

ANUARIO  
DE LA  
COMISIÓN  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL

2009

*Volumen II*  
*Primera parte*

*Documentos del sexagésimo  
primer período de sesiones*

---

NACIONES UNIDAS



ANUARIO  
DE LA  
COMISIÓN  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL

2009

*Volumen II*  
*Primera parte*

*Documentos del sexagésimo  
primer período de sesiones*



## ADVERTENCIA

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

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario...*, seguido del año de que se trate (por ejemplo *Anuario... 2008*).

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 61.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/2009/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

*Número de venta:* S.14.V.11  
ISBN: 978-92-1-333454-6  
e-ISBN: 978-92-1-057130-2

ISSN 0497-9885

## ÍNDICE

|   | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| Abreviaturas y siglas.....  | iv            |
| Nota referida a las citas.....  | v             |
| <b>Vacantes imprevistas en la Comisión</b> (artículo 11 del estatuto) (tema 2 del programa)   |               |
| <i>Documento A/CN.4/613</i> . Nota de la Secretaría.....  | 1             |
| <b>Reservas a los tratados</b> (tema 3 del programa)  |               |
| <i>Documento A/CN.4/614 y Add.1 y 2</i> . Decimocuarto informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial.....   | 3             |
| <i>Documento A/CN.4/616</i> . Las reservas a los tratados en el contexto de la sucesión de Estados: Memorando de la Secretaría.....   | 61            |
| <b>Responsabilidad de las organizaciones internacionales</b> (tema 4 del programa)  |               |
| <i>Documento A/CN.4/610</i> . Séptimo informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, del Sr. Giorgio Gaja, Relator Especial .....  | 77            |
| <i>Documento A/CN.4/609</i> . Comentarios y observaciones recibidos de las organizaciones internacionales.....  | 103           |
| <b>Recursos naturales compartidos</b> (tema 5 del programa)   |               |
| <i>Documento A/CN.4/608</i> . Documento sobre recursos naturales compartidos: el petróleo y el gas, del Sr. Chusei Yamada, Relator Especial .....   | 109           |
| <i>Documento A/CN.4/607 y Add.1</i> . Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos ...  | 113           |
| <b>Expulsión de extranjeros</b> (tema 6 del programa)   |               |
| <i>Documento A/CN.4/611</i> . Quinto informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial.....  | 137           |
| <i>Documento A/CN.4/604</i> . Observaciones e información recibidas de los gobiernos.....   | 169           |
| <i>Documento A/CN.4/617</i> . Proyectos de artículos sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, reordenados por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial ..... | 179           |
| <i>Documento A/CN.4/618</i> . Nuevo proyecto de plan de trabajo, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial .....  | 183           |
| <b>La obligación de extraditar o juzgar</b> ( <i>aut dedere aut judicare</i> ) (tema 7 del programa)  |               |
| <i>Documento A/CN.4/612</i> . Información y observaciones recibidas de los gobiernos .....  | 185           |
| <b>Protección de las personas en casos de desastre</b> (tema 8 del programa)  |               |
| <i>Documento A/CN.4/615</i> . Segundo informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial.....  | 199           |
| <b>Lista de documentos del 61.º período de sesiones</b> .....   | 215           |

## ABREVIATURAS Y SIGLAS

|               |  |
|---------------|--|
| ACNUR         | Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados                    |
| ASEAN         | Asociación de Naciones de Asia Sudoriental                                     |
| 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  |
| OCAH          | Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios, de las Naciones Unidas        |
| OCDE          | Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos                            |
| OEА           | Organización de los Estados Americanos   |
| OIEA          | Organismo Internacional de Energía Atómica                                     |
| OIM           | Organización Internacional para las Migraciones                                |
| OIPC-Interpol | Organización Internacional de Policía Criminal                                 |
| OIT           | Organización Internacional del Trabajo   |
| OMC           | Organización Mundial del Comercio  |
| OMI           | Organización Marítima Internacional  |
| OMS           | Organización Mundial de la Salud   |
| OTAN          | Organización del Tratado del Atlántico Norte                                   |
| OUA           | Organización de la Unidad Africana   |
| UE            | Unión Europea  |
| UNCTAD        | Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo                 |
| UNESCO        | Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura |
| UPU           | Unión Postal Universal   |

\*

\*   \*

|                                   |   |
|-----------------------------------|---|
| <i>C.I.J. Mémoires</i>            | CIJ, <i>Mémoires, plaidoiries et documents</i>  |
| <i>C.I.J. Recueil</i>             | CIJ, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>  |
| <i>C.I.J. Resúmenes 1948-1991</i> | <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5)              |
| <i>C.I.J. Resúmenes 1992-1996</i> | <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7)              |
| <i>C.I.J. Resúmenes 1997-2002</i> | <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1997-2002</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.03.V.12)             |
| <i>C.P.J.I. série A</i>           | CPJI, <i>Recueil des arrêts</i> (n.ºs 1 a 24, hasta 1930 inclusive)   |
| <i>C.P.J.I. série A/B</i>         | CPJI, <i>Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i> (n.ºs 40 a 80, a partir de 1931)  |
| <i>C.P.J.I. série B</i>           | CPJI, <i>Recueil des avis consultatifs</i> (n.ºs 1 a 18, hasta 1930 inclusive)  |
| <i>C.P.J.I. série C</i>           | CPJI, <i>Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour</i> (hasta 1930 inclusive); <i>Plaidoiries, exposés oraux et documents</i> (n.ºs 52 a 88, a partir de 1931) |

|       |   |
|-------|---|
| AFDI  | <i>Annuaire français de droit international</i> (París)         |
| AJIL  | <i>American Journal of International Law</i> (Washington D. C.) |
| BYBIL | <i>The British Year Book of International Law</i> (Londres)     |
| RSA   | Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i>        |

\*

\*   \*

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/](http://www.un.org/law/ilc/)



**VACANTES IMPREVISTAS EN LA COMISIÓN  
(ARTÍCULO 11 DEL ESTATUTO)**

[Tema 2 del programa]

**DOCUMENTO A/CN.4/613**

**Nota de la Secretaría**

*[Original: inglés]  
[1.º de abril de 2009]*

1. A raíz de la renuncia del Sr. Chusei Yamada, por carta de 25 de marzo de 2009, 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 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/614 y Add.1 y 2

## Decimocuarto informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial

[Original: francés]  
[2 de abril, 22 de mayo y 7 de agosto de 2009]

### ÍNDICE

|  |                 | <i>Página</i> |
|--|-----------------|---------------|
| Instrumentos multilaterales citados en el presente informe .....   |                 | 4             |
| Obras citadas en el presente informe .....   |                 | 6             |
|  | <i>Párrafos</i> |               |
| INTRODUCCIÓN .....   | 1-66            | 7             |
| A. Décimo informe sobre las reservas a los tratados y sus resultados .....   | 2-14            | 7             |
| 1. Fin del examen del décimo informe por la Comisión .....   | 2-8             | 7             |
| 2. Examen del capítulo VIII del informe de la CDI de 2006 por la Sexta Comisión .....                                      | 9-14            | 8             |
| B. Informes undécimo y decimosegundo sobre las reservas y sus resultados .....   | 15-33           | 9             |
| 1. Examen de los informes undécimo y decimosegundo por la Comisión .....   | 15-24           | 9             |
| 2. Examen del capítulo IV del informe de la CDI de 2007 por la Sexta Comisión .....  | 25-33           | 10            |
| C. Decimotercer informe sobre las reservas y sus resultados .....  | 34-46           | 11            |
| 1. Examen del decimotercer informe por la Comisión .....   | 34-40           | 11            |
| 2. Examen del capítulo VI del informe de la CDI de 2008 por la Sexta Comisión .....  | 41-46           | 12            |
| D. Últimas novedades en relación con las reservas y declaraciones interpretativas .....                                    | 47-64           | 14            |
| E. Plan del decimocuarto informe sobre las reservas a los tratados .....   | 65-66           | 17            |
| <i>Capítulo</i>  |                 |               |
| I. PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA FORMULACIÓN DE LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS ( <i>continuación y conclusión</i> ) ..... | 67-79           | 17            |
| II. VALIDEZ DE LAS RESERVAS Y LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS ( <i>continuación y conclusión</i> ) .....                 | 80-178          | 20            |
| A. Validez de las reservas (recordatorio) .....  | 85-93           | 21            |
| B. Validez de las reacciones a las reservas .....  | 94-127          | 22            |
| 1. Validez de las objeciones .....   | 96-120          | 22            |
| 2. Validez de las aceptaciones .....   | 121-126         | 27            |
| 3. Conclusiones sobre las reacciones a las reservas .....  | 127             | 27            |
| C. Validez de las declaraciones interpretativas .....  | 128-150         | 28            |
| D. Validez de las reacciones a las declaraciones interpretativas (aprobación, oposición, recalificación) .....             | 151             | 31            |
| 1. Validez de las aprobaciones .....   | 152-155         | 31            |
| 2. Validez de las oposiciones .....  | 156-158         | 32            |
| 3. Validez de las recalificaciones .....   | 159-163         | 32            |
| 4. Conclusiones sobre las reacciones a las declaraciones interpretativas .....   | 164-165         | 33            |
| E. Validez de las declaraciones interpretativas condicionales .....  | 166-178         | 33            |
| III. LOS EFECTOS DE LAS RESERVAS Y LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS .....   | 179-290         | 35            |
| A. Los efectos de las reservas, las aceptaciones y las objeciones .....  | 183             | 36            |
| 1. Las normas de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 .....  | 183-196         | 36            |
| 2. Las reservas válidas .....  | 197             | 38            |

|   | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|---|-----------------|---------------|
| a) Las reservas efectivas.....  | 198-290         | 38            |
| i) La «efectividad» de una reserva.....   | 199-236         | 39            |
| a. La norma general.....  | 199-206         | 39            |
| b. Las situaciones particulares.....  | 207             | 40            |
| i. Las reservas expresamente autorizadas.....   | 208-222         | 40            |
| ii. Las reservas a los tratados «de participación reducida».....                        | 223-233         | 43            |
| iii. Las reservas a un instrumento constitutivo de una organización internacional.....  | 234-236         | 45            |
| ii) Efectos de las reservas efectivas.....  | 237-290         | 45            |
| a. Entrada en vigor del tratado y estatuto del autor de la reserva.....                 | 239-252         | 45            |
| b. Efecto de una reserva efectiva en el contenido de las relaciones convencionales..... | 253-290         | 48            |
| <i>Anexo.</i> Reunión con los órganos de derechos humanos, 15 y 16 de mayo de 2007..... | 1-37            | 56            |

### Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

|   | <i>Fuente</i>   |
|---|---|
| Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad (La Haya, 12 de abril de 1930)  | Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol. CLXXIX, n.º 4137, pág. 89.  |
| Acta General revisada para el arreglo pacífico de las controversias internacionales (Nueva York, 28 de abril de 1949)   | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 71, n.º 912, pág. 101.   |
| Convención sobre la circulación vial (Ginebra, 19 de septiembre de 1949)  | Ibíd., vol. 125, n.º 1671, pág. 23.   |
| Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)                                     | Ibíd., Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 243, 10 de octubre de 1979.    |
| Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (n.º 102) (Ginebra, 4 de junio de 1952)   | OIT, <i>Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984</i> , Ginebra, OIT, 1985, pág. 867.   |
| Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo (Nueva York, 4 de junio de 1954)   | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 276, n.º 3992, pág. 230.   |
| Protocolo Adicional a la Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo, relativo a la importación de documentos y de material de propaganda turística (Nueva York, 4 de junio de 1954) | Ibíd., pág. 284.  |
| Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero (Nueva York, 20 de junio de 1956)   | Ibíd., vol. 268, n.º 3850, pág. 63.   |
| Convenio europeo para el arreglo pacífico de las controversias (Estrasburgo, 29 de abril de 1957)   | Ibíd., vol. 320, n.º 4646, pág. 243.  |
| Convenio Europeo de Extradición (París, 13 de diciembre de 1957)  | Ibíd., vol. 359, n.º 5146, pág. 273. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> 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.  |
| Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958)   | Ibíd., vol. 330, n.º 4739, pág. 60.   |
| 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. 261.  |
| Código Europeo de la Previsión Social (Estrasburgo, 16 de abril de 1964)  | Ibíd., vol. 648, n.º 9281, pág. 235. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 65, 17 de marzo de 1995, pág. 8503 y n.º 110, 9 de mayo de 1995, pág. 13323. |
| Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)  | Ibíd., vol. 660, n.º 9464, pág. 195.  |

## Fuente

|  |  |
|--|--|
| 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.  |
| 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.   |
| Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (n.º 128) (Ginebra, 29 de junio de 1967)  | OIT, <i>Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984</i> , Ginebra, OIT, 1985, pág. 1280.   |
| Convención sobre la señalización vial (Viena, 8 de noviembre de 1968)  | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1091, n.º 16743, pág. 263.  |
| Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)   | Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.   |
| Convención Americana sobre Derechos Humanos — «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)  | Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.   |
| Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)  | Ibíd., vol. 1400, n.º 23431, pág. 297.   |
| Acuerdo sobre el transporte internacional de productos alimentarios perecederos y sobre la utilización de equipo especial para su transporte (ATP) (con anexos) (Ginebra, 1.º de septiembre de 1970) | Ibíd., vol. 1028, n.º 15121, pág. 121. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 280, 22 de enero de 1976, pág. 23192.   |
| Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (Viena, 21 de febrero de 1971)  | Ibíd., vol. 1019, n.º 14956, pág. 175.   |
| 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. 13.  |
| 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 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 sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)   | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1577, n.º 27531, pág. 3.  |
| Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias (Estrasburgo, 5 de noviembre de 1992)   | Ibíd., vol. 2044, n.º 35358, pág. 575. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 222, 15 de septiembre de 2001, pág. 34733.  |
| Convenio marco para la protección de las minorías nacionales (Estrasburgo, 1.º de febrero de 1995)   | Ibíd., vol. 2151, n.º 37548, pág. 243. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 20, 23 de enero de 1998, pág. 2310.   |
| Carta Social Europea (revisada) (Estrasburgo, 3 de mayo de 1996)   | Consejo de Europa, <i>Série des traités européens</i> , n.º 163. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 153, 26 de junio de 1980, pág. 14553 y n.º 192, 11 de agosto de 1980, pág. 19054. |
| Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 15 de diciembre de 1997)   | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2149, n.º 37517, pág. 318.  |
| Estaduto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)   | Ibíd., vol. 2187, n.º 38544, pág. 308.   |
| 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 Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)   | Ibíd., vol. 2349, n.º 42146, pág. 41.  |

## Obras citadas en el presente informe

- ANZILOTTI, Dionisio  
*Corso di diritto internazionale*, 4.ª ed., Padua, CEDAM, 1955.
- AUST, Anthony  
*Modern Treaty Law and Practice*, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- BARATTA, Roberto  
*Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milán, Giuffrè, 1999.
- BOWETT, Derek William  
 «Reservations to non-restricted multilateral treaties», *BYBIL* 1976–1977, vol. 48, págs. 67 a 92.
- COCCIA, Massimo  
 «Reservations to multilateral treaties on human rights», *California Western International Law Journal*, vol. 15 (1985), págs. 1 a 51.
- COMBACAU, Jean y Serge SUR  
*Droit international public*, 8.ª ed., París, Montchrestien, 2008.
- DE CESARI, Patrizia  
 «Riserve, dichiarazioni e facoltà nelle convenzioni dell’Aja di diritto internazionale privato», *Comunicazioni e Studi*, vol. 22 (2002), págs. 149 a 174.
- FITZMAURICE, Gerald  
*The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, Grotius, 1986.
- GAJA, Giorgio  
 «Unruly treaty reservations», *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, vol. I, págs. 307 a 330.  
 «Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili», *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2008, vol. I, págs. 349 a 361.
- GORMLEY, W. Paul  
 «The modification of multilateral conventions by means of ‘negotiated reservations’ and other ‘alternatives’: a comparative study of the ILO and Council of Europe—part one», *Fordham Law Review*, vol. XXXIX, 1970–1971, págs. 59 a 80.
- GREIG, D.W.  
 «Reservations: equity as a balancing factor?», *Australian Year Book of International Law* 1995, vol. 16, págs. 21 a 172.
- HEYMANN, Monika  
*Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen*, Berlín, Duncker & Humblot, 2005.
- HORN, Frank  
*Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, La Haya, T.M.C. Asser Instituut, 1988.
- HYLTON, Daniel N.  
 «Default breakdown: the Vienna Convention on the Law of Treaties’ inadequate framework on reservations», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 27 (1994), págs. 419 a 451.
- IMBERT, Pierre-Henri  
 «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord», *AFDI*, vol. 24 (1978), págs. 29 a 58.  
*Les réserves aux traités multilatéraux. Evolution du droit et de la pratique depuis l’avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*, París, Pedone, 1979.
- «À l’occasion de l’entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l’exercice de ses fonctions de dépositaire», *AFDI*, vol. 26 (1980), págs. 524 a 541.
- KELSEN, Hans  
*Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- KOH, Jean Kyongun  
 «Reservations to multilateral treaties: How international legal doctrine reflects world vision», *Harvard International Law Journal*, vol. 23 (1982), págs. 71 a 116.
- MAJOROS, Ferenc  
 «Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye», *Journal du droit international*, vol. 101 (1974), págs. 73 a 109.
- 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.
- NGUYEN QUOC Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET  
*Droit international public*, 7.ª ed., París, LGDJ, 2002.
- PARISI, Francesco y Catherine ŠEVČENKO  
 «Treaty reservations and the economics of article 21 (1) of the Vienna Convention», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21 (2003), págs. 1 a 26.
- PELLET, Alain  
 «Article 19», 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. 641 a 788.
- REDGWELL, Catherine  
 «Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», *BYBIL* 1993, vol. 64, págs. 245 a 282.
- RIQUELME CORTADO, Rosa  
*Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, Murcia, Universidad de Murcia, 2004.
- ROUSSEAU, Charles  
*Droit international public, vol. I: Introduction et sources*, París, Sirey, 1970.
- SAPIENZA, Rosario  
*Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, Milán, Giuffrè, 1996.
- SCHERMERS, Henri G.  
 «The suitability of reservations to multilateral treaties», *Netherlands International Law Review*, vol. VI (1959), págs. 350 a 361.
- SIMMA, Bruno  
*Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge*, Berlín, Duncker & Humblot, 1972.
- SINCLAIR, Ian  
*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2.ª ed., Manchester, Manchester University Press, 1984.

SUCHARIPA-BEHRMANN, Lilly

«The legal effects of reservations to multilateral treaties», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 1 (1996), págs. 67 a 88.

SZAFARZ, Renata

«Reservations to multilateral treaties», *Annuaire polonais de droit international* (Breslavia), vol. 3 (1970), págs. 293 a 316.

SZTUCKI, Jerzy

«Some questions arising from reservations to the Vienna Convention on the Law of Treaties», *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), págs. 277 a 305.

TOMUSCHAT, Christian

«Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27 (1967), p. 466.

VIRALLY, Michel

«Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1967-III*, t. 122, Leiden, Sijthoff, págs. 1 a 105.

WALDOCK, Humphrey

«General course on public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1962-II*, t. 106, Leiden, Sijthoff, págs. 1 a 251.

## Introducción

1. El undécimo informe sobre las reservas a los tratados (*Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574), presentado en el 58.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, en 2006, contenía un breve resumen de los trabajos de la Comisión sobre el tema (párrs. 1 a 43). Retomando esa tradición, considerada útil por los miembros de la Comisión, el informe de 2009 describe brevemente las conclusiones que se desprenden del fin del examen del décimo informe, correspondiente a 2006, y del examen de los informes undécimo, decimosegundo (*Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/584) y decimotercero, correspondientes a 2007 y 2008, efectuados por la CDI y la Sexta Comisión de la Asamblea General. Estos tres últimos informes constituyen en realidad una única entidad y se refieren al procedimiento de formulación de las reacciones a las reservas (aceptación y objeción) y a las declaraciones interpretativas (aprobación, oposición, recalificación y silencio)<sup>1</sup>. Este resumen se completa con una exposición de las principales novedades que se han producido en los últimos años con respecto a las reservas de las que tiene conocimiento el Relator Especial.

