantearse también cuando varios Estados tratan de ejercer la jurisdicción penal respecto de una misma persona.

3. Jurisdicción penal y jurisdicción civil

51. A diferencia de la jurisdicción civil ejecutiva y del proceso civil, la jurisdicción penal ejecutiva puede ejercerse y el proceso penal puede iniciarse mucho antes de la fase judicial propiamente dicha. En el proceso penal puede haber una fase prejudicial importante. Después de que las fuerzas del orden reciben la denuncia de un (presunto) delito, y antes de que el caso se presente ante el tribunal, se realiza un número considerable de diligencias penales. Para que la policía y otros órganos encargados de hacer cumplir la ley realicen, durante la investigación preliminar, diligencias como levantar actas del examen del lugar de comisión del delito, recoger pruebas materiales, interrogar a los testigos, instituir un procedimiento penal, y otras, no se requiere, o al menos en muchos países puede no requerirse, una orden judicial. Esas diligencias pueden afectar a un funcionario extranjero. Por consiguiente, ya en la fase prejudicial puede plantearse la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal. Este aspecto es importante para determinar los límites del tema que se examina y el alcance de la inmunidad.

52. Puede ejercerse jurisdicción civil respecto de las personas y del Estado. Al mismo tiempo, desde el punto de vista de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por ejemplo, una demanda civil contra el representante en funciones de un Estado equivale a una demanda contra dicho Estado[102]. Por consiguiente, el examen de

---

[98] Como señaló el propio Relator Especial en la presentación del proyecto de definición, a esos efectos, el concepto de jurisdicción, «abarca, pues, todo el proceso judicial, desde la iniciación o incoación del procedimiento, las notificaciones, la instrucción, el juicio y las órdenes, mandamientos, etc., que pueden constituir medidas provisionales, hasta las decisiones, los fallos en las distintas instancias y la ejecución, suspensión y no aplicación final de los mismos» (ibíd., pág. 216, párr. 30).

[99] «La competencia penal estatal en sentido amplio puede extenderse tanto a la competencia de la ley penal de fondo que resulte aplicable, en virtud de la cual se incrimina y sanciona, como a la determinación del orden jurisdiccional represivo encargado de la aplicación de los textos penales» (Fournier, «Compétence pénale», pág. 1).

[100] Por ejemplo, en la Federación de Rusia, se encargan de funciones dirigidas a hacer cumplir la ley, además de los tribunales y los órganos del Ministerio del Interior, parcialmente, los órganos de la Fiscalía, que no forman parte del sistema de órganos del poder ejecutivo.

[101] Véanse las notas 22 a 26 del memorando sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, preparado por la Secretaría (A/CN.4/596).

[102] Ello se desprende de la definición del término «Estado» a los efectos de la Convención; de conformidad con esa definición y con el artículo 2, párr. 1, apdo. *b*, inc. iv), de la Convención, se entiende por «Estado», en particular, «los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter»; y del artículo 6, párr. 2, de la Convención, según el cual «un proceso ante un tribunal de un Estado se entenderá incoado contra otro Estado si éste: [...] *b*) no es mencionado como parte en el proceso, pero este proceso tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado».

dicha demanda por un tribunal equivale al ejercicio de la jurisdicción civil respecto de ese Estado.

53. La jurisdicción penal se ejerce solamente respecto de las personas, y no del Estado. Éste, a diferencia del individuo, no incurre en responsabilidad penal. En el fallo emitido en 2006 en la causa *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya As Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia)*, después de señalar la diferencia entre jurisdicción penal y jurisdicción civil, Lord Bingham of Cornhill dijo: «un Estado no es responsable desde el punto de vista penal ni en el derecho internacional ni en el derecho inglés, y por tanto no es posible entablar un procedimiento penal directamente contra él»[103]. En esta exposición es importante, en particular, la palabra «directamente». Es obvio que aunque no sea de manera directa, el ejercicio de la jurisdicción penal contra un funcionario estatal afecta al Estado en cuyo nombre el funcionario presta servicio. Ello es especialmente evidente en el caso de procedimientos penales contra altos funcionarios estatales y gubernamentales, en particular, contra un jefe de Estado o de gobierno, un ministro de relaciones exteriores u otros miembros del gobierno que representen al Estado en asuntos internacionales o desempeñen las más altas funciones estatales en relación con su soberanía y seguridad. También es evidente en procesos penales contra funcionarios estatales de cualquier nivel, en relación con actos cometidos en el ejercicio de funciones oficiales. Como se señala en el fallo emitido en 2004 en la causa *Ronald Grant Jones and others v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya As Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia) & Anor*, «pudiera decirse que las actuaciones penales contra un presunto torturador van, de manera indirecta, contra el Estado extranjero. No es fácil comprender por qué debe considerarse que el proceso civil contra un presunto torturador implica una mayor injerencia en los asuntos internos de un Estado extranjero o una forma más objetable de decisión en relación con éstos»[104]. Además, es muy probable que en el curso de actuaciones penales contra funcionarios de un Estado extranjero, el Estado que las lleva a cabo tenga acceso a información relacionada con la soberanía y la seguridad del Estado al que prestan servicios dichos funcionarios. En esas circunstancias, si bien desde el punto de vista jurídico se trata de una cuestión de procesamiento penal de personas físicas, en esencia, nos encontramos ante una cuestión de ejercicio de las prerrogativas soberanas de un Estado en relación con otro. En ese sentido se ven afectados los intereses soberanos de ese otro Estado. Además, en el ejercicio de la jurisdicción penal, que suele incluir actividades de investigación que conllevan una gran injerencia, esos intereses soberanos pueden verse afectados en un grado mucho mayor que durante el ejercicio de la jurisdicción civil. Como se señala en el fallo del Tribunal Federal de Suiza relativo a la denominada causa *Adamov*, «de conformidad con los principios del derecho internacional general es inadmisible que la jurisdicción penal interna del Estado se inmiscuya en la esfera de los intereses de otro Estado»[105].

54. Por último, es conveniente mencionar que hay circunstancias en que no es tan fácil distinguir la jurisdicción penal de la civil. Por ejemplo, en algunos sistemas jurídicos es posible presentar una demanda civil en el marco de un proceso penal[106].

55. En términos generales, aunque a primera vista la diferencia entre la jurisdicción penal y la civil respecto de los funcionarios de un Estado extranjero parece obvia, ambas poseen suficientes aspectos comunes para que al examinarse el tema de este informe se tenga en cuenta la práctica actual en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y del propio Estado.

4. Inmunidad

56. El Estado tiene derecho a ejercer la jurisdicción, incluida la jurisdicción penal, sobre todas las personas que se encuentran en su territorio, excepto las que gozan de inmunidad[107]. Al menos en los tratados internacionales universales no existe una definición del concepto de «inmunidad», pese a que el término figura en ellos con no poca frecuencia. Por lo general se entiende por «inmunidad» la exención o exclusión de una institución, una persona o sus bienes, de la jurisdicción del Estado; un impedimento al ejercicio de la jurisdicción; una limitación de la jurisdicción; una protección utilizada para obstaculizar el ejercicio de la jurisdicción en relación con la institución, la persona o los bienes; y por último, el derecho a que no se ejerza la jurisdicción respecto de la institución, la persona y los bienes, es decir el derecho a no estar sujeto a la jurisdicción[108].

---

[103] *Jones n.º 2* (véase la nota 71 *supra*), párr. 31.

[104] *Jones v. Ministry of Interior AlMamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (The Kingdom of Saudi Arabia)*, Tribunal de Apelación, 28 de octubre de 2004 (*Jones n.º 1*) [2004] EWCA Civ 1394, párr. 75.

[105] *Evgeny Adamov c. Departamento Federal de Justicia*, Tribunal Federal de Suiza, sentencia de 22 de diciembre de 2005, *Arrêts du Tribunal fédéral* 132 II 81, párr. 3.4.3.

[106] De ese modo, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 44 del Código de Procedimiento Penal de la Federación de Rusia, «puede presentarse una demanda civil después de que se inicia una causa penal y antes de que finalice la investigación judicial durante la vista de la causa en el tribunal de primera instancia».

[107] Cabe recordar el proyecto de artículo 2 del proyecto de Declaración de derechos y deberes de los Estados (véase el párrafo 7 *supra*).

[108] Por ejemplo, Stefko entendía por inmunidad «la exención de la jurisdicción de las autoridades locales» (*Exención diplomática de la jurisdicción civil*, Leópolis, 1938, pág. 30 (en polaco), citado en Przetacznik, *Protection of Officials of Foreign States according to International Law*, pág. 10). En Salmon, *op. cit.*, la inmunidad se define del siguiente modo: «Exención que hace que las personas, los artefactos o los bienes que se benefician de ella (Estados, jefes de Estado, agentes diplomáticos, funcionarios consulares, organizaciones internacionales y sus agentes, fuerzas militares extranjeras, buques y aeronaves de Estado y, en el pasado, los extranjeros en países con capitulaciones) queden excluidos de los procedimientos o las obligaciones derivadas del derecho común» (pág. 558), en tanto que la inmunidad de jurisdicción se define como «[e]xención que permite que ciertas entidades y personas (Estados, jefes de Estado, agentes diplomáticos, funcionarios consulares, organizaciones internacionales y sus agentes, fuerzas militares extranjeras, etc.) queden excluidas de la acción de las jurisdicciones del Estado de residencia o de un tercer Estado» (pág. 559). Kessedjian afirma que la concepción de inmunidad de jurisdicción consiste en «impedir que un Estado o una organización internacional sean demandadas ante la jurisdicción de otro Estado» («Immunités», pág. 5). Steinberger («State Immunity», pág. 615) señala: «En el marco del derecho internacional público, el derecho relativo a la inmunidad del Estado hace referencia a los principios y las normas jurídicos conforme a los cuales un Estado extranjero puede reclamar la excepción o suspensión de la jurisdicción de otro Estado o alegar que no responde ante ella». Wirth («Immunity for core crimes? The I.C.J.'s Judgment in the Congo v. Belgium Case», pág. 882) considera que «[l]a inmunidad del Estado es el derecho a no quedar sujeto al ejercicio de la jurisdicción extranjera». Khlestova (*Problemas de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero (legislación y práctica)*, pág. 9) opina que «la inmunidad del Estado supone su no subordinación a la jurisdicción de otro Estado».

57. En el segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, en el proyecto del párrafo 1 del artículo 2, el Relator Especial, propuso las siguientes definiciones para los términos «inmunidad» e «inmunidades jurisdiccionales» a los efectos de los proyectos de artículos:

a) se entiende por «inmunidad» el privilegio de exención o suspensión del ejercicio de la jurisdicción de las autoridades competentes de un Estado territorial o de no sujeción a esa jurisdicción;

b) se entiende por «inmunidades jurisdiccionales» la inmunidad respecto de la jurisdicción de las autoridades judiciales o administrativas de un Estado territorial[109].

Como señaló el Relator Especial en la presentación del informe que contenía los proyectos:

La «inmunidad» es un concepto legal que puede expresarse en términos de relación jurídica. […] [L]a «inmunidad» a que tiene derecho una persona [...] o un Estado está en correlación con un «no poder» de la autoridad correspondiente. […] [L]a expresión «inmunidad» implica el no ejercicio del poder o la no sujeción a la jurisdicción de las autoridades nacionales de un Estado territorial[110].

58. En la definición de «inmunidad» citada y en el comentario del Sr. Sucharitkul salta a la vista que, aunque el Relator Especial califica la inmunidad de relación jurídica, no existe correlación entre el derecho del beneficiario de esa relación y la obligación del Estado extranjero (solamente existe correlación entre la no sujeción a la jurisdicción y el derecho). Además, en una relación jurídica, existe correlación entre el derecho de una persona y la obligación de otra u otras personas. En ese sentido la inmunidad no es una excepción. Si se examina la inmunidad de jurisdicción como norma jurídica (y la relación jurídica correspondiente a esa norma) que establece el derecho y la obligación correspondiente, lo cual parece ocurrir precisamente de ese modo, entonces se trata, por una parte, del derecho a que el Estado no ejerza su jurisdicción respecto de la persona que goza de inmunidad, y por la otra, de la obligación del Estado que tiene jurisdicción a no ejercerla sobre la persona que goza de inmunidad[111].

59. Existe otro enfoque de la inmunidad. La inmunidad se considera una derogación de la jurisdicción del Estado que acoge al funcionario extranjero. En esa interpretación de la inmunidad lo que está en primer plano no es el derecho del beneficiario de la inmunidad y la obligación correspondiente, sino el consentimiento o la buena voluntad del Estado que tiene jurisdicción territorial de no ejercer la jurisdicción en relación con dicha persona, como expresión de respeto hacia el otro Estado y por consiguiente hacia sus representantes. En esencia, en esta interpretación la inmunidad no se basa en el derecho internacional, sino en la cortesía internacional[112]. Esa concepción, de aplicarse de manera pura, deja a la inmunidad fuera del ámbito del derecho y la remite a la esfera de las facultades discrecionales del Estado que ejerce la jurisdicción. Sin embargo, en la práctica no se aplica de forma tan pura, sino que más bien se utiliza como complemento de la interpretación y fundamentación de la inmunidad derivada del derecho internacional. Shaw señala que la inmunidad, «[s]i bien constituye una derogación de la jurisdicción del Estado de acogida en el sentido de que, por ejemplo, el Reino Unido no puede ejercer su jurisdicción respecto de los embajadores extranjeros acreditados en su territorio, no obstante, debe analizarse como parte esencial del reconocimiento de la soberanía de los Estados extranjeros, y como un aspecto de la igualdad jurídica de todos los Estados»[113].

60. Las definiciones de los términos «inmunidad» y «jurisdicción» y las disposiciones interpretativas correspondientes no se incluyeron en el proyecto de artículos aprobado por la Comisión, ni posteriormente en la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Sin embargo, reflejan en gran medida las nociones generalmente aceptadas sobre el contenido de los conceptos de «inmunidad» y «jurisdicción». Cabe preguntarse si no sería conveniente que se elaborara una definición de los términos «inmunidad» y/o «inmunidad de jurisdicción penal» en el marco del tema que se examina, si se desea elaborar proyectos de disposiciones normativas.

61. A pesar de la interrelación existente entre la inmunidad y la jurisdicción, y de que el desarrollo del concepto de jurisdicción extraterritorial y, en especial, de jurisdicción universal ha influido considerablemente en las reflexiones relacionadas con la inmunidad, esta última puede examinarse y estudiarse sin necesidad de examinar a fondo la cuestión de la jurisdicción como tal, y viceversa. Como señaló la CIJ en su fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*:

[L]as reglas que rigen la jurisdicción de los tribunales nacionales deben distinguirse cuidadosamente de las que rigen las inmunidades jurisdiccionales: la jurisdicción no implica ausencia de inmunidad, y la ausencia de inmunidad no implica jurisdicción. De ese modo, si bien diversas convenciones internacionales sobre la prevención y el castigo de ciertos delitos graves imponen a los Estados obligaciones relativas a enjuiciamiento y extradición, con lo cual les exigen que extiendan su jurisdicción penal, esa extensión de la jurisdicción no afecta en modo alguno a las inmunidades derivadas del derecho internacional consuetudinario [...]. Dichas inmunidades pueden seguirse invocando ante los tribunales de un Estado extranjero, incluso cuando dichos tribunales ejerzan una jurisdicción de esa índole en virtud de las convenciones mencionadas[114].

62. En su opinión individual conjunta en el mismo fallo, los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal señalan la compleja interrelación existente entre la «inmunidad» y la «jurisdicción», y que la presencia o ausencia de inmunidad depende en cada caso concreto no sólo del estatuto de la persona, sino también del tipo de jurisdicción, y de sobre qué base las autoridades del Estado tienen la intención de ejercerla[115]. Los magistrados señalaron también que «[a]unque la inmunidad desde el punto de

[109] *Anuario… 1980*, vol. II (primera parte), pág. 217.

[110] Ibíd., pág. 214, párr. 17.

[111] Según Sinclair («The law of sovereign immunity: recent developments», pág. 199), «desde el punto de vista de la jurisprudencia, la inmunidad puede definirse como la correlación de la obligación que incumbe al Estado territorial de abstenerse de ejercer su jurisdicción sobre un Estado extranjero».

[112] Véanse los párrafos 35 y 36 *supra.*

[113] *Op. cit.*, pág. 621. Sobre este tema escribe también Sucharitkul («Immunities of foreign States before national authorities», pág. 119): «Puede afirmarse que la reciprocidad de trato, la *comitas gentium* y la cortesía internacional son conceptos íntimamente relacionados que ofrecen un fundamento subsidiario o adicional para la doctrina de la inmunidad soberana».

[114] *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 24 y 25, párr. 59.

[115] Ibíd., pág. 64, párr. 3.

vista conceptual dependía de una jurisdicción preexistente, había un conjunto de leyes bien definido que se aplicaba a cada una de esas nociones» y que la CIJ, sin pasar por alto la cuestión de la jurisdicción, «había alentado una lamentable tendencia actual [...] dirigida a combinar estas dos cuestiones»[116].

63. En el marco de este tema es necesario examinar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y posiblemente formular proyectos de artículos o principios rectores al respecto. El Relator Especial no consideraría conveniente seguir examinando a fondo la cuestión de la jurisdicción como tal, ni la cuestión de la jurisdicción penal extraterritorial y universal en particular. Por consiguiente, parece que en el marco de este tema no es necesario formular ningún proyecto de disposición relativa a la jurisdicción. Al mismo tiempo, es evidente que será necesario abordar la jurisdicción cuando se examine la cuestión del alcance de la inmunidad, y en particular, si existen exenciones o exclusiones de la norma de inmunidad.

5. La inmunidad de jurisdicción penal y su naturaleza procesal

64. Las ideas antes señaladas sobre inmunidad y jurisdicción son válidas también para el concepto de «inmunidad de jurisdicción penal» que se examina en el marco del presente tema. Es importante señalar que la inmunidad de jurisdicción, y en particular la inmunidad de jurisdicción penal, no exime al que la disfruta de la jurisdicción legislativa (prescriptiva) del Estado. Resulta característico que en la definición de inmunidad de jurisdicción propuesta por Sucharitkul se aborde la inmunidad de la jurisdicción únicamente respecto de las autoridades judiciales y administrativas. Teniendo en cuenta el proyecto de definición del concepto de «jurisdicción» antes mencionado, a los efectos de los artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, es evidente que se trata solamente de la inmunidad de la jurisdicción ejecutiva y judicial, y no de la legislativa (prescriptiva) del Estado, es decir de la inmunidad respecto del proceso y de las acciones procesales[117]. De ese modo, el beneficiario de la inmunidad no queda fuera del alcance de la ley establecida por el Estado que posee la jurisdicción (el derecho aplicable en el territorio de ese Estado)[118]. No obstante el Estado que posee la jurisdicción no puede garantizar que su ley vaya a aplicarse al beneficiario de la inmunidad. Para quien la posee, la inmunidad constituye una protección contra los procedimientos destinados a hacer cumplir la ley en el Estado respecto del cual se aplica la inmunidad, pero no contra la ley de ese Estado. Esta opinión es ampliamente respaldada por la doctrina[119]. Como característica general, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Convención sobre las Misiones Especiales, que ofrecen inmunidad de jurisdicción del Estado de acogida a algunas categorías de personas, establecen a la vez la obligación de que esas personas respeten las leyes de dicho Estado[120].

65. Cabe señalar que existe otro punto de vista sobre la naturaleza de la inmunidad. En ocasiones se habla no solamente de inmunidad procesal, sino también de inmunidad sustantiva o material, de conformidad con la cual la persona que goza de inmunidad puede no quedar sujeta a las leyes, y por consiguiente, a la jurisdicción legislativa del Estado[121]. No obstante, la mayoría de los estudiosos no comparten este punto de vista.