### A. Décimo informe sobre las reservas a los tratados y sus resultados

1. FIN DEL EXAMEN DEL DÉCIMO INFORME POR LA COMISIÓN

2. En su 58.º período de sesiones, en 2006, la Comisión terminó de examinar la segunda parte del décimo informe sobre las reservas a los tratados<sup>2</sup>, que, por falta de tiempo, no había podido ser discutido en profundidad en el período de sesiones precedente<sup>3</sup>. Esa parte del décimo informe, que se dedicó enteramente a la cuestión de la validez de las reservas, se refería al concepto de objeto y fin del tratado, la competencia para apreciar la validez de las reservas y las consecuencias de la falta de validez de una reserva. La Comisión también examinó una nota elaborada por el Relator Especial sobre el proyecto de directriz 3.1.5 (Definición del objeto y el fin del tratado)<sup>4</sup> en la

<sup>1</sup> Véase el decimotercer informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/600, párr. 7.

<sup>2</sup> *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/558 y Add.1 y 2.

<sup>3</sup> Véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), pág. 69, párr. 345. Véase también *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, párr. 28.

<sup>4</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/572.

que proponía dos formulaciones alternativas teniendo en cuenta la discusión preliminar que había tenido lugar en el 57.º período de sesiones, en 2005<sup>5</sup>.

3. En lo que respecta a la definición del objeto y el fin de un tratado, el debate fue fructífero y enriquecedor<sup>6</sup>. La idea de incluir una definición fue acogida favorablemente, aunque los términos de tal definición suscitaron preguntas y dudas. Pese a ello, la Comisión y el Relator Especial consideraron que las tres propuestas alternativas para la directriz 3.1.5 servían de base para una posible definición, en la inteligencia de que cierta subjetividad era inherente a ese concepto.

4. Las directrices 3.1.7 a 3.1.13, que ofrecen ejemplos concretos de reservas incompatibles con el objeto y fin de un tratado, obtuvieron la aprobación general de los miembros de la Comisión y también se estimó pertinente el planteamiento pragmático en que se basaban.

5. Asimismo, la Comisión valoró positivamente las directrices 3.2 y 3.2.1 a 3.2.4, relativas a la competencia para apreciar la validez de las reservas, incluida la de los órganos de solución de controversias y los órganos de vigilancia de la aplicación de un tratado<sup>7</sup>.

6. En cuanto a las consecuencias de la falta de validez de una reserva, la Comisión remitió las directrices 3.3 y 3.3.1 al Comité de Redacción, precisando que no procedía distinguir entre los diversos tipos de falta de validez del artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969) y 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) y que la falta de validez solo entra en juego en el ámbito limitado del derecho de los tratados y no desencadena la responsabilidad internacional del autor de la reserva. No obstante, la Comisión estimó oportuno aplazar el examen de las directrices 3.3.2 a 3.3.4 hasta que la Comisión examinara el efecto de las reservas, de las objeciones a las reservas y de la aceptación de las reservas<sup>8</sup>. El Relator Especial se mostró de acuerdo con esa posición<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Véase *Anuario... 2005*, vol. I, sesiones 2856.<sup>a</sup>, 2857.<sup>a</sup> y 2858.<sup>a</sup>, págs. 189 y ss.

<sup>6</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 144.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, párrs. 130 a 136 y 153 a 155.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, párr. 139.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, párr. 157.

7. La Comisión decidió remitir al Comité de Redacción las directrices 3.1.5 a 3.1.13, 3.2, 3.2.1 a 3.2.4, 3.3 y 3.3.1<sup>10</sup>.

8. Asimismo, la Comisión aprobó siete directrices<sup>11</sup> y sus comentarios, que habían sido remitidos al Comité de Redacción en el período de sesiones precedente<sup>12</sup>.

## 2. EXAMEN DEL CAPÍTULO VIII DEL INFORME DE LA CDI DE 2006 POR LA SEXTA COMISIÓN

9. El capítulo VIII del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones<sup>13</sup> versa sobre las reservas a los tratados. Según la práctica habitual, en el capítulo II figura un breve resumen<sup>14</sup> y en el capítulo III se enumeran las «Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión». Con la perspectiva de la reunión que estaba previsto celebrar con los expertos en materia de derechos humanos para abordar las cuestiones relativas a las reservas, la Comisión manifestó su deseo de recibir las opiniones de los gobiernos sobre las modificaciones que considerasen necesario o útil introducir en las «Conclusiones preliminares» de 1997<sup>15</sup>.

10. La idea de intercambiar opiniones con los expertos en materia de derechos humanos, incluidos los órganos de vigilancia, obtuvo amplio apoyo en la Sexta Comisión<sup>16</sup>. Se afirmó que era poco deseable establecer un régimen específico sobre las reservas a los tratados de derechos humanos<sup>17</sup>. Otras delegaciones manifestaron su deseo de que la CDI revisara las Conclusiones preliminares, especialmente en lo que respecta a las funciones, las atribuciones y las facultades de los órganos de vigilancia. Según algunas delegaciones, las opiniones expresadas reiteradamente por esos órganos en cuanto a la validez de una determinada categoría de reservas podrían llegar a sentar precedente<sup>18</sup>.

<sup>10</sup> *Ibid.*, párr. 103.

<sup>11</sup> Directrices 3.1 (Validez material de una reserva), 3.1.1 (Reservas expresamente prohibidas por el tratado), 3.1.2 (Definición de determinadas reservas), 3.1.3 (Validez de las reservas que no estén prohibidas por el tratado) y 3.1.4 (Validez de determinadas reservas). Además, la Comisión aprobó con carácter provisional las directrices 1.6 (Alcance de las definiciones) y 2.1.8 [2.1.7 *bis*] (Procedimiento en caso de reservas manifiestamente inválidas). Para el texto de los comentarios de estas directrices, véase *ibid.*, párr. 159.

<sup>12</sup> *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 69, párr. 345. Véase también *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, párr. 30.

<sup>13</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 92 a 159.

<sup>14</sup> *Ibid.*, párr. 17.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 29. Para las Conclusiones preliminares, véase *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 57 y 58, párr. 157.

<sup>16</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, Suecia (en nombre de los países nórdicos), 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 44; Austria, *ibid.*, párr. 48; los Países Bajos, *ibid.*, párr. 57; Portugal, *ibid.*, párr. 83; el Japón, *ibid.*, párr. 87; Chile, 19.ª sesión (A/C.6/61/SR.19), párr. 6, y Nueva Zelandia, *ibid.*, párr. 11. Véase, no obstante, el Reino Unido, *ibid.*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 91.

<sup>17</sup> Suecia (en nombre de los países nórdicos), *ibid.*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 46; Bélgica, *ibid.*, párr. 69, y Rumania, 19.ª sesión (A/C.6/61/SR.19), párr. 61.

<sup>18</sup> Los Países Bajos, *ibid.*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 57. Véase, no obstante, el Canadá, *ibid.*, párr. 58.

11. En general, la labor del Relator Especial fue acogida favorablemente<sup>19</sup>. No obstante, hay quien opinó que los trabajos de la Comisión y de su Relator Especial son demasiado progresistas en relación con la práctica que actualmente siguen los Estados y podrían dar lugar a una modificación del régimen de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986<sup>20</sup>.

12. Varias delegaciones estimaron que la cuestión de la compatibilidad de las reservas con el objeto y el fin del tratado constituye el aspecto más importante del tema<sup>21</sup>. Sin embargo, se afirmó que la definición propuesta, demasiado laxa, apenas contribuía a esclarecer el alcance del concepto<sup>22</sup>. Según otro punto de vista, la definición del objeto y el fin del tratado es necesaria<sup>23</sup> pero debe ser lo suficientemente amplia para ser aplicable a todos los casos y conforme a las reglas de interpretación de los tratados<sup>24</sup>. Por lo demás, pocas delegaciones comentaron las directrices 3.1.7 a 3.1.13, destinadas a ofrecer ejemplos más concretos de reservas incompatibles con el objeto y el fin de un tratado<sup>25</sup>.

13. En cuanto a las directrices relativas a la competencia para apreciar la validez de las reservas, algunas delegaciones manifestaron que, si bien su lógica general merece una valoración positiva<sup>26</sup>, tales directrices carecían de coherencia<sup>27</sup>. Se recordó que la competencia de los órganos de vigilancia solo puede emanar de las atribuciones que les son conferidas por el propio tratado que los establece<sup>28</sup>. Algunos Estados expresaron dudas acerca de la competencia de los órganos de vigilancia en la materia y afirmaron que no les correspondía evaluar la validez de las reservas<sup>29</sup>. Según una opinión, solo los Estados partes de que se trate poseen tal competencia<sup>30</sup>. Asimismo, se propuso proceder con más cautela en cuanto a las

<sup>19</sup> El Japón, *ibid.*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 86; Alemania, *ibid.*, párr. 88; la Federación de Rusia, 18.ª sesión (A/C.6/61/SR.18), párr. 72, y Nueva Zelandia, 19.ª sesión (A/C.6/61/SR.19), párr. 11.

<sup>20</sup> Portugal, *ibid.*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párrs. 76 y 78.

<sup>21</sup> Suecia (en nombre de los países nórdicos), *ibid.*, párr. 42.

<sup>22</sup> Suecia (en nombre de los países nórdicos), *ibid.*; los Países Bajos, *ibid.*, párr. 55; el Reino Unido, *ibid.*, párr. 92, e Israel, 17.ª sesión (A/C.6/61/SR.17), párr. 16.

<sup>23</sup> España, *ibid.*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 73.

<sup>24</sup> México, *ibid.*, párr. 47.

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, el Reino Unido, *ibid.*, párr. 92.

<sup>26</sup> España, *ibid.*, párr. 74, y Rumania, 19.ª sesión (A/C.6/61/SR.19), párr. 61.

<sup>27</sup> Austria, *ibid.*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párrs. 51 a 53; España, *ibid.*, párr. 74, e Israel, 17.ª sesión (A/C.6/61/SR.17), párr. 20.

<sup>28</sup> Francia, *ibid.*, 17.ª sesión (A/C.6/61/SR.17), párr. 2; los Estados Unidos, *ibid.*, párr. 8, e Israel, *ibid.*, párrs. 17 a 19. Si bien el Relator Especial no desea polemizar con los Estados que han mantenido este punto de vista, quiere manifestar con la mayor claridad que se le atribuyen implícitamente intenciones que no tiene y que nunca ha considerado que las competencias de esos órganos en materia de reservas pudieran basarse en ningún fundamento jurídico que no fuera el tratado por el que se establecen tales órganos (véase *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/558 y Add.1 y 2, págs. 196, párrs. 169 a 171; *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/477 y Add.1, págs. 79 y 84, párrs. 209 y 234, respectivamente; y *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 111).

<sup>29</sup> China, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 63. Véase también la Federación de Rusia, *ibid.*, 18.ª sesión (A/C.6/61/SR.18), párr. 73, o Australia, 19.ª sesión (A/C.6/61/SR.19), párr. 17.

<sup>30</sup> Etiopía, *ibid.*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 94.

atribuciones del depositario y su función en lo que respecta a las reservas manifiestamente inválidas<sup>31</sup>, sobre todo debido a la indeterminación del concepto de objeto y fin del tratado.

14. Por lo que se refiere a las consecuencias de la invalidez de una reserva, se manifestó que se trata de una cuestión esencial del estudio<sup>32</sup>. Según algunas delegaciones, una reserva de esa naturaleza debe considerarse nula y carente de validez<sup>33</sup>, aunque se observó que debían precisarse las consecuencias concretas de esa nulidad<sup>34</sup>. Se expresaron dudas sobre la oportunidad de la directriz 3.3.4 relativa a la aceptación unánime de una reserva inválida<sup>35</sup>.

## B. Informes undécimo y decimosegundo sobre las reservas y sus resultados

### 1. EXAMEN DE LOS INFORMES UNDÉCIMO Y DECIMOSEGUNDO POR LA COMISIÓN

15. Aunque el undécimo informe sobre las reservas a los tratados se presentó en el 58.º período de sesiones, en 2006, la Comisión decidió examinarlo en su 59.º período de sesiones, por falta de tiempo<sup>36</sup>. Por consiguiente, la Comisión examinó en 2007 los informes undécimo y decimosegundo, el último de los cuales en realidad constituye una suerte de segunda parte del undécimo informe, del que es continuación.

16. En lo que atañe a las directrices relativas a la formulación de objeciones y el retiro y la modificación de objeciones propuestas en el undécimo informe, la mayoría de ellas fueron aprobadas sin oposición por la Comisión<sup>37</sup>.

17. No obstante, surgieron divergencias importantes entre los miembros de la Comisión en cuanto al autor de una objeción (directriz 2.6.5) y, especialmente, con respecto a si los Estados o las organizaciones internacionales que están facultados para llegar a ser partes en el tratado también pueden formular objeciones. Según una opinión, esos Estados y organizaciones internacionales no tienen los mismos derechos que los Estados y organizaciones internacionales contratantes, por lo que no pueden formular objeciones en el sentido estricto de este término. Por consiguiente, las declaraciones formuladas por los Estados y organizaciones internacionales que hasta ese momento simplemente están facultados para llegar a ser partes en el tratado no deben calificarse de objeciones. Según esa misma opinión, abrir tal posibilidad podría crear un problema práctico ya que,

en el caso de los tratados abiertos, quienes fueran partes en ellos podrían no tener conocimiento de ciertas objeciones.

18. En cualquier caso, según el punto de vista mayoritario, lo dispuesto en el artículo 20, párr. 4, apdo. *b* y párr. 5, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no solo no excluye sino que por el contrario sugiere que los Estados y organizaciones internacionales que están facultados para llegar a ser partes en el tratado pueden formular objeciones. En el artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena, relativo a los efectos de la objeción sobre la aplicación del tratado cuando el autor de la objeción no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, no figura ninguna limitación en cuanto a la calidad de los posibles autores de una objeción. Además, como indica claramente el artículo 23, párr. 1, de la Convención de Viena de 1986, las reservas, así como las aceptaciones expresas y las objeciones, deben comunicarse no solo a los Estados y organizaciones contratantes sino también a «los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado». Tal notificación solo tiene sentido si esos otros Estados y organizaciones internacionales pueden efectivamente reaccionar frente a la reserva mediante una aceptación expresa o una objeción. Por último, la Comisión estimó que esta posición es la única compatible con la letra y el espíritu de la directriz 2.6.1, que define las objeciones a las reservas atendiendo no a los efectos que producen sino a los que los Estados u organizaciones internacionales autores de la objeción *se proponen* que tengan.

19. También se expresaron críticas en cuanto a la posibilidad de formular objeciones preventivas o tardías (directrices 2.6.14 y 2.6.15). Según un punto de vista, estas objeciones no producen los efectos de una objeción propiamente dicha. Por consiguiente, debería utilizarse otra terminología para designar estos fenómenos que aparecen efectivamente en la práctica de los Estados.

20. Las directrices relativas al procedimiento apenas suscitaron dificultades y fueron apoyadas por los miembros de la Comisión<sup>38</sup>. Fueron particularmente bien acogidas la introducción de una directriz sobre la motivación de las objeciones y la propuesta del Relator Especial de presentar un proyecto de directriz equivalente sobre las reservas<sup>39</sup>.

21. En cuanto a las directrices relativas a la aceptación de las reservas, suscitaron escasas críticas que, a menudo, se referían meramente al lenguaje o a la traducción de las directrices a idiomas distintos del francés<sup>40</sup>.

22. La Comisión decidió remitir las directrices 2.6.3 a 2.6.6, 2.6.7 a 2.6.15, 2.7.1 a 2.7.9, 2.8 y 2.8.1 a 2.8.12 al Comité de Redacción. Además, se pidió al Comité de Redacción que revisara el tenor de la directriz 2.1.6<sup>41</sup>.

<sup>31</sup> Etiopía, *ibíd.*; el Canadá, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 60; España, *ibíd.*, párr. 72; el Reino Unido, *ibíd.*, párr. 93; Sudáfrica, *ibíd.*, párr. 96; Francia, 17.ª sesión (A/C.6/61/SR.17), párr. 1; Polonia, *ibíd.*, párr. 13; la Federación de Rusia, 18.ª sesión (A/C.6/61/SR.18), párr. 72, y Australia, 19.ª sesión (A/C.6/61/SR.19), párr. 17. Véase también China, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 64.

<sup>32</sup> Francia, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/61/SR.17), párr. 5.

<sup>33</sup> Suecia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 43; Austria, *ibíd.*, párr. 51, y Francia, 17.ª sesión (A/C.6/61/SR.17), párr. 7. Véase, no obstante, China, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párrs. 65 a 67.

<sup>34</sup> El Canadá, *ibíd.*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 59.

<sup>35</sup> Portugal, *ibíd.*, párr. 79, y Austria, *ibíd.*, párr. 54.

<sup>36</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 43.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, párrs. 102 a 105.

<sup>38</sup> *Ibíd.*

<sup>39</sup> Véase la Nota sobre un proyecto de directriz 2.1.9 relativo a la exposición de motivos de las reservas, del Relator Especial, *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/586.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 141.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, párr. 45.



23. Por otra parte, la Comisión aprobó nueve directrices<sup>42</sup> que habían sido remitidas al Comité de Redacción en 2006<sup>43</sup> y sus comentarios<sup>44</sup>.

24. Conforme a la resolución 61/34 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006, la Comisión organizó una reunión con los representantes de órganos creados en virtud de instrumentos de derechos humanos, que tuvo lugar los días 15 y 16 de mayo de 2007. Estuvieron representados: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité sobre los Trabajadores Migratorios, el Consejo de Europa (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público) y la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. La reunión dio lugar a un fructífero intercambio de opiniones elogiado por todos los participantes<sup>45</sup>. Los representantes de los órganos de derechos humanos y ciertos miembros de la Comisión se mostraron de acuerdo con que no existiera un régimen especial sobre las reservas a los tratados de derechos humanos que, como en todos los demás casos, siguen estando sometidas al régimen de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y a cualquier regla particular que se establezca por el tratado pertinente. Sin embargo, esta unidad de principio no impide que, en el marco de los tratados de derechos humanos, se planteen cuestiones específicas y deban contemplarse soluciones particulares, como por ejemplo en lo que respecta a la competencia de los órganos de vigilancia para apreciar la validez de las reservas formuladas por los Estados partes.

## 2. EXAMEN DEL CAPÍTULO IV DEL INFORME DE LA CDI DE 2007 POR LA SEXTA COMISIÓN

25. El capítulo IV del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones<sup>46</sup> se refiere a las reservas a los tratados. Como es habitual, en el capítulo II figura un breve resumen<sup>47</sup> y en el capítulo III se enumeran las «Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión». En 2007, la Comisión planteó cuatro cuestiones relativas a la falta de validez de las reservas y sus efectos:

a) ¿Qué consecuencias deducen los Estados de la constatación de la falta de validez de una reserva por uno de los motivos enumerados en el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los

tratados [...] y de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales [...]? ¿Consideran que, en tal supuesto, el Estado autor de la reserva sigue estando obligado por el tratado sin poder invocar el beneficio de la reserva? ¿O, por el contrario, que el consentimiento del Estado autor de la reserva está viciado y que no puede considerarse que esté obligado por el tratado? ¿O bien se inclinan por una solución intermedia y, en caso afirmativo, cuál es esa?

b) Las respuestas a las cuestiones precedentes, ¿están vinculadas a una posición de principio o corresponden a consideraciones pragmáticas? ¿Varían (o deberían variar) según que el Estado haya formulado o no una objeción a la reserva de que se trate?

c) ¿Las respuestas a las dos series de cuestiones precedentes varían (o deberían variar) según el tipo de tratado en cuestión (sinalagmático o normativo, de derechos humanos, relativo a la protección del medio ambiente, de codificación, etcétera)?

d) Más concretamente, en la práctica estatal hay objeciones que tienden a producir efectos diferentes de los previstos en el párrafo 3 del artículo 21 (objeción de efecto mínimo) y en el apartado b del párrafo 4 del artículo 20 (efecto máximo) de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, ya sea que el autor de la objeción desea excluir de sus relaciones convencionales con el autor de la reserva disposiciones a las que no se refiere la reserva (efecto intermedio), ya sea que pretende privar a la reserva de todo efecto y considera que el Estado autor de la reserva está obligado por el tratado en su totalidad sin que la reserva produzca sus efectos (efecto «supermáximo»). La Comisión desea conocer el punto de vista de los Estados sobre esas prácticas (sea cual sea la práctica propia)<sup>48</sup>.

26. Algunos Estados respondieron por escrito a estas cuestiones<sup>49</sup>. Otras delegaciones respondieron de manera más<sup>50</sup> o menos<sup>51</sup> detallada a las preguntas en el marco de los debates celebrados en la Sexta Comisión.

27. Las delegaciones reafirmaron su apoyo a los trabajos de la Comisión y su Relator Especial<sup>52</sup> aunque en ocasiones lamentaron la complejidad de las directrices y sus comentarios<sup>53</sup>.

28. Se subrayó una vez más la dificultad de definir el concepto de objeto y fin del tratado<sup>54</sup>. Para algunos Estados, el planteamiento de la Comisión, que se refleja en las directrices 3.1.5 y 3.1.6, es en general satisfactorio<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> *Ibid.*, párr. 23.

<sup>49</sup> La República Checa, Mauricio y Sudáfrica.

<sup>50</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión, Alemania*, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párrs. 21 a 27; Suecia (en nombre de los países nórdicos), 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párrs. 27 a 30; Francia, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párrs. 64 y 67; Rumania, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párrs. 16 y 17; el Japón, *ibid.*, párrs. 88 a 90; Bélgica, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párrs. 20 a 22, y Grecia, *ibid.*, párrs. 28 y 29.

<sup>51</sup> La India, *ibid.*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 37; Austria, *ibid.*, párr. 50; Egipto, *ibid.*, párr. 66; Hungría, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 38, y Belarús, *ibid.*, párr. 43.

<sup>52</sup> El Canadá, *ibid.*, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 53; Suecia (en nombre de los países nórdicos), 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 27; la India, *ibid.*, párr. 37; Alemania, *ibid.*, párrs. 78 y 79; Hungría, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 37; la República Checa, *ibid.*, párr. 52; Cuba, *ibid.*, párr. 72, y Nueva Zelandia, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 11.

<sup>53</sup> Italia, *ibid.*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 85; Hungría, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 37, y Polonia, 26.ª sesión (A/C.6/62/SR.26), párr. 17.

<sup>54</sup> Austria, *ibid.*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 40. Véase también el Reino Unido, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 56, y Nueva Zelandia, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 11.

<sup>55</sup> Austria, *ibid.*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párrs. 40 y 41; Belarús, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 46; Cuba, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 72; Nueva Zelandia, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 11.

<sup>42</sup> Directrices 3.1.5 (Incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado), 3.1.6 (Determinación del objeto y el fin del tratado), 3.1.7 (Reservas vagas o generales), 3.1.8 (Reservas relativas a una disposición que refleja una norma consuetudinaria), 3.1.9 (Reservas contrarias a una norma de *jus cogens*), 3.1.10 (Reservas a disposiciones relativas a derechos inderogables), 3.1.11 (Reservas relativas al derecho interno), 3.1.12 (Reservas a los tratados generales de derechos humanos) y 3.1.13 (Reservas a las cláusulas convencionales de solución de controversias o de vigilancia de la aplicación del tratado).

<sup>43</sup> Véase el párrafo 7 *supra*.

<sup>44</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 154.

<sup>45</sup> Para un examen más detallado de esta reunión, véase el anexo del presente informe.

<sup>46</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párrs. 34 a 154.

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr. 13.

Lo mismo sucede con las directrices destinadas a ofrecer ejemplos más concretos de reservas incompatibles con el objeto y el fin de un tratado<sup>56</sup>, pese a las críticas y propuestas puntuales que se formularon<sup>57</sup>.

29. Las directrices relativas a las objeciones y su formulación fueron acogidas favorablemente por las delegaciones que se pronunciaron al respecto. Se destacó en particular que es correcto afirmar que un Estado puede formular objeciones por cualquier motivo<sup>58</sup>, aunque se observó que esos motivos deben ser conformes con el derecho internacional<sup>59</sup>.

30. En lo que respecta a la directriz 2.6.5 (Autor de una objeción), varias delegaciones estimaron que la frase «todo Estado o toda organización internacional facultado para llegar a ser parte en el tratado» designaba a los Estados y organizaciones internacionales signatarios, ya que un Estado o una organización internacional que no tenga intención alguna de llegar a ser parte en un tratado no debería estar facultada para objetar a una reserva formulada por un Estado parte<sup>60</sup>. Asimismo, se señaló que tales objeciones deberían ser confirmadas posteriormente, debido al largo período que puede transcurrir entre la formulación de una objeción y la manifestación del consentimiento, por el autor de la objeción, en obligarse por el tratado<sup>61</sup>.

31. También se apoyaron las directrices relativas a la formulación y la forma de las objeciones<sup>62</sup>. No obstante, se observó que, en lo que se refiere a la forma escrita, también deberían tenerse en cuenta los medios modernos de comunicación<sup>63</sup>. La directriz 3.1.10, que recomienda que las objeciones sean motivadas, tampoco suscitó oposición<sup>64</sup>. Se expresó apoyo a la idea de elaborar una directriz análoga para las reservas, habida cuenta de que la motivación de las reservas y las objeciones a las reservas

favorece un diálogo entre las partes directamente afectadas<sup>65</sup>. Sin embargo, según algunas delegaciones, las objeciones preventivas son poco aceptables<sup>66</sup>.

32. También se aprobó el enfoque general de la Comisión sobre las objeciones tardías (directriz 2.6.15)<sup>67</sup>, aunque se propuso que las objeciones tardías podrían asimilarse a simples declaraciones interpretativas<sup>68</sup>. Se observó que convendría subrayar más claramente los efectos que pueden o no desprenderse de una objeción tardía<sup>69</sup>.

33. Las directrices relativas a la aceptación solo fueron objeto de comentarios esporádicos. En su conjunto, las delegaciones las apoyaron. No obstante, algunas delegaciones manifestaron que la distinción entre aceptación tácita y aceptación implícita era superflua y podía suprimirse<sup>70</sup>. Se apoyó la idea de que la aceptación es irreversible<sup>71</sup>.

### C. Decimotercer informe sobre las reservas y sus resultados

#### 1. EXAMEN DEL DECIMOTERCER INFORME POR LA COMISIÓN

34. En su 60.º período de sesiones, en 2008, la Comisión tuvo ante sí el decimotercer informe sobre las reservas a los tratados<sup>72</sup>, enteramente dedicado a la cuestión de las reacciones a las declaraciones interpretativas. Además, la Comisión examinó la nota elaborada por el Relator Especial relativa a la motivación de las reservas<sup>73</sup>, que había sido presentada en 2007 pero no pudo ser discutida por falta de tiempo.

35. La propuesta del Relator Especial de incluir en la Guía de la práctica una directriz relativa a la motivación de las reservas fue acogida favorablemente por los miembros de la Comisión. La directriz 2.1.9 fue remitida al Comité de Redacción y, más tarde, aprobada con carácter provisional.

36. El decimotercer informe del Relator Especial no suscitó grandes objeciones. La mayoría de los miembros de la Comisión aprobaron las diferentes categorías de reacciones a las declaraciones interpretativas y la terminología propuestas por el Relator Especial<sup>74</sup>. También se consideró conveniente incluir en la Guía de la práctica disposiciones relativas a la forma, la motivación y

SR.25), párr. 11, y Eslovaquia, 26.ª sesión (A/C.6/62/SR.26), párr. 15. Véase, no obstante, los Estados Unidos, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 87; el Reino Unido, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párrs. 57 a 59, y la República de Corea, 26.ª sesión (A/C.6/62/SR.26), párr. 2.

<sup>56</sup> Italia, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 86, y Eslovaquia, 26.ª sesión (A/C.6/62/SR.26), párr. 16.

<sup>57</sup> Austria, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párrs. 40 a 42; China, *ibíd.*, párr. 60; Belarús, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párrs. 47 a 50, y Australia, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 9.

<sup>58</sup> La Argentina, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 56; Malasia, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 1, y Eslovaquia, 26.ª sesión (A/C.6/62/SR.26), párr. 13. Véase, no obstante, Egipto, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 66.

<sup>59</sup> La Argentina, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 56; China, *ibíd.*, párr. 60, y la República Islámica del Irán, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 41.

<sup>60</sup> Malasia, *ibíd.*, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 2; el Canadá, *ibíd.*, párr. 15; la Federación de Rusia, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párrs. 57 y 58; Portugal, *ibíd.*, párr. 101; Grecia, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 31, y la República Islámica del Irán, *ibíd.*, párr. 42. En sentido contrario, México, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 12.

<sup>61</sup> Malasia, *ibíd.*, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 2, y Grecia, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 12.

<sup>62</sup> México, *ibíd.*, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 12.

<sup>63</sup> Belarús, *ibíd.*, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 45.

<sup>64</sup> La Argentina, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 56; la República Checa, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 52; la República Democrática del Congo, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 26, y Portugal, *ibíd.*, párr. 101. Véase también México, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 14, y Nueva Zelandia, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 13.

<sup>65</sup> La Argentina, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 56. Sobre el curso dado a esta propuesta, véanse los párrafos 34 y 35 *infra*.

<sup>66</sup> Malasia, *ibíd.*, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 4. Véase también la República Checa, *ibíd.*, párr. 54; Francia, *ibíd.*, párr. 61; Portugal, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 101; Grecia, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 31, y la República Islámica del Irán, *ibíd.*, párr. 43. En sentido contrario: Eslovaquia, 26.ª sesión (A/C.6/62/SR.26), párr. 14.

<sup>67</sup> México, *ibíd.*, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 15.

<sup>68</sup> La República Checa, *ibíd.*, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 53.

<sup>69</sup> Francia, *ibíd.*, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 61; Portugal, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 101, y Australia, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 9.

<sup>70</sup> La Argentina, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 56, y Francia, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 62.

<sup>71</sup> La Argentina, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22), párr. 56, y El Salvador, 23.ª sesión (A/C.6/62/SR.23), párr. 33.

<sup>72</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/600.

<sup>73</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/586.

<sup>74</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 94.

la comunicación de las reacciones a las declaraciones interpretativas.

37. De modo general, puede considerarse que el problema más espinoso es el del silencio como reacción a una declaración interpretativa, cuestión que se aborda en las directrices 2.9.8<sup>75</sup> y 2.9.9<sup>76</sup>. Aunque la mayoría de los miembros de la Comisión aprobó la redacción de la directriz 2.9.8, según el cual el silencio no puede entenderse como aprobación ni oposición a una declaración interpretativa, se cuestionó la redacción de la directriz 2.9.9, y especialmente su párrafo 2. Si bien esta directriz solo tiene por objeto flexibilizar el principio de neutralidad que se establece en la directriz 2.9.8 indicando que «en algunas circunstancias» el silencio puede equivaler a consentimiento, algunos miembros expresaron dudas sobre la idoneidad de la expresión «en algunas circunstancias», en su opinión demasiado general, y propusieron ofrecer ejemplos concretos.

38. En cuanto a la directriz 2.9.10<sup>77</sup>, relativa a las reacciones a las declaraciones interpretativas condicionales, nuevamente se expresaron dudas sobre la pertinencia de la distinción, dado que, según la mayoría de los miembros de la Comisión, el régimen jurídico de las declaraciones interpretativas condicionales no puede distinguirse del de las reservas<sup>78</sup>. No obstante, conforme a la propuesta del Relator Especial —que comparte, *a priori*, esta posición— se consideró que era prematuro suprimir la categoría intermedia de las declaraciones interpretativas condicionales mientras la Comisión no examinara los efectos de tales declaraciones<sup>79</sup>.

39. En su 2978.<sup>a</sup> sesión, la Comisión decidió remitir todas las directrices propuestas en el decimotercer informe, es decir las directrices 2.9.1 a 2.9.10 (incluido el segundo párrafo de la directriz 2.9.3), al Comité de Redacción, subrayando que la directriz 2.9.10 se entendía sin perjuicio del mantenimiento o no, en una etapa posterior, del conjunto de directrices relativas a las declaraciones interpretativas condicionales.

40. Por otra parte, la Comisión aprobó, con carácter provisional, 23 directrices y los correspondientes comen-

tarios<sup>80</sup>. Además, la Comisión tomó nota de las directrices 2.8.1 a 2.8.12, aprobadas provisionalmente por el Comité de Redacción<sup>81</sup>.

## 2. EXAMEN DEL CAPÍTULO VI DEL INFORME DE LA CDI DE 2008 POR LA SEXTA COMISIÓN

41. El capítulo VI del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 60.º período de sesiones<sup>82</sup> versa sobre las reservas a los tratados. Según la práctica habitual, en el capítulo II figura un breve resumen<sup>83</sup> y en el capítulo III se enumeran las «Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión». La Comisión planteó varias preguntas sobre el papel del silencio como reacción a una declaración interpretativa<sup>84</sup>, por una parte, y los posibles efectos de las declaraciones interpretativas<sup>85</sup>, por otra. Alemania y Portugal remitieron a la Secretaría sus respuestas por escrito a estas cuestiones.

42. Sobre la primera pregunta, los puntos de vista expresados en la Sexta Comisión fueron favorables al planteamiento general del Relator Especial respaldado por la CDI. Varias delegaciones sostuvieron que el silencio, como tal, no puede considerarse una aprobación o una oposición a una declaración interpretativa y que, en principio, el consentimiento de un Estado o de una organización internacional a una declaración interpretativa no se presume<sup>86</sup>. Del mismo modo, también se aprobó la posición de que, en algunos casos concretos, el silencio puede interpretarse como consentimiento<sup>87</sup>. Aunque parece por

<sup>80</sup> *Ibíd.*, párrs. 75, 76 y 78: directrices 2.1.6 (Procedimiento de comunicación de las reservas) (en su versión revisada), 2.1.9 (Motivación [de las reservas]), 2.6.5 (Autor [de una objeción]), 2.6.6 (Formulación conjunta [de las objeciones a las reservas]), 2.6.7 (Forma escrita), 2.6.8 (Manifestación de la intención de impedir la entrada en vigor del tratado), 2.6.9 (Procedimiento de formulación de las objeciones), 2.6.10 (Motivación), 2.6.11 (Inexigibilidad de la confirmación de una objeción hecha antes de la confirmación formal de la reserva), 2.6.12 (Exigibilidad de la confirmación de una objeción formulada antes de la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado), 2.6.13 (Plazo para formular una objeción), 2.6.14 (Objeciones condicionales), 2.6.15 (Objeciones tardías), 2.7.1 (Retiro de las objeciones a las reservas), 2.7.2 (Forma del retiro de las objeciones a las reservas), 2.7.3 (Formulación y comunicación del retiro de las objeciones a las reservas), 2.7.4 (Efecto en la reserva del retiro de una objeción), 2.7.5 (Fecha en que surte efecto el retiro de una objeción), 2.7.6 (Casos en que el Estado o la organización internacional autor de la objeción puede fijar unilateralmente la fecha en que surte efecto el retiro de la objeción a la reserva), 2.7.7 (Retiro parcial de una objeción), 2.7.8 (Efecto del retiro parcial de una objeción), 2.7.9 (Ampliación del alcance de una objeción a una reserva) y 2.8 (Formas de aceptación de las reservas).

<sup>81</sup> *Ibíd.*, párr. 77.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, párrs. 67 a 124.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, párrs. 16 a 18.

<sup>84</sup> *Ibíd.*, párr. 26.

<sup>85</sup> *Ibíd.*, párrs. 27 y 28.

<sup>86</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, Francia, 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 19; Belarús, *ibíd.*, párr. 51; la Argentina, *ibíd.*, párr. 74; los Países Bajos, 20.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 9; Portugal, *ibíd.*, párr. 21; Nueva Zelandia, 22.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 7; el Japón, 23.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 45, y Grecia, 24.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 2.

<sup>87</sup> La Argentina, *ibíd.*, 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 74, y Qatar, 24.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 77. Véase, no obstante, China, 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 67; los Países Bajos, 20.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 9; Suecia (en nombre de los países nórdicos), 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 40, y el Reino Unido, 21.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 18.

<sup>75</sup> La directriz 2.9.8 estipula:

### «2.9.8 Falta de presunción de aprobación o de oposición

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

<sup>76</sup> La directriz 2.9.9 establece:

### «2.9.9 El silencio ante una declaración interpretativa

El consentimiento a una declaración interpretativa no podrá inferirse del mero silencio de un Estado o una organización internacional ante una declaración interpretativa relativa a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional.

No obstante, en algunas circunstancias particulares, podrá considerarse que un Estado o una organización internacional ha dado su aquiescencia a una declaración interpretativa en razón de su silencio o de su comportamiento, según el caso.»

<sup>77</sup> La directriz 2.9.10 dispone:

### «2.9.10 Reacciones a las declaraciones interpretativas condicionales

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

<sup>78</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 108.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, párrs. 109 y 110.

tanto aceptarse el principio, la determinación de las circunstancias específicas que pueden transformar el mero silencio en aquiescencia o consentimiento es una cuestión que permanece abierta. Se ha observado que no es posible, en abstracto, identificar las situaciones en las que el silencio de un Estado o una organización internacional constituye aquiescencia o consentimiento a una declaración interpretativa. Estas circunstancias deben apreciarse caso por caso, y cualquier enumeración sería difícil, cuando no un ejercicio fútil<sup>88</sup>. Según otro punto de vista, los efectos jurídicos de tal silencio deberían apreciarse teniendo en cuenta el párrafo 3, apdo. *a*, del artículo 31 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y, por lo demás, las reglas generales relativas al modo de formalizar un acuerdo bastan para resolver el problema<sup>89</sup>. También se convino en que el silencio produce efectos jurídicos cuando hay Estados u organizaciones internacionales directamente afectados que esperan necesariamente una protesta contra la interpretación propuesta en una declaración interpretativa. El laudo arbitral dictado en el caso *North Atlantic Coast Fisheries*<sup>90</sup> se ha citado como ejemplo en este sentido. Por otra parte, se ha indicado que el silencio de una parte contratante debe desempeñar un papel cuando surge una controversia entre esa parte y el autor de la declaración interpretativa<sup>91</sup>. Una delegación sostuvo en el mismo sentido que el silencio equivale a una «presunción» de consentimiento cuando el objeto del tratado implica una respuesta rápida a cualquier declaración interpretativa<sup>92</sup>.

43. La segunda pregunta, relativa a los efectos jurídicos de una declaración interpretativa para su autor, para un Estado o una organización internacional que la haya aprobado y para un Estado o una organización internacional que se haya opuesto a ella, suscitó las respuestas y posiciones más diversas. De manera general, se destacó que debe distinguirse entre el efecto jurídico de las declaraciones interpretativas y el de las reservas, y que hay que tener en cuenta esa distinción cuando se examinan la cuestión de las reacciones a las declaraciones y a las reservas y sus efectos respectivos<sup>93</sup>. Se ha manifestado que las reglas generales de interpretación de los tratados bastan para determinar los efectos de una declaración interpretativa y las reacciones a las que da lugar. Según este punto de vista, una referencia a esas reglas consuetudinarias podría servir para abordar este problema en el marco de la Guía de la práctica<sup>94</sup> sin que ello prejuzgara la flexibilidad de esas reglas y la función esencial que desempeña la intención de las partes. Algunas delegaciones se refirieron expresamente al artículo 31, párr. 3,

apartado *a*, de la Convención de Viena de 1969<sup>95</sup>. Según otro punto de vista, las consecuencias de una declaración interpretativa deberían contemplarse haciendo referencia al principio del *estoppel*<sup>96</sup>. Así, la interpretación expresada en una declaración interpretativa solo podría hacerse valer frente a su autor cuando otra parte contratante se hubiera basado en esa interpretación<sup>97</sup>. También se expresó la idea de que la declaración interpretativa podía servir de ayuda para la interpretación<sup>98</sup>. En cuanto a la oposición a las declaraciones interpretativas, se subrayó que aunque pueda tener por objeto limitar el posible efecto jurídico de la declaración interpretativa, en modo alguno puede excluir la aplicación de la disposición convencional de que se trate en las relaciones entre el autor de la declaración y quien manifiesta la oposición<sup>99</sup>.