66. Ello es especialmente importante en el ámbito de la jurisdicción penal. En particular, el beneficiario de la inmunidad de jurisdicción penal no queda exonerado del cumplimiento de las normas de derecho sustantivo que tipifican como delito ciertos actos y establecen las sanciones correspondientes. La inmunidad de jurisdicción

---

[116] Ibíd., párr. 4.

[117] Sucharitkul (*loc. cit.*, pág. 96) señaló: «Las inmunidades de que se trata [inmunidades de los Estados extranjeros ante las autoridades nacionales] se refieren fundamentalmente a la jurisdicción o al ejercicio del poder local o la autoridad territorial, y no a las inmunidades frente al derecho sustantivo o a disposiciones jurídicas esenciales. Se trata de inmunidades que excluyen la aplicación de las normas procesales o, en el mejor de los casos, del procedimiento legal o el enjuiciamiento, pero no la aplicación de las normas locales. Cuando se invoca la inmunidad del Estado, la jurisdicción local puede quedar suspendida. Pero esa inmunidad puede retirarse en cualquier momento por diversos motivos, lo que permitiría continuar el procedimiento legal y reanudar completamente la aplicación del derecho sustantivo local».

[118] «La inmunidad de jurisdicción no equivale a una exención del ordenamiento jurídico del Estado territorial. Este asunto puede plantearse como una cuestión prejudicial en procedimientos en los que no participa el Estado extranjero, o ante los tribunales de un tercer Estado que, conforme a sus normas sobre conflicto de leyes, tal vez deban aplicar el derecho sustantivo del (primer) Estado territorial, por ejemplo, la *lex delicti commissi*» (Steinberger, *loc. cit.*, pág. 616).

[119] Por ejemplo: «El término inmunidad se utiliza principalmente para hacer referencia a una exención del procedimiento legal. Como tal, la inmunidad no implica ni conlleva que no exista un deber de responder o rendir cuentas *ratione materiae*, como queda de manifiesto cuando se observa que la inmunidad siempre puede retirarse» (Parry y Grant, *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, pág. 165); «la inmunidad de (jurisdicción no significa exención del sistema jurídico del Estado territorial en cuestión» (Shaw, *op. cit.*, pág. 623); «La alegación de inmunidad supone una inmunidad de enjuiciamiento, no una exención de la ley. De ahí que si la inmunidad se retira, el asunto puede resolverse mediante la aplicación del derecho de forma ordinaria. La responsabilidad subyacente del Estado demandado o la posibilidad de exigir su responsabilidad internacional no se ven afectadas aunque, como sucederá cuando no existan posibilidades de recurso ante los tribunales de dicho Estado, la inmunidad frente al enjuiciamiento permita evitar la responsabilidad». (Fox, «International law and restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States», pág. 370); «La inmunidad del Estado conforme al derecho internacional no es más que inmunidad frente al procedimiento legal ante los tribunales internos, y no excluye a los Estados de sus propios procedimientos legales o de todo tipo de responsabilidad. Dicho de otro modo, el reconocimiento de la inmunidad del Estado prevista en el derecho internacional no significa el final del estado de derecho» (Tomonori, «The individual as beneficiary of State immunity: problems of the attribution of *ultra vires* conduct», pág. 274).

[120] Artículo 41 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; artículo 55 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; y artículo 47 de la Convención sobre las Misiones Especiales. En el preámbulo de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2001 (véase nota 50 *supra*) se menciona también que las «inmunidades concedidas a un jefe de Estado o jefe de gobierno no implican en modo alguno que no esté obligado a respetar la ley en vigor en el territorio del foro».

[121] Véase, por ejemplo, Stern, «Immunités et doctrine de l'*Act of State*. Différences théoriques et similitudes pratiques de deux modes de protection des chefs d'État devant les juridictions étrangères», pág. 64. «En derecho internacional, la inmunidad del Estado se refiere a las normas y principios jurídicos que determinan las condiciones en las cuales un Estado extranjero puede reclamar quedar libre de la jurisdicción (los poderes legislativo, judicial y administrativo) de otro Estado (a menudo llamado 'Estado del foro')» (Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, pág. 118); y Khlestova, *op. cit.*, pág. 9.

penal extranjera protege al beneficiario no sólo contra el procedimiento y las actuaciones procesales de los órganos judiciales y las fuerzas del orden del Estado extranjero que tiene la jurisdicción (cabe preguntarse si no sería más exacto que, en vez de hablar de inmunidad de jurisdicción o procedimiento penales extranjeros de los funcionarios del Estado, se hablara de inmunidad respecto de determinadas medidas de procedimiento y del procesamiento penal del Estado extranjero. Sin embargo, esta pregunta no podrá responderse hasta que se haya examinado el alcance de la inmunidad). De ese modo, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera pertenece al ámbito del derecho procesal, y no del derecho sustantivo; es decir, tiene carácter procesal[122]. Por lo tanto, en principio, dicha inmunidad no exonera a sus beneficiarios de responsabilidad penal, sino que solamente dificulta su imputación. Como subrayó la CIJ en su fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*:

> [L]a *inmunidad* de jurisdicción de los ministros de relaciones exteriores en ejercicio no significa en absoluto que gocen de *impunidad* respecto de cualquier delito que pudieran haber cometido [...]. La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos muy distintos. Aunque la inmunidad jurisdiccional tiene carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo. Sin duda, la inmunidad jurisdiccional puede obstaculizar el proceso durante cierto tiempo o para ciertos delitos; no obstante, no puede exonerar a su beneficiario de toda la responsabilidad penal[123].

67. La cuestión de la inmunidad del funcionario puede plantearse ya en la fase inicial del proceso penal, incluso antes de que la causa se remita a un tribunal para que examine el fondo. Por ejemplo, en el caso *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo *c.* Francia) que está considerando la CIJ, la República del Congo cuestiona, en particular en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del jefe de Estado, la legitimidad de algunas medidas de procedimiento penal contra varios funcionarios congoleños, incluido un jefe de Estado, adoptadas por Francia en la fase preliminar de la investigación y el proceso penal relacionados con delitos presuntamente cometidos en la República del Congo[124]. La legitimidad de medidas similares adoptadas por Francia contra algunos funcionarios de Djibouti, incluido un jefe de Estado, se cuestiona también en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti *c.* Francia), que está examinando la CIJ[125]. En la causa *Pinochet* la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal de un ex jefe de Estado surgió cuando se examinaba la solicitud de su extradición a España[126]. En la causa *Adamov* la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del ex Ministro de Energía Atómica de la Federación de Rusia también se planteó en el contexto del examen de su extradición a un tercer Estado[127].

68. Cuando un tribunal nacional comienza a tramitar una causa penal, la inmunidad se examina como cuestión preliminar, antes del inicio del examen del fondo[128]. Como señaló la CIJ en su opinión consultiva *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, los tribunales nacionales debían examinar la cuestión de la inmunidad respecto del proceso jurisdiccional «como cuestión previa sobre la que hay que pronunciarse cuanto antes *in limine litis*»[129].

69. Además, con frecuencia el Estado del funcionario en cuestión se opone totalmente al examen de la cuestión de la inmunidad en un tribunal extranjero y a otras medidas no judiciales de naturaleza procesal penal que el Estado extranjero intente aplicar o aplique respecto del funcionario. En tales casos, el Estado del funcionario suele adoptar medidas diplomáticas respecto del Estado extranjero que adopte medidas procesales penales, e indica la necesidad de respetar la inmunidad de su funcionario, o incluso plantea la responsabilidad del Estado extranjero por incumplir las obligaciones derivadas de las normas de derecho internacional sobre la inmunidad. Ello es consecuencia de que la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, como ya se mencionó, pertenece al ámbito de las relaciones interestatales, y el derecho a la inmunidad y la obligación correspondiente de respetarla y abstenerse de ejercer la jurisdicción respecto del beneficiario de la inmunidad se derivan en primer término de las normas de derecho internacional.

70. El ejercicio de la jurisdicción penal incluye también la adopción de medidas cautelares o de ejecución. En algunos instrumentos de derecho internacional relativos a las cuestiones de la inmunidad figuran diversas disposiciones relacionadas respectivamente con la inmunidad de jurisdicción y con la inmunidad respecto de medidas de ejecución o cautelares (por ejemplo, en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, respectivamente en los párrafos 1 y 3 del artículo 31; en la Convención sobre las Misiones Especiales, en los párrafos 1 y 4 del artículo 31; y en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal,

[122] En la Federación de Rusia la disposición sobre la inmunidad de jurisdicción de acciones de procedimiento penal de los funcionarios de Estados extranjeros está contenida en el Código de Procedimiento Penal, que regula dicho procedimiento, y no en el Código Penal, que contiene las normas del derecho penal.

[123] *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 25, párr. 60.

[124] *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo c. Francia), medidas conservatorias, *C.I.J. Recueil 2003*, pág. 62.

[125] *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti *c.* Francia), fallo, *C.I.J. Recueil 2008*, pág. 177.

[126] En octubre y noviembre de 1998, después de que el Tribunal Supremo de España dictó un fallo en el sentido de que los tribunales españoles tenían jurisdicción respecto de Pinochet, las autoridades judiciales españolas emitieron órdenes de detención contra el senador y solicitaron su extradición a España. De conformidad con esas órdenes y con la Ley de Extradición de 1989, los días 16 y 23 de octubre de 1998, los jueces de distrito metropolitanos emitieron dos órdenes preliminares de arresto contra el ex dictador chileno. Véanse ILM, vol. 37 (1998), págs. 1302 y 1303; y vol. 38 (1999), pág. 432.

[127] En mayo de 2005 el ex Ministro de Energía Atómica de Rusia, E. Adamov, fue arrestado en Berna a solicitud de los Estados Unidos y sometido a detención preventiva con vistas a su extradición a dicho país. Las autoridades estadounidenses acusaban a E. Adamov de una serie de delitos económicos, incluida la apropiación y la utilización para fines personales de una gruesa suma destinada a la industria de energía nuclear de Rusia. La Federación de Rusia también solicitó a Suiza la extradición de E. Adamov, a fin de procesarlo.

[128] Como señala Shaw (*op. cit.*, págs. 623 y 624), «el tema de la inmunidad soberana es de carácter procesal y debe abordarse como cuestión preliminar». «El derecho inglés trata la inmunidad como una cuestión procesal que hay que tener en cuenta en la etapa inicial del procedimiento; parece que el derecho internacional así lo exige» (Fox, *The law of State Immunity*, pág. 13).

[129] *C.I.J. Recueil 1999*, pág. 90, párr. 67.

en los párrafos 1 y 2 del artículo 30). No obstante, en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, no se establece esa diferencia (su artículo 43 se refiere simplemente a la inmunidad de jurisdicción). Al menos en la etapa actual parece conveniente que se examine solamente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, y que no se aborde la cuestión de la inmunidad respecto de medidas cautelares o de ejecución.

6. La inmunidad, la doctrina de la no justiciabilidad y la doctrina de los hechos de los Estados

71. Además de la inmunidad existen otros factores que limitan la jurisdicción del Estado. Se trata de las doctrinas de la «no justiciabilidad» y de los «hechos de los Estados». Ambas se desarrollaron en el sistema de derecho anglosajón y se invocan fundamentalmente en los tribunales estatales en que se aplica el *common law*. Además, como señala Stern, se conocen enfoques similares en países de tradición jurídica romanista[130].

72. No existe una definición precisa de esas doctrinas. Fox afirma que «[l]a doctrina de la no justiciabilidad tiene un alcance indeterminado. Puede plantearse como alegación en procesos en que el Estado extranjero sea o no parte, y puede presentarse como excepción preliminar o durante la determinación del derecho sustantivo»[131]. Wickremasinghe afirma que la doctrina de la «no justiciabilidad» significa en esencia que «el objeto de la demanda se rige de hecho por el derecho internacional (o posiblemente por el derecho público extranjero) y por lo tanto su solución queda fuera de la competencia de los tribunales nacionales»[132]. En aplicación de la doctrina de la no justiciabilidad, un tribunal nacional puede determinar que no puede examinar, por ejemplo, una cuestión perteneciente al ámbito de las relaciones interestatales[133].

73. Sinclair señaló la necesidad de distinguir el concepto de inmunidad del concepto de «justiciabilidad»[134]:

> La inmunidad, expresada en la máxima *par in parem non habet imperium*, es un principio relacionado con la condición de igualdad soberana de todos los Estados independientes. Este principio se cumple si el Estado renuncia a su inmunidad, pues su consentimiento para que los tribunales locales ejerzan su jurisdicción permite mantener la condición de igualdad soberana. La no justiciabilidad, o la falta de competencias de los tribunales nacionales en razón del asunto objeto del proceso es un concepto que, aunque pudiera estar relacionado, es independiente. Por consiguiente, un tribunal podría negarse a pronunciarse sobre la validez de la aplicación de una ley de un Estado extranjero a asuntos de su propio territorio, argumentando que ello equivaldría a una afirmación de jurisdicción sobre asuntos internos de ese Estado[135].

74. En esencia, la doctrina de los hechos de los Estados es también un factor que limita el ejercicio de la jurisdicción en relación con un Estado extranjero. Su aplicación tiene que ver en gran medida con el examen en los tribunales de casos en que se ve afectado el derecho de propiedad respecto de bienes que se encuentren en el Estado extranjero como resultado de hechos que afecten a ese derecho[136]. En dichos procesos puede impugnarse la validez de hechos (normativos o de ejecución), realizados por el Estado extranjero. Fox afirma que «[l]a doctrina de los hechos de los Estados es una defensa contra el derecho sustantivo que exige que el tribunal del foro actúe con contención a la hora de resolver litigios relacionados con hechos legislativos u otros hechos gubernamentales realizados por un Estado extranjero dentro de sus límites territoriales»[137]. Como resultado de la aplicación de la doctrina de la «no justiciabilidad», por lo general el tribunal reconoce la validez del hecho del Estado extranjero. Este enfoque se asienta en el principio del respeto a la soberanía del Estado y de la igualdad soberana de los Estados. Por cuanto se trata de un hecho de otro Estado soberano, el tribunal nacional se abstiene de examinar la cuestión de su validez, y se limita a reconocerlo de manera formal.

75. Al menos en ese aspecto la doctrina de los «hechos de los Estados» parece más limitada que la doctrina de «no justiciabilidad». Si el tribunal aplica así la referida doctrina de los «hechos de los Estados», examina al menos en alguna medida el fondo de la cuestión relativa a la validez del hecho del Estado extranjero. Si en una situación similar se aplica la doctrina de «no justiciabilidad», el tribunal no examina en modo alguno el fondo de la cuestión[138]. No obstante, puede considerarse que ambas doctrinas son muy similares, en especial si el tribunal, aplicando la doctrina de los «hechos de los Estados», se niega a emitir una decisión sobre la validez de la ley del Estado extranjero, como ocurre, por ejemplo, en los tribunales de los Estados Unidos. Por ejemplo, en el fallo emitido en 1962 en la causa *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, el juez Waterman señaló:

> En breves palabras, la doctrina de los hechos de los Estados establece que los tribunales estadounidenses no deben pronunciarse sobre la validez de los hechos de gobiernos extranjeros realizados en su calidad de soberanos dentro de sus propios territorios. […] Esta doctrina es una de las normas de conflicto de leyes aplicadas por los tribunales estadounidenses; no es como tal una norma del derecho internacional. [...] La doctrina de los hechos de los Estados se deriva del concepto de la inmunidad del soberano porque «el soberano es infalible»[139].

---

[130] *Loc. cit.*, pág. 64.

[131] *Loc. cit.*, pág. 384.

[132] «Immunities enjoyed by officials of States and International Organizations», pág. 390.

[133] «La no justiciabilidad impide que un tribunal nacional conozca de determinados asuntos, especialmente las relaciones internacionales entre Estados, debido a la falta de normas judiciales o de funcionamiento a las que atenerse en su decisión» (Fox, *loc. cit.*, pág. 364).

[134] *Loc. cit.*, pág. 198.

[135] Ibíd., págs. 198 y 199.

[136] «La doctrina de los actos de Estado se ha aplicado en los Estados Unidos fundamentalmente en el ámbito de las expropiaciones extranjeras en las que se alega que un acto gubernamental ha violado las normas de derecho internacional aplicables» (Fonteyne, «Acts of State», pág. 17).

[137] *Loc. cit.*, pág. 364.

[138] En la causa *Buttes Gas & Oil Co. v. Hammer* [1982], Lord Wilberfors señaló: «existe en el derecho inglés un principio más general según el cual los tribunales no deben enjuiciar las transacciones de los Estados soberanos extranjeros. Aunque preferiría evitar un debate sobre terminología, se me antoja deseable considerar que, de existir, este principio no seria una variedad del de los 'actos de Estado' sino un principio de restricción o abstención judicial» (ILR, vol. 64, pág. 344).

[139] *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo Circuito, 6 de julio de 1962, 307 F 2d 845, decisión reproducida en AJIL, vol. 56 (1962), págs. 1090 y 1091. Como señala Denza, «[s]ería más adecuado que los términos 'acto de Estado' y 'no justiciabilidad' se sustituyeran por una moderna 'doctrina del tribunal apropiado', paralela a la doctrina del *forum non conveniens* en derecho internacional privado» («*Ex Parte Pinochet*: Lacuna or Leap?», págs. 957 y 958).

76. En este último fallo es notable la mención directa a la relación entre el concepto de «hecho de un Estado» y el de inmunidad[140]. La similitud entre estas dos concepciones es especialmente patente cuando se examina la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado respecto de hechos realizados por éstos en calidad oficial. Sin embargo, se observan también diferencias sustanciales entre la inmunidad y la doctrina de los «hechos de los Estados»:

> La ley de la inmunidad soberana se dirige a la jurisdicción del tribunal. La doctrina de los hechos de los Estados no es jurisdiccional. […] Más bien es una doctrina caracterizada por la prudencia y concebida para evitar acciones judiciales en esferas delicadas. La inmunidad soberana es un principio del derecho internacional reconocido en la legislación de los Estados Unidos. Son los propios Estados, como demandados, los que pueden reclamar la inmunidad soberana. La doctrina de los hechos de los Estados es un principio de derecho interno derivado de una función peculiar de los tribunales estadounidenses. La doctrina reconoce no sólo la soberanía de los Estados extranjeros, sino también los ámbitos de competencia de los poderes de nuestro Gobierno, que son iguales entre sí[141].

77. Cabe señalar también que las doctrinas de los «hechos de los Estados» y de la «no justiciabilidad», a diferencia de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, son aplicables solamente en los tribunales, y por consiguiente, pueden sólo limitar la jurisdicción judicial, pero no la jurisdicción ejecutiva del Estado extranjero. No constituyen una protección frente a la jurisdicción penal (las acciones procesales penales) de un Estado extranjero en la fase prejudicial [142].

7. Inmunidad de los funcionarios *ratione personae* e inmunidad de los funcionarios *ratione materiae*

78. Por lo general se distinguen dos componentes de la inmunidad de los funcionarios del Estado: la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*[143].

La inmunidad *ratione personae* o inmunidad personal se deriva de la condición y del cargo que la persona ocupa al servicio del Estado, y por consiguiente, de las funciones estatales que debe cumplir en el desempeño de ese cargo. Disfrutan de este tipo de inmunidad de jurisdicción penal extranjera los funcionarios que ocupan altos cargos del Estado, incluidos los de más alto nivel[144], así como los agentes diplomáticos acreditados en el Estado de acogida (de conformidad con el derecho internacional consuetudinario y con el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas)[145]. Evidentemente la inmunidad *ratione personae*, es el tipo de inmunidad más antiguo. Los jefes de Estado disfrutaban y disfrutan de ella en la actualidad. Se consideraba que el jefe de Estado era el portador de la soberanía, se le identificaba con el propio Estado y se entendía que lo personificaba. De ello se derivaba su inmunidad absoluta, que se aplicaba también al Estado. Con el paso del tiempo la inmunidad del Estado y del jefe de Estado comenzaron a enfocarse por separado; sin embargo, hasta el día de hoy se reconoce universalmente la inmunidad *ratione personae* del jefe de Estado.

79. La inmunidad *ratione personae* se aplica a los hechos de un funcionario del Estado realizados a título oficial y personal tanto antes de asumir sus funciones, como durante su desempeño. Como está relacionada con un cargo del Estado, tiene carácter temporal, surge cuando la persona asume el cargo y termina cuando cesa en él.

80. Los funcionarios del Estado disfrutan de inmunidad *ratione materiae* con independencia del nivel del cargo que desempeñan, y dado que cumplen funciones oficiales del Estado. La inmunidad *ratione materiae* a veces se denomina también inmunidad funcional. Ese tipo de inmunidad se aplica solamente a los hechos realizados por el funcionario del Estado a título oficial, es decir, en el desempeño de funciones estatales. Por consiguiente, no se aplica a los realizados a título personal. Cuando la persona cesa en esas funciones, sigue gozando de inmunidad

---

[140] Por ejemplo, la similitud de las dos concepciones se observa en el fallo del Tribunal de Apelaciones en la causa *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC) et al.*: «La doctrina de la inmunidad soberana es similar a la de los actos de Estado en la medida en que también representa la necesidad de respetar la soberanía de Estados extranjeros» (Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, 6 de julio de 1981 (enmendado el 24 de agosto de 1981), 649 F 2nd 1354, 1359; reproducido en ILR, vol. 66, pág. 418).

[141] Ibíd. En esa interpretación, al parecer, la doctrina de los «actos de Estado» es similar a la doctrina de la «no justiciabilidad» y a la doctrina de la «cuestión política». Esto último se observa en el fallo que acaba de citarse: «La doctrina de los actos de Estado es similar a la doctrina de la cuestión política en el derecho interno. Exige que los tribunales dejen paso a los poderes legislativo y ejecutivo cuando esos poderes están en mejores condiciones de resolver una cuestión políticamente sensible» (ibíd., pág. 417).

[142] Sobre los pormenores de las similitudes y diferencias entre la inmunidad, y las doctrinas de los «actos de Estado» y la «no justiciabilidad», véase, por ejemplo, Brownlie, *op. cit.*, págs. 320 y 321; Fox, *op. cit.*, págs. 477 a 502; Meagher «Act of State and Sovereign Immunity: The *Marcos* Cases»; Van Panhuys, «In the borderland between the act of State doctrine and questions of jurisdictional immunities»; Parseghian «Defining the 'public act' requirement in the act of State doctrine»; Stern, *op. cit.*, págs. 63 a 87; y Zander, «The act of State doctrine».

[143] Sobre estos dos tipos de inmunidad se trató en detalle, por ejemplo, en la causa *Pinochet n.º 3*, ILM, vol. 38 (1999), págs. 580 y ss., en esp., págs. 592, 600, 601, 605, 606, 644, 645 y otras. La existencia de estos dos tipos de inmunidad también fue reconocida por Francia y Djibouti durante las audiencias de la CIJ en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, documentos CR 2008/3, pág. 15, párr. 23 y CR 2008/5, págs. 50 y 51, párrs. 75 a 77. Estos dos tipos de inmunidad se mencionan en los comentarios de la Comisión sobre el inciso v) del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 2 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 18 y 19). Véase también, por ejemplo, Cassese, *International criminal law*, 265 a 273; Day, «Crimes against humanity as a nexus of individual and State responsibility: why the I.C.J. got Belgium v. Congo wrong», págs. 489 y 493; Frulli, «The question of Charles Taylor's immunity. Still in search of balanced application of personal immunities?», págs. 1125 y 1126; Wirth, *loc. cit.*, págs. 882 y 883; Summers, «Immunity or impunity? The potential effect of prosecutions of State officials for core international crimes in States like the United States that are not parties to the Statute of the International Criminal Court», pág. 464; Toner, *loc. cit.*, pág. 902; Borghi, *op. cit.*, págs. 53 a 56; Barker, «The future of former Head of State immunity after *ex parte Pinochet*», págs. 939 a 944; Simbeye, *op. cit.*, págs. 109 a 111 y 123; Hamid, Sein y Kadouf, «Immunity versus International Crimes: the Impact of *Pinochet and Arrest Warrant* Cases», págs. 510 y 511.

[144] La cuestión de la posibilidad y el modo de determinar cuáles son los altos funcionarios que, a diferencia de los demás, gozan de inmunidad personal, se examinará en la sección dedicada al grupo de personas que abarca el tema.

[145] También pueden disfrutar de esa inmunidad, de conformidad con los tratados internacionales, otros funcionarios, por ejemplo, los representantes del Estado que envía la misión especial (de conformidad con el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención sobre las Misiones Especiales).

ratione materiae en relación con los hechos realizados a título oficial durante el ejercicio del cargo[146].

81. De ese modo, de acuerdo con la tipología de la inmunidad mencionada, algunos funcionarios del Estado (no queda claro quiénes integran ese grupo) disfrutan de inmunidad *ratione personae*, y de inmunidad *ratione materiae* respecto de la jurisdicción extranjera, y todos los funcionarios del Estado gozan de inmunidad *ratione materiae*[147].

82. En el caso de los funcionarios en ejercicio que desempeñan altos cargos estatales es difícil establecer la frontera entre los dos tipos de inmunidad de los funcionarios del Estado mencionados. En esencia, la inmunidad *ratione personae* del jefe de Estado, el jefe de gobierno, el ministro de relaciones exteriores y algunos altos funcionarios absorbe la inmunidad *ratione materiae*. Por tal razón, en ocasiones, a fin de distinguir con más precisión los dos tipos de inmunidad en relación con los altos funcionarios, se dice que la inmunidad *ratione personae* se aplica solamente a los hechos que han realizado a título personal (los realizados por el alto funcionario a título oficial están amparados por la inmunidad *ratione materiae*, independientemente de si el funcionario se mantiene o no en ejercicio)[148].

83. La división de la inmunidad de los funcionarios en inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* y la utilización de esos términos es conveniente para los análisis que se realizan en estudios sobre la inmunidad y en el proceso de demostración de la inmunidad de funcionarios del Estado[149]. Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto esa división es necesaria para la reglamentación jurídica de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En su fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* la CIJ no utilizó esa tipología, y por ende, no empleó los términos «inmunidad *ratione personae*» e «inmunidad *ratione materiae*». La Corte examinó la cuestión de si el ministro de relaciones exteriores poseía o no inmunidad de jurisdicción penal extranjera, en función de si en el período en cuestión se encontraba en el ejercicio del cargo o ya no lo desempeñaba, y de si los hechos se habían realizado a título oficial o a título personal[150]. Tampoco se utilizó esta tipología en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en la Convención sobre las Misiones Especiales, ni en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal. Asimismo, no se utilizan los conceptos de inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* en la resolución del Instituto de Derecho Internacional[151].

8. Fundamentos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

84. Cómo se fundamenta la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado puede influir en la cuestión del círculo de personas que se benefician de la inmunidad y del alcance de su inmunidad. En los preámbulos de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Convención sobre las Misiones Especiales se explican los motivos del otorgamiento de inmunidad a los respectivos beneficiarios[152].

85. En el preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas se indica, entre otras cosas, que

tales inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados.

---

[146] Naturalmente, cabe preguntarse cuáles son las acciones consideradas «oficiales» y cuáles no. La respuesta a esta pregunta tiene importancia primordial para determinar el alcance y los límites de la inmunidad. Esta cuestión se examinará en la sección relativa al alcance de la inmunidad.

[147] A veces la inmunidad *ratione personae* se denomina inmunidad procesal, y la inmunidad *ratione materiae*, inmunidad sustantiva. Por ejemplo, Cassese considera que la inmunidad *ratione materiae* «se refiere al derecho sustantivo, esto es, es un medio de defensa sustantivo», mientras que la inmunidad *ratione personae* «tiene que ver con el derecho procesal, es decir, hace que el funcionario del Estado sea inmune frente a la jurisdicción civil o penal (es un medio de defensa procesal)» (*International criminal law*, pág. 266). Al mismo tiempo, este autor admite que «si el funcionario del Estado que actúa en el extranjero vulnera las normas *penales* del Estado extranjero, puede incurrir en responsabilidad penal y ser responsable frente a la jurisdicción penal extranjera» (ibíd., nota 6). Koller tiene una opinión similar («Immunity of foreign ministers: paragraph 61 of the *Yerodia* judgment as it pertains to the Security Council and International Criminal Court», págs. 25 y 26). Véase también, Day, *op. cit.*, pág. 490; Frulli, *loc. cit.*, págs. 1125 y 1126. En esas opiniones basaron sus planteamientos los demandantes en la causa *Wei Ye, Hao Wang, Does A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office, a/k/a Office 610*, Corte Suprema de los Estados Unidos, petición de auto de avocación, pág. 7. Sin embargo, parece que debido a los motivos antes expuestos, en cualquier caso la inmunidad tiene carácter procesal. Puede señalarse como argumento adicional la opinión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona: «La cuestión de la inmunidad soberana es una cuestión procesal», *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, decisión sobre inmunidad de jurisdicción, 31 de mayo de 2004, párr. 27.

[148] Véanse, por ejemplo, los comentarios al proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes: «Aparte de las inmunidades *ratione materiae* por razón de actividades o de funciones oficiales de los representantes, los soberanos y los embajadores son personalmente acreedores, hasta cierto punto por derecho propio, a inmunidades *ratione personae* con respecto a su persona o a sus actividades personales que no guardan relación alguna con sus funciones oficiales» (*Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 19 del comentario al artículo 2).

[149] Esta tipología se utilizó para fundamentar si el funcionario poseía inmunidad o no, por ejemplo, en las causas *Pinochet n.º 1* y *n.º 3* (véase nota 65 *supra*), y *Jones n.º 1* (nota 104 *supra*) y *n.º 2* (nota 71 supra).

[150] Véase *C.I.J. Recueil 2002*, párrs. 54, 55 y 61.

[151] En la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, esta tipología de la inmunidad está presente de manera a la vez expresa e implícita: en el párrafo 2 del artículo 3 se señala que la Convención se entenderá sin perjuicio de las inmunidades *ratione personae* de los jefes de Estado. La inmunidad *ratione materiae* no se menciona directamente, pero del enunciado del artículo 1 citado (relativo a la aplicación de la Convención a la inmunidad del Estado) y del inciso iv) del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 2 (del que se infiere que el concepto de Estado incluye a sus representantes que se encuentran en el ejercicio de sus funciones) se desprende que esa cuestión se reglamenta precisamente en la Convención.

[152] En el preámbulo de la resolución del Instituto se aclaran los motivos de la necesidad de otorgar un trato especial a los jefes de Estado y de gobierno y de concederles inmunidad de jurisdicción extranjera, en los términos siguientes: «al jefe de Estado o jefe de gobierno se otorgará, como representante de ese Estado y no a título personal, un trato especial necesario para que pueda ejercer sus funciones y desempeñar sus responsabilidades de manera independiente y eficaz, en el mejor interés del Estado o el gobierno de que es jefe y de la comunidad internacional en su conjunto» (Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), pág. 743).

En los preámbulos de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Convención sobre las Misiones Especiales hay pronunciamientos análogos[153]. En el fallo de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* la concesión de inmunidad a los ministros de relaciones exteriores se fundamenta prácticamente de la misma manera:

> En el derecho internacional consuetudinario, las inmunidades reconocidas a los ministros de relaciones exteriores no se reconocen en su beneficio personal, sino para garantizar el desempeño eficaz de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos[154].

86. Los comentaristas destacan habitualmente que, en su fallo, la CIJ fundamentó la inmunidad del ministro de relaciones exteriores con una referencia a la imprescindibilidad funcional[155]. Se hace caso omiso así de la parte en que la Corte dice que las inmunidades se conceden a los ministros de relaciones exteriores para asegurar el eficaz desempeño de sus funciones «en nombre de sus Estados respectivos». Como ya se señaló, la Corte justifica la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores con fundamentos similares a los usados para justificar las inmunidades en las Convenciones arriba mencionadas. Sin embargo, en esta fundamentación de la inmunidad que se hace en los acuerdos, las expresiones «que representan a los Estados», «en nombre de sus Estados respectivos» y «que representan al Estado» se incluyeron *ex profeso*, para subrayar que la inmunidad no se concede simplemente para asegurar el desempeño de las funciones, como tales, de los agentes diplomáticos y consulares, sino porque las funciones son desempeñadas, respectivamente, por las representaciones diplomáticas, los establecimientos consulares y las misiones especiales precisamente en representación de un Estado y actuando en su nombre[156]. Parecería que de la misma manera es necesario interpretar las palabras «en nombre de sus Estados respectivos» en el pasaje mencionado del fallo de la CIJ.

87. Las formulaciones citadas de esos instrumentos reflejan dos teorías básicas que explican las razones para conceder inmunidad de jurisdicción penal extranjera a los funcionarios del Estado: la teoría de la «imprescindibilidad funcional» y la teoría de la «representación del Estado»[157]. Como se señaló en los comentarios de la Comisión sobre el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, la teoría del «carácter representativo» fundamentaba la inmunidad diplomática en la idea de que la misión diplomática personifica al Estado acreditante y la del «interés de la función» en que la inmunidad es imprescindible para que la misión diplomática pueda cumplir sus funciones. En relación con ello, la Comisión señaló que se había basado en la teoría del interés de la función para resolver los problemas respecto de los cuales la práctica no proporcionaba orientaciones precisas, aunque también había tenido presente el carácter representativo del jefe de la misión y de la propia misión[158]. Es así que en los fundamentos de la inmunidad presentados en relación con la codificación de las normas del derecho internacional en las convenciones indicadas, se pueden hallar huellas de las dos construcciones teóricas mencionadas. Ninguna de ellas se ha aplicado en su estado puro. Lo mismo puede decirse, teniendo en cuenta lo antedicho, del fallo de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*[159].

88. Como señaló la Comisión en sus comentarios sobre el inciso v) del apartado *b* del párrafo 1 del proyecto de artículo 2 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, las inmunidades *ratione materiae* se conceden «por razón de actividades o de funciones oficiales de los representantes»[160] del Estado. Los funcionarios de un Estado que actúan con carácter oficial realizan actos del Estado. En otras palabras, el Estado actúa a través de sus representantes, cuando éstos actúan con ese carácter. En relación con ello, la Comisión señaló:

> Las acciones promovidas contra [...] representantes o agentes de un gobierno extranjero por razón de sus actos oficiales son esencialmente acciones contra el Estado al que representan. El Estado extranjero, al actuar por conducto de sus representantes, goza de inmunidad *ratione materiae*. Las inmunidades comprendidas en la categoría de inmunidades *ratione materiae* se otorgan en beneficio del Estado[161].

De igual manera que los actos realizados por los funcionarios de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales son en realidad actos del mismo Estado, así también la inmunidad de que gozan en relación con esos actos es en realidad la inmunidad del Estado. El motivo de que la inmunidad en relación con actos ejecutados en el ejercicio de funciones oficiales subsista después de que la persona

---

[153] En el quinto párrafo preambular de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares se indica que «la finalidad de dichos privilegios e inmunidades no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos». En el séptimo párrafo preambular de la Convención sobre las Misiones Especiales se dice: «el objeto de los privilegios e inmunidades relativos a las misiones especiales no es favorecer a individuos sino garantizar el desempeño eficaz de las funciones de éstas en cuanto misiones que tienen carácter representativo del Estado».

[154] *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 21, párr. 53.

[155] Así pues, según Cassese, la Corte «infirió lógicamente de la fundamentación de las normas relativas a las inmunidades personales de los altos funcionarios del Estado, como los jefes de Estado y gobierno o los agentes diplomáticos, que forzosamente dichas inmunidades debían prevenir cualquier perjuicio al 'desempeño eficaz de sus funciones'» («When may senior state officials be tried for international crimes? some comments on *Congo v. Belgium Case*», pág. 855). Como señala Koller, «[l]a Corte sostuvo que esas funciones entrañaban la necesidad de que el ministro de relaciones exteriores recibiera inmunidad absoluta de la jurisdicción de los tribunales de Estados extranjeros, incluso cuando realizara visitas privadas a dichos Estados» (*loc. cit.*, pág. 11). Según Sassoli «[l]a Corte precisa las funciones de un ministro de relaciones exteriores en las relaciones internacionales, y concluye que durante todo el período en que se encuentra en ejercicio dicho funcionario goza de inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad totales en el extranjero» («L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international», pág. 797).

[156] Véase, por ejemplo, Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, págs. 11 y 12.

[157] La tercera teoría básica al respecto —la teoría de la extraterritorialidad, según la cual la presencia del soberano, el embajador o la misión diplomática en el Estado receptor extiende de cierta manera el territorio del Estado que éstos representan al lugar donde se encuentran en el Estado receptor— hace tiempo que ha dejado de existir y aplicarse. Para más detalles, véase Strisower, «L'exterritorialité et ses principales applications».

[158] *Anuario… 1958*, vol. II, pág. 102. Para más detalles sobre las teorías que explican la inmunidad de los funcionarios del Estado, véanse, Borghi, *op. cit.*, págs. 42 a 57; y Sucharitkul, *loc. cit.*, págs. 115 a 121.

[159] Señalemos que si, aplicando la teoría funcional, se parte del supuesto de que la inmunidad es imprescindible para que el funcionario del Estado desempeñe sus funciones no en términos generales sino precisamente en representación del Estado o en nombre del Estado, las diferencias entre ambas teorías dejan por completo de ser evidentes.

[160] *Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 19.

[161] Ibíd., págs. 18 y 19, párr. 18.

de que se trate haya dejado la administración pública es que se trata en realidad de una inmunidad del Estado. Precisamente,

> [l]a inmunidad del Estado subsiste después de terminada la misión o función del representante de que se trate. Ello se debe a que la inmunidad de que se trata no sólo pertenece al Estado, sino que se basa además en el carácter soberano u oficial de las actividades, precisamente por ser inmunidad *ratione materiae*[162].

Parecería que ello es así para la inmunidad de jurisdicción tanto civil como penal[163].

89. ¿Significa entonces que el hecho de atribuir al Estado la actuación ilícita y criminal de un funcionario de Estado, es decir, de una persona, hace imposible atribuir simultáneamente esa actuación a la misma persona? Parecería ser que no. No se trata de atribuir exclusivamente la actuación del funcionario de Estado en ejercicio de sus funciones oficiales al mismo Estado[164]. Si la actuación ilícita del funcionario en carácter oficial se atribuyera sólo al Estado al que presta servicio esa persona, jamás se plantearía la cuestión de la responsabilidad penal de la persona. Sin embargo, la situación es distinta. Si el Estado renuncia a la inmunidad de que goza la persona, en ella recaerá la responsabilidad penal de los actos que sean propios (naturalmente, el solo hecho de la renuncia a la inmunidad no es suficiente para que surja la responsabilidad, pero hace posible el ejercicio de la jurisdicción penal extranjera en relación con la persona de que se trate en todo su alcance, incluida la determinación y aplicación de medidas de responsabilidad penal). La inmunidad *ratione materiae* de que goza el funcionario dimana de que los actos tienen carácter oficial, se atribuyen al Estado en cuyo nombre actúa la persona, pero no excluye la posibilidad de que simultáneamente esos actos se atribuyan a la persona misma[165]. La inmunidad no cambia nada en las condiciones sustantivas cuya presencia es imprescindible para la responsabilidad penal de la persona que goza de inmunidad. Este hecho, además, parece ser otra prueba de la naturaleza procesal, y no sustantiva, de la inmunidad *ratione materiae*.