44. Al margen de las propuestas y críticas sobre la redacción de las directrices aprobadas ya por la Comisión, que el Relator Especial y la Comisión tomarán en consideración en la segunda lectura, se observó de manera más general que la cuestión de las reacciones a las declaraciones interpretativas no está suficientemente madura para ser objeto de un estudio, por lo que las directrices al respecto rebasarían el mandato de la Comisión<sup>100</sup>. Sin embargo, otras delegaciones se mostraron favorables a la inclusión de esas directrices en la Guía de la práctica<sup>101</sup>.

45. Varias delegaciones expresaron dudas en cuanto al concepto de «recalificación», que, en su opinión, se adaptaba mal a la realidad. Según esta opinión, no se trata de modificar la calificación de una declaración, que, como tal, se aprecia objetivamente en virtud de los criterios ya elaborados por la Comisión<sup>102</sup>. Otras delegaciones apoyaron la directriz presentada por el Relator Especial<sup>103</sup>.

46. Se expresaron algunas reservas sobre la cuestión de las «declaraciones interpretativas condicionales» y su tratamiento diferenciado en el marco del estudio. Como la mayoría de los miembros de la Comisión<sup>104</sup>, varias delegaciones estimaron que no era procedente distinguir estas declaraciones de las reservas, toda vez que obedecen a

<sup>88</sup> España, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 4. Véase, no obstante, Nueva Zelandia, *ibíd.*, párr. 7, y el Japón, 23.ª sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 45.

<sup>89</sup> Suecia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 39, y Alemania, *ibíd.*, párr. 80.

<sup>90</sup> Laudo de 7 de septiembre de 1910, Naciones Unidas, RSA, vol. XI, págs. 173 a 226.

<sup>91</sup> Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 19.

<sup>92</sup> Rumania, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 55.

<sup>93</sup> Francia, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 18, y Rumania, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 54.

<sup>94</sup> Austria, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 79; Francia, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 20; Belarús, *ibíd.*, párr. 49; Bélgica, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 46, y Grecia, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 1.

<sup>95</sup> Suecia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 39, y Alemania, *ibíd.*, párrs. 81 y 83.

<sup>96</sup> Belarús, *ibíd.*, párr. 52, y Alemania, *ibíd.*, párr. 81.

<sup>97</sup> Austria, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 79, y Alemania, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 81.

<sup>98</sup> El Reino Unido, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 19.

<sup>99</sup> Alemania, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 82.

<sup>100</sup> Los Estados Unidos, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párrs. 4 a 6, y el Reino Unido, *ibíd.*, párr. 16. Véase también la República Islámica del Irán, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 32.

<sup>101</sup> Francia, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 18; Suecia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, párr. 35; España, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 2, y Grecia, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 1. Véase, no obstante, Polonia, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 31.

<sup>102</sup> Austria, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 80, y Suecia (en nombre de los países nórdicos), 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 36. En cuanto al resultado, véase también Portugal, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 19, y Grecia, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 3. Para otro punto de vista crítico a propósito de las «recalificaciones», véase la República de Corea, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 62.

<sup>103</sup> México, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 4, y Rumania, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 54.

<sup>104</sup> Véase el párrafo 38 *supra*.

las mismas reglas<sup>105</sup>. Sin embargo, según otra opinión, es prematuro asimilar pura y simplemente las declaraciones interpretativas condicionales a las reservas mientras la Comisión no estudie los efectos jurídicos específicos que se derivan de esas declaraciones<sup>106</sup>.

#### D. Últimas novedades en relación con las reservas y declaraciones interpretativas

47. El 3 de febrero de 2009, la CIJ emitió por unanimidad su fallo en el caso *Délimitation maritime en Mer Noire* (Rumania c. Ucrania). En el marco de esta controversia, Rumania invocó el párrafo 3 de la declaración interpretativa que había formulado al firmar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y que había confirmado en el momento de la ratificación. La declaración se refiere al artículo 121 de la Convención y está redactada de la siguiente manera:

1. En su condición de país en situación geográfica desventajosa, ribereño de un mar con escasos recursos vivos, Rumania reafirma la necesidad de desarrollar la cooperación internacional para el aprovechamiento de los recursos vivos de las zonas económicas, sobre la base de acuerdos justos y equitativos que aseguren el acceso de los países en esa situación a los recursos pesqueros de las zonas económicas de otras regiones o subregiones.

2. La República Socialista de Rumania reafirma el derecho de los Estados ribereños a adoptar medidas destinadas a proteger sus intereses en materia de seguridad, incluido el derecho a adoptar leyes y reglamentos nacionales relativos al paso de los buques de guerra extranjeros por el mar territorial.

El derecho a adoptar esas medidas se ajusta plenamente a los artículos 19 y 25 de la Convención, como se precisa asimismo en la Declaración del Presidente de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar realizada en la sesión plenaria de la Conferencia el 26 de abril de 1982.

3. La República Socialista de Rumania declara que, de conformidad con los imperativos de equidad que se derivan de los artículos 74 y 83 de la Convención sobre el Derecho del Mar, las islas deshabitadas y sin vida económica propia no pueden afectar, en modo alguno, a la delimitación de los espacios marítimos que pertenecen a las costas principales de los Estados ribereños<sup>107</sup>.

48. Según Rumania, Ucrania había reconocido la aplicabilidad del artículo 121, párr. 3, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a efectos de delimitar la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas tal como había sido interpretado por Rumania al firmar y ratificar el texto de la Convención y, por consiguiente, la Isla de las Serpientes, situada frente a las costas rumanas y ucranianas, no podía afectar a la delimitación entre ambos Estados<sup>108</sup>.

49. Por su parte, Ucrania invocó los trabajos de la Comisión sobre las declaraciones interpretativas y afirmó que su silencio no podía equivaler a una aceptación de la

declaración de Rumania, dado que no existía obligación alguna de reaccionar ante esa declaración<sup>109</sup>.

50. La CIJ pareció admitir este punto de vista al afirmar lo siguiente:

Por lo que respecta a la declaración de Rumania mencionada en el párrafo 35 *supra*, la Corte observa que el artículo 310 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no impide que un Estado formule declaraciones al firmar o ratificar la Convención, o al adherirse a ella, siempre que tales declaraciones no tengan por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones de la Convención en su aplicación al Estado autor de la declaración. Por tanto, la Corte aplicará las disposiciones pertinentes de la Convención tal como han sido interpretadas en su jurisprudencia, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969. La declaración de Rumania, como tal, no tiene ninguna incidencia en la interpretación de la Corte<sup>110</sup>.

51. Las consecuencias concretas de este fallo se analizarán en el marco del examen de los efectos de una declaración interpretativa y de las reacciones que puede provocar.

52. Por su parte, los órganos creados en el marco de las Naciones Unidas o por tratados internacionales de derechos humanos han seguido desarrollando y armonizando sus enfoques en el marco de las reuniones de los comités. Estas reuniones constituyen un foro que permite a esos órganos intercambiar opiniones sobre su experiencia en materia de reservas. Las prácticas respectivas de dichos órganos en este ámbito se presentaron y debatieron en la reunión entre la Comisión y los representantes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos celebrada en mayo de 2007 de conformidad con la resolución 61/34 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006<sup>111</sup>. En esa reunión se subrayó que la práctica de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos era relativamente uniforme y se caracterizaba por un gran pragmatismo<sup>112</sup>.

53. En su reunión de diciembre de 2006, el Grupo de Trabajo sobre las reservas encargado de examinar el informe sobre la práctica de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos respecto de las reservas a esos instrumentos e informar sobre sus trabajos en la reunión de los comités modificó las recomendaciones aprobadas en junio<sup>113</sup>. La sexta reunión de los comités acogió con beneplácito el informe del Grupo de Trabajo sobre las reservas<sup>114</sup> e hizo suyas las recomendaciones modificadas<sup>115</sup>, redactadas de la siguiente manera:

1. El Grupo de Trabajo se felicita del informe sobre la práctica de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos respecto de las reservas a los tratados internacionales en la materia

<sup>109</sup> *Ibid.*, pág. 77, párr. 39. Véase también el acta literal 2008/29, 12 septiembre de 2008, págs. 20 y 21, párrs. 63 a 68 (Sra. Malintoppi).

<sup>110</sup> *Ibid.*, pág. 78, párr. 42.

<sup>111</sup> Véase el informe de la reunión preparado por el Relator Especial, que figura como anexo del presente informe. Véase también el párrafo 24 *supra*.

<sup>112</sup> Véase el anexo del presente informe, párr. 7.

<sup>113</sup> HRI/MC/2006/5, párr. 16; véase también *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, párr. 55.

<sup>114</sup> HRI/MC/2007/5 y Add.1.

<sup>115</sup> Véase el informe de la 19.ª reunión de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos (A/62/224, anexo, párr. 48, apdo. v)).

<sup>105</sup> Belarús, *ibid.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párrs. 49 y 50; la República de Corea, *ibid.*, párr. 62; Estonia, *ibid.*, párr. 88; los Países Bajos, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 8, y España, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 2.

<sup>106</sup> Portugal, *ibid.*, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 22.

<sup>107</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1835, n.º 31363, págs. 88 y 89.

<sup>108</sup> *Délimitation maritime en Mer Noire* (Rumania c. Ucrania), fallo, C.I.J. *Recueil* 2009, pág. 76, párr. 35; acta literal 2008/18, 2 de septiembre de 2008, pág. 28, párrs. 39 a 41 (Sr. Aurescu); acta literal 2008/20, 4 de septiembre de 2008, págs. 53 y 54, párrs. 73 a 79 (Sr. Lowe).

(HRI/MC/2005/5) y de su versión actualizada (HRI/MC/2005/5/Add.1), que la secretaría había preparado para la cuarta reunión de los comités.

2. El Grupo de Trabajo recomienda que, aunque toda declaración formulada en el momento de la ratificación pueda considerarse una reserva, cualquiera que sea su designación, hay que ser prudentes antes de concluir que, incluso si el Estado se ha abstenido de utilizar el término «reserva», la declaración ha de considerarse como tal.

3. El Grupo de Trabajo reconoce que, a pesar del carácter específico de los tratados de derechos humanos, que no constituyen un simple intercambio de obligaciones entre Estados sino que son la expresión jurídica de derechos esenciales que todo ser humano, como tal, debe poder ejercer, el derecho general de los tratados sigue siendo aplicable a los instrumentos de derechos humanos; no obstante, esta legislación puede aplicarse solo teniendo en cuenta su carácter particular, incluido su contenido y sus mecanismos de control.

4. El Grupo de Trabajo estima que, cuando las reservas son autorizadas, explícita o implícitamente, pueden contribuir a alcanzar el objetivo de la ratificación universal. Las reservas no autorizadas, incluidas las que son incompatibles con el objeto y fin del tratado, no contribuyen a alcanzar el objetivo de la ratificación universal.

5. El Grupo de Trabajo estima que, a fin de desempeñar sus funciones, los órganos creados en virtud de tratados son competentes para evaluar la validez de las reservas y eventualmente las consecuencias de la verificación de la invalidez de una reserva, en particular en el examen de comunicaciones individuales o en el ejercicio de otras funciones de investigación en el caso de los órganos creados en virtud de tratados dotados de esas competencias.

6. El Grupo de Trabajo considera que la determinación de criterios para decidir la validez de las reservas con respecto al objeto y fin del tratado puede ser útil no solo a los Estados cuando consideran la posibilidad de formular reservas, sino también a los órganos convencionales en el ejercicio de sus funciones. A este respecto, los criterios contenidos en el proyecto de directrices de la Guía de la práctica que figuran en el décimo informe del Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/558/Add.1) constituyen un avance. El Grupo de Trabajo se felicita del diálogo mantenido con la Comisión de Derecho Internacional y expresa su satisfacción ante la idea de continuarlo.

7. En cuanto a las consecuencias de la invalidez, el Grupo de Trabajo está de acuerdo con la propuesta del Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional según la cual una reserva invalidada debe considerarse nula y sin valor. De ello se desprende que un Estado no podrá basarse en dicha reserva y, a menos que su intención en contrario quede establecida de forma indisputable, seguirá siendo parte en el tratado sin el beneficio de la reserva.

8. El Grupo de Trabajo se felicita de la inclusión de una disposición sobre las reservas en el proyecto de directrices armonizadas sobre la preparación de informes con arreglo a los tratados internacionales de derechos humanos, incluidas orientaciones relativas a la preparación de un documento básico común y de informes sobre tratados específicos (HRI/MC/2006/3).

9. El Grupo de Trabajo recomienda que:

a) Los órganos creados en virtud de tratados pidan, en sus listas de cuestiones, información, especialmente cuando no se ofrece dicha información en el documento básico común (si lo hay) ni en el informe sobre el tratado específico, sobre:

i) La naturaleza y alcance de las reservas o declaraciones interpretativas;

ii) La razón por la que dichas reservas se consideraron necesarias y se han mantenido;

iii) El efecto preciso de cada reserva en términos de legislación y política nacionales;

iv) Cualesquiera planes para restringir el efecto de las reservas y, en última instancia, retirarlas dentro de un calendario específico;

b) Los órganos creados en virtud de tratados deberían aclarar a los Estados Partes las razones por las que albergan inquietud sobre

determinadas reservas teniendo en cuenta las disposiciones del tratado en cuestión y, según proceda, su objeto y fin;

c) Los órganos creados en virtud de tratados deberían, en sus observaciones finales:

i) Celebrar la retirada, ya sea total o parcial, de una reserva;

ii) Reconocer que se están revisando las reservas o hacer constar la voluntad de revisarlas;

iii) Expresar su inquietud por el mantenimiento de las reservas;

iv) Alentar la retirada completa de reservas, la revisión de la necesidad de las mismas o la restricción progresiva de su alcance mediante retiradas parciales de reservas;

d) Los órganos creados en virtud de tratados deberían subrayar la falta de coherencia entre las reservas formuladas en relación con determinadas disposiciones protegidas en más de un tratado y alentar la retirada de una reserva sobre la base de la disponibilidad de una mejor protección en otras convenciones internacionales, derivada de la ausencia de una reserva a disposiciones comparables.

10. El Grupo de Trabajo recomienda que la reunión de los comités y la reunión de los presidentes decidan si debe celebrarse otra reunión del Grupo de Trabajo teniendo en cuenta las reacciones y preguntas de los órganos creados en virtud de tratados sobre las recomendaciones del Grupo de Trabajo, el resultado de la reunión con la Comisión de Derecho Internacional y cualesquiera novedades que puedan darse en la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema de las reservas a tratados<sup>116</sup>.

54. La modificación más notable afecta al párrafo 7, relativo a las consecuencias de la formulación de una reserva inválida en las obligaciones convencionales del autor de la reserva. El texto anterior hacía hincapié en la intención del Estado «en el momento de formular la reserva», que debía determinarse «mediante un examen serio de la información disponible, partiendo del supuesto, que puede ser desmentido, de que el Estado preferiría seguir siendo Parte en el tratado sin el beneficio de la reserva»<sup>117</sup>. La nueva formulación del párrafo 7 solo hace hincapié en la presunción de que el Estado autor de una reserva inválida tiene intención de quedar vinculado por el tratado sin el beneficio de la reserva, siempre que su intención en sentido contrario no haya quedado establecida «de forma indisputable», lo que quizá vaya un poco lejos (y, en cualquier caso, no refleja la postura del Relator Especial).

55. En el marco del mecanismo de examen periódico universal, el Consejo de Derechos Humanos abordó la cuestión de las reservas con los Estados examinados, e instó a varios de ellos a que retiraran sus reservas a los tratados internacionales de derechos humanos<sup>118</sup>.

56. A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos examinó una vez más la cuestión de las reservas. En el caso *Boyce y otros vs. Barbados*, la Corte debía pronunciarse sobre los efectos de la reserva formulada por el Estado demandado respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, redactada del siguiente modo:

<sup>116</sup> HRI/MC/2007/5, párr. 19.

<sup>117</sup> HRI/MC/2006/5, párr. 16, punto 7.

<sup>118</sup> HRI/MC/2008/5, párr. 3. Véanse los informes del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Bahrein (A/HRC/8/19, párr. 60, punto 2), Túnez (A/HRC/8/21, párr. 83, punto 3), Marruecos (A/HRC/8/22, párr. 75, punto 3)), Indonesia (A/HRC/8/23, párr. 76, punto 2), el Reino Unido (A/HRC/8/25, párr. 56, puntos 24 a 26), la India (A/HRC/8/26, párr. 86, punto 9), Argelia (A/HRC/8/29, párr. 69, punto 10) y los Países Bajos (A/HRC/8/31, párr. 78, punto 10).

En cuanto al párrafo 4 del artículo 4 de la Convención, el Código Penal de Barbados establece la pena de muerte en la horca por los delitos de homicidio y traición. El Gobierno está examinando actualmente la cuestión de la pena de muerte, que solo se impone en raras ocasiones, pero desea hacer una reserva sobre este punto, ya que en ciertas circunstancias podría considerarse que la traición es delito político y cae dentro de los términos del párrafo 4 del artículo 4 de la Convención.

Con respecto al párrafo 5 del artículo 4 de la Convención, aunque la juventud o mayor edad del delincuente pueden ser factores que el Consejo Privado, Corte de Apelaciones de más alta jerarquía, podría tomar en cuenta al considerar si se debe cumplir la sentencia de muerte, las personas de 16 años y más o mayores de 70 pueden ser ejecutadas de conformidad con la ley de Barbados<sup>119</sup>.

57. Barbados sostuvo, en particular, que su reserva a la Convención Americana sobre Derechos Humanos impedía que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciara sobre la cuestión de la pena capital, por una parte, y su método de ejecución, por otra.

58. Tras invocar sus opiniones consultivas de 1982 y 1983<sup>120</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó lo siguiente:

Primero, al interpretar las reservas la Corte debe, ante todo, aplicar un análisis estrictamente textual. Segundo, se debe considerar debidamente el objeto y propósito del tratado correspondiente que, en el caso de la Convención Americana, implica «la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos». Además, se debe interpretar la reserva de conformidad con el artículo 29 de la Convención, según el cual no se debe interpretar una reserva a fin de limitar el goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención a un mayor alcance que aquel dispuesto en la reserva misma<sup>121</sup>.

59. Tras examinar la reserva de Barbados con arreglo a estos criterios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos llegó a la siguiente conclusión:

[E]l texto de la reserva no afirma, explícitamente, si la imposición de pena de muerte es obligatoria para el delito de homicidio y tampoco expresa si la legislación de Barbados permite la imposición de otras penas u otros métodos para llevar a cabo la pena de muerte en relación con dicho delito. En este sentido, la Corte considera que una interpretación textual de la reserva hecha por el Estado de Barbados al momento de su ratificación de la Convención Americana claramente indica que el propósito de la reserva no fue excluir de la competencia de la Corte el análisis de la naturaleza obligatoria de la pena de muerte ni su forma particular de ejecución por medio de la horca. Por lo tanto, el Estado no puede acogerse a su reserva para tales efectos en el presente caso<sup>122</sup>.

60. La Corte Interamericana de Derechos Humanos subraya, además, que «ha considerado, en otras ocasiones, que una reserva a la Convención ‘no reserva más de lo expresado textualmente en la misma’»<sup>123</sup>. Estas conclusiones, que se refieren a la interpretación de las reservas, cuestión que hasta ahora no ha sido examinada por la Comisión, y a los efectos de las reservas, son muy útiles y habrán de tenerse en cuenta cuando la Comisión analice esas cuestiones.

<sup>119</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1298, n.º A-17955, pág. 441.

<sup>120</sup> Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, *El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), Serie A, n.º 2, párr. 35, y opinión consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, n.º 3, párrs. 62 a 66.

<sup>121</sup> *Boyce y otros vs. Barbados*, Serie C, n.º 169, párr. 15.

<sup>122</sup> *Ibid.*, párr. 17.

<sup>123</sup> *Ibid.* Véase también la opinión consultiva OC-3/83 (nota 120 *supra*), párr. 69.

61. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de los efectos de una reserva válida. En dos causas contra Finlandia se invocó la reserva formulada por ese país al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que fue examinada por el Tribunal. La reserva está redactada de la siguiente manera:

Por el momento, Finlandia no puede garantizar el derecho a que se celebre una vista oral en los casos en que las leyes finlandesas no contemplan tal derecho. Esto se aplica a:

1. [...] los procedimientos ante el Tribunal Supremo, en virtud del artículo 20 del capítulo 30 del Código de Procedimiento Judicial, y a los procedimientos ante los tribunales de apelación sobre las demandas y las causas penales y civiles a las que se aplican los artículos 7 y 8 del capítulo 26 (661/1978) del Código de Procedimiento Judicial, si la decisión del tribunal de primera instancia se hubiera dictado antes del 1.º de mayo de 1998, fecha de entrada en vigor de las modificaciones de las disposiciones relativas a los procedimientos ante los tribunales de apelación;

y a las causas penales ante el Tribunal Supremo y los tribunales de apelación de que hubiera estado conociendo un tribunal de primera instancia el 1.º de octubre de 1997, fecha de entrada en vigor de la Ley de procedimiento penal, y a las que el tribunal de primera instancia aplicara las disposiciones vigentes en el momento;

[...]

3. los procedimientos ante el Tribunal de Seguros, cuando este se pronuncie como órgano de última instancia, de conformidad con el artículo 9 de la Ley del Tribunal de Seguros, si tienen por objeto una apelación de que se hubiera estado conociendo el 1.º de abril de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley por la que se modifica la Ley sobre el Tribunal de Seguros;

4. los procedimientos ante la Comisión de apelación en materia de seguro social, de conformidad con el artículo 8 del Decreto relativo a esa Comisión, si tienen por objeto una apelación de que se hubiera estado conociendo el 1.º de abril de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley por la que se modifica la Ley del seguro médico<sup>124</sup>.

62. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la aplicación de esta reserva priva al demandante del derecho a ser oído, garantizado por el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

Habida cuenta de lo anterior y de los términos en que está formulada su reserva, Finlandia no tenía ninguna obligación convencional de asegurar, por lo que respecta al Tribunal de Apelación, que se celebrara una vista oral sobre la imputación n.º 9. Si bien es cierto que la reserva tuvo como efecto privar al demandante del derecho a una vista oral sobre la imputación impugnada ante el Tribunal de Apelación, este resultado debe considerarse compatible con el Convenio por ser la consecuencia de la aplicación de una reserva válida (véase *Helle c. Finlandia*, sentencia de 19 de diciembre de 1996, *Reports 1997-VIII*, págs. 2925 y 2926, párrs. 44 y 47)<sup>125</sup>.

63. Sin embargo, y en este aspecto las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerdan a la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>126</sup>, la aplicación de la reserva no eximía a Finlandia de su obligación de respetar las demás garantías que se derivaban del derecho a un proceso equitativo. Dado que la reserva solo se refería al derecho a que se celebrara una vista oral ante ciertos tribunales, Finlandia seguía vinculada por la

<sup>124</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2158, n.º A-2889, pág. 141 y 142.

<sup>125</sup> Sentencia de 12 de abril de 2007, *Laaksonen c. Finland* (demanda n.º 70216/01), párr. 24. Véase también la sentencia de 24 de abril de 2007, *V. c. Finlande* (demanda n.º 40412/98), párr. 61.

<sup>126</sup> Véanse los párrafos 56 a 60 *supra*.

obligación que le incumbía de garantizar un proceso equitativo. Así pues, la reserva de Finlandia no podía excluir la aplicabilidad del artículo 6 en su conjunto, de modo que el Tribunal seguía siendo competente para pronunciarse sobre las obligaciones que no estaban comprendidas en la reserva<sup>127</sup>.

64. En el marco del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) del Consejo de Europa, los Estados miembros siguen examinando y, en su caso, reaccionando de manera colectiva, o al menos concertada, a las reservas inválidas, de conformidad con la Recomendación n.º R (99) 13 sobre las reacciones ante las reservas a los tratados internacionales consideradas inadmisibles<sup>128</sup>. Desde 2004, el Observatorio europeo de reservas a los tratados internacionales examina, desde una perspectiva más sectorial, las reservas y declaraciones sobre los tratados internacionales aplicables a la lucha contra el terrorismo. Es interesante señalar, a este respecto, que la lista que el Observatorio europeo presenta periódicamente al Comité con las reservas y declaraciones sobre tratados internacionales contra las que se pueden presentar objeciones no solo contiene las reservas formuladas en los 12 últimos meses, límite fijado por el artículo 20, párr. 5, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, sino que también pone en conocimiento de los Estados miembros ciertas reservas formuladas antes de ese período de 12 meses<sup>129</sup>. Esta práctica parece sugerir que el Observatorio no considera que ya no se puedan formular objeciones a esas reservas, cuya validez considera cuestionable, y que estima que no solo sigue siendo posible reaccionar ante ellas, sino que es deseable hacerlo, aunque sea tardíamente. Asimismo, confirma que la directriz 2.6.15 (objeciones tardías) aprobada en 2008 probablemente responda a una necesidad real<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> *Laaksonen c. Finland*, párr. 25; *V. c. Finlande*, párr. 61.

<sup>128</sup> Véase también *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párrs. 28 y 29; *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/535 y Add.1, párr. 23, y *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, párr. 56.

<sup>129</sup> Véase, por ejemplo, la reserva de los Estados Unidos a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción formulada en 2003, CAHDI (2008) 15, 7 de octubre de 2008, anexo VII, n.º C.5.

<sup>130</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 124.

## E. Plan del decimocuarto informe sobre las reservas a los tratados<sup>131</sup>

65. Tras una rápida presentación de algunos aspectos complementarios sobre el procedimiento relativo a la formulación de las declaraciones interpretativas, de conformidad con los deseos expresados por la Comisión<sup>132</sup>, el presente informe se centrará en las partes tercera y cuarta de la Guía de la práctica, es decir, en las cuestiones relativas a la validez de las reservas<sup>133</sup>, de las declaraciones interpretativas y de las reacciones a las reservas y las declaraciones interpretativas, por un lado, y a los efectos de las reservas, de las aceptaciones de las reservas, de las objeciones a las reservas, de las declaraciones interpretativas y de las reacciones que provocan, por otro. Si resulta posible, habrá una cuarta parte sobre las directrices que podrían ser aprobadas por la Comisión sobre la base del valioso memorando de la Secretaría titulado *Las reservas a los tratados en el contexto de la sucesión de Estados* (documento A/CN.4/616, reproducido en el presente volumen).

66. Asimismo, el Relator Especial ha decidido proponer a la Comisión que añada dos anexos a la Guía de la práctica. El primero de ellos podría consistir en una recomendación relativa al «diálogo sobre las reservas». Efectivamente, tras reflexionar sobre esta cuestión, parece difícil incorporar preceptos sobre ese diálogo en el cuerpo de la Guía: en realidad se trata de una predisposición que se traduce en una práctica diplomática deseable, más que de un ejercicio de codificación, por flexible que sea. En cuanto al segundo anexo, podría tener por objeto el mecanismo de aplicación que podría llevar aparejado la Guía de la práctica. Esos dos proyectos de anexos se tratarán en dos partes distintas del presente informe.

<sup>131</sup> El Relator Especial desea expresar su profundo agradecimiento a Daniel Müller, doctorando e investigador del Centro de Derecho Internacional (CEDIN) de la Universidad Paris-Ouest, Nanterre-La Défense, por su papel determinante en la redacción del presente informe.

<sup>132</sup> Véase el párrafo 36 *supra*.

<sup>133</sup> Esta problemática ya se trató en parte en el décimo informe sobre las reservas (*Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 153, documento A/CN.4/558 y Add.1 y 2). La Comisión ya ha aprobado, a título provisional, varias directrices de la tercera parte (véase el párrafo 23 *supra*).

## CAPÍTULO I

### Procedimiento relativo a la formulación de las declaraciones interpretativas (continuación y conclusión)

67. En su sexagésimo período de sesiones, en 2008, la Comisión pidió al Relator Especial que preparara directrices sobre la forma, la motivación y la comunicación de las declaraciones interpretativas a fin de colmar la laguna que existía en la segunda parte de la Guía de la práctica<sup>134</sup>.

68. La Comisión ya ha aprobado un conjunto de normas sobre el procedimiento relativo a la formulación de

las declaraciones interpretativas incluido en la sección 2.4 de la Guía de la práctica. Estas directrices se refieren a las autoridades competentes para formular una declaración interpretativa (directriz 2.4.1<sup>135</sup>), la formulación de una declaración interpretativa en el plano interno (directriz 2.4.2 [2.4.1 *bis*]<sup>136</sup>), el momento en que se puede formular una declaración interpretativa (directriz 2.4.3<sup>137</sup>), la inexigibilidad de la confirmación de las declaraciones

<sup>134</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 74 y 117; véase también la posición del Relator Especial en *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/600, párr. 321. Véase también el párrafo 36 *supra*.

<sup>135</sup> *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 28.

<sup>136</sup> *Ibíd.*

<sup>137</sup> *Ibíd.*



interpretativas formuladas en el momento de la firma de un tratado (2.4.4 [2.4.5]<sup>138</sup>), la formulación tardía de una declaración interpretativa (directriz 2.4.6 [2.4.7]<sup>139</sup>) y la modificación de una declaración interpretativa (directriz 2.4.9<sup>140</sup>). Otras directrices de esta sección tienen por objeto las declaraciones interpretativas condicionales<sup>141</sup>.

69. No se ha dedicado ninguna directriz a la forma de las declaraciones interpretativas o a su comunicación (a diferencia de lo que se decidió para las declaraciones interpretativas condicionales<sup>142</sup>), y tampoco a la motivación de las declaraciones interpretativas. No se trata de un olvido, sino de una decisión deliberada del Relator Especial<sup>143</sup>. Como se precisó en el sexto informe sobre las reservas a los tratados:

No parece haber motivo alguno para aplicar las normas relativas a la comunicación de 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 a hacer dicha comunicación, el autor de la declaración corre el riesgo de que esta 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<sup>144</sup>.

70. No existe ningún motivo para rectificar esta conclusión. No hay ninguna justificación para obligar a un Estado u organización internacional a que siga un procedimiento concreto para indicar la interpretación que hace de una convención en que es parte o signatario o en la que puede llegar a ser parte. Por tanto, sería incongruente proponer directrices que supeditaran la validez formal de una declaración interpretativa a que se respetaran esas formalidades<sup>145</sup>.

71. No obstante, aunque no exista ninguna obligación jurídica al respecto, parece oportuno, en lo posible, dar amplia publicidad a las declaraciones interpretativas. Su influencia real dependerá en gran medida de la difusión que se les dé. Sin entrar a analizar en esta etapa los posibles efectos jurídicos de esas declaraciones 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 con el que los Estados y las organizaciones internacionales recurren a ellas. La CIJ ha subrayado 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<sup>146</sup>.

72. Sapienza también ha subrayado la importancia y el papel de las declaraciones interpretativas y de las reacciones que provocan:

También aportarán una contribución útil a la solución [de una controversia]. Las declaraciones serán aún más útiles para el intérprete cuando no exista una controversia, sino simplemente un problema de interpretación<sup>147</sup>.

73. En su estudio sobre las declaraciones interpretativas unilaterales a los tratados multilaterales, Heymann subrayó acertadamente que:

A este respecto, cabe señalar que una declaración interpretativa simple formulada por escrito puede cobrar mayor importancia porque las demás partes contratantes pueden tomar conocimiento de ella más rápidamente y porque, en caso de litigio, su valor probatorio es superior<sup>148</sup>.

74. Por lo demás, en la práctica los Estados y organizaciones internacionales se esfuerzan por dar a sus declaraciones interpretativas la publicidad deseada. Las comunican al depositario, y el Secretario General de las Naciones Unidas, por su parte, difunde el texto de dichas declaraciones<sup>149</sup> y las reproduce en la publicación *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*<sup>150</sup>. Es evidente que este procedimiento de comunicación, que permite dar amplia publicidad a las declaraciones, presupone que estas se materialicen por escrito.

75. Si los autores de las declaraciones interpretativas desean que su posición se tenga en cuenta en la aplicación del tratado, en particular en caso de controversia, no cabe duda de que tienen interés en:

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

b) Seguir para esas declaraciones el mismo procedimiento de comunicación y de notificación aplicable a

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 114.

<sup>141</sup> Se trata de las directrices 2.4.5 [2.4.4], 2.4.7 [2.4.2, 2.4.9], 2.4.8 y 2.4.10.

<sup>142</sup> Véase la directriz 2.4.7 [2.4.2, 2.4.9] (*ibid.*), que estipula:

«2.4.7 [2.4.2, 2.4.9] *Formulación y comunicación de declaraciones interpretativas condicionales*

1. Una declaración interpretativa condicional habrá de formularse por escrito.

2. La confirmación formal de una declaración interpretativa condicional también habrá de hacerse por escrito.

3. Una declaración interpretativa condicional habrá de comunicarse por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado.

4. Una declaración interpretativa condicional relativa a un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o a un tratado por el que se cree un órgano facultado para aceptar una reserva habrá de comunicarse además a esa organización o a ese órgano.»

<sup>143</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 189, párr. 154.

<sup>144</sup> *Ibid.*, vol. II (primera parte), pág. 169, documento A/CN.4/518 y Add.1 a 3, párr. 130.

<sup>145</sup> Véase también Heymann, *Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen*, pág. 117.

<sup>146</sup> *Statut international du Sud-Ouest africain*, opinión consultiva de 11 de julio de 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, págs. 135 y 136. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 17.

<sup>147</sup> *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, pág. 275.

<sup>148</sup> *Op. cit.*, pág. 118.

<sup>149</sup> *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que depositaire de traités multilatéraux* (ST/LEG/7/Rev.1) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.94.V.15), párr. 218.

<sup>150</sup> En el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por no citar más que un ejemplo, aunque el artículo 319 de la Convención no obliga expresamente a su depositario a comunicar las declaraciones interpretativas formuladas de conformidad con el artículo 311, el Secretario General las publica sistemáticamente en el capítulo XXI de *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*.

la comunicación y a la notificación de las demás declaraciones relativas a los tratados (reservas, objeciones o aceptaciones).

76. La Comisión ha considerado que sería útil incluir directrices en este sentido en la Guía de la práctica<sup>151</sup>. Sin embargo, solo pueden formularse como recomendaciones, a semejanza de las adoptadas, por ejemplo, en lo que respecta a la motivación de las reservas<sup>152</sup> y de las objeciones a las reservas<sup>153</sup>. Las directrices en las que se recomiende la forma escrita y el procedimiento de comunicación podrían inspirarse en las correspondientes al procedimiento aplicable a los demás tipos de declaraciones relativas a un tratado, como, por ejemplo, las directrices 2.1.1<sup>154</sup> y 2.1.5 a 2.1.7<sup>155</sup> en el caso de las reservas, con una redacción que, no obstante, no puede ajustarse plenamente a esas refe-

rencias. En consecuencia, se propone que esas directrices se redacten de la siguiente manera<sup>156</sup>:

«**2.4.0** *Forma escrita de las declaraciones interpretativas*

En lo posible, una declaración interpretativa debería formularse por escrito.»

«**2.4.3 bis** *Comunicación de las declaraciones interpretativas*

En lo posible, la comunicación de una declaración interpretativa debería efectuarse, *mutatis mutandis*, conforme al procedimiento establecido en las directrices 2.1.5, 2.1.6 y 2.1.7.»

77. Cabe preguntarse si el depositario podría poner en marcha un procedimiento de consultas cuando una declaración interpretativa fuera manifiestamente inválida, en cuyo caso la directriz 2.1.8<sup>157</sup> también debería mencionarse en la directriz 2.4.3 bis. Sin embargo, no parece necesario incluir esta mención, habida cuenta de que, por una parte, la directriz 2.1.8 ha levantado críticas<sup>158</sup> y, por otra, no es en absoluto evidente que una declaración interpretativa pueda ser «válida» o «inválida».

78. A pesar de la postura expresada por ciertos miembros de la Comisión en su 60.º período de sesiones, en 2008, a la que el Relator Especial tuvo la imprudencia de adherirse en su decimotercer informe sobre las reservas a los tratados<sup>159</sup>, la motivación de las declaraciones interpretativas no parece formar parte de la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales ni, más en general, responder a una necesidad real. Cuando formulan declaraciones interpretativas, los Estados u organizaciones internacionales desean, sin lugar a dudas, expresar su posición sobre el sentido de una disposición del tratado o de determinado concepto utilizado en el texto del tratado y, por lo general, explican las razones de su postura. Es innecesario, por no decir imposible, explicar esas explicaciones. Por tanto, no es preciso establecer ninguna directriz al respecto, ni siquiera como mera recomendación.

79. La situación es distinta por lo que respecta a las reacciones a las declaraciones interpretativas. En esos casos, los autores de una aprobación, oposición o recalificación

b) si corresponde, del órgano competente de la organización internacional interesada.»

<sup>156</sup> Es obvio que la numeración de estas directrices deberá revisarse durante la segunda lectura.

<sup>157</sup> Esta directriz está redactada de la siguiente manera:

«**2.1.8 [2.1.7 bis]** *Procedimiento en caso de reservas manifiestamente inválidas*

1. Cuando una reserva sea manifiestamente inválida a juicio del depositario, este señalará a la atención de su autor lo que, en su opinión, causa esa invalidez.

2. Si el autor mantiene la reserva, el depositario comunicará el texto de la reserva a los Estados y las organizaciones internacionales signatarios y a los Estados y las organizaciones internacionales contratantes y, si corresponde, al órgano competente de la organización internacional interesada, con indicación de la naturaleza de los problemas jurídicos planteados por la reserva.»

<sup>158</sup> Véase *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 2 y 3 del comentario a la directriz 2.1.8. Véase también el párrafo 36 *supra*.

<sup>159</sup> Véase la nota 134 *supra*.

<sup>151</sup> Véase la nota 134 *supra*.

<sup>152</sup> Directriz 2.1.9 (Motivación [de las reservas]) (*Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 124); véase también la Nota del Relator Especial sobre un proyecto de directriz 2.1.9 relativo a la exposición de motivos de las reservas (*Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/586).

<sup>153</sup> Directriz 2.6.10 (Motivación [de las objeciones]) (*Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte) párr. 124); véase también *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, párrs. 110 y 111.

<sup>154</sup> Esta directriz está redactada de la siguiente manera:

«**2.1.1** *Forma escrita*

Una reserva habrá de formularse por escrito.»

<sup>155</sup> Estas directrices están redactadas de la siguiente manera:

«**2.1.5** *Comunicación de las reservas*

1. Una reserva habrá de comunicarse por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado.

2. Una reserva a un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o a un tratado por el que se cree un órgano facultado para aceptar una reserva habrá de comunicarse además a esa organización o a ese órgano.

**2.1.6 [2.1.6, 2.1.8]** *Procedimiento de comunicación de las reservas*

1. Salvo que el tratado disponga o que los Estados y las organizaciones internacionales contratantes acuerden otra cosa, una comunicación relativa a una reserva a un tratado deberá ser transmitida:

a) si no hay depositario, directamente por el autor de la reserva a los Estados contratantes y a las organizaciones internacionales contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado, o

b) si hay depositario, a este, quien la notificará lo antes posible a los Estados y a las organizaciones internacionales a que esté destinada.

2. Una comunicación relativa a una reserva se entenderá que ha quedado hecha respecto de un Estado o de una organización internacional solo cuando haya sido recibida por ese Estado o esa organización.

3. La comunicación relativa a una reserva a un tratado que se efectúe por correo electrónico o por telefax deberá ser confirmada por nota diplomática o notificación al depositario. En tal caso, se considerará que la comunicación ha sido hecha en la fecha del correo electrónico o del telefax.

**2.1.7** *Funciones del depositario*

1. El depositario examinará si la reserva a un tratado formulada por un Estado o una organización internacional está en debida forma y, de ser necesario, señalará el caso a la atención del Estado o la organización internacional de que se trate.

2. De surgir alguna discrepancia entre un Estado o una organización internacional y el depositario acerca del desempeño de esta función, el depositario señalará la cuestión a la atención:

a) de los Estados y las organizaciones signatarios, así como de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes, o

pueden explicitar los motivos por los que reaccionan a la declaración interpretativa en cuestión, por ejemplo explicando por qué la interpretación propuesta no responde a la intención de las partes, y no cabe duda de que es útil que lo hagan. La directriz 2.9.6 (Exposición de motivos de la aprobación, la oposición y la recalificación) propuesta en

el decimotercer informe<sup>160</sup> y remitida al Comité de Redacción en 2008<sup>161</sup> conserva pues todo su interés.

<sup>160</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/600, párr. 46.

<sup>161</sup> Véase el párrafo 39 *supra*.

## CAPÍTULO II

### Validez de las reservas y las declaraciones interpretativas (*continuación y conclusión*)

80. El Relator Especial comenzó a analizar la validez de las reservas y declaraciones interpretativas en 2005, en su décimo informe sobre las reservas a los tratados<sup>162</sup>. Su intención es concluir ese análisis en el presente capítulo y posibilitar así la aprobación completa en primera lectura de la tercera parte de la Guía de la práctica, relativa a la «Validez de las reservas y declaraciones interpretativas».

81. La Comisión ya ha aprobado varias directrices correspondientes a esa tercera parte<sup>163</sup>. No procede reconsiderar aquí esas directrices, que fueron aprobadas tras un debate en profundidad acerca del décimo informe sobre las reservas a los tratados. Tampoco parece oportuno reconsiderar el vocabulario utilizado en esa tercera parte, en particular el término «validez», que ha sido respaldado por la Comisión tras largos debates<sup>164</sup>. En cambio, a fin de facilitar la comprensión de las directrices que se proponen a continuación para completar la tercera parte de la Guía de la práctica, parece oportuno recordar los términos en que se plantea la cuestión de la validez de las reservas y presentar de nuevo, de manera resumida, las directrices aprobadas por la Comisión en 2006 y 2007<sup>166</sup> (secc. A), antes de examinar la cuestión conexas de la validez de las reacciones a las reservas (secc. B). El análisis de la validez de las declaraciones interpretativas, por su parte, es importante no tanto por sus incidencias concretas como por afán de exhaustividad (secc. C). Lo mismo ocurre con el análisis de la validez de las reacciones a las declaraciones interpretativas (secc. D). El problema de la validez de las declaraciones interpretativas condicionales será objeto de un breve estudio separado (secc. E).

82. La Comisión también ha debatido ya los problemas que plantea la determinación de la validez de las reservas, que fueron presentados por el Relator Especial en su décimo informe<sup>165</sup>. La Comisión remitió las correspondientes directrices al Comité de Redacción en 2006<sup>166</sup>, que aún no los ha aprobado. Cabe esperar que sean aprobados por fin este año. Esas directrices deberán ser completadas,

en su caso, con directrices relativas a la determinación de la validez de las reacciones a las reservas, las declaraciones interpretativas y las reacciones a ellas.

83. Las directrices 3.3 y 3.3.1 propuestas por el Relator Especial en su décimo informe<sup>167</sup>, relativas a la cuestión de las consecuencias de la falta de validez de las reservas, también han sido remitidas al Comité de Redacción<sup>168</sup> y, en consecuencia, tampoco es necesario volver a debatir sobre ellas. No obstante, puede resultar oportuno preguntarse por el lugar que han de ocupar en la Guía de la práctica, ya que se refieren más bien a los efectos (o la ausencia de efectos) de las reservas que a su validez *per se*<sup>169</sup>.

84. Asimismo, tras reflexionar sobre la cuestión, el Relator Especial estimó en 2006 que probablemente era preferible aplazar la decisión sobre las directrices 3.3.2 a 3.3.4<sup>170</sup>, relativas igualmente a las consecuencias de la

<sup>167</sup> *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), págs. 197 a 201, documento A/CN.4/558 y Add.1 y 2, párrs. 181 a 194. Las directrices están redactadas de la siguiente manera:

#### «3.3 Consecuencias de la falta de validez de una reserva

La reserva formulada a pesar de la prohibición expresa o implícita derivada de las disposiciones del tratado o de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado no es válida, sin que proceda hacer una distinción entre esas dos causas de invalidez.

##### 3.3.1 Falta de validez de las reservas y responsabilidad

La formulación de una reserva carente de validez surte sus efectos en el marco del derecho de los tratados. No da lugar por sí misma a la responsabilidad del Estado o de la organización internacional que la haya formulado.»

<sup>168</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 104. Véase también el párrafo 6 *supra*.

<sup>169</sup> *Ibíd.*, párr. 157.

<sup>170</sup> Estas directrices, propuestas por el Relator Especial en su décimo informe sobre las reservas a los tratados (*Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), págs. 201 a 103, documento A/CN.4/588 y Add.1 y 2, párrs. 195 a 208), están redactadas de la siguiente manera:

##### «3.3.2 Nulidad de las reservas carentes de validez

Una reserva que no reúna las condiciones de validez enunciadas en la directriz 3.1 es nula de pleno derecho.

##### 3.3.3 Efecto de la aceptación unilateral de una reserva carente de validez

La aceptación de una reserva por un Estado contratante o por una organización internacional contratante no puede subsanar la nulidad de la reserva.

##### 3.3.4 Efecto de la aceptación colectiva de una reserva carente de validez

1. Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva prohibida expresa o implícitamente por el tratado o incompatible con su objeto y fin si ninguna de las demás Partes contratantes hace objeciones después de una consulta expresa por el depositario.

2. Al realizar esa consulta, el depositario señalará la naturaleza de los problemas jurídicos planteados por la reserva a la atención de

<sup>162</sup> *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/558 y Add.1 y 2.

<sup>163</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 104, y *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 47. Véanse también los párrafos 8 y 23 *supra*.

<sup>164</sup> *Anuario... 2005*, vol. I, 2859.ª sesión, pág. 218 y ss., párrs. 7 y ss.; *ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 345. En *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, párrs. 19 a 22, figura un resumen de los debates de la Sexta Comisión sobre ese problema terminológico.

<sup>165</sup> *Anuario... 2005*, volumen II (primera parte), pág. 153, documento A/CN.4/558 y Add.1 y 2. Véase también los párrafos 5 y 13 *supra*.

<sup>166</sup> *Ibíd.*, vol. I, 2859.ª sesión, pág. 217; *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 103. Véase también el párrafo 7 *supra*.

(falta de) validez de una reserva, hasta que la Comisión examinara los efectos de las reservas<sup>171</sup>. Fiel a esta propuesta, la Comisión no ha tomado desde entonces ninguna iniciativa al respecto. Esas directrices deberían figurar en la cuarta parte de la Guía de la práctica, dedicada a los efectos de las reservas y las declaraciones interpretativas, y se volverán a examinar en el capítulo III *infra*.

#### A. Validez de las reservas (recordatorio)

85. La tercera parte de la Guía de la práctica comienza con el examen de la cuestión de la validez material de las reservas. En esa parte no se pretende extraer las consecuencias de la validez o falta de validez de una reserva, sino únicamente determinar si se cumplen los requisitos de fondo para su validez. Este enfoque es coherente con la lógica en que se basa toda la Guía de la práctica: antes de poder examinar el régimen jurídico de una reserva, debe determinarse si una declaración unilateral constituye una reserva. Para que así sea, es necesario que dicha declaración responda a la definición del artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, tal como queda precisada y completada en la primera parte de la Guía de la práctica. Solo cuando se haya llevado a cabo la operación de calificación se podrá examinar la validez de la reserva desde el punto de vista de su forma (objeto de la segunda parte de la Guía de la práctica) y contenido (objeto de esta tercera parte). La determinación de los efectos jurídicos de una reserva solo podrá llevarse a cabo posteriormente, y no dependerá únicamente de su validez, sino también de las reacciones de los otros Estados y organizaciones internacionales.

86. La validez material de las reservas viene determinada, fundamentalmente, por el artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Por este motivo, la directriz 3.1 (Validez material de una reserva)<sup>172</sup> reproduce, sin modificaciones, lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención de Viena de 1986. El objeto de las directrices 3.1.1 a 3.1.13 es precisar los requisitos para la validez material enumerados en esa disposición clave del régimen de las reservas que resulta de las Convenciones de Viena.

87. La directriz 3.1.1 (Reservas expresamente prohibidas por el tratado)<sup>173</sup> define lo que ha de entenderse por reserva «prohibida por el tratado» y precisa el sentido del apartado *a* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

88. Por su parte, la directriz 3.1.2 (Definición de determinadas reservas)<sup>174</sup> precisa el concepto de *determinadas* reservas utilizado en el apartado *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. En efecto, cuando un tratado prevea de forma expresa que únicamente pueden hacerse determinadas reservas (o formularse<sup>175</sup>, si se trata de determinadas reservas cuyo contenido no está

especificado en el tratado<sup>176</sup>), se considerará prohibida cualquier otra reserva que no cumpla los criterios establecidos en el tratado.

89. Si bien no establece una definición directamente operativa del concepto de objeto y fin del tratado, la directriz 3.1.5 (Incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado)<sup>177</sup> indica, de manera general, cuándo debe considerarse que una reserva es contraria al objeto y fin del tratado y trata de precisar el tenor del apartado *c* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Así ocurre cuando la reserva puede afectar «a un elemento esencial del tratado, necesario para su estructura general, de tal manera que comprometa la razón de ser del tratado».

90. Sin embargo, esta directriz no establece un auténtico criterio que permita determinar de manera concluyente si una reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado. Por ello, se ha estimado útil, por una parte, precisar mejor la manera en que puede determinarse el objeto y el fin de un tratado y, por otra, ilustrar esa metodología con ejemplos concretos<sup>178</sup>.

91. La directriz 3.1.6 (Determinación del objeto y el fin del tratado)<sup>179</sup> cumple la primera función, al indicar el método que debe seguirse para determinar el objeto y el fin de un tratado.

92. El papel y la función de las directrices 3.1.7 (Reservas vagas o generales)<sup>180</sup>, 3.1.8 (Reservas relativas a una disposición que refleja una norma consuetudinaria)<sup>181</sup>, 3.1.9 (Reservas contrarias a una norma de *jus cogens*)<sup>182</sup>, 3.1.10 (Reservas a disposiciones relativas a derechos inderogables)<sup>183</sup>, 3.1.11 (Reservas relativas al derecho interno)<sup>184</sup>, 3.1.12 (Reservas a los tratados generales de derechos humanos)<sup>185</sup> y 3.1.13 (Reservas a las cláusulas convencionales de solución de controversias o de vigilancia de la aplicación del tratado)<sup>186</sup> es proporcionar ejemplos concretos de reservas que, por un motivo u otro (que se precisan en esas directrices), pueden considerarse incompatibles con el objeto y el fin del tratado en cuestión. Esos motivos pueden derivarse de la naturaleza del tratado o de la disposición particular a que se refiere la reserva, por una parte, o de las características de la propia reserva (por ejemplo, su formulación vaga o general o el hecho de que se refiera a normas de derecho interno indeterminadas), por otra.

93. Además, la directriz 3.1.3 (Validez de las reservas que no estén prohibidas por el tratado) precisa que, aun en el caso de que el tratado prohíba ciertas reservas, las que no estén sujetas a esa prohibición no quedarán exentas de

los Estados y de las organizaciones internacionales signatarios y de los Estados y de las organizaciones internacionales contratados y, según el caso, del órgano competente de la organización de que se trate.»

<sup>171</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 157.

<sup>172</sup> El texto de la directriz y su comentario figura en *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 159.

<sup>173</sup> *Ibíd.*

<sup>174</sup> *Ibíd.*

<sup>175</sup> Véase el párrafo 93 *infra*.

<sup>176</sup> Véase la directriz 3.1.4 y su comentario, *ibíd.*

<sup>177</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 154.

<sup>178</sup> *Ibíd.*, párr. 15 del comentario a la directriz 3.1.5.

<sup>179</sup> *Ibíd.*, párr. 154.

<sup>180</sup> *Ibíd.*

<sup>181</sup> *Ibíd.*

<sup>182</sup> *Ibíd.*

<sup>183</sup> *Ibíd.*

<sup>184</sup> *Ibíd.*

<sup>185</sup> *Ibíd.*

<sup>186</sup> *Ibíd.*

cumplir el criterio del objeto y el fin del tratado. La directriz 3.1.4 (Validez de determinadas reservas) contiene una norma similar en relación con las reservas determinadas cuyo contenido no venga especificado en el tratado. Tales reservas también deben cumplir el criterio del artículo 19, apdo. c, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

## B. Validez de las reacciones a las reservas

94. A diferencia de lo que ocurre con las reservas, las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no contienen ningún criterio ni requisito de validez sustancial de las reacciones a las reservas, si bien la aceptación y la objeción ocupan un lugar nada desdeñable en dichas Convenciones. No obstante, estas reacciones no constituyen criterios de validez de una reserva susceptibles de ser evaluadas objetivamente en función de los requisitos establecidos en el artículo 19 de las Convenciones de Viena. Son un medio para que los Estados y las organizaciones internacionales expresen su punto de vista sobre la validez de una reserva, pero lo cierto es que la validez (o falta de validez) de una reserva debe valorarse con independencia de las aceptaciones u objeciones que haya suscitado. Esta idea está claramente expresada en la directriz 3.3 (Consecuencias de la falta de validez de una reserva)<sup>187</sup>.

95. La falta de conexión entre la validez de la reserva y las reacciones a ella se manifiesta con especial claridad en los trabajos preparatorios del régimen de Viena sobre las objeciones<sup>188</sup>. De ello se desprende también que, si bien no existe inconveniente en hablar de «validez» material de una objeción o aceptación, esa palabra tiene una connotación distinta de la que tiene respecto de las propias reservas: se trata, esencialmente, de determinar si la objeción o la aceptación puede surtir plenos efectos.

### 1. VALIDEZ DE LAS OBJECIONES

96. En su undécimo informe sobre las reservas a los tratados, el Relator Especial propuso una directriz 2.6.3 redactada de la siguiente manera:

#### 2.6.3 Facultad de formular objeciones

Un Estado u organización internacional puede formular una objeción a una reserva por cualquier motivo, de conformidad con las disposiciones de la presente Guía de la práctica<sup>189</sup>.

97. La Comisión remitió esa directriz al Comité de Redacción, que, sin embargo, decidió aplazar su examen para más adelante<sup>190</sup>. Además de preguntarse si se trataba

<sup>187</sup> Véase la nota 167 *supra*.

<sup>188</sup> Véase *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, párrs. 61 a 66.

<sup>189</sup> *Ibid.*, párr. 67.

<sup>190</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), nota 233. Lo mismo ocurrió con la directriz 2.6.4 (Facultad de oponerse a la entrada en vigor del tratado en relación con el autor de la reserva), redactada de la siguiente manera (*Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, párr. 75):

«2.6.4 Facultad de oponerse a la entrada en vigor del tratado en relación con el autor de la reserva

Un Estado o una organización internacional autor de una objeción a una reserva puede oponerse a la entrada en vigor del tratado entre ese Estado u organización y el Estado u organización internacional autor de la reserva, por el motivo que sea, de conformidad con lo dispuesto en la presente Guía de la práctica.»

de una «facultad» o de un auténtico «derecho» (cuestión que podría ser resuelta por el Comité de Redacción), este órgano prefirió esperar a que el Relator Especial presentara un estudio sobre la validez de las objeciones antes de pronunciarse sobre la redacción definitiva de la directriz, lo que pone de manifiesto que dicha directriz está indisolublemente unida a la cuestión de la validez. Por tanto, procede remitirse al undécimo informe sobre las reservas a los tratados (en el que se justifica esta disposición)<sup>191</sup> como prolegómeno del análisis de la cuestión de la validez de las objeciones.

98. En su opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, la CIJ había asimilado el tratamiento de la validez de las objeciones con el de las propias reservas, y había considerado que:

El objeto y el fin [del tratado] establecen [...] límites tanto a la libertad de introducir reservas como a la de formular objeciones a ellas. De ello se desprende que la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin de la Convención debe servir de criterio para apreciar la actitud del Estado que se adhiere con reservas y del que considera que debe formular una objeción a este respecto. Esta es la norma de conducta que debe orientar a cada Estado en la apreciación que le corresponde hacer individualmente y por cuenta propia del carácter regular de una reserva<sup>192</sup>.

99. Esta posición fue respaldada por la Comisión en el artículo 20, párr. 2, apdo. b, del proyecto de artículos sobre derecho de los tratados aprobado en primera lectura en 1962. Según esa disposición:

Toda objeción hecha a una reserva por un Estado que la considerare incompatible con el objeto y finalidad del tratado impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que hubiere formulado la reserva y el que hubiere formulado la objeción, salvo que este último hubiere manifestado la intención contraria<sup>193</sup>.

100. Los trabajos posteriores de la Comisión y de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados eliminaron la exigencia de que las objeciones a las reservas fueran compatibles con el objeto y el fin del tratado<sup>194</sup>. En virtud del principio del consensualismo que impregna el derecho de los tratados en su conjunto, «ningún Estado puede quedar vinculado por obligaciones contractuales que no considere adecuadas»<sup>195</sup>. Por otro lado, la CIJ había subrayado, en su opinión consultiva *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, que «es un principio bien asentado que un Estado no puede, en sus relaciones convencionales, quedar vinculado sin su consentimiento y, en consecuencia, no se le puede oponer ninguna reserva hasta que no haya dado su consentimiento»<sup>196</sup>. En otras palabras, un

<sup>191</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, párrs. 60 a 75.

<sup>192</sup> *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1951, pág. 24. Véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1991*, pág. 25.

<sup>193</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 203.

<sup>194</sup> Véase *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, párrs. 61 y 62.

<sup>195</sup> Tomuschat, «Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties», pág. 466; véase también *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 60, párrs. 97 y 99, y Müller, «Article 20», págs. 809 a 811, párrs. 20 a 24.

<sup>196</sup> C.I.J. *Recueil 1951*, pág. 21. Los magistrados disidentes también subrayaron este principio en su opinión conjunta: «El consentimiento de las partes es la base de las obligaciones convencionales. El derecho que rige las reservas es solamente un caso particular de este principio fundamental, con independencia de que el acuerdo de las partes en relación

Estado puede formular una objeción a cualquier reserva, sea válida o no (en particular en razón de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado).

101. Esta falta de conexión entre la validez de una reserva y una objeción, ¿resuelve el problema de la validez material de una objeción? ¿O cabe imaginar que una objeción sea incompatible con el objeto y el fin del tratado o contraria a una prohibición convencional?

102. Con independencia de si la reserva es compatible o incompatible con el objeto y el fin del tratado, toda objeción tiene por resultado, *a priori*, la exclusión de la aplicación del tratado en su conjunto (si su autor ha expresado «claramente» su intención en ese sentido) o, según el artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, de la disposición a que se refiere la reserva. Así pues, toda objeción tiene por objeto y, eventualmente, por resultado afectar a la integridad del régimen convencional aplicable entre el autor de la reserva y el de la objeción.

103. Pero no por ello la objeción es inválida. Los efectos potenciales de una objeción consisten simplemente en que las relaciones bilaterales entre el autor de la objeción y el de la reserva quedan total o parcialmente «desreguladas» (excluidas del tratado)<sup>197</sup>. El autor de la objeción se limita a ejercer un derecho (o una facultad)<sup>198</sup> que le reconocen las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, ya que estas prevén expresamente la posibilidad de excluir, en esa relación bilateral, la aplicación no solo de algunas de sus disposiciones, sino del tratado en su conjunto. Aunque una objeción pudiera, en última instancia, afectar al objeto y fin del tratado (al excluir, por ejemplo, la aplicación de una disposición esencial del tratado), no debe olvidarse que su autor tiene el *derecho* (o en todo caso la facultad) de excluir toda relación convencional con el autor de la reserva. «Quien puede lo más, puede lo menos». Este resultado, ciertamente poco satisfactorio, es sin embargo el corolario de la formulación de la reserva (y no el de la objeción), y queda inmediatamente corregido cuando se retira esta última a fin de restablecer la integridad de las relaciones convencionales. En todo caso, cabe pensar que se está ante un argumento muy sólido para considerar que, aunque tenga el inconveniente de privar al tratado de una parte esencial de su contenido en su aplicación entre el Estado (o la organización internacional) que formula la reserva

---

con la reserva se produzca antes de que esta sea enunciada, simultáneamente o después» (ibíd., pág. 32). El célebre pronunciamiento de la CPJI en el caso *Lotus* confirma esta posición: «Las normas jurídicas que vinculan a los Estados proceden, entonces, de la voluntad de estos, manifestada en convenciones o usos que, según se acepta en general, consagran los principios del derecho y están fijados con miras a regular la coexistencia de comunidades independientes o a fin de alcanzar objetivos comunes. Por tanto, las limitaciones de la independencia de los Estados no se presumen» (*arrêt n.º 9, 1927, C.P.J.I. série A n.º 10*, pág. 18). Asimismo, el tribunal arbitral establecido para resolver el caso *Délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française* también subrayó la importancia del «principio del consentimiento mutuo en la celebración de los tratados» (laudo de 30 de junio de 1977, Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E/F.80.V.7), pág. 171, párr. 60).