90. La inmunidad *ratione personae* también tiene un fundamento mixto «funcional-representativo»[166]. Como se ha señalado, gozan de inmunidad *ratione personae* solamente las personas que ocupan los cargos supremos o altos cargos del Estado, y esa inmunidad está directamente relacionada con el cargo. Con frecuencia, al fundamentar con argumentos funcionales la inmunidad *ratione personae* se señala que esa inmunidad se concede a personas que ocupan no sólo los cargos supremos o altos cargos de un Estado, sino sólo aquellos cargos que están necesariamente relacionados con el ejercicio de la función de representación del Estado en las relaciones internacionales[167]. Aquí, sin embargo, surge el siguiente interrogante: ¿Únicamente con el argumento de la necesidad de desempeñar funciones de representación del Estado en las relaciones internacionales se puede fundamentar la inmunidad personal? ¿Y si se trata, por ejemplo, del ministro

---

[162] Ibíd., pág. 19, párr. 18.

[163] Entre los ejemplos más recientes de semejante fundamentación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, señalemos el debate entre el consejero de Djibouti, L. Condorelli, y el consejero de Francia, A. Pellet, durante las vistas orales celebradas en la CIJ en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti *c.* Francia). L. Condorelli fundamentó la inmunidad del Fiscal General y del Jefe del Servicio de Seguridad Nacional de Djibouti de la siguiente manera: «Djibouti pide a la Corte que reconozca que un Estado no puede exigir a una persona que posee el estatuto correspondiente a un órgano de otro Estado responsabilidad penal individual por actos cometidos en ejercicio de sus funciones oficiales, es decir en el desempeño de sus obligaciones. De hecho, con arreglo al derecho internacional las acciones de esa índole deben considerarse atribuibles al Estado en cuyo nombre actuó el órgano, y no a la persona que cumple las atribuciones de ese órgano [párr. 24]. El demandado no puede pasar por alto el hecho de que si se consultan los trabajos de expertos prestigiosos que han analizado el asunto, salta a la vista que en su inmensa mayoría comparten una misma opinión. Desde Kelsen y Fox hasta Morelli y Quadri, Dahm, Bothe, Akehurst, Cassese y muchos más, todos están convencidos de la existencia de un principio de derecho internacional según el cual los órganos de un Estado disfrutan de inmunidad de la jurisdicción de Estados extranjeros en relación con los actos realizados en el desempeño de esa función» (CIJ, CR 2008/3, 22 de enero de 2008, 15 horas, párrs. 23 y 24). Pellet no objetó como tal el principio expuesto por Condorelli. Pellet señaló: «al desempeñar sus funciones oficiales, los órganos del Estado no lo hacen bajo su responsabilidad, sino bajo la del Estado; por consiguiente sus actos disfrutan de las inmunidades del Estado» (CR 2008/5, 25 de enero, 10 horas, párrs. 74 y 75). El consejero de Francia no estuvo de acuerdo con la manera en que, según su oponente, se realizaba este principio (ibíd., párrs. 76 y 77).

[164] En la causa *Blaškić* el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia señaló que «los funcionarios eran meros instrumentos de un Estado y su actividad oficial sólo podía atribuirse al Estado» (*Prosecutor* v. *Blaškić*, Sala de Apelaciones, fallo sobre la solicitud de Croacia de que se revisara la decisión de la Sala de Primera Instancia II de 18 de julio de 1997, 29 de octubre de 1997, párr. 38). Parecería que esta aseveración refuta la tesis expuesta en el texto. Sin embargo, más adelante en el fallo del Tribunal se dice que «todo Estado tiene derecho a exigir que los actos o transacciones realizados por uno de sus órganos en ejercicio de sus funciones oficiales se atribuya al Estado, de manera que no pueda exigirse responsabilidad al órgano en cuestión por esos actos o transacciones» (ibíd., párr. 41). Parecería que de esta manera el Tribunal en realidad dice que el Estado tiene derecho a exigir que los actos de su funcionario en carácter oficial se consideren actos del mismo Estado, pero no excluye la posibilidad de que esos actos se atribuyan no sólo al Estado, sino también al funcionario, si el Estado de que se trate no insiste en lo contrario.

[165] Como señala Verhoeven («Les immunités propres aux organes ou autres agentes des sujets du droit international», pág. 68), «[q]ue un acto sea imputable al Estado en virtud del derecho internacional no significa de por sí que a la persona por cuyo intermedio se realizó dicho acto no se le exija responsabilidad ante una autoridad extranjera sobre la base del derecho nacional. Precisamente por esa razón algunos 'órganos' disfrutan de inmunidades». Señalemos también, aunque no se trate de una cuestión comprendida en el ámbito del tema que se examina, que la renuncia a la inmunidad de que goza un funcionario no altera la situación con respecto a la atribución de los actos al Estado que ha renunciado a la inmunidad. Los actos continuarán atribuyéndose no solo a la persona que los ha ejecutado, sino también a ese Estado. Por ello, junto con la aplicación de la responsabilidad del funcionario, es decir, de la persona de que se trate, en caso de renuncia a la inmunidad por el Estado, se mantienen los fundamentos para plantear la cuestión de la responsabilidad del propio Estado por esos actos.

[166] Como señaló un tribunal en la causa *Tachiona v. Mugabe*, «[c]ualquier forma de compulsión jurídica directa contra un líder o un diplomático de un Estado extranjero no sólo crea obstáculos para el desempeño de las funciones del funcionario extranjero, sino que constituye también una afrenta a la persona y la dignidad del mandatario y al Estado extranjero acreditante» (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York, 30 de octubre de 2001). Otro tribunal señaló también que «[e]l derecho internacional público consuetudinario otorga privilegios *ratione personae* de esa índole a los jefes de Estado tanto por las funciones que realizan y porque simbolizan la soberanía, como por su carácter representativo en las relaciones entre Estados» (*Ferdinand et Imelda Marcos* c. *Office fédéral de la police*, Tribunal Federal de Suiza, 2 de noviembre de 1989, *Arrêts du Tribunal fédéral* 115 Ib 496, véase también ILR, vol. 102, pág. 201).

[167] «[L]as funciones que deben tomarse en consideración son las de naturaleza internacional, es decir, las que implican necesariamente una relación con otro u otros Estados (sujetos de derecho internacional)» (Verhoeven, «Les immunités propres aux organes ou autres agentes des sujets du droit international», pág. 89).

de defensa? Este alto cargo cumple habitualmente funciones de representación del Estado en las relaciones internacionales. Sin embargo, su actividad se lleva a cabo principalmente dentro del país. Además, está orientada directamente a garantizar la soberanía y seguridad de su Estado. ¿No sería también lógico, en relación con ello, fundamentar la inmunidad *ratione personae* en el hecho de que la persona de que se trata ocupa el cargo supremo o un alto cargo del Estado en el que desempeña funciones sumamente importantes para garantizar la soberanía del Estado?

91. Pese a la popularidad de la teoría de la necesidad funcional, la inmunidad del jefe de Estado, por ejemplo, se fundamenta a menudo aduciendo que el jefe de Estado personifica al Estado mismo, es decir, con la teoría representativa. Esta fundamentación de la inmunidad del jefe de Estado se vio con especial claridad en la causa *Pinochet*[168]. Por otra parte, en los fallos judiciales también hay ejemplos de una fundamentación más «funcional» de la inmunidad del jefe de Estado. Por ejemplo, en los fallos de tribunales de los Estados Unidos en las causas *In re Grand Jury Proceedings* y *Lafontant v. Aristide*[169] se señalaba que la inmunidad del jefe de Estado es necesaria para garantizarle la posibilidad de desempeñar libremente sus funciones públicas.

92. La fundamentación principalmente funcional de la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores hecha por la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* se suele extrapolar a otras personas que gozan de inmunidad *ratione personae*[170]. El pretexto para ello lo dio la propia Corte, la cual en el párrafo 51 de su fallo equiparó a los ministros de relaciones exteriores con varios otros altos cargos del Estado, tales como, en particular, el jefe de Estado y el jefe de gobierno[171]. La inmunidad de que gozan los altos cargos, como los jefes de Estado y de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, los protege de la jurisdicción extranjera no solo en relación con sus actos oficiales, sino también en relación con los actos que hayan ejecutado en su carácter personal. Éstos últimos no pueden atribuirse directamente al Estado. A veces se afirma que los funcionarios de que se trata gozan de inmunidad *ratione personae*, es decir, de inmunidad personal, «hasta cierto punto por derecho propio»[172]. Si esta aseveración fuera cierta, solo lo sería, según parece, gracias a las palabras «hasta cierto punto». No es casualidad que, casi inmediatamente después de la frase citada, la Comisión, en sus comentarios sobre el inciso v) del apartado *b* del párrafo 1 del proyecto de artículo 2 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, señalara lo siguiente:

> En realidad, esas inmunidades no surten efecto en beneficio personal de los soberanos y los embajadores, sino en beneficio de los Estados a los que representan, para que puedan desempeñar sus funciones de representación y cumplir eficazmente sus obligaciones oficiales[173].

93. También en la fundamentación funcional de la inmunidad *ratione personae* de los funcionarios correspondientes formulada por la CIJ y la Comisión, parece evidente que existe una relación entre esta inmunidad y el Estado a cuyo servicio se encuentran esos funcionarios. La protección de que disfrutan, incluso respecto de acciones realizadas a título personal y antes de ocupar el cargo, obedece únicamente a la necesidad de asegurar el desempeño de las actividades inherentes a los altos cargos del Estado sin ninguna injerencia extranjera, es decir, la inmunidad los protege sólo en interés del Estado al que prestan servicios. Esta inmunidad se otorga solamente

---

[168] Véase *Pinochet n.º 3*, ILM, vol. 38 (1999), pág. 580. Lord Millet: «la inmunidad de que goza el jefe de Estado en ejercicio obedece a su estatuto especial como titular del puesto supremo de su Estado. Se considera que el jefe de Estado es su personificación. Sería una afrenta a la dignidad y la soberanía del Estado que personifica y una negación del principio de igualdad de los Estados soberanos que se le sometiera a la jurisdicción de los tribunales nacionales de otro Estado, ya sea respecto de sus actos públicos o de sus asuntos privados» (pág. 644); Lord Brown-Wilkinson: «Constituye un principio básico del derecho internacional que un Estado soberano (el Estado de la jurisdicción) no somete a juicio la conducta de un Estado extranjero. El Estado extranjero tiene derecho a inmunidad procesal respecto del Estado de la jurisdicción. Esta inmunidad se aplica a la responsabilidad penal y civil. Probablemente la inmunidad del Estado evolucionó a partir de la inmunidad con que históricamente estaba investida la persona del monarca. En todo caso, esa inmunidad personal del jefe de Estado persiste en la actualidad; el jefe de Estado tiene derecho a la misma inmunidad que el propio Estado. [...] La inmunidad de que disfruta un jefe de Estado en el poder [...] es una inmunidad completa inherente a la persona del jefe de Estado [...] y que lo ampara contra toda acción y proceso relacionados o no con actividades realizadas en beneficio del Estado. Se afirma que dicha inmunidad se otorga *ratione personae*» (pág. 592); Lord Goff of Chieveley: «El principio de la inmunidad del Estado se expresa en la máxima latina *par in parem non habet imperium*, según la cual un soberano no somete a juicio la conducta de otro. Este principio se aplica entre los Estados, y el jefe de Estado tiene la misma inmunidad que el propio Estado» (pág. 598).

[169] «Al igual que la doctrina conexa de la inmunidad del soberano, la razón de ser de la inmunidad del jefe de Estado es fomentar la cortesía entre las naciones, asegurando que los líderes puedan desempeñar sus obligaciones sin estar sujetos a detención, arresto o trabas en el sistema jurídico de un país extranjero.» *In re Grand Jury Proceedings*, Doe n.º 700, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Cuarto circuito, 5 de mayo de 1987, ILR, vol. 81, pág. 601 (véase también *United States v. Noriega and Others*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de la Florida, 8 de junio de 1990, ibíd., vol. 99, pág. 161). En la causa *Lafontant v. Aristide* el Tribunal de Distrito declaró: «Los jefes de Estado deben tener la posibilidad de desempeñar libremente sus obligaciones en sus países y en el extranjero sin la amenaza de que se les exija responsabilidad civil o penal en un sistema jurídico extranjero», Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Oriental de Nueva York, 27 de enero de 1994, ibíd., vol. 103, pág. 585.

[170] Según Akande («International Law Immunities and the International Criminal Court», pág. 410), «[c]omo los jefes de Estado, diplomáticos y otros funcionarios a quienes se ha otorgado inmunidad *ratione personae* se verían impedidos de ejercer sus funciones si se les arrestara y detuviera durante su estancia en un Estado extranjero, esos funcionarios disfrutan de inmunidad absoluta de jurisdicción penal del Estado extranjero». Wirth señala que «de acuerdo con la Corte, la razón de ser de la inmunidad de que disponen los jefes de Estado y ministros de relaciones exteriores es la condición de que puedan desempeñar sus funciones» (*loc. cit.*, pág. 879). Como señala De Smet, «la razón de ser del concepto de inmunidad personal se basa en la necesidad de garantizar el ejercicio sin trabas de las funciones oficiales» («The immunity of Heads of States in US Courts after the Decision of the International Court of Justice», pág. 319).

[171] Sólo cabe suponer cómo se habría fundamentado la inmunidad si se hubiera tratado del jefe de Estado y no del ministro de relaciones exteriores. Señalemos en este sentido la fundamentación de la inmunidad del jefe de Estado formulada por la Presidenta de la CIJ, Sra. Higgins: «La situación relativa a los jefes de Estado *en ejercicio* es clara en relación con el derecho internacional general. Se considera que el jefe de Estado es la personificación del Estado soberano, y la inmunidad a que tiene derecho depende de su estatuto» (Higgins, «After Pinochet: developments on head of State and ministerial immunities», pág. 12).

[172] *Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 19.

[173] Ibíd. No puede dejar de señalarse que esta formulación es muy similar a la citada en el párrafo 85 *supra*, que figura en el fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* de la CIJ (*C.I.J. Recueil 2002*, párr. 53).

en razón de la gran importancia del cargo ocupado por la persona para el funcionamiento soberano e independiente del Estado. En ese sentido la inmunidad *ratione personae* puede denominarse «personal» de modo meramente convencional.

94. El Estado es la garantía de la inmunidad de jurisdicción extranjera *ratione personae* y *ratione materiae* de los funcionarios[174]. Precisamente corresponde al Estado el derecho de rechazar la inmunidad del funcionario, ya sea *ratione personae* o *ratione materiae* (si se trata de un alto funcionario en ejercicio) o solamente *ratione materiae* (si se trata de cualquier funcionario que cesa en sus funciones al servicio del Estado)[175]. En última instancia, la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado pertenece al propio Estado, razón por la cual es el único que tiene derecho a renunciar a ella.

95. Las fundamentaciones de la inmunidad de los funcionarios del Estado desde el punto de vista de las funciones, de la representación o de ambos aspectos son, para denominarlas de algún modo, fundamentaciones indirectas. Un Estado no puede valerse del ejercicio de su jurisdicción penal sobre funcionarios de otro Estado para obstaculizar el desempeño por éstos de sus funciones estatales, inmiscuirse en las actividades relacionadas con dicho desempeño, ni crear obstáculos para la actividad de personas que representan a otro Estado en las relaciones internacionales, pues en esencia se trata de las actividades de otro Estado soberano. Desde hace muchos años las fundamentaciones funcionales, de representación o combinadas se apoyan en los principios básicos de las relaciones interestatales. En los fallos de las causas *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, de 1812, y *The Parlement Belge*, de 1880, la inmunidad, incluso la del Estado, del jefe de Estado y de sus representantes diplomáticos, ya se había fundamentado, no sólo en la cortesía internacional, sino también en los principios de plena igualdad e interdependencia absoluta de los soberanos y los Estados soberanos[176], reflejados en cuanto al ejercicio de la jurisdicción nacional, en la máxima *par in parem non habet imperium*. En el derecho internacional moderno, esas ideas, que se transformaron en los principios de igualdad soberana de los Estados y no injerencia en los asuntos internos, continúan siendo el fundamento jurídico de la inmunidad penal extranjera de los funcionarios del Estado[177]. En la causa *Pinochet* los principios de igualdad soberana de los Estados y *par in parem non habet imperium* se señalaron como fundamentación de la inmunidad del jefe de Estado[178]. En relación con la causa *Blaškić*, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia hizo referencia a esos mismos principios cuando examinó si poseía facultades para emitir citaciones a nombre de funcionarios del Estado: «La norma general que se examina está bien establecida en el derecho internacional y se basa en la igualdad soberana de los Estados (*par in parem non habet judi imperium*)»[179]. En el fallo de la causa *Adamov*, al examinar la cuestión relativa a la inmunidad del ex Ministro de Energía Atómica de la Federación de Rusia, el Tribunal Federal de Suiza señaló que la inmunidad derivada del derecho internacional estaba llamada a impedir que un Estado limitara la inmunidad de otro y ejerciera jurisdicción sobre sus actos y órganos soberanos[180]. Esos principios se reafirman como base de la inmunidad en muchos otros fallos judiciales[181], los propios Estados los citan como fundamentación de la inmunidad de sus funcionarios, en

[174] Lord Saville of Newdigate señaló en la causa *Pinochet*: «esas inmunidades [inmunidades *ratione personae y ratione materiae*] no pertenecen a la persona, sino al Estado en cuestión» (*Pinochet n.º 3*, ILM, vol. 38 (1999), pág. 642).

[175] Como se señala en el fallo de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, los funcionarios del Estado «dejarán de disfrutar de inmunidad de jurisdicción extranjera si el Estado que representan o representaban decide renunciar a la inmunidad» (*C.I.J. Recueil 2002*, párr. 61). Respecto de la idea de que únicamente el Estado a cuyo servicio se encuentra el funcionario tiene derecho a renunciar a la inmunidad de que éste disfruta, véase, por ejemplo, Brownlie, *op. cit.*, pág. 335, y Wirth, *loc. cit.*, pág. 882. El principio de que corresponde al Estado el derecho a renunciar a la inmunidad de los agentes diplomáticos, funcionarios consulares y miembros de misiones especiales figura en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (art. 32), la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (art. 45) y la Convención sobre las Misiones Especiales (art. 41).

[176] En *The Parlement Belge* el juez Brett dijo: «El principio que se infiere de todos estos casos consiste en que, como consecuencia de la independencia absoluta de cada autoridad soberana y de la cortesía internacional, que induce a cada Estado soberano a respetar la independencia y la dignidad de los demás Estados, todos y cada uno renuncian a ejercer por conducto de sus tribunales cualquier jurisdicción territorial sobre la persona de cualquier soberano» (Tribunal de Apelaciones (Reino Unido, 27 de febrero de 1880, *The Law Reports. Probate Division*, vol. 5, pág. 214. En *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, C. J. Marshall afirmó: «En un mundo integrado por soberanías bien definidas, que poseen iguales derechos e independencia, cuyo beneficio mutuo se promueve mediante relaciones de reciprocidad y el intercambio de los buenos oficios dictados por la cortesía y requeridos por sus necesidades, todos los soberanos han consentido en ejercer con menos severidad, en casos caracterizados por ciertas circunstancias peculiares, la jurisdicción absoluta y completa en los territorios respectivos que se encuentran bajo su soberanía» (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1812, 7 Cranch, pág. 136).

[177] «Las fundamentaciones sustantivas de la inmunidad del Estado en el derecho internacional, como se evidencia en los usos y prácticas de los Estados, podría expresarse en términos de soberanía, independencia, igualdad y dignidad de los Estados. Al parecer todas esas nociones se fusionan y en su conjunto constituyen una firme base jurídica internacional para la inmunidad soberana. Como sugiere el término, la inmunidad 'del Estado' o 'soberana' se deriva del principio de soberanía. […] Se ha establecido como norma la noción de que entre dos iguales, uno no puede ejercer la voluntad ni el poder soberanos sobre el otro, *par in parem non habet imperium*» (Sucharitkul, *loc. cit.*, pág. 117).

[178] Véase, por ejemplo, la nota 168 *supra*.

[179] *Prosecutor v. Blaškić*, Sala de Apelaciones, fallo sobre la petición de Croacia relativa a la revisión de la decisión de la Sala de Primera Instancia II, de 18 de julio de 1997, 29 de octubre de 1997, párr. 41.

[180] *Evgeny Adamov* c. *Departamento Federal de Justicia*, Tribunal Federal de Suiza, sentencia de 22 de diciembre de 2005, *Arrêts du Tribunal fédéral* 132 II 81, párr. 3.4.2.

[181] Por ejemplo, en el fallo *Taylor*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Especial para Sierra Leona señaló que el principio de la inmunidad del Estado se derivaba de la igualdad de los Estados soberanos, en virtud de la cual un Estado no puede examinar judicialmente la conducta de otro (Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, decisión sobre inmunidad de jurisdicción, causa N.º SCSL-2003-01-I, 31 de mayo de 2004, pág. 24, párr. 51). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado reiteradamente que «la inmunidad soberana de los Estados es un concepto de derecho internacional, desarrollado a partir del principio *par in parem non habet imperium*, en virtud del cual un Estado no puede ser sometido a la jurisdicción de otro» (fallo de 12 de diciembre de 2002, admisibilidad, *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*, *Recueil des arrêts et décisions 2002-X*, solicitud n.º 59021/00). Véanse también los tres fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictados el 21 de noviembre de 2001 en los casos *Al-Adsani c. Royaume Uni* (ibíd., *2001-XI*, solicitud n.º 35763/97); *McElhinney c. Irlande* (solicitud n.º 31253/96, ibíd.) y *Fogarty c. Royaume Uni* (solicitud n.º 37112/97, ibíd.). Con arreglo a la práctica judicial de los Estados Unidos, «la inmunidad del jefe de Estado se basa en la necesidad de que se practique la cortesía entre las naciones y se respete la soberanía de otras naciones» (*In re Grand Jury Proceedings, Doe n.º 700*, 817 F. 2d 1108, 1110, fallo de 5 de mayo de 1987, ILR, vol. 81, págs. 601 y 602).

particular en sus alegatos ante los tribunales[182], y tienen gran difusión en la doctrina[183].

96. Por su parte, las fundamentaciones de derecho internacional de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado citadas anteriormente se sustentan en consideraciones políticas fundamentales para los Estados y la comunidad internacional. El reconocimiento de la inmunidad necesaria para que los Estados y sus representaciones en las relaciones internacionales funcionen normalmente, que se basa en los principios de la igualdad soberana de los Estados y la no injerencia en los asuntos internos, obedece a la necesidad de asegurar que las relaciones interestatales sean estables y previsibles[184]. En los fallos judiciales y las posiciones de los Estados, así como en la doctrina, cuando se hace referencia a la necesidad de garantizar la estabilidad en las relaciones entre los Estados como fundamentación de la inmunidad, suelen mencionarse también los principios de derecho internacional señalados. También en los fallos de las causas *The Schooner Exchange v. M'Faddon* y *The Parlement Belge*, los jueces mencionaron la necesidad de mantener relaciones normales entre los Estados como fundamentación de la inmunidad[185]. En la causa *Adamov* se afirmó que

> la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y de acción coactiva o ejecutiva de los miembros [en ejercicio] del gobierno tiene por objeto principal mantener la estabilidad política. La inmunidad de procesamiento penal está llamada a impedir que la actividad oficial del funcionario se paralice por acusaciones motivadas por consideraciones políticas[186].

En ese sentido, en el fallo de 2001 en la causa *Tachiona v. Mugabe*, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos señaló que

> la probabilidad de que se vieran afectadas las relaciones diplomáticas entre los Estados soberanos en cuestión era particularmente alta en los casos [...] que implicaban en esencia estigmatizar a un gobernante extranjero con la ignominia de tener que responder a acusaciones personales de crímenes atroces[187].

Por lo general la necesidad de garantizar la inmunidad se fundamenta desde el punto de vista de la política exterior, por ejemplo, en los alegatos del Departamento de Estado de los Estados Unidos ante tribunales estadounidenses en las vistas de causas sobre inmunidad de funcionarios extranjeros[188].

97. Tomando en consideración lo antes expuesto, puede afirmarse que las fundamentaciones de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado mencionadas están interrelacionadas y son complementarias. Al menos, en muchos casos se utilizan de ese modo por los tribunales, y el poder ejecutivo de los Estados y en la doctrina.

9. Inmunidad de los funcionarios del Estado e inmunidad diplomática y consular

98. Son funcionarios del Estado los agentes diplomáticos, los funcionarios consulares, los miembros de misiones especiales y los representantes del Estado ante las organizaciones internacionales. Al mismo tiempo, gozan

---

[182] En el memorando presentado a la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la República Democrática del Congo se lamentó de la agresión infligida a su soberanía en la persona de un miembro de su Gobierno y expresó la intención de hacer valer un principio esencial para la existencia de relaciones reguladas entre las naciones civilizadas, a saber, el respeto a la inmunidad de las personas encargadas de dirigir esas relaciones (*C.I.J. Mémoires, Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*). Con arreglo a la memoria de Djibouti ante la CIJ en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti *c.* Francia), las acciones de Francia en relación con el Presidente Ismaël Omar Guelleh, «podrían haberse percibido [...] como una agresión a la integridad y el honor del Jefe de Estado de Djibouti y un atentado a la soberanía de Djibouti» (págs. 20 y 21, párr. 41 de la memoria).

[183] Rousseau señala que «[l]a excepción de la jurisdicción extranjera se justifica por lo general sobre la base del principio de la independencia del Estado. [...] Sin embargo, puede considerarse también consecuencia del principio de la igualdad entre los Estados [...]; dado que todas las competencias del Estado son iguales jurídicamente, ninguna puede prevalecer sobre las otras, a menos que su acción se base en un instrumento convencional que suponga una excepción al derecho común» (*Droit international public*, págs. 10 y 11). Según Cassese, la inmunidad personal «se basa en la noción de que cualquier actividad de un jefe de Estado o gobierno, agente diplomático o ministro de relaciones exteriores debe tener inmunidad de jurisdicción extranjera, a fin de impedir que los Estados extranjeros infrinjan las prerrogativas soberanas de los Estados o interfieran en las funciones oficiales de sus representantes con el pretexto de que se trata de una actividad exclusivamente privada» (*loc. cit.*, pág. 862). Toner observa que «[l]a importancia de proteger a los Estados contra la interferencia extranjera es la fundamentación política de las inmunidades *ratione personae y ratione materiae» (loc. cit.*, pág. 902). Véase también Bantekas, quien señala que «[e]n su forma más general, la inmunidad salvaguarda la independencia política del Estado en cuestión» («Head of State immunity in the light of multiple legal regimes and non-self-contained system theories: theoretical analysis of ICC third party jurisdiction against the background of the 2003 Iraq war», pág. 32).

[184] Según señala Pierson, «[l]a inmunidad del jefe de Estado se deriva lógicamente de la inmunidad del Estado que, por su parte, se deriva de la condición de igualdad e independencia del Estado-nación. La inmunidad es inherente a la soberanía. La esencia de la soberanía radica en que no haya autoridad superior al Estado (*par in parem non habet imperium*)». Para la «dignidad» de un Estado es ofensivo que se le obligue a someterse a la jurisdicción de otro. Aparte de estas consideraciones teóricas, la justificación práctica de la inmunidad del Estado consiste en que ésta promueve el respeto entre los Estados y contribuye a que las relaciones internacionales funcionen sin dificultad. La reciprocidad es clave. El Estado de la jurisdicción otorga inmunidad a otros Estados, para que éstos, a cambio, respeten la inmunidad del Estado de la jurisdicción («Pinochet and the end of immunity: England's House of Lords holds that a former Head of State is not immune for torture», págs. 269 y 270).

[185] Véase el párrafo 95 *supra.*

[186] Véase la nota 180 *supra*.

[187] Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, S.D. N.Y., *Tachiona v. Mugabe, 30 de octubre de 2001, N.º 00 CIV. 6666(VM), pág. 20.*

[188] En el fallo del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en la causa del ex director del Servicio General de Seguridad de Israel, A. Dichter, figura una referencia a la Declaración de motivación del Gobierno de los Estados Unidos: «De hecho, la no adhesión a este consenso internacional entrañaría la amenaza de que se vieran seriamente afectados los intereses de los Estados Unidos, pues induciría a que se hiciera lo mismo en las jurisdicciones extranjeras. Dadas las responsabilidades de los Estados Unidos como líder mundial, sus funcionarios corren el riesgo particular de ser objeto de demandas en el extranjero motivadas por consideraciones políticas, incluidas demandas por daños relacionadas con presuntos crímenes de guerra. La protección que ofrece la inmunidad es un medio fundamental para desalentar esas demandas y prevenir los inconvenientes y las tensiones diplomáticas que conllevarían. Por lo tanto, es fundamental que los tribunales estadounidenses reconozcan la misma inmunidad como protección para los funcionarios extranjeros, ya que cualquier negativa en ese sentido podría provocar que las jurisdicciones extranjeras negaran dicha protección a los funcionarios estadounidenses» (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York, *Ra'Ed Mohamad Inrahim Matar, et al., Plaintiffs, v. Avraham Dichter, former Director of Israel's General Security Service, Defendant*, 2 de mayo de 2007, 500 F. Supp. 2d 284). El texto de la Declaración del Gobierno de los Estados Unidos puede consultarse en el sitio del Departamento de Estado de los Estados Unidos.

de una condición especial y desempeñan funciones especiales como representantes del Estado en las relaciones con otros Estados y organizaciones internacionales. Esta condición especial y la función que desempeñan estos funcionarios en las relaciones entre los Estados han servido de base para la elaboración de normas especiales que rigen la inmunidad jurisdiccional de esta categoría de funcionarios frente al Estado de acogida. En general, la inmunidad de estas personas se suele denominar inmunidad diplomática y consular, si bien en sentido estricto la inmunidad de cada una de las cuatro categorías de funcionarios antes mencionadas se rige por normas contenidas en distintas fuentes. La inmunidad de los agentes diplomáticos se rige por las normas del derecho internacional consuetudinario y las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, mientras que la inmunidad de los funcionarios consulares se rige por las normas del derecho internacional consuetudinario y las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y los convenios consulares bilaterales; la inmunidad de los miembros de misiones especiales se rige por las disposiciones de la Convención sobre las Misiones Especiales[189]. Por último, la inmunidad de los representantes del Estado ante las organizaciones internacionales se rige por las disposiciones de los acuerdos sobre privilegios e inmunidades de las organizaciones correspondientes o sobre su sede. Por cuanto las inmunidades de las diferentes categorías de funcionarios del Estado se recogen en acuerdos internacionales, huelga decir que están mucho mejor definidas que las de los demás funcionarios del Estado.

99. Al parecer, se puede afirmar que los funcionarios del Estado que son agentes diplomáticos, funcionarios consulares, miembros de misiones especiales o representantes ante organizaciones internacionales disfrutan tanto de inmunidades comunes a todos los funcionarios, como de inmunidades especiales que se conceden en el derecho internacional a estas categorías especiales de funcionarios. En circunstancias normales estas personas disfrutan de las inmunidades especiales correspondientes. Sin embargo, se puede dar el caso de que no disfruten de inmunidades especiales sino de las inmunidades de jurisdicción extranjera y penal propias de los funcionarios del Estado. Por ejemplo, es posible que un agente diplomático acreditado ante un Estado se dirija al Estado acreditante para participar en actividades que se realizan en el territorio de un tercer Estado. En ese caso, la persona en cuestión no goza de inmunidad diplomática sino de la inmunidad de jurisdicción propia de los funcionarios respecto de ese tercer Estado[190].

100. A menudo la inmunidad de los jefes de Estado se equipara a la inmunidad diplomática. A veces de esa manera se resuelve la cuestión sobre la inmunidad de los jefes de Estado extranjeros de conformidad con la legislación nacional[191]. En otros casos, son los poderes del Estado que ejercen la jurisdicción los que establecen la analogía entre la inmunidad de los jefes de Estado extranjero y la inmunidad diplomática[192].

101. Ya se ha hecho referencia a la fundamentación desde el punto de vista funcional y representativo de la inmunidad diplomática y consular[193]. En lo que respecta a la fundamentación desde el punto de vista político y del derecho internacional de esas inmunidades, Shaw señala:

> Los privilegios e inmunidades relacionados con el personal diplomático de distinto tipo surgieron, en parte, como consecuencia de la inmunidad soberana y la independencia e igualdad de los Estados y, en parte, como un requisito esencial de un sistema internacional. Los Estados deben negociar y celebrar consultas entre sí y con organizaciones internacionales, para lo cual han de disponer de personal diplomático. Comoquiera que esas personas representan a sus Estados de diversas maneras, también se benefician del principio jurídico de la soberanía del Estado[194].

Así pues, la inmunidad diplomática y consular poseen la misma fundamentación que la inmunidad de los funcionarios del Estado[195].

---

[189] La cuestión de si existen o no normas consuetudinarias del derecho internacional que rijan la condición de los miembros de misiones especiales merece un examen más detenido. Como ya se señaló, es pequeño el número de Estados partes en esta Convención. Además, para que los miembros de misiones especiales gocen de la inmunidad prevista en la Convención es necesario que se den una serie de condiciones fijadas en la Convención.

[190] Como señala Wirth, «los diplomáticos y los agentes consulares son funcionarios del Estado, por lo que están protegidos no sólo por la inmunidad diplomática sino también por la inmunidad del Estado (*ratione materiae*). Esta protección es necesaria en relación con terceros Estados que no están vinculados por las normas de la inmunidad diplomática o consular» (*loc. cit.*, págs. 883 y 884).

[191] Véase el párrafo 37 *supra* sobre la legislación de Australia y e l Reino Unido a ese respecto.

[192] Así, en la decisión *Tachiona v. Mugabe*, el Tribunal de Distrito de Nueva York señaló: «el alcance de la protección atribuiría a los jefes de Estado un nivel de inmunidad de jurisdicción territorial que se correspondería como mínimo con el que los tratados y el derecho internacional consuetudinario generalmente aceptado otorgan a los funcionarios diplomáticos y consulares. […] Como ha observado un tribunal, sería anómalo que los Estados atribuyeran a sus enviados en el exterior privilegios e inmunidades diplomáticos que fueran más allá de la inmunidad que reconocen a los jefes de Estado» (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur, Nueva York, 30 de octubre de 2001). Existen ejemplos de solución de la cuestión de la inmunidad de otros altos funcionarios tanto a través del otorgamiento de inmunidad diplomática como de la aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Higgins (*loc. cit.*, pág. 15), en particular, describe la siguiente situación: «En cuanto a [...] la inmunidad de los altos funcionarios *de todo tipo*, es interesante destacar una reciente orden ministerial del Schweizererische Bundesanwaltschaft». Mediante la Orden de 8 de mayo de 2003 se denegó a la Asociación de solidaridad con las víctimas de la guerra contra el Iraq la autorización para interponer una demanda contra George W. Bush, Dick Cheney, Donald Rumsfeld, Colin Powell, Condoleezza Rice, Bill Clinton, Tony Blair, Jack Straw y otros, por crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. En la Orden se disponía, entre otras cosas, que, de no mediar una orden de una corte o un tribunal internacional, el Presidente Bush gozaba de inmunidad absoluta. A continuación, la Orden aludía a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y se basaba en el artículo 31 1) para conceder inmunidad a ministros y 'personalidades de alto nivel', observando que el derecho internacional carece de precisión en cuanto a la situación de las personalidades de alto nivel y que la jurisprudencia está en continua evolución».

[193] Véanse los párrafos 86 y 87 *supra*.

[194] *Op. cit.*, págs. 668 y 669.

[195] En última instancia, tras la inmunidad de jurisdicción extranjera de todos los funcionarios del Estado está la inmunidad del propio Estado. A ello se refirió la Comisión en sus comentarios en relación con el proyecto de artículo sobre las inmunidades jurídicas de los Estados y de sus bienes: «El hecho de que las inmunidades de que gozan los representantes del gobierno, cualesquiera que sean sus funciones específicas como agentes diplomáticos, consulares o de otra índole, sean en último término inmunidades del Estado es algo que nunca se ha puesto en duda. Más bien se le ha prestado poca atención» (*Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 18, nota 44).

C. Resumen

102. A modo de resumen de los capítulos I a III del presente informe preliminar cabe formular las siguientes observaciones:

a) La fuente principal de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es el derecho internacional, en particular el derecho internacional consuetudinario;

b) La jurisdicción y la inmunidad son fenómenos interrelacionados pero diferentes. En el marco del presente tema es necesario ceñirse al examen de la inmunidad y no examinar a fondo la cuestión de la jurisdicción como tal;

c) La jurisdicción penal del Estado, tanto como todos los demás aspectos de su jurisdicción, se ejerce mediante la jurisdicción legislativa, ejecutiva y judicial (lo mismo en el plano legislativo que ejecutivo, si por este último se entiende tanto la jurisdicción ejecutiva como la judicial);

d) Aunque la jurisdicción penal ejecutiva (o ejecutiva y penal) posee rasgos comunes con la jurisdicción civil, se diferencia de ésta, entre otras cosas, por el hecho de que muchos procedimientos penales alcanzan la fase judicial del proceso jurídico. Por consiguiente, ya en la fase de instrucción reviste una gran importancia la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado;

e) La inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado abarca tanto la norma del derecho internacional como la relación jurídica que le es inherente, en virtud de las cuales, al derecho del beneficiario a que sobre él no se ejerza la jurisdicción extranjera se contrapone la obligación del Estado extranjero de no ejercer su jurisdicción respecto del beneficiario;

f) La inmunidad de jurisdicción penal es solamente una inmunidad de jurisdicción ejecutiva y judicial (o exclusivamente ejecutiva, si por esta última se entiende tanto la jurisdicción ejecutiva como la penal). Por tanto, es una inmunidad respecto del procesamiento penal o de actuaciones penales, pero no del derecho sustantivo del Estado extranjero;

g) La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es de carácter procesal y no sustantivo. Constituye un impedimento a la aplicación de la responsabilidad penal, aunque en principio no la excluye;

h) La actuación de un funcionario en el desempeño de sus funciones oficiales es atribuible al Estado. Por tanto, el funcionario goza de inmunidad de jurisdicción penal del Estado extranjero *ratione materiae*. No obstante, ello no excluye al mismo tiempo la atribución de dichos actos a la persona responsable de su comisión;

i) Detrás de la inmunidad del funcionario, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, y de sus beneficiarios, se encuentra, en última instancia el Estado, único titular del derecho a renunciar a la inmunidad del funcionario;

j) La inmunidad de jurisdicción extranjera del funcionario posee varios fundamentos complementarios e interrelacionados: funcional y representativo; principios del derecho internacional relativos a la igualdad soberana de los Estados y la no injerencia en sus asuntos internos; necesidad de velar por la estabilidad de las relaciones internacionales y por la independencia de los Estados en la realización de sus actividades.