<sup>197</sup> En este sentido, véase Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, págs. 175 y 176.

<sup>198</sup> Véase el párrafo 97 *supra*.

y el Estado (o la organización internacional) que formula la objeción, es preferible aceptar este riesgo con la esperanza de que será temporal.

104. Ello no impide que los autores de una reserva contra la que se han formulado objeciones expresen su descontento. La reacción de los Estados Unidos ante las objeciones de Francia e Italia respecto de la «declaración» formulada por aquel país en relación con el Acuerdo sobre el transporte internacional de productos alimentarios perecederos y sobre la utilización de equipo especial para su transporte (ATP) es un ejemplo particularmente ilustrativo<sup>199</sup>. Según esta protesta:

Los Estados Unidos consideran que la redacción del artículo 10 [del Acuerdo], tal como ha sido confirmada por la historia de las negociaciones, es muy clara y que cualquier Estado parte en el Acuerdo puede hacer una declaración en virtud de dicho artículo. Los Estados Unidos estiman, por tanto, que las objeciones de Italia y Francia y las declaraciones según las cuales ninguno de esos países se considerará vinculado por el Acuerdo en sus relaciones con los Estados Unidos no están justificadas y son lamentables. Los Estados Unidos se reservan sus derechos en la materia y proponen que las partes se sigan esforzando por resolver esta cuestión en un espíritu de cooperación<sup>200</sup>.

Cabe señalar, no obstante, que el autor de la protesta en modo alguno considera que las objeciones de Francia e Italia no sean válidas, sino «únicamente» que «no están justificadas y son lamentables».

105. Es evidente que si una objeción tuviera por efecto modificar las relaciones convencionales bilaterales entre su autor y el autor de la reserva en un sentido que resultara contrario a una norma imperativa de derecho internacional (*jus cogens*), dicho resultado no sería aceptable. Sin embargo, esta posibilidad parece excluida: una objeción solo tiene por objeto, y solo puede, excluir la aplicación de una o varias disposiciones convencionales. Tal exclusión no puede «producir» una disposición incompatible con una norma de *jus cogens*. El efecto es simplemente «desregulación». Así pues, en última instancia las normas aplicables entre el autor de la reserva y el de la objeción nunca son diferentes de las que preexisten al tratado y, si no se ha excluido la aplicación del tratado en su conjunto, de las disposiciones convencionales que no se ven afectadas por la reserva. En estas circunstancias, es muy difícil (en realidad, imposible) concebir una «objeción» que pueda vulnerar una norma imperativa.

106. Por otra parte, a la hora de aprobar la definición de «objeción» la Comisión rehusó tomar posición sobre la cuestión de la validez de las objeciones que tienen por objeto producir un efecto «supermáximo»<sup>201</sup>. Se trata de objeciones cuyos autores no solo hacen constar que la

<sup>199</sup> Según las objeciones de Francia e Italia, «solo los Estados europeos pueden formular la declaración prevista en el artículo 10 respecto de los transportes realizados en territorios situados fuera de Europa». Por ello, ambos Estados formularon «una objeción contra la declaración del Gobierno de los Estados Unidos de América y, en consecuencia, [declararon] que no [quedarían] [vinculados] por el Acuerdo ATP en sus relaciones con los Estados Unidos de América» (*Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 1<sup>er</sup> avril 2009* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.09.V.3), ST/LEG/SER.E/26, cap. XI, B.22).

<sup>200</sup> Ibíd.

<sup>201</sup> Véase *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 87, párr. 24 del comentario de la directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas).

reserva no es válida, sino también que, en consecuencia, el tratado se aplica *ipso facto* en su conjunto a las relaciones entre los dos Estados. La validez de las objeciones de efecto supermáximo se ha puesto en entredicho muy a menudo<sup>202</sup>, también por el Relator Especial, en particular porque el efecto de una declaración de este tipo no es impedir la aplicación de un tratado en su conjunto o de las disposiciones a las que se refiere la reserva en las relaciones entre las dos partes, sino dejar sin efecto la reserva sin el consentimiento de su autor. Ello va mucho más allá de las consecuencias de las objeciones a las reservas previstas por los artículos 21, párr. 3, y 20, párr. 4, apdo. *b*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1985. Mientras que, a diferencia de las reservas, las objeciones expresan la actitud de un Estado, no respecto a una norma jurídica sino respecto a la posición adoptada por otro Estado, es en este caso la misma norma aceptada por el Estado que hace la reserva la que se cuestiona, lo cual es contrario a la esencia misma de las objeciones<sup>203</sup>. Sin embargo, no se pone en entredicho la validez de la objeción como tal; el problema que plantea esta práctica es determinar si la objeción puede producir el efecto deseado por su autor<sup>204</sup>, lo cual dista mucho de poder afirmarse. Un Estado (o una organización internacional) puede formular una objeción y pretender que tenga un efecto supermáximo, pero ello no quiere decir que la objeción pueda producir tal efecto, que no está contemplado en absoluto en el régimen de Viena. Pero, como reconoció la Comisión en su comentario de la directriz 2.6.1 (donde se define el término «objeción» y se incluyen, sin lugar a dudas, las objeciones de efecto supermáximo),

la Comisión ha tratado de adoptar una posición de total neutralidad en lo que se refiere a la validez de los efectos [y no de la objeción] que el autor de la objeción pretende que produzca su objeción. Se trata de una cuestión que corresponde examinar en relación con los efectos de las objeciones<sup>205</sup>.

107. Lo mismo ocurre con las objeciones «con efecto ‘intermedio’»<sup>206</sup>, mediante las cuales un Estado o una organización internacional «manifiesta la intención de quedar vinculado con el autor de la reserva y estima que la exclusión de las relaciones convencionales debe ir más allá de cuanto prevé artículo 21, párr. 3 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986»<sup>207</sup>.

108. Existen relativamente pocos ejemplos concretos de la práctica convencional sobre esas objeciones de efecto intermedio o «extensivas», pero ello no significa que tal práctica no exista. Sin embargo, esta «nueva generación»<sup>208</sup> de objeciones parece haberse desarrollado exclusivamente en relación con reservas a la propia

Convención de Viena de 1969. Las reservas formuladas por varios Estados al artículo 66 de la Convención de Viena sobre los procedimientos de solución de controversias<sup>209</sup> dieron lugar a que otros Estados formularan objeciones de alcance más amplio que las reservas «simples», pero sin llegar a declarar que no quedarían vinculados por el tratado con el autor de la reserva. Aunque varios Estados partes en la Convención de Viena formularon objeciones a esas reservas ciñéndose a los efectos «presuntos» contemplados en el artículo 21, párr. 3, de la Convención de Viena de 1969<sup>210</sup>, otros Estados (Canadá<sup>211</sup>, Egipto<sup>212</sup>, Estados Unidos<sup>213</sup>, Japón<sup>214</sup>, Nueva Zelanda<sup>215</sup>, Países Bajos<sup>216</sup>, Reino Unido<sup>217</sup> y Suecia<sup>218</sup>) quisieron que sus objeciones tuvieran consecuencias más importantes, pero sin llegar a impedir la entrada en vigor de la Convención entre ellos y los Estados autores de las reservas<sup>219</sup>. En efecto, esos Estados no solo quisieron excluir la

<sup>209</sup> Véanse las reservas formuladas por Argelia, Belarús, China, Cuba, la Federación de Rusia, Guatemala, la República Árabe Siria, Ucrania, Túnez y Viet Nam (*Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. XXIII.1). Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría y Mongolia habían formulado reservas en el mismo sentido, pero las retiraron a comienzos del decenio de 1990 (*ibíd.*). La República Democrática Alemana también había formulado una reserva que excluía la aplicación del artículo 66 (*ibíd.*).

<sup>210</sup> Es el caso de Alemania y Dinamarca (*ibíd.*).

<sup>211</sup> En relación con la reserva de la República Árabe Siria (*ibíd.*).

<sup>212</sup> La objeción de Egipto no se refiere específicamente a una reserva concreta, sino a cualquier reserva que excluya la aplicación del artículo 66 (*ibíd.*).

<sup>213</sup> Las objeciones de los Estados Unidos fueron formuladas antes de que ese país pasara a ser parte contratante y se refieren a las reservas de la República Árabe Siria y Túnez (*ibíd.*).

<sup>214</sup> En relación con cualquier reserva que excluya la aplicación del artículo 66 o el anexo (*ibíd.*).

<sup>215</sup> En relación con la reserva de Túnez (*ibíd.*).

<sup>216</sup> En relación con todos los Estados que hayan formulado reservas sobre los procedimientos obligatorios de solución de controversias, de manera general. Sin embargo, esta declaración general se reiteró de manera individual en relación con cada uno de los Estados que habían formulado efectivamente tales reservas (*ibíd.*).

<sup>217</sup> En la medida prevista por su declaración de 5 de junio de 1987 y dejando al margen el caso de la reserva de Viet Nam.

<sup>218</sup> En relación con cualquier reserva que excluya las disposiciones relativas a la solución de controversias, de manera general, y en relación concretamente con las reservas de Cuba, la República Árabe Siria y Túnez (*ibíd.*).

<sup>219</sup> El Reino Unido formuló objeciones de efecto máximo a las reservas de la República Árabe Siria y Túnez en buena y debida forma. Sin embargo, el efecto de esas objeciones parece haber quedado atenuado *a posteriori* por la declaración del Reino Unido de 5 de junio de 1987 que, en cierto modo, supone el retiro parcial de la objeción anterior (véase la directriz 2.7.7 y su comentario en *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte)), ya que su autor no se opone a la entrada en vigor de la Convención entre el Reino Unido y un Estado que haya formulado una reserva respecto del artículo 66 o el anexo, sino que solo excluye la aplicación de la parte V en sus relaciones convencionales. Según esta declaración, que se volvió a mencionar en 1989 (reserva de Argelia) y en 1999 (reserva de Cuba), «en relación con cualquier otra reserva cuya intención sea excluir la aplicación total o parcial de las disposiciones del artículo 66 y respecto de la cual el Reino Unido ya haya presentado una objeción, o que se formule después de la reserva [de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas], el Reino Unido considerará que en sus relaciones convencionales con el Estado que haya formulado o que formule tal reserva no se aplicarán las disposiciones de la parte V de la Convención respecto de las cuales haya quedado excluida la aplicación del artículo 66 en razón de la reserva formulada» (*Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. XXIII.1). No obstante, en 2002 el Reino Unido volvió a dotar a su objeción contra la reserva de Viet Nam de un efecto máximo que excluía toda relación convencional con ese país (*ibíd.*). Nueva Zelanda también decidió dotar de efecto máximo a su objeción contra la reserva de la República Árabe Siria (*ibíd.*).

<sup>202</sup> Véase *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), págs. 53 y 54, párrs. 97 y 98, y la nota 154.

<sup>203</sup> *Ibíd.*, párr. 97.

<sup>204</sup> Véase el párrafo 95 *supra*.

<sup>205</sup> *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 87, párr. 25 del comentario de la directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas).

<sup>206</sup> *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), pág. 53, párr. 95. Véase también *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, nota 309.

<sup>207</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/574, nota 309.

<sup>208</sup> Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, pág. 293.

aplicación de la disposición o las disposiciones relativas a la solución obligatoria de controversias «a las que se refiere la reserva»: tampoco se consideraron vinculados, en sus relaciones bilaterales con el Estado autor de la reserva, por las disposiciones de fondo a las que se aplicara el procedimiento o los procedimientos de solución de controversias. Así, según la objeción de los Estados Unidos a la reserva de Túnez relativa al artículo 66, apdo. *a*, de la Convención de Viena,

el Gobierno de los Estados Unidos tiene la intención, en el momento en que pase a ser parte en la Convención, de reafirmar su objeción [...] y declarar que considerará que los artículos 53 o 64 de la Convención no se aplicarán a las relaciones entre los Estados Unidos de América y Túnez<sup>220</sup>.

109. El texto de la Convención de Viena de 1969 no prevé ese tipo de limitaciones de las relaciones convencionales entre el Estado autor de la reserva y el Estado autor de la objeción, y el fundamento jurídico de ese efecto intermedio de una objeción no está claramente establecido en la Convención de Viena (que no lo prevé) ni en la doctrina. Algunos autores proponen que se considere que «esas objeciones extensivas son, de hecho, reservas (limitadas *ratione personae*)»<sup>221</sup>. Este análisis podría basarse, en cierta medida, en el hecho de que otros Estados han decidido formular reservas en sentido estricto para alcanzar el mismo resultado<sup>222</sup>. Es el caso de Bélgica, que formuló (tardíamente) una reserva a la Convención de Viena al declarar que

el Estado belga no quedará vinculado por los artículos 53 y 64 de la Convención respecto de cualquier parte que formule una reserva al artículo 66, apartado *a*, y rechace el procedimiento de solución de controversias establecido en ese artículo<sup>223</sup>.

110. A este respecto Gaja ha escrito lo siguiente:

Dado que un rechazo parcial modifica el contenido del tratado en relación con el Estado autor de la reserva más allá del efecto perseguido por la reserva, parece necesario que el Estado autor de la reserva manifieste su aceptación o asentimiento para que ese rechazo parcial surta sus efectos; en caso contrario, no se establecerían relaciones convencionales entre el Estado autor de la reserva y el Estado que formule una objeción por la que rechace parcialmente esas relaciones<sup>224</sup>.

111. La conclusión lógica de esta forma de descomponer las objeciones con efecto intermedio sería la necesidad de que respetaran los requisitos de validez material y formal de las reservas. Se trataría pues de «contrarreservas».

112. Sin embargo, este enfoque parece discutible. No debe olvidarse que, como todas las objeciones, las de efecto intermedio se presentan como reacción frente a

la reserva formulada por otro Estado. Lo normal es que solo se recurra a ellas una vez que el Estado que formula la objeción ya es parte en el tratado, lo que, por regla general, le impedirá formular una reserva dentro de los plazos prescritos por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y reproducidos en la directriz 1.1 de la Guía de la práctica<sup>225</sup>. Así pues, el Estado contratante que desee reaccionar frente a una reserva por medio de una objeción con efecto intermedio se expondría inevitablemente a las incertidumbres características del régimen de las reservas tardías. Este fue el caso de la reserva formada por Bélgica<sup>226</sup>: una simple objeción sobre su carácter tardío habría bastado para que la reserva se considerara formalmente inválida y quedara sin efecto. De este modo, el Estado que hubiese formulado la reserva inicial apenas encontraría dificultades para imponer su punto de vista a los demás Estados; solo tendría que formular una objeción (simple) para impedir que la reserva surtiera efecto.

113. Para conseguir el resultado deseado, la única posibilidad parece ser formular una reserva «preventiva» que haga las veces de «objeción» anticipada, como en el caso de la reserva presentada por la República Unida de Tanzania en el momento de su adhesión a la Convención de Viena de 1969 en 1976<sup>227</sup>. No obstante, lo normal es que a los Estados les resulte difícil anticipar todas las posibles reservas en el momento en que manifiestan su consentimiento en quedar vinculados por el tratado, así como evaluar los posibles efectos de esas reservas a fin de formular en ese mismo momento una «contrarreserva» preventiva<sup>228</sup>.

114. De este modo, no parece aconsejable limitarse a asimilar las objeciones con efecto intermedio a las reservas, lo que además pondría claramente en cuestión el principio del consensualismo<sup>229</sup>. Por lo demás, la Comisión ya ha admitido que se trata indudablemente de objeciones y no de reservas. En efecto, la definición de objeción incluida en la directriz 2.6.1<sup>230</sup> indica claramente que constituyen objeciones no solo las declaraciones bilaterales que tienen por objeto excluir los efectos jurídicos de la reserva o del tratado en su conjunto, sino también aquellas con las que se pretende «modificar los efectos jurídicos de la reserva». Esta fórmula se ha incluido en la definición de objeción precisamente para dar cuenta de la práctica real de las objeciones con efecto intermedio<sup>231</sup>. Ahora bien, tratándose de una objeción, y sin perjuicio de que pueda entablarse un «diálogo sobre reservas», el Estado que formula la reserva no está en principio en condiciones de responder a ella de manera efectiva.

<sup>220</sup> *Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. XXIII.1.

<sup>221</sup> Véase, en particular, Sztucki, «Some questions arising from reservations to the Vienna Convention on the Law of Treaties», pág. 297, quien sugiere que ese tipo de declaraciones han de considerarse «objeciones únicamente en relación con las reservas iniciales, y reservas en sentido estricto de los Estados autores de la objeción en cuanto al resto» (ibíd., pág. 291).

<sup>222</sup> La reserva de Bélgica que se cita en este párrafo difiere muy poco, por su espíritu, el objetivo perseguido y la técnica utilizada, de las objeciones condicionales contempladas en la directriz 2.6.14. Véase, en particular, la objeción de Chile a la Convención de Viena de 1969, citada en *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 2 del comentario de la directriz 2.6.14.

<sup>223</sup> *Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. XXIII.1.

<sup>224</sup> «Unruly treaty Reservations», pág. 326. Véase también Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, pág. 385.

<sup>225</sup> *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 108. Véase también la directriz 1.1.2 (ibíd.).

<sup>226</sup> Véase el párrafo 109 *supra*.

<sup>227</sup> La reserva de la República Unida de Tanzania establece lo siguiente: «Los Estados que formulen reservas respecto de cualquier disposición de la parte V de la Convención o respecto de dicha parte en su conjunto no podrán invocar el artículo 66 de la Convención en relación con la República Unida de Tanzania» (*Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. XXIII.1).

<sup>228</sup> En este sentido, véase Horn, *op. cit.*, pág. 179.

<sup>229</sup> Véase la nota 195 *supra*.

<sup>230</sup> *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 82.

<sup>231</sup> Ibíd., pág. 87, párr. 23 del comentario de la directriz 2.6.1. Véase también *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 110, párr. 293, apdo. *d*.



115. Además, conviene subrayar que, pese a que las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no autorizan expresamente estas objeciones con efecto intermedio, ninguna de sus disposiciones las impiden. Por el contrario, las objeciones con efecto intermedio, como su propio nombre indica, se encuentran «a mitad de camino», en el sentido de que se sitúan justamente entre los dos extremos preconizados por el régimen de Viena: su objetivo es excluir la aplicación del tratado en mayor grado que una objeción con efecto mínimo (art. 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena) pero en menor medida que una objeción con efecto máximo (art. 20, párr. 4, apdo. b, de las Convenciones de Viena)<sup>232</sup>.

116. En este contexto, sería igualmente inadmisibles que los Estados y las organizaciones internacionales pudieran utilizar una reserva como pretexto para dotar a sus objeciones de tales efectos intermedios con total libertad, excluyendo así cualquier disposición que pudiera parecerles inconveniente. Para demostrarlo, resulta útil examinar los orígenes de las objeciones con efecto intermedio.

117. Su utilización se ha producido principalmente, por no decir de forma exclusiva, en el marco de las reservas y las objeciones a las disposiciones de la parte V de la Convención de Viena de 1969 y de ella se deduce claramente la motivación que impulsó a los Estados objetores a tratar de ampliar en cierta manera los efectos de sus objeciones. El artículo 66 de la Convención de Viena y su anexo relativo a la conciliación obligatoria constituyen garantías procesales que muchos Estados consideraron esenciales cuando se aprobó dicha Convención para evitar que se abusara de otras disposiciones de la parte V<sup>233</sup>. Este vínculo fue subrayado por ciertos Estados que formularon objeciones con efecto intermedio a las reservas planteadas en relación con el artículo 66. En este sentido:

El Reino de los Países Bajos opina que las disposiciones relativas a la solución de controversias, enunciadas en el artículo 66 de la Convención, constituyen un elemento importante del instrumento y no pueden disociarse de las normas sustantivas a las que están vinculadas<sup>234</sup>.