Capítulo IV

Cuestiones que deberán examinarse para determinar el alcance del tema

A. Límites del tema

103. Al trazar los límites del tema examinado, ante todo, es preciso señalar lo siguiente. En primer lugar, la cuestión abordada se refiere únicamente a la inmunidad de jurisdicción *penal extranjera* de los funcionarios del Estado. Ello significa que el objeto de análisis en el marco de este tema no son *per se* las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción penal internacional y la inmunidad de jurisdicción administrativa o civil nacional. Al parecer, existen diferencias fundamentales entre la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal internacional y la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal nacional. La jurisdicción penal internacional tiene un carácter jurídico diferente. Su ejercicio es competencia de las cortes y tribunales internacionales. Estas cortes y tribunales se establecen, y por ende, poseen jurisdicción y la ejercen sobre la base de un acuerdo internacional o la decisión de una organización internacional competente, es decir, con arreglo a un mandato conferido por los propios Estados o, como se hizo notar en la decisión del Tribunal Especial para Sierra Leona en relación con la causa *Charles Taylor*, por la comunidad internacional[196]. El principio de la igualdad soberana de los Estados, expresado en la fórmula *par in parem non habet imperium*, que constituye un pilar fundamental del derecho internacional sobre el que se apoya la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado, no puede servir de base a la inmunidad de jurisdicción internacional[197]. La ausencia de inmunidad

[196] Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Decisión sobre inmunidad de jurisdicción, causa n.º SCSL-2003-01-1, 31 de mayo de 2004, párr. 51.

[197] Aunque no es inmediatamente evidente, un motivo para la distinción, a este respecto, entre tribunales nacionales y tribunales internacionales se desprende del principio de que un Estado soberano no puede enjuiciar la conducta de otro Estado; el principio de la inmunidad del Estado es consecuencia de la igualdad entre Estados soberanos, por lo que no es pertinente para los tribunales penales internacionales, que no son órganos de ningún Estado sino que reciben su mandato de la comunidad internacional (ibíd.). Naturalmente, se habla aquí de aquellos casos en que, de conformidad con los instrumentos constitutivos de la corte o el tribunal internacional correspondiente, existen obligaciones en virtud del derecho internacional que niegan a sus funcionarios

de jurisdicción penal internacional de los funcionarios del Estado de conformidad con los instrumentos del derecho internacional sobre cuya base se ejerce dicha jurisdicción no es motivo para afirmar que, por consiguiente, los funcionarios del Estado tampoco disfrutan de inmunidad de jurisdicción nacional, ni constituye una prueba de la inexistencia de tal inmunidad. En lo que respecta a la inmunidad de otros tipos de jurisdicción nacional, civil o administrativa, de los funcionarios del Estado, si bien como tales las cuestiones relativas a esa inmunidad no son objeto de examen en el marco del tema que nos ocupa, los ejemplos de su análisis en la práctica de los Estados y la doctrina tienen plena relevancia para el presente tema, por cuanto en derecho internacional es una sola la base en que se apoyan las inmunidades de diferentes tipos de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado.

104. En segundo lugar, la cuestión que se examina es la de la inmunidad de los funcionarios del Estado, basada en el derecho *internacional*. También se puede conceder inmunidad a los funcionarios de otro Estado sobre la base del derecho nacional. No obstante, la concesión de inmunidad con arreglo al derecho nacional es de interés para el tema que nos ocupa sólo si se tiene en cuenta que las disposiciones correspondientes del derecho nacional pueden considerarse una de las pruebas de la existencia de normas del derecho internacional consuetudinario en esa esfera.

105. En tercer lugar, se aborda la cuestión de la inmunidad de los funcionarios de un Estado respecto de la jurisdicción de *otro* Estado. Esto significa que en el marco del presente tema el Relator Especial no se propone examinar *per se* las cuestiones relativas a la inmunidad de los funcionarios respecto de la jurisdicción del propio Estado.

B. Alcance por razón de la persona

1. Funcionarios de todas las categorías; definición del concepto «funcionario del Estado»

106. Existen diversas variantes de definición por razón de las personas cuyas inmunidades cabe examinar en el marco del presente tema y a las que podrían aplicarse los proyectos de principios rectores o los proyectos de artículos que se elaboren como resultado del examen. En particular, y en primer lugar, se podría hablar solamente de las tres categorías de funcionarios directamente mencionadas en el fallo de la CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, y en la Convención sobre las Misiones Especiales, es decir, los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores; en segundo lugar, se podría hablar de todos los altos funcionarios del Estado que gozan de inmunidad en virtud del cargo que ocupan; y en tercer lugar, se podría hablar de todos los funcionarios del Estado, tanto los funcionarios activos como los ex funcionarios. Esta última variante se ajustaría plenamente al tema enunciado y parece preferible.

107. En la práctica de los Estados, en particular en las decisiones de los tribunales nacionales y en la doctrina se reconoce ampliamente que todos los funcionarios del Estado gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales o de inmunidad *ratione materiae*. Como señaló Lord Browne-Wilkinson en la causa *Pinochet n.º 3:*

> la inmunidad *ratione materiae* se aplica no sólo a los ex jefes de Estado y los ex embajadores, sino también a todos los funcionarios del Estado que hayan desempeñado funciones al servicio de ese Estado. Tal inmunidad es necesaria para impedir que la inmunidad del Estado se eluda mediante el enjuiciamiento del funcionario que, por ejemplo, haya realizado materialmente un acto de tortura, cuando la doctrina de la inmunidad del Estado excluya la posibilidad de iniciar acciones contra el jefe del Estado[198].

Los funcionarios del Estado gozan de semejante inmunidad independientemente del nivel del cargo que ocupen. Por ejemplo, en 2006, en la causa *Belhas et Others v. Moshe Ya'alon*, un tribunal de distrito de los Estados Unidos reconoció la inmunidad del Sr. Ya'alon[199], quien,

el derecho a disfrutar de inmunidad de jurisdicción de dicha corte o tribunal. Al mismo tiempo, el principio de la igualdad soberana puede servir en algunos casos de fundamento de la inmunidad de jurisdicción penal internacional; por ejemplo, cuando el funcionario de un Estado que no es parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se encuentra en el territorio de un Estado parte en el Estatuto y existe un pedido de remisión del funcionario a la Corte. Como apunta Fox, «la inmunidad del Estado puede servir como impedimento para el procedimiento ante un tribunal internacional, por ejemplo, el Estatuto de Roma [...] establece que un Estado puede no estar obligado a entregar para su enjuiciamiento por la Corte Penal Internacional a una persona presente en su territorio que, como representante de otro Estado, goce de inmunidad diplomática; no obstante, su importancia radica sobre todo en sus efectos sobre la jurisdicción de un tribunal nacional» («International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States», pág. 363).

[198] *Pinochet n.º 3*, ILM, vol. 38 (1999), págs. 580 y 594. Una fundamentación similar de la necesidad de extender la inmunidad *ratione materiae* a todos los funcionarios del Estado fue formulada por un tribunal británico en el caso *Propend Finance Pty Ltd. v. Sing*: «La protección que otorga a los Estados la Ley de 1978 se vería menoscabada si los empleados, oficiales (o, según la denominación utilizada por una autoridad, los 'funcionarios') pudieran ser demandados a título individual por cuestiones relativas al comportamiento del Estado, en relación con las cuales el Estado al que sirven goza de inmunidad. El artículo 14 1) debe interpretarse en el sentido de que otorga a los empleados u oficiales individuales de un Estado extranjero el mismo tipo de protección que la que reconoce al propio Estado» (Tribunal Superior, Queen's Bench Division, 14 de marzo de 1996, ILR, vol. 11, pág. 611). En la causa *Jones n.º 1*, Lord Phillips observó: «La dignidad de un Estado también puede verse conculcada si quienes son o fueron sus funcionarios son procesados por cuestiones relacionadas con el ejercicio de su cargo ante los tribunales de otro Estado. En tales circunstancias, el Estado puede, por regla general, extender el manto de su propia inmunidad a esos funcionarios. Puede decirse que procesar a esos funcionarios equivale, indirectamente, a procesar al Estado» (párr. 105). Por último, en la causa *Jones n.º 2* (véase la nota 71 *supra*), Lord Bingham de Cornhill señaló la existencia de «abundante material jurídico que indica que, en tal caso, el Estado extranjero está facultado para exigir la inmunidad de sus funcionarios del mismo modo que si fuera él mismo el demandado. El derecho del Estado extranjero a la inmunidad no puede eludirse mediante el recurso de demandar a sus funcionarios o agentes» (párr. 10).

De acuerdo con Wickremasinghe, «conforme a la doctrina de la inmunidad del Estado, otros funcionarios del Estado [distintos de los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores] gozan de inmunidad *ratione materiae* por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones oficiales en lo que respecta a la jurisdicción de los tribunales de otros Estados, cuyos procedimientos tendrían como consecuencia desvirtuar o dejar sin efecto la inmunidad del empleador» («Immunities enjoyed by officials of States and international organizations», págs. 409 y 410). Véase también Forcese, «De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity», págs. 127, 138 y 139.

[199] Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, *Belhas et Others v. Moshe Ya'alon*, 14 de diciembre de 2006, 466 F. Supl. 2.º 127. El tribunal consideró «irrefutable» el hecho de que en el momento del ataque el Sr. Ya'alon desempeñaba funciones oficiales y

(Continuación en la página siguiente.)

al momento de producirse los acontecimientos en relación con los cuales se había interpuesto una demanda contra él, se desempeñaba como jefe del servicio de inteligencia del ejército de Israel, al tiempo que en 2004 la Corte de Casación de Francia reconoció la inmunidad de jurisdicción penal del director del registro marítimo de Malta en relación con actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales[200].

108. El término «funcionario del Estado» tiene un amplio uso en la práctica, tanto en las decisiones de los tribunales como en la doctrina. No obstante, no existe en el derecho internacional o, por lo menos, en los acuerdos internacionales de aplicación universal, una definición del concepto de «funcionario del Estado». En cuanto a la doctrina, se puede destacar, por ejemplo, la definición formulada por Przetacznik:

> Funcionario de un Estado extranjero es toda aquella persona que, conforme a su ordenamiento jurídico, goza de autoridad jurídica para actuar como representante oficial de dicho Estado (un jefe de Estado, un jefe de gobierno, o un ministro de relaciones exteriores) y está autorizado por el Estado que envía para actuar como su representante (un agente diplomático o un diplomático miembro de una misión especial), o para actuar oficialmente en su nombre (un funcionario consular, un diplomático miembro de una misión permanente ante una organización internacional, o un diplomático miembro de una delegación ante una conferencia internacional) en el Estado receptor[201].

En esta definición la condición de funcionario del Estado, de hecho, se confina a las personas que representan al Estado en las relaciones internacionales. Ahora bien, las funciones oficiales, en relación con las cuales los funcionarios del Estado gozan de inmunidad, no se limitan a la representación. Cabe señalar también a ese respecto otra observación del mismo autor: «El elemento básico de la noción de 'funcionario de un Estado extranjero' es que la persona en cuestión debe representar al Estado, actuar oficialmente en su nombre, o ambas cosas a la vez»[202]. Los funcionarios del Estado actúan en nombre de éste no sólo en la esfera de las relaciones exteriores, sino también en todas las esferas en que el Estado ejerce las prerrogativas de su poder. La facultad de representar al Estado o actuar de otra forma en su nombre es conferida a la persona por ese mismo Estado de conformidad con el derecho y la práctica de este último. Además del término «funcionario del Estado» se utilizan los términos «representante del Estado»[203], «agente del Estado»[204] y «órgano del Estado»[205]. Este último término se utiliza en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y comprende, según el párrafo 2 del artículo 4, a «toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado»[206]. En sus comentarios sobre el mencionado artículo, la Comisión destaca que la referencia a un órgano del Estado

> [n]o se limita a los órganos de la administración central, ni a los funcionarios de nivel superior, ni a las personas encargadas de las relaciones exteriores del Estado. Se extiende a los órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan cualesquiera funciones y a cualquier nivel de la jerarquía[207].

Por cuanto el término «órgano del Estado» abarca a los funcionarios como tales, pero no se confina a éstos, no es recomendable usarlo en función de los objetivos del tema que nos ocupa. En la presente etapa, al menos, podría continuarse utilizando el término «funcionario del Estado». Si en el futuro la Comisión estimara conveniente definir este término o de otro modo revelar su contenido, el enfoque aplicado por ella en la formulación del párrafo 2 del artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos [*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26] podría ser útil *mutatis mutandis* también en el marco del presente tema.

2. Funcionarios que gozan de inmunidad *ratione personae*

109. Como ya se señaló, todos los funcionarios del Estado gozan de inmunidad *ratione personae* de jurisdicción penal extranjera y solamente algunos funcionarios

---

(Continuación de la nota 199.)

de que su actuación estuvo condicionada por la necesidad de proteger los intereses del Estado de Israel. Como base para dicha conclusión se utilizó sobre todo una carta dirigida al Subsecretario de Estado de los Estados Unidos para Asuntos Políticos por el Embajador de Israel en ese país, en la que se afirmaba, en particular, que todos los actos del Sr. Ya'alon fueron realizados en el desempeño de sus funciones oficiales y que sus acciones constituían «actos soberanos de Israel, sancionados por el Gobierno de Israel con el objetivo de proteger a sus propios ciudadanos contra actos de terrorismo», así como que «entablar una demanda contra un ex funcionario de Israel equivale a iniciar una causa contra el propio Estado de Israel». Tras determinar que Ya'alon había actuado en cumplimiento de sus funciones oficiales, el tribunal Corte estimó que los actos del funcionario en cuestión podían considerarse actos de un órgano o institución del Estado del tipo a que se hace referencia en la antes mencionada Ley de inmunidades de soberanos extranjeros.

[200] Según la Corte de Casación de Francia, «la costumbre internacional que se opone al enjuiciamiento de los Estados ante la jurisdicción penal de un Estado extranjero se extiende a los órganos y entidades que han sido creados por el Estado, así como a sus agentes, por actos que, como en el presente caso, entran dentro del ámbito de la soberanía del Estado en cuestión» (sentencia de la Corte de Casación, Sala de lo Penal, 23 de noviembre de 2004, *Bulletin Criminel* 2004, n.º 292, pág. 1096).

[201] «Basic Principles of International Law concerning the protection of the officials of foreign States», pág. 52.

[202] Ibíd.

[203] Véase, por ejemplo, el artículo 2, párr. 1, apdo. *b*, inc. iv), del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. En los comentarios, la Comisión indicó que la categoría de representantes del Estado que actúan en calidad de tales abarca a todas las personas físicas facultadas para representar «todas las personas naturales que están autorizadas a representar al Estado en todas sus manifestaciones» (*Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 18, párr. 17 del comentario al inciso v) del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 2).

[204] Véase, por ejemplo, Verhoeven, «Les immunités propres aux organes ou autres agentes des sujets du droit international», pág. 64. Borghi (*op. cit.*) utiliza (incluso en el título de su obra) el término «los dirigentes políticos».

[205] El término «órgano del Estado» fue utilizado, por ejemplo, por las partes en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti *c.* Francia), en referencia al Fiscal General y al Director del Servicio de Seguridad Nacional de Djibouti. En las vistas orales, el consejero de Francia, A. Pellet, convino con el consejero de Djibouti, L. Condorelli, en que «cuando actúan en su condición oficial, los órganos del Estado no generan su propia responsabilidad individual sino la del Estado». Sin embargo, en su opinión, «al margen de algunos órganos o categorías de órganos que pueden contarse con los dedos de una mano (el jefe del Estado, el ministro de relaciones exteriores, el jefe del gobierno y los diplomáticos, en grados que, por lo demás, varían)», queda totalmente excluida la posibilidad de invocar que «personas que revisten la calidad de órgano del Estado, incluso de rango elevado, gocen de inmunidades personales (denominadas *ratione personae*) ni mucho menos comparables a las que el derecho internacional atribuye a los órganos supremos de los Estados» (CIJ, CR 2008/5, audiencia pública, 25 de enero de 2008, párr. 75).

[206] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76.

[207] Ibíd., pág. 41, párr. 6 del comentario al artículo 4.

disfrutan de inmunidad *ratione personae*. ¿Es posible definir esta categoría de funcionarios? Hasta ahora no se ha logrado. Cabe recordar las dificultades con que tropezó la Comisión durante la elaboración de los proyectos de artículos sobre las misiones especiales, la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales y la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas[208].

110. En primer lugar, entre las personas que gozan de inmunidad personal figuran los jefes de Estado. La inmunidad personal de jurisdicción penal de los jefes de Estado está confirmada de la forma más amplia en la práctica y en la doctrina[209]. No obstante, esta categoría de personas objeto de examen no se limita a los jefes de Estado. Si anteriormente sólo se trataba de la inmunidad personal de los jefes de Estado (y de los embajadores), ahora la categoría de funcionarios que gozan de tal inmunidad se está ampliando[210]. Para ello existen razones objetivas[211]. El carácter y la estructura de la gestión del Estado han cambiado. Las funciones de administrar el Estado, garantizar su soberanía y representarlo en las relaciones internacionales, que anteriormente sólo cumplía el jefe de Estado, actualmente son ejercidas en gran medida por el jefe de gobierno, por otros miembros del gobierno y, principalmente, por el ministro de relaciones exteriores. En muchos países, el jefe de gobierno desempeña un papel más importante en la gestión del Estado que el jefe de Estado. De allí que sea necesario garantizar el máximo grado de independencia y la máxima protección contra toda injerencia de otros Estados, no sólo respecto de las actividades del jefe de Estado, sino también respecto de las de todos los demás funcionarios más importantes del Estado, con el fin de proteger la soberanía del Estado en las relaciones con otros Estados. En primer lugar, junto con los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores han pasado a formar parte de la categoría de funcionarios que gozan de inmunidad personal.

111. Los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores forman, por así decirlo, la tríada básica de funcionarios del Estado que gozan de inmunidad personal. De conformidad con el derecho internacional, sólo estas tres categorías de funcionarios se consideran también, en virtud de sus funciones, los representantes del Estado en las relaciones internacionales. Sólo estas personas están autorizadas para celebrar tratados internacionales en nombre del Estado sin tener que presentar plenos poderes (párrafo 7 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados). La condición especial y, por consiguiente, el carácter especial de la inmunidad de los jefes de gobierno y de los ministros de relaciones exteriores, así como la condición especial y la inmunidad de los jefes de Estado, quedan confirmadas por el artículo 21 de la Convención sobre las Misiones Especiales; el artículo 1, párr. 1, apdo. *a*, de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; y el artículo 50 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal. Asimismo, la CIJ hace referencia a estos funcionarios, así como a los jefes de Estado, en su fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* en relación con determinados altos funcionarios del Estado que gozan de inmunidad de jurisdicción extranjera. Cabe recordar que en dicho fallo la Corte señala que:

> en el derecho internacional ha quedado firmemente establecido que, al igual que los agentes diplomáticos y consulares, determinados altos funcionarios del Estado, como el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores, gozan en otros Estados de inmunidad de jurisdicción tanto civil como penal[212].

112. Hay otros ejemplos de reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción extranjera de los jefes de gobierno

---

[208] Véanse los párrafos 18 a 20 y 23 *supra*.

[209] «Los jefes de Estado [...] disfrutan de inmunidad jurisdiccional absoluta en todos los Estados extranjeros por todos los actos que normalmente quedarían sujetos a la jurisdicción de esos Estados, sea cual fuere el contexto en que se realicen dichos actos» (*Ferdinand et Imelda Marcos* c. *Office fédéral de la police*, Tribunal Federal de Suiza, 2 de noviembre de 1989, *Arrêts du Tribunal fédéral* 115 Ib 496; véase también ILR, vol. 102, pág. 203). «Los jefes de Estado reconocidos por el Gobierno de los Estados Unidos son absolutamente inmunes a la jurisdicción personal de los tribunales de los Estados Unidos, a no ser que la inmunidad haya sido retirada por ley o por el correspondiente gobierno extranjero reconocido por los Estados Unidos» (*Lafontant v. Aristide*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Nueva York, 27 de enero de 1994, ILR, vol. 103, págs. 584 y 585); «La doctrina de la inmunidad de los jefes de Estado, que hunde sus raíces en el derecho internacional consuetudinario, establece que los jefes de Estado no están sujetos a la jurisdicción de los tribunales extranjeros, al menos en cuanto a los actos oficiales realizados durante el mandato del gobernante en cuestión» (*United States v. Noriega and Others*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Florida, 8 de junio de 1990, ILR, vol. 9, pág. 161). «Considerando que la costumbre internacional se opone a que, salvo que existan disposiciones internacionales en contrario aplicables a las partes de que se trate, los jefes de Estado en ejercicio puedan ser procesados ante los órganos jurisdiccionales penales de un Estado extranjero» (caso *Qadhafi*, sentencia de la Corte de Casación, Sala de lo Penal, 13 de marzo de 2001, *Bulletin criminel*, 2001, n.º 64, pág. 218). «Aunque el derecho internacional evoluciona a lo largo del tiempo, el derecho internacional consuetudinario, tal como se encarna en el *common law*, otorga actualmente inmunidad absoluta a cualquier jefe de Estado» (*Mugabe*, Bow Street, 14 de enero de 2004, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (julio de 2004), pág. 770).

Según Watts, «[e]n lo que respecta al proceso penal, en general se acepta que la inmunidad del jefe de Estado es absoluta» (*loc. cit.*, pág. 54). Simbeye señala también que: «[u]n jefe de Estado en ejercicio, como titular del más alto cargo y representante de su Estado, goza de inmunidad frente a procesos judiciales ante un tribunal extranjero» (*op. cit.*, pág. 94). Como observa Verhoeven («Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international», pág. 516): «Sean cuales fueren las incertidumbres en torno a la responsabilidad penal de los agentes del Estado, no se discute que el jefe de Estado goza de inmunidad penal absoluta ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero. El carácter absoluto de la inmunidad excluye la posibilidad de invocar excepciones relacionadas, por ejemplo, con la naturaleza de la infracción que se le reprocha o la fecha en que se cometió». Véase también Higgins, *loc. cit.*, págs. 12 y 13.

[210] «Existe efectivamente una tendencia a ampliar a las 'personalidades de rango elevado', por utilizar la fórmula de la Convención […] sobre las Misiones Especiales, el beneficio de una protección particular que incluye, en su caso, las inmunidades» (Verhoeven, «Les immunités propres aux organes ou autres agentes des sujets du droit international», pág. 65).

[211] Como señala Toner: «Las realidades políticas modernas bajo las que operan los Estados-nación no permiten seguir distinguiendo de forma estricta entre las facultades y las responsabilidades de los ministros del gobierno. Actualmente, los cargos de ministro de relaciones exteriores y otros muchos cargos de alto nivel dentro de los ministerios representan al Estado del mismo modo que el jefe de Estado. Por consiguiente, los motivos para otorgar inmunidad a un jefe de Estado pueden extenderse a otros ministerios en mayor medida de lo que se había reconocido hasta el momento» (*loc. cit.*, págs. 912 y 913).

[212] *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 20 y 21, párr. 51.

en fallos de tribunales nacionales. Así, en 1988, en la causa *Saltan and Others* v. *Reagan and Others*, un tribunal de distrito de los Estados Unidos reconoció la inmunidad de jurisdicción de la Primera Ministra del Reino Unido, Margaret Thatcher, conviniendo con la opinión emitida a ese respecto por el Departamento de Estado de los Estados Unidos[213]. En 2003, un tribunal de casación de Bélgica señaló, en la causa *A. Sharon*, que «la costumbre internacional se opone a que, salvo que existan disposiciones internacionales en contrario aplicables a las partes de que se trate, los jefes de Estado en ejercicio puedan ser procesados ante los órganos jurisdiccionales penales de un Estado extranjero»[214]. De este modo, el tribunal belga, conviniendo con la CIJ, confirmó que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, no sólo de los jefes de Estado sino también la de los jefes de gobierno, está basada en el derecho internacional consuetudinario.

113. Es conocido el caso de reconocimiento de la inmunidad de un jefe de gobierno en la etapa de instrucción de un proceso penal en la Federación de Rusia. En 2005 se preveía la visita a la Federación de Rusia de la Primera Ministra de Ucrania, Sra. Yulia Timoshenko, contra la cual se habían iniciado actuaciones penales en la Federación de Rusia antes de que fuera nombrada para ese cargo. En la víspera de su viaje, el Fiscal General de la Federación de Rusia declaró que la Primera Ministra no tendría problemas si decidía visitar la Federación de Rusia ya que los altos dirigentes del Estado, incluidos los jefes de gobierno, gozaban de inmunidad[215].

114. Aparte del caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, prácticamente no existe información sobre casos en los que se haya abordado la cuestión de la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores. Como se sabe, en 1963 un tribunal de los Estados Unidos se negó a conocer de un caso contra el Ministro de Relaciones Exteriores de Corea, al aceptar la «propuesta de conceder inmunidad» presentada por el poder ejecutivo de los Estados Unidos. No obstante, se debe tener en cuenta que, además de indicar que los ministros de relaciones exteriores gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales estadounidenses con arreglo al derecho internacional consuetudinario, en la «propuesta» del Departamento de Estado también se hace referencia al reconocimiento del estatuto diplomático del Ministro de Relaciones Exteriores de Corea, ya que en ese caso él se encontraba de visita oficial en los Estados Unidos[216]. En 2001, un tribunal de distrito de los Estados Unidos aceptó la «propuesta de conceder inmunidad» presentada por el poder ejecutivo en favor del Ministro de Relaciones Exteriores de Zimbabwe en la causa *Tachiona v. Mugabe*[217].

115. La escasa información sobre la práctica, incluidas las decisiones judiciales sobre la inmunidad del ministro de relaciones exteriores, sirvió de base para que la magistrada Van Den Wyngaert, en su opinión disidente en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, afirmara que:

> no hay ninguna prueba que demuestre que un Estado está obligado a conceder inmunidad de procesamiento penal a un ministro de relaciones exteriores en virtud del derecho internacional consuetudinario. Al emitir y divulgar la orden, Bélgica puede haber actuado de forma contraria a la cortesía internacional. Sin embargo, no ha actuado en contravención de una obligación jurídica internacional[218].

La opinión de que los ministros de relaciones exteriores no gozan de inmunidad personal también se ha expresado en la doctrina, en particular después de que se pronunciara el mencionado fallo [219]. Al mismo tiempo, varios autores[220] comparten la opinión de la CIJ que se presenta en dicho fallo, a favor del cual votó la gran mayoría de los magistrados.

116. Ese fallo de la CIJ sobre la inmunidad del ministro de relaciones exteriores sirvió de base para la petición planteada ante la Corte por la República del Congo en el caso *Certaines procédures pénales engagées en France*, así como para las pretensiones de Djibouti y Francia en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*. En este caso, las partes convinieron con la opinión de la Corte[221].

---

[213] *Saltan and Others v. Reagan and Others*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, 23 de diciembre de 1988, ILR, vol. 80, págs. 19 a 24.

[214] *H.S.A. et al. v. S.A. et al.*, decisión relativa al procesamiento de Ariel Sharon, Amos Yaron y otros, Corte de Casación de Bélgica, N.º P.02.1139.f, 12 de febrero de 2003, ILM, vol. 42, 2003, págs. 596 a 605.

[215] El texto de esta declaración puede consultarse en http://www.newsru.com/russia/15feb2005/timoshenko.html.

[216] *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, Tribunal de Circuito del Primer Circuito, estado de Hawaii (Estados Unidos), 9 de septiembre de 1963, ILR, vol. 81, págs. 604 y 605. En la «propuesta de otorgar inmunidad» en relación con este caso se hacía referencia, de conformidad con el derecho consuetudinario, no sólo a la inmunidad de un ministro de relaciones exteriores extranjero, sino también a la de un jefe de gobierno extranjero.

Cabe observar que en la versión vigente a la sazón de la Ley de relaciones exteriores de los Estados Unidos (redacción de 1962) se señaló que se otorgaba a los jefes de gobierno y a los ministros de relaciones exteriores tanto en actos oficiales como privados la misma inmunidad que se concedía a los jefes de Estado (*Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, American Law Institute, 1962, párrs. 66, 200 y 202).

[217] Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, *Tachiona v. Mugabe*, sentencia de 30 de octubre de 2001, 169 F. Sup. 2d 259, sentencia 30 de octubre de 2001, pág. 297.

[218] *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 139, párr. 1.

[219] Véase, por ejemplo, Koller, *loc. cit.*, pág. 16: «El estudio más exhaustivo de la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores pone de relieve que el fundamento para conceder inmunidad a esos ministros cuando realizan una visita privada es mucho más débil que el que justifica su reconocimiento a los jefes de Estado y se desprende principalmente de la cortesía, no del derecho. La necesidad de inmunidad en visitas privadas es una ardua cuestión empírica que no se aborda debidamente en el somero análisis que realiza la Corte y sobre la que no existe práctica estatal disponible. Al limitarse a desdibujar las distinciones entre ministros de relaciones exteriores, jefes de Estado y diplomáticos, la Corte contribuye a la confusión de conceptos».

[220] Según Cassese, «hay que encomiar a la Corte por haber aclarado y delimitado una cuestión de perfiles un tanto oscuros en el derecho vigente. Al proceder de esa manera ha ampliado considerablemente la protección que el derecho internacional otorga a los ministros de relaciones exteriores» (*loc. cit.*, pág. 855). Véase también, por ejemplo, Wirth (*loc. cit.*, pág. 889): «[E]s perfectamente concebible que la posición de un ministro de relaciones exteriores sea lo suficientemente importante como para concederle las mismas inmunidades que a un jefe de Estado: el ministro de relaciones exteriores mantiene las relaciones exteriores de un Estado y, por tanto, desempeña una función esencial en la gestión de los conflictos entre Estados; a este respecto, es incluso más importante que un embajador, quien —al menos en el Estado receptor— disfruta de inmunidad *ratione personae*».

[221] Véase, en particular, la declaración de la República del Congo, de 9 de diciembre de 2002, en el caso *Certaines procédures pénales engagées en France* (pág. 11) y la memoria de Djibouti, de 15 de marzo de 2007, en el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (pág. 51).

117. Como ya se ha señalado, en el artículo 21 de la Convención sobre las Misiones Especiales, y en el artículo 50 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, además de los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, se determinó una categoría adicional de personas que gozan de una condición especial con arreglo al derecho internacional, «otras personalidades de rango elevado». El hecho de que existen otros altos funcionarios, además de los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, que, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, gozan de inmunidad personal respecto de la jurisdicción penal extranjera, queda confirmado en el párrafo 51 del fallo antes mencionado de la CIJ en el caso *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Evidentemente, si bien la Corte no señaló concretamente cuáles son las otras personalidades de rango elevado, además de los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, que gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción extranjera, confirmó de forma clara que esta categoría de personas no se limitaba a esos tres tipos de funcionarios.

118. Esa interpretación del fallo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* fue confirmada por lo menos por dos sentencias de tribunales del Reino Unido. Como se señala en el fallo del tribunal de distrito en el caso del general Shaul Mofaz (a la sazón Ministro de Defensa de Israel) de 2004, «el uso de las palabras 'tales como' el jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores, indica a mi juicio que pueden incluirse otras categorías. En otras palabras, esas categorías no son exclusivas»[222]. De este modo, basándose en el fallo de la CIJ, el tribunal británico no dictó la orden de detención del Ministro de Defensa de Israel y reconoció su inmunidad, después de presentar un fundamento funcional similar al presentado por la CIJ respecto de la inmunidad del ministro de relaciones exteriores[223]. Del mismo modo, en el fallo de la CIJ, se reconoció la inmunidad del Ministro de Comercio de China, Bo Xilai, en una causa con la misma denominación que se examinó en 2005. El tribunal superior de distrito se negó a dictar la orden de detención del Ministro, señalando que «de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, el Sr. Bo goza de inmunidad de procesamiento, dado que no podría desempeñar sus funciones a menos que pudiera viajar libremente»[224].

119. En la doctrina se reconoce que aparte de la tríada básica, existen otros altos funcionarios del Estado que gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción extranjera[225]. En el caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, las partes también reconocieron en principio que otros altos funcionarios del Estado gozaban de la misma inmunidad de que gozan los ministros de relaciones exteriores. A este respecto, convinieron en que el fiscal general de Djibouti y el jefe del Servicio Nacional de Seguridad de Djibouti, que participaron en esa causa, no pertenecían a esa categoría[226]. Se puede hacer referencia a otros altos funcionarios del Estado que gozan o que pueden gozar de inmunidad *ratione personae* (en particular, el ministro de defensa y el ministro de comercio internacional). No obstante, el Relator Especial no tiene conocimiento de que exista una lista exhaustiva de los funcionarios abarcados en esta categoría. Como ya se ha señalado, la Comisión, al formular los proyectos de artículos sobre las misiones especiales, no ha elaborado una lista de otros altos funcionarios que gozan de una condición especial y de inmunidad, ya que ha considerado con razón que las personas o cargos concretos se determinan de conformidad con la legislación interna del Estado[227].

120. Al parecer, la categoría de personalidades de rango elevado que gozan de inmunidad personal de la jurisdicción penal extranjera podría definirse, si bien de modo general, si se lograra determinar el criterio o los criterios que han de cumplir esas personas para recibir tal inmunidad. En los fallos mencionados, que fueron pronunciados por tribunales nacionales que habían reconocido la inmunidad del ministro de defensa y del ministro de comercio internacional, respectivamente, los tribunales sostenían que las funciones que cumplían esas personas eran muy similares a las funciones de un ministro de relaciones exteriores y, por ende, requerían la inmunidad precisamente para cumplir esas funciones. Del mismo modo, en la causa del general Mofaz, el magistrado señaló que consideraba poco probable que «los cargos ministeriales, tales como los de ministro del interior, ministro de empleo, ministro de medio ambiente y ministro de cultura,

---

[222] Tribunal de Distrito (Bow Street), *Re General Shaul Mofaz*, sentencia de 12 de febrero de 2004, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), pág. 773.

[223] El magistrado británico, en particular, señaló que «aunque el viaje [en el caso de un ministro de defensa] no tenga el mismo nivel que el de un ministro de relaciones exteriores, es un hecho que muchos Estados mantienen tropas en el extranjero y hay numerosas misiones de las Naciones Unidas que pueden visitarse en las que las cuestiones militares desempeñan un importante papel entre ciertos Estados; en mi opinión, las funciones de defensa y de política exterior están estrechamente relacionadas, en particular en el Oriente Medio» (ibíd).

[224] *Re Bo Xilai*, Inglaterra, Tribunal de Magistrados de Bow Street, 8 de noviembre de 2005, ILR, vol. 128, pág. 714. Cabe observar que el magistrado también se basó en la inmunidad del Sr. Bo en su calidad de miembro de la misión especial (ibíd., pág. 715).

[225] Como señala Verhoeven, «la solución es más incierta cuando se trata de otros miembros del gobierno. Desde un punto de vista lógico es indiscutible que [la inmunidad] debería concederse cuando esos otros ministros ejercen funciones internacionales, ya se trate por ejemplo de negociar acuerdos o de representar al Estado en el extranjero. No obstante, esta posición dista de verse confirmada sin ambigüedad por la práctica internacional actual» («Les immunités propres aux organes ou autres agentes des sujets du droit international», pág. 65). Cassese observa que la inmunidad *ratione personae* protege «sólo a ciertas categorías de funcionarios del Estado, a saber, los agentes diplomáticos, los jefes de Estado, los jefes de gobierno, tal vez (y en cualquier caso conforme a la doctrina establecida por la Corte) los ministros de relaciones exteriores y posiblemente incluso otros altos miembros del gobierno» (*loc. cit.*, pág. 864). Carter también comparte esta opinión: «Da la impresión de que en los Estados Unidos la inmunidad propia de los jefes de Estado se aplica actualmente a los jefes de Estado extranjeros y los ministros de relaciones exteriores, posiblemente a sus familiares y tal vez a otros altos funcionarios. [...] Debido en parte a su base jurisprudencial, la doctrina es poco clara en cuanto a quiénes son exactamente los que quedan cubiertos» («Immunity for Foreign Officials: Possibly Too Much and Confusing as Well», pág. 232).

[226] Como señaló el asesor de Djibouti, L. Condorelli, durante la audiencia celebrada en La Haya el 22 de enero de 2008, «nadie pide a la Corte que reconozca que, a semejanza de un jefe de Estado o de un agente diplomático, el Fiscal General de la República de Djibouti y el Jefe de Seguridad Nacional de la República de Djibouti gozan en el extranjero durante el ejercicio de sus funciones de una inmunidad de jurisdicción y de una inviolabilidad totales, que abarquen igualmente sus actos privados» (CIJ, CR 2008/3, 22 enero de 2008, párr. 23).

[227] Véase el párrafo 19 *supra*.

medios de comunicación y deporte, adquirieran automáticamente el derecho a la inmunidad del Estado»[228]. El asesor de Francia, Sr. Pellet[229], señaló durante la audiencia oral del caso *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* que sólo tenían derecho a la inmunidad *ratione personae* los otros altos funcionarios del Estado para los cuales la representación del Estado en las relaciones internacionales constituía parte inalienable o predominante de sus funciones. Como observa Parlett, «[l]a inmunidad *ratione personae* se otorga a cargos cuya función es tan importante para el mantenimiento de las relaciones internacionales que requieren una amplia concesión de inmunidad»[230]. Otros autores[231] se refieren al desempeño de las funciones destinadas a garantizar la participación del Estado en las relaciones internacionales como fundamento para la posible concesión de la inmunidad personal a otros miembros del gobierno distintos del ministro de relaciones exteriores.

121. No obstante, se debe reconocer que la garantía de la participación o la representación del Estado en las relaciones internacionales difícilmente puede considerarse una de las principales funciones, por ejemplo, del ministro de defensa, así como de otros miembros del gobierno distintos del ministro de relaciones exteriores (aunque en el actual mundo globalizado prácticamente todos los miembros del gabinete en alguna medida participan en los asuntos internacionales, representando a su Estado en esferas especializadas de las relaciones internacionales). Por otro lado, la participación en la solución de las cuestiones más importantes relacionadas con la garantía de la soberanía del Estado suele ser característica de las principales funciones del ministro de defensa y de algunos otros altos funcionarios. La aplicación de la jurisdicción penal por un Estado extranjero a este tipo de personas mientras estuvieran ejerciendo su cargo impediría que desempeñaran ese cargo de forma independiente y, por consiguiente, que el Estado a cuyo servicio trabajan ejerciera las prerrogativas propias de su soberanía. Dada la importancia que revisten para el Estado las funciones que cumplen esos altos funcionarios, es muy probable que la aplicación de la jurisdicción penal extranjera a esas personas equivalga a una injerencia del Estado que ejerce la jurisdicción en asuntos que son fundamentalmente competencia del Estado a cuyo servicio están esos funcionarios. A este respecto, cabe preguntar: ¿Es entonces la importancia de las funciones que cumple el alto funcionario para garantizar la soberanía del Estado un criterio complementario a la función de garantizar la participación del Estado en las relaciones internacionales para que se le reconozca como persona con inmunidad *ratione personae*?

3. Cuestión relativa al reconocimiento en el contexto del presente tema

122. La cuestión de la inmunidad suele examinarse en relación con los Estados reconocidos y los funcionarios de Estado, jefes de Estado y jefes de gobierno reconocidos. No obstante, es posible que haya situaciones en que sea necesario examinar ya sea la cuestión relativa a la inmunidad de un Estado que no está reconocido por el Estado que ejerce la jurisdicción, o ya sea la cuestión de la inmunidad de una persona que no sea reconocida como jefe de Estado o jefe de gobierno (en caso de que el propio Estado, de cuyo jefe de Estado o jefe de gobierno se trate, haya sido reconocido). En estos casos, la cuestión del reconocimiento adquiere importancia para el examen del tema de la inmunidad. Como ha señalado Watts, «[l]a cuestión del reconocimiento [...], en particular, suele ser decisiva cada vez que se plantea una cuestión de inmunidad»[232]. Confirman esta opinión, en particular, varios fallos de tribunales de los Estados Unidos. Así, en la causa *Kadic v. Karadzic*, de 1995, un tribunal de apelación de distrito observó que «los Estados reconocidos gozan de determinadas prerrogativas e inmunidades pertinentes a los procedimientos judiciales»[233]. Habida cuenta de que el poder ejecutivo de los Estados Unidos no reconocía a R. Karadzic como jefe de Estado, el tribunal tampoco reconoció su inmunidad como tal. En 1990, en la causa *United States v. Noriega and Others*, un tribunal de distrito señaló que «para beneficiarse de la inmunidad que se atribuye a los jefes de Estado, el funcionario del gobierno debe ser reconocido como jefe de Estado de Panamá por la Constitución panameña o por los Estados Unidos»[234]. El Gobierno de los Estados Unidos no reconocía a Noriega como jefe de Estado, en consecuencia, el tribunal se negó a reconocer que Noriega gozaba de inmunidad como tal. En cambio, en la causa *Lafontant v. Aristide*, de 1994, un tribunal de distrito de los Estados Unidos reconoció la inmunidad de B. Aristide, que estaba exiliado en los Estados Unidos, como el jefe de Estado legítimo de Haití[235].

---

[228] Tribunal de Distrito (Bow Street), *Re General Shaul Mofaz*, sentencia de 12 de febrero de 2004, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), pág. 773.

[229] Según A. Pellet, «los funcionarios del Estado no gozan de inmunidad por el mero hecho de que, en el ejercicio de sus funciones, puedan verse obligados, de forma más o menos ocasional, o incluso periódicamente, a efectuar misiones en el extranjero. Ello sólo ocurre cuando tales inmunidades son indispensables para efectuar dichas misiones y siempre que las inmunidades sean inherentes a las funciones en cuestión» (CIJ, CR 2008/5, 25 de enero de 2008, párr. 63).

[230] «Immunity in civil proceedings for torture: the emerging exception», pág. 59. Por consiguiente, la autora considera que, entre los demás altos funcionarios que gozan de tal inmunidad, figura posiblemente el ministro de defensa o el viceministro permanente de relaciones exteriores (ibíd.).

[231] Véanse, por ejemplo, Toner, *loc. cit.*, págs. 912 y 913; Forcese, *loc. cit.*, pág. 137; Du Plessis y Bosch, «Immunities and universal jurisdiction – The World Court steps in (or on?)», y Wickremasinghe, *loc. cit*.

[232] «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers», pág. 34.

[233] *Kadic v. Karadzic*, Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, sentencia de 13 de octubre de 1995, 70 F. 3d 232, 64 USLW 2231, pág. 244.

[234] *United States v. Noriega and Others*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Florida, 8 de junio de 1990, ILR, vol. 99, págs. 143 a 183.

[235] *Lafontant v. Aristide*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Nueva York, 27 de enero de 1994, ILR, vol. 103, págs. 581 y 593. Cabe señalar que, en lo que respecta a la cuestión del reconocimiento, en particular, en el contexto del examen de la cuestión de la inmunidad, los tribunales estadounidenses y británicos se basan en la opinión del poder ejecutivo. Así, en la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación del Reino Unido en la causa *Sayce v. Ameer Ruler Sadig Mohammad Abbasi Bahawalpur State*, el magistrado Somervell señaló: «Nuestro Estado no puede hablar con dos voces en este asunto, con los poderes judicial y ejecutivo diciendo cosas distintas. Nuestro soberano ha de decidir a quiénes reconoce como sus homólogos soberanos en la familia de los Estados; y las relaciones de los Estados extranjeros con nuestro Estado en la cuestión de las inmunidades del Estado debe depender exclusivamente de esa decisión» (Tribunal de Apelación, Inglaterra, 20 de mayo de 1952, ILR, vol. 19, pág. 215).

123. La cuestión de la inmunidad de los funcionarios de un Estado no reconocido y de los jefes de Estado y jefes de gobierno no reconocidos puede plantearse en diferentes contextos. Por un lado, por ejemplo, se examina cuando una entidad, sobre cuyo funcionario se plantea la cuestión de la inmunidad, no está reconocida como Estado independiente por ningún Estado, incluido el Estado que ejerce la jurisdicción. Desde el punto de vista del derecho internacional, la inmunidad de un funcionario de Estado se basa en el principio de la igualdad soberana de los Estados. Este principio no regula las relaciones entre el Estado que ejerce la jurisdicción y la entidad que no ha sido reconocida como Estado. Por ello, difícilmente se podría hablar del derecho de los funcionarios de esa entidad a la inmunidad o de la obligación, correspondiente a ese derecho, del Estado que tiene jurisdicción a no ejercerla. La cuestión se complica aún más cuando se trata de la inmunidad de un funcionario de un Estado que está reconocido por una parte considerable de la comunidad internacional pero que no está reconocido por el Estado cuyas autoridades examinan la cuestión de la inmunidad. Lo que se ha expuesto anteriormente en relación con la cuestión del reconocimiento en el contexto del examen del tema de la inmunidad de los funcionarios de un Estado que no está reconocido se aplica también a la cuestión del reconocimiento en el contexto del tema de la inmunidad de los jefes de Estado y jefes de gobierno no reconocidos.

124. Si se examina la cuestión del papel del reconocimiento en el contexto del presente tema, al parecer, se deberá examinar la cuestión sustantiva del reconocimiento, incluso, por ejemplo, la cuestión del carácter declarativo o constitutivo del reconocimiento. Esto difícilmente entraría dentro del mandato de la Comisión en el marco del presente tema. A este respecto, se plantea la siguiente pregunta: ¿Es necesario abordar la cuestión del reconocimiento en el marco del tema que se examina y, más aún, formular alguna disposición acerca del papel del reconocimiento en relación con la cuestión de la inmunidad de los funcionarios? Cabe señalar que la resolución del Instituto de Derecho Internacional se limita a una disposición a este respecto de conformidad con la cual dicha resolución «se entiende sin perjuicio del efecto del reconocimiento o no reconocimiento de un Estado o gobierno extranjero en la aplicación de sus disposiciones»[236].

4. Miembros de familia

125. A veces en la práctica se plantea la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de un jefe de Estado (naturalmente, en este caso la inmunidad sólo puede ser de carácter personal). En 1991 en la causa *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police*, el Tribunal Federal de Suiza reconoció la inmunidad de I. Marcos, esposa del ex Presidente de Filipinas:

> el derecho internacional consuetudinario siempre ha reconocido a los jefes de Estado, así como a sus familiares y a los miembros de su casa que visitan un Estado extranjero, las prerrogativas de inviolabilidad personal e inmunidad de jurisdicción penal. [...] Esta inmunidad jurisdiccional también se concede al jefe de Estado que visita un Estado extranjero a título privado y se extiende, en tales circunstancias, a los familiares más próximos que lo acompañen y a los miembros principales del personal de su casa[237].

Asimismo, en un caso civil, un tribunal de los Estados Unidos reconoció la inmunidad de la esposa del Presidente de México en la causa *Kline c. Kanebo* de 1988. El tribunal señaló que «conforme a los principios generales del derecho internacional, los jefes de Estado y sus familiares más próximos gozan de inmunidad de enjuiciamiento»[238]. Otro tribunal estadounidense reconoció en 1978 la inmunidad de jurisdicción del hijo de la Reina del Reino Unido, Príncipe Carlos, en la causa *Kilroy v. Windsor (Prince Charles, the Prince of Wales) and Others*[239].

126. También se sabe de varios casos en que los tribunales no han reconocido la inmunidad de los miembros de familia de jefes de Estado, como en la causa *Mobutu v. SA Cotoni*[240]. En 1988, en su decisión sobre este caso, un tribunal civil de Bélgica señaló, en particular, que los hijos del Presidente del Zaire ya habían alcanzado la mayoría de edad y que, por lo tanto, eran personas «distintas de su padre y no pueden en ningún caso beneficiarse de la misma inmunidad que a él le corresponde»[241]. Del mismo modo, en 2001, en la causa *W. v. Prince of Liechtenstein*, el Tribunal Supremo de Austria no reconoció la inmunidad de una hermana y de dos hermanos del jefe de Estado de Liechtenstein, ya que no eran miembros de la familia inmediata del jefe de Estado ni vivían con él y no tenían derecho a la inmunidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario[242].

127. Suscita atención, en primer lugar, que en los dos casos mencionados, en que los tribunales se negaron a reconocer la inmunidad de los miembros de la familia de un jefe de Estado, las decisiones se adoptaron sobre la base de que las personas en cuestión no eran miembros de la familia inmediata del jefe de Estado y no dependían de él. El tribunal podía haber reconocido la inmunidad de esas personas si éstas hubieran sido los familiares más cercanos del jefe de Estado y si hubieran estado viviendo con él. Esto se indica de forma directa en una disposición del fallo del tribunal de Austria mencionada anteriormente. En segundo lugar, en tres de las cinco decisiones judiciales adoptadas, los tribunales señalaron que se concedía inmunidad a los miembros de la familia de un jefe de Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario. En los pocos casos en que la legislación nacional prevé la inmunidad de los jefes de Estado (Australia, Reino Unido), también se prevé la inmunidad de los miembros de la familia del jefe de Estado

---

[236] Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), págs. 680 a 692, art. 12, pág. 685.

[237] *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police, Revue suisse de droit international et européen* (1991), pág. 535. Véase también ILR, vol. 102, pág. 201.

[238] Corte Suprema (Condado de Nueva York), *Kline v. Kaneko*, sentencia de 31 de octubre de 1988, 141 Misc. 2d 787), pág. 788.

[239] Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Norte de Ohio, Sección del Este, 7 de diciembre de 1978, ILR, vol. 81, págs. 605 a 607.

[240] Tribunal Civil de Bruselas (sentencia de embargo), 29 de diciembre de 1988, reproducido en ILR, vol. 91, págs. 259 a 263.

[241] Ibíd.

[242] Tribunal Supremo, sentencia de 14 de febrero de 2001, 7 Ob 316/00x, párr. 11.

que residen con él[243], o de su cónyuge[244]. Cabe recordar también que la inmunidad respecto de la jurisdicción del Estado de acogida de los miembros de la familia de un agente diplomático que residan con él, los miembros de la familia de un funcionario consular que residan con él, los miembros de la familia de un representante de Estado en misión especial y los miembros de la familia del jefe de una representación de Estado ante una organización internacional que residan con él, está contemplada, respectivamente, en el párrafo 1 del artículo 37 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; el párrafo 2 del artículo 53 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963; el párrafo 1 del artículo 39 de la Convención sobre las Misiones Especiales; y el párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal.

128. En la doctrina se expresan diversos puntos de vista. En *Oppenheim's International Law* se observa que la comparación de la condición de un miembro de la familia de un jefe de Estado con la de un miembro de la familia de un funcionario diplomático supone que los miembros de la familia de un jefe de Estado que residen con él gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción del Estado anfitrión[245]. Gully-Hart[246] también reconoce que los miembros de la familia de un jefe de Estado o de un jefe de gobierno gozan de inmunidad. No obstante, en opinión de Watts, se puede otorgar inmunidad a los miembros de la familia inmediata de un jefe de Estado, pero sólo como cortesía y no con arreglo al derecho internacional[247]. Sucharitkul[248] comparte este planteamiento. La opinión de que cuando los miembros de la familia de un jefe de Estado reciben la inmunidad, ésta sólo se otorga como cortesía y no en virtud del derecho internacional, fue confirmada por una resolución del Instituto de Derecho Internacional[249].

129. Se plantea la siguiente pregunta: ¿debe la Comisión analizar el tema de la inmunidad de los miembros de la familia de un jefe de Estado (así como, posiblemente, de otras personas que gozan de inmunidad personal) en el marco del tema que se examina? El Relator Especial tiene dudas al respecto ya que, en sentido estricto, la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de los funcionarios escapa al ámbito del presente tema.

C. Resumen

130. Al resumir el contenido del presente capítulo, se pueden plantear, en particular, las siguientes consideraciones:

a) El presente tema sólo abarca la inmunidad de los funcionarios de un Estado respecto de la jurisdicción nacional (no internacional) penal (no civil ni administrativa) de otro Estado (y no del Estado a cuyo servicio trabaja el funcionario).

b) Se propone que el presente tema abarque a todos los funcionarios del Estado.

c) Se puede tratar de definir el concepto de «funcionario del Estado» a los efectos del presente tema o de determinar el grupo de personas abarcadas por este concepto a los efectos del presente tema.

d) Entre las personalidades de rango elevado que gozan de inmunidad personal en virtud de su cargo figuran, en primer lugar, los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores.

e) Se puede tratar de definir el grupo de personalidades de rango elevado que, además de la tríada antes mencionada, gozan de inmunidad *ratione personae*. Se podrá distinguir a estas personas entre todas las personalidades de rango elevado si se logra definir el criterio o los criterios para determinar la condición especial de esta categoría de funcionarios.

f) Existen dudas respecto de la conveniencia de seguir examinando la cuestión del reconocimiento y la cuestión de la inmunidad de los miembros de la familia de las personalidades de rango elevado en el marco del presente tema.

---

[243] Artículo 20 1) de la Ley británica de inmunidad del Estado de 20 de julio de 1978, ILM, vol. 17, 1978, pág. 1123.

[244] Artículo 36, párr. 1), apdo. *b*, de la Ley de inmunidades de los Estados extranjeros de Australia, de 1985, reproducido en Dickinson, Lindsay y Loonam, *op. cit.*, pág. 483.

[245] Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 1039 y 1040.

[246] «The Function of State and Diplomatic Privileges and Immunities in International Cooperation in Criminal Matters: The Position in Switzerland», pág. 1335.

[247] A este respecto, Watts (*loc. cit.*, págs. 75 a 80 y 110 a 112) hace una distinción entre los miembros de la familia de un jefe de Estado, de un jefe de gobierno y de un ministro de relaciones exteriores, así como entre el estatuto de estas personas, dependiendo de que se encuentren en el Estado anfitrión en visita oficial o en visita privada.

[248] *Anuario… 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 110, párrs. 446 a 450.

[249] Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), págs. 680 a 692, art. 5, pág. 682.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 60.º PERÍODO DE SESIONES

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/587	Programa provisional del 60.º período de sesiones	Mimeografiado. El programa definitivo figura en *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte).
A/CN.4/588	Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo segundo período de sesiones	Mimeografiado.
A/CN.4/589 [y Corr.1]	Cuarto informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados: Procedimiento de suspensión y terminación, del Sr. Ian Brownlie, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/590 y Add.1 a 3	Protección de las personas en casos de desastre. Memorando de la Secretaría	Mimeografiado.
A/CN.4/591	Quinto informe sobre recursos naturales compartidos: acuíferos transfronterizos, del Sr. Chusei Yamada, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/592 y Add.1	Efectos de los conflictos armados en los tratados. Comentarios y observaciones recibidos de las organizaciones internacionales	Ídem.
A/CN.4/593 y Add.1	Responsabilidad de las organizaciones internacionales. Comentarios y observaciones recibidos de las organizaciones internacionales	Ídem.
A/CN.4/594	Cuarto informe sobre la expulsión de los extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/595 y Add.1	Recursos naturales compartidos. Comentarios y observaciones de los gobiernos acerca del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos	Ídem.
A/CN.4/596	Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría	Mimeografiado.
A/CN.4/597	Sexto informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, del Sr. Giorgio Gaja, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/598	Informe preliminar sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/599	La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos	Ídem.
A/CN.4/600	Decimotercer informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/601	Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, del Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/602 y Add.1	Vacantes imprevistas en la Comisión. Nota de la Secretaría	A/CN.4/602 reproducido en el presente volumen. A/CN.4/602/Add.1 mimeografiado.
A/CN.4/603	Tercer informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/L.721	Efectos de los conflictos armados en los tratados. Nota del Presidente del Grupo de Trabajo sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados: Proyecto de artículo 8	Ídem.
A/CN.4/L.722	Recursos naturales compartidos. Nota relativa a un preámbulo del Relator Especial	Mimeografiado.
A/CN.4/L.723 [y Corr.1]	Las reservas a los tratados. Título y texto de los proyectos de directriz aprobados por el Comité de Redacción	Ídem.

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/L.724	Recursos naturales compartidos. El derecho de los acuíferos transfronterizos. Título y textos del preámbulo y los proyectos de artículos 1 a 19 sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura	Ídem.
A/CN.4/L.725 y Add.1	La responsabilidad de las organizaciones internacionales. Título y texto de los artículos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción	Ídem.
A/CN.4/L.726	Efectos de los conflictos armados en los tratados. Informe del Grupo de Trabajo	Ídem.
A/CN.4/L.727/Rev.1 y Add.1	Efectos de los conflictos armados en los tratados. Textos de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente en primera lectura por el Comité de Redacción	Ídem.
A/CN.4/L.728	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 60.º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Ídem. Véase el texto aprobado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 10* (A/63/10). El texto definitivo figura en *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.729	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 60.º período de sesiones)	Ídem.
A/CN.4/L.730	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.731 y Add.1 y 2	Ídem: capítulo IV (Recursos naturales compartidos)	Ídem.
A/CN.4/L.732 y Add.1 y 2	Ídem: capítulo V (Efectos de los conflictos armados en los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.733 [y Corr.1] y Add.1 a 5	Ídem: capítulo VI (Las reservas a los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.734/Rev.1 y L.734/Add.1 y 2	Ídem: capítulo VII (Responsabilidad de las organizaciones internacionales)	Ídem.
A/CN.4/L.735 y Add.1	Ídem: capítulo VIII (Expulsión de extranjeros)	Ídem.
A/CN.4/L.736	Ídem: capítulo IX (Protección de las personas en casos de desastre)	Ídem.
A/CN.4/L.737 y Add.1	Ídem: capítulo X (Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado)	Ídem.
A/CN.4/L.738 y Add.1	Ídem: capítulo XI (La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*))	Ídem.
A/CN.4/L.739	Las reservas a los tratados. Textos de los proyectos de directrices 2.6.5, 2.6.11, 2.6.12 y 2.8 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción el 5 de junio de 2008	Mimeografiado.
A/CN.4/L.740	Ídem. Texto de los proyectos de directrices 2.8.1, 2.8.2, 2.8.3, 2.8.4, 2.8.5, 2.8.6, 2.8.7, 2.8.8, 2.8.9, 2.8.10, 2.8.11 y 2.8.12 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción los días 7, 8, 9, 10, 16 y 22 de julio de 2008	Ídem.
A/CN.4/L.741	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 60.º período de sesiones: capítulo XII (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem. Véase el texto aprobado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 10* (A/63/10). El texto definitivo figura en *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.742	Informe del Grupo de Planificación	Mimeografiado.
A/CN.4/SR.2956-A/CN.4/SR.2997	Actas resumidas provisionales de la sesiones 2956.ª a 2997.ª	Ídem. El texto definitivo figura en *Anuario… 2008*, vol. I.

United Nations publication
Sales No. S.13.V.3
ISSN 0497-9885

ISBN 978-92-1-333450-8

Printed at United Nations, Geneva – GE.13-64673 – July 2014 – 122