Por su parte, el Reino Unido se manifestó en los siguientes términos, aún más explícitos:

El artículo 66 prevé la solución obligatoria de las controversias por la Corte Internacional de Justicia en ciertas circunstancias [...] o mediante un procedimiento de conciliación [...]. Estas disposiciones están vinculadas indisolublemente a las normas de la parte V con las que guardan relación. Su inclusión motivó que los elementos de la parte V que constituían un desarrollo progresivo del derecho internacional fueran aceptados por la Conferencia de Viena<sup>235</sup>.

Las reacciones de varios Estados a las reservas relativas al artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 buscaban pues preservar el compromiso conjunto —el arreglo global— que ciertos Estados habían tratado de cuestionar por medio de reservas y que solo podía restablecerse mediante

<sup>232</sup> Müller, «Article 21», págs. 925 y 926, párrs. 67 a 69.

<sup>233</sup> Sztucki, *loc. cit.*, págs. 286 y 287 (véanse también las referencias aportadas por el autor).

<sup>234</sup> *Traité multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. XXIII.1. Véase también la nota 216 *supra*.

<sup>235</sup> *Ibid.* Objeción del Reino Unido de 5 de junio de 1987 a la reserva formulada por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en relación con el artículo 66 de la Convención de Viena; véase también la nota 217 *supra*.

una objeción que fuese más allá de los efectos «normales» de las reservas previstos en las Convenciones de Viena<sup>236</sup>.

118. De este modo, la práctica relativa a las objeciones con efecto intermedio demuestra la existencia de un vínculo intrínseco entre la disposición objeto de la reserva y aquellas otras disposiciones cuyo efecto jurídico se ve afectado por la objeción. No se trata, sin embargo, de un requisito de validez para la objeción. En primer lugar, porque nada prueba que se trate de una «práctica aceptada como derecho». Pero es que, además, someter las objeciones con efecto intermedio a requisitos de validez material sin hacer lo propio con las objeciones con efecto máximo resultaría contradictorio. En efecto, la determinación y apreciación del vínculo necesario entre las disposiciones cuyo efecto jurídico puede quedar excluido en virtud de la reserva y de la objeción extensiva dependen además de si la objeción con efecto intermedio puede producir o no el resultado preconizado por su autor. Una cosa es afirmar que una objeción con efecto intermedio no sea válida y otra distinta sostener que dicha objeción no pueda producir el efecto deseado por su autor. Así pues, el problema no se refiere a la validez de la objeción y por tanto no debe tratarse en la parte de la Guía de la práctica dedicada a la cuestión de la validez material de las declaraciones relativas al tratado, sino en la concerniente a los efectos que efectivamente puede producir una objeción con efecto intermedio.

119. De lo anterior cabe deducir que un Estado o una organización tienen el derecho (o la facultad) de plantear una objeción sin que dicho derecho (o facultad) esté sujeto a condiciones de validez material, como ocurre con las reservas. Aunque algunos de los efectos perseguidos con una objeción puedan parecer poco deseables, por ejemplo la ausencia de todo vínculo convencional entre el autor de la reserva y el autor de la objeción, se trata simplemente de una consecuencia lógica del principio del consensualismo. Es el autor de la reserva quien pone en cuestión la integridad del tratado, no la reacción de las demás partes contratantes. Como indicó la CIJ en su opinión consultiva *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*:

Es un principio bien asentado que un Estado no puede, en sus relaciones convencionales, quedar vinculado sin su consentimiento y, en consecuencia, no se le puede oponer ninguna reserva hasta que no haya dado su consentimiento<sup>237</sup>.

120. Sin embargo, conviene volver a insistir en que la objeción no puede formularse válidamente si con anterioridad su autor ha aceptado la reserva a que dicha objeción se refiere. Aunque esta condición pueda considerarse como un requisito de validez material de la objeción, también puede entenderse que se trata de una cuestión de forma o formulación. Por este motivo, la directriz 2.8.12, de la que la Comisión tomó nota en 2008<sup>238</sup> y que deberá aprobar definitivamente en 2009, establece lo siguiente:

#### 2.8.12 *Carácter definitivo de la aceptación de una reserva*

La aceptación de una reserva no podrá ser retirada ni modificada.

No parece necesario volver a examinar esta cuestión.

<sup>236</sup> Müller, «Article 21», págs. 927 y 928, párr. 70.

<sup>237</sup> *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 21.

<sup>238</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 77.

## 2. VALIDEZ DE LAS ACEPTACIONES

121. En lo concerniente a la aceptación, y teniendo en cuenta los trabajos anteriores de la Comisión en torno a la validez de las reservas, tampoco parece haber motivos para cuestionar la validez de la aceptación de una reserva.

122. Parece evidente que los Estados u organizaciones internacionales contratantes pueden aceptar libremente una reserva válida sin que la validez de dicha aceptación pueda ponerse en duda. Sin embargo, la cuestión parece plantearse de forma diferente cuando el Estado o la organización internacional acepta una reserva materialmente inválida.

123. Aunque la aceptación no puede determinar la validez de una reserva<sup>239</sup>, según la doctrina:

La aceptación de una reserva inadmisibles es teóricamente imposible. Las reservas prohibidas directa o indirectamente en el artículo 19, párrafo 1, apartados *a* y *b*, no pueden ser aceptadas por ningún Estado. Tales reservas y sus correspondientes aceptaciones no tendrán efecto jurídico alguno.

[...]

De modo análogo, una reserva incompatible según el artículo 19, párrafo 1, apartado *c*, no debería considerarse susceptible de aceptación por ser intrínsecamente inválida y carente de eficacia jurídica<sup>240</sup>.

124. El Relator Especial comparte este análisis. De ello no se desprende, sin embargo, que la aceptación de una reserva carente de validez también sea, *ipso facto*, inválida. Parece más correcto considerar que simplemente no puede producir los efectos jurídicos pretendidos por su autor. La razón de esta ineficacia no estriba en la invalidez de la aceptación, sino en la invalidez de la reserva. La aceptación como tal no puede calificarse como válida o inválida. En su décimo informe sobre las reservas a los tratados, el Relator Especial ya afirmó que «[l]a aceptación de una reserva por un Estado contratante o por una organización internacional contratante no puede subsanar la nulidad de la reserva»<sup>241</sup>, pero esta cuestión no se refiere a la validez de la aceptación sino a la de la reserva.

El presente proyecto de directriz no tiene por objeto determinar cuáles son los efectos de la aceptación de una reserva por un Estado, sino solo constatar que, si la reserva en cuestión no es válida, sigue siendo nula a pesar de la aceptación de la que haya sido objeto. Esa constatación es conforme al texto del artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 que solo contempla los efectos de las reservas si son «efectivas» de conformidad, no solo con los artículos 20 y 23, sino también, expresamente, con el artículo 19. Además, el principio enunciado en el proyecto de directriz 3.3.3 se puede conciliar con las disposiciones del artículo 20; en particular, no impide que la aceptación pueda surtir otros efectos y, en particular, permitir la entrada en vigor del tratado respecto del Estado o de la organización internacional que ha formulado la reserva<sup>242</sup>.

La aceptación no influye en modo alguno en la respuesta que se dé a la cuestión de cuáles son, dadas las circunstancias, las condiciones en que el tratado puede entrar en vigor para el autor de la reserva y cuál será el contenido de

sus obligaciones convencionales; tal respuesta dependerá únicamente de la validez de la reserva y de las consecuencias que su autor pretendiera producir al formularla.

125. Además, afirmar que ninguna aceptación de una reserva carente de validez puede considerarse válida impediría que las partes contratantes pudiesen aceptar colectivamente tal reserva. Sin embargo,

[s]e puede [...] sostener que las Partes siempre están en libertad de enmendar el tratado mediante un acuerdo general *inter se* de conformidad con el artículo 39 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y que nada les impide concertar un acuerdo unánime a ese fin en materia de reservas<sup>243</sup>.

126. Por otra parte, teniendo en cuenta la presunción del artículo 20, párr. 5, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, se considera que los Estados u organizaciones internacionales que no se pronuncian sobre una reserva, sea o no válida<sup>244</sup>, han «aceptado» esa reserva. Si cualquier aceptación tuviera que someterse a requisitos de validez, habría que entender que la aceptación tácita realizada en forma presunta por estos Estados u organizaciones internacionales no sería válida, lo que resulta absurdo<sup>245</sup>.

## 3. CONCLUSIONES SOBRE LAS REACCIONES A LAS RESERVAS

127. En beneficio de las presentes observaciones, conviene constatar por una parte que, como en el caso de las objeciones, las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no determinan las condiciones de validez material de las aceptaciones y que no es prudente hablar de validez material en lo que se refiere a las reacciones a las reservas, independientemente de si estas últimas son válidas o no. Si la Comisión considera necesario aprobar una directriz en este sentido, lo que en opinión del Relator Especial no es indispensable<sup>246</sup>, su redacción podría ser la siguiente:

«3.4<sup>247</sup> Validez material de las aceptaciones y las objeciones

La aceptación de una reserva y la objeción a una reserva no están sometidas a ninguna condición de validez material.»

<sup>243</sup> *Ibíd.*, pág. 203, párr. 205. Véanse, en este sentido, Greig, «Reservations: equity as a balancing factor?», págs. 56 y 57, o Sucharipa-Behrman, «The legal effects of reservations to multilateral treaties», pág. 78. Esta es también la posición de Bowett, que considera sin embargo que tal posibilidad no entra dentro del ámbito del derecho de las reservas («Reservations to non-restricted multilateral treaties», pág. 84); véase también Redgwell, «Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», pág. 269.

<sup>244</sup> Véase sin embargo la posición de Gaja, que afirma que el artículo 20, párr. 5, como el resto de ese mismo artículo y el artículo 21 de la Convención de Viena, solo son aplicables a las reservas válidas («Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili»).

<sup>245</sup> Tal vez podría afirmarse que el artículo 20, párr. 5, no se aplica en lo que respecta a las reservas carentes de validez (*ibíd.*), pero, ¿cómo puede determinarse por anticipado tal invalidez?

<sup>246</sup> Su aprobación tendría no obstante la ventaja «pedagógica» de justificar la inclusión en la Guía de la práctica de observaciones correspondientes a las novedades referentes a la sección *A supra*.

<sup>247</sup> La numeración de las directrices propuestas en el presente informe sigue la adoptada con anterioridad; habida cuenta de que convendría «desplazar» ciertas directrices anteriormente aprobadas de la tercera a la cuarta parte (véanse los párrafos 83 y 84 *supra*), el Comité de Redacción deberá modificar la numeración de las directrices de la tercera parte de la Guía de la práctica.

<sup>239</sup> Véanse los párrafos 94 y 95 *supra*.

<sup>240</sup> Horn, *op. cit.* pág. 121.

<sup>241</sup> *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 202, párr. 202, directriz 3.3.3 (Efecto de la aceptación unilateral de una reserva carente de validez).

<sup>242</sup> *Ibíd.*, párr. 203.

### C. Validez de las declaraciones interpretativas

128. Las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no contienen ninguna regla sobre las declaraciones interpretativas como tales ni tampoco, como es lógico, sobre las condiciones de validez de esas declaraciones unilaterales. A este respecto, como en relación con muchos otros, las declaraciones interpretativas son distintas de las reservas, a las que no pueden asimilarse pura y simplemente.

129. La definición incluida en la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) se limita igualmente a identificar el fenómeno de manera positiva:

Se entiende por «declaración interpretativa» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, con el objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance que ese Estado o esa organización atribuye al tratado o a alguna de sus disposiciones<sup>248</sup>.

Sin embargo, esta definición, tal como se indica en el comentario,

no prejuzga en forma alguna la validez ni el efecto de dichas declaraciones y en lo que se refiere a las declaraciones interpretativas se imponen las mismas precauciones que las adoptadas con respecto a las reservas: la definición propuesta no prejuzga la licitud ni los efectos de esas declaraciones en relación con las reglas que les son aplicables<sup>249</sup>.

La referencia a la «licitud» en la redacción de 1999 debería interpretarse en la actualidad, al igual que ocurre con las reservas, como «validez» término que en opinión de la Comisión<sup>250</sup> parece más adecuado en todos los casos.

130. Cabe preguntarse no obstante si una declaración interpretativa puede ser válida o no, cuestión obviamente distinta de la de si una declaración unilateral constituye una declaración interpretativa o una reserva. En efecto, determinar si la declaración unilateral tiene por objeto «precisar o aclarar el sentido o el alcance que el autor atribuye al tratado o a alguna de sus disposiciones» —lo que coincidiría con la definición de las declaraciones interpretativas— no es lo mismo que decidir si la interpretación propuesta es válida o, en otros términos, si «el sentido o el alcance que el declarante atribuye al tratado o a alguna de sus disposiciones» es válido.

131. Es indudable que la validez de las declaraciones interpretativas puede quedar enmarcada por el propio tratado<sup>251</sup>, lo que, en la práctica, no es demasiado frecuente, pero tampoco imposible. Así, la prohibición en el tratado de toda declaración interpretativa privaría de validez a cualquier declaración que tuviera por objeto «precisar o aclarar el sentido o el alcance» del tratado o de algunas de sus disposiciones. El artículo XV.3 del Tratado de Libre Comercio Canadá–Costa Rica<sup>252</sup> es un ejemplo de disposición de este tipo. Los ejemplos no se limitan, sin embargo, a los tratados bilaterales. El tercer borrador del Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas, de noviembre de 2003, que, la verdad sea dicha, a fecha de

hoy sigue siendo un proyecto, establece efectivamente en su capítulo XXIV, art. 4, lo siguiente:

Este Acuerdo no podrá ser objeto de reservas [ni declaraciones interpretativas unilaterales] al momento de su ratificación<sup>253</sup>.

132. Del mismo modo, no es inconcebible que un tratado solo prohíba la formulación de ciertas declaraciones interpretativas sobre algunas de sus disposiciones. El Relator Especial no tiene constancia de ningún tratado multilateral que contenga una prohibición de este tipo. Pero en la práctica convencional pueden encontrarse prohibiciones más generales que, sin referirse expresamente a ninguna declaración en particular, limitan la facultad de las partes de interpretar el tratado de tal o cual manera. De ello se deduce que, si no se permite interpretar el tratado de cierta manera, las declaraciones interpretativas que propongan la interpretación proscrita no serán válidas. Es posible encontrar ejemplos de este tipo de prohibición en la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, que en su artículo 4, párr. 1, establece lo siguiente:

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta se podrá interpretar en el sentido de que limita o deroga los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El artículo 5, por su parte, prescribe que:

Nada de la presente Carta podrá ser interpretado en el sentido de que lleve consigo el derecho de emprender cualquier actividad o de realizar cualquier acción que contradigan los fines de la Carta de las Naciones Unidas u otras obligaciones del derecho internacional, incluido el principio de soberanía y de integridad territorial de los Estados.

De modo análogo, los artículos 21 y 22 del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales limitan también la posibilidad de interpretar este instrumento:

#### Artículo 21

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio Marco se interpretará en el sentido de que implique el derecho a ejercer cualquier actividad o realizar cualquier acto contrario a los principios fundamentales del derecho internacional y, en particular, de la igualdad soberana, integridad territorial e independencia política de los Estados.

#### Artículo 22

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio Marco se interpretará en el sentido de que introduzca limitaciones o excepciones a cualquiera de los derechos humanos y libertades fundamentales que estén reconocidos según las leyes de cualquier Parte Contratante o de conformidad con cualquier otro acuerdo en el que esta sea parte.

133. Al margen de las prohibiciones de declaraciones interpretativas unilaterales establecidas en convenios internacionales, no parece posible extraer ningún otro criterio de validez material de una declaración interpretativa. Por definición, estas declaraciones no tienen por objeto modificar los efectos jurídicos del tratado, sino solamente introducir precisiones o aclaraciones<sup>254</sup>.

<sup>253</sup> FTAA.TNC/w/133/Rev.3.

<sup>254</sup> *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 107, párr. 16 del comentario de la directriz 1.2. Véase también el célebre pronunciamiento de la CIJ en su opinión consultiva de 18 de julio de 1950 en el caso *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, segunda fase, *C.I.J. Recueil 1950*, pág. 229, y el fallo de 27 de agosto de 1952 de la CIJ, *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, *C.I.J. Recueil 1952*, pág. 196. Véase también *C.I.J. Résúmenes 1948-1991*, págs. 20 y 35, respectivamente.

<sup>248</sup> *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 103 y 104.

<sup>249</sup> *Ibid.*, pág. 109, párrafo 33 del comentario.

<sup>250</sup> *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 69, párr. 345.

<sup>251</sup> Heymann, *op. cit.*, pág. 114.

<sup>252</sup> «Artículo XV.3. Reservas: Este Tratado no podrá ser objeto de reservas unilaterales ni declaraciones interpretativas unilaterales.» (véase <http://www.sice.oas.org/Trade/cancr/spanish/indice.asp>)

134. Si, por el contrario, con la «declaración interpretativa» se pretende socavar la eficacia jurídica de alguna disposición de un tratado o del tratado en su conjunto, no se trataría en realidad de una declaración interpretativa, sino de una reserva, que habría de ser tratada como tal y respetar por tanto los requisitos de validez material (y formal) de las reservas.

135. El tribunal arbitral llamado a resolver la controversia que enfrentaba a Francia y el Reino Unido en el caso *Mer d'Iroise* confirmó este punto de vista. El Reino Unido sostuvo ante el tribunal que la tercera reserva de Francia al artículo 6 de la Convención sobre la plataforma continental no era más que una declaración interpretativa, interpretación que acto seguido rechazó alegando que no le era oponible. El tribunal no estimó este argumento y entendió que la declaración francesa no se limitaba a una simple interpretación, sino que modificaba el ámbito de aplicación del artículo 6, por lo que se trataba de una reserva, según lo alegado por Francia:

A juzgar por los términos de la declaración, esta condición parece ir más allá de una simple interpretación. En efecto, la aplicación de este sistema está subordinada a la aceptación, por el otro Estado, de las zonas designadas por la República Francesa como áreas sujetas a la noción de «circunstancias especiales», más allá de toda cuestión de legitimidad de esta designación de las zonas en cuestión según el artículo 6. El artículo 2, párrafo 1, apartado d, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que según ambas partes define correctamente las reservas, establece que por «reserva» debe entenderse la «declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado [...] con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado». Esta definición no limita el concepto de reserva a las declaraciones que tengan por objeto excluir o modificar las propias disposiciones de los tratados, sino que abarca igualmente las declaraciones con las que se trata de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones en su aplicación al Estado que formula la reserva. El Tribunal considera que este es precisamente el propósito de la tercera reserva francesa y por tanto concluye que dicha «reserva» debe considerarse una «reserva» y no una «declaración interpretativa»<sup>255</sup>.

136. Aunque es frecuente que los Estados afirmen o den a entender que la interpretación propuesta por otro Estado no se adecua al objeto y al fin del tratado en cuestión<sup>256</sup>, una declaración interpretativa no puede, por definición, ir en contra del tratado o su objeto o fin. Si así lo hiciera, se trataría de una reserva, como ha quedado de manifiesto en numerosas reacciones de los Estados a estas «declaraciones interpretativas»<sup>257</sup>. La reacción de España

<sup>255</sup> *Delimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, laudo de 30 de junio de 1977, Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII, págs. 169 y 170, párr. 55.

<sup>256</sup> Véase, por ejemplo, la reacción de Alemania (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1862, n.º A-5146, págs. 475 y 476), a la declaración interpretativa de Polonia sobre el Convenio Europeo de Extradición (ibíd., pág. 474) o la reacción también de Alemania a la declaración interpretativa de la India referente al artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), caps. IV.3 y IV.4, respectivamente).

<sup>257</sup> Además del ejemplo (la reacción de España que se cita más adelante), véase la objeción de Austria a la «declaración interpretativa» formulada por el Pakistán en relación con el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, y las reacciones análogas de Alemania, Australia, el Canadá, Dinamarca, España, los Estados Unidos, Finlandia, Francia, la India, Israel, Italia, el Japón, Noruega, Nueva Zelanda, los Países Bajos, el Reino Unido y Suecia (*Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. XVIII.9). Véanse igualmente las reacciones de Alemania y los Países Bajos a la

a la «declaración» formulada por el Pakistán al firmar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales revela claramente las distintas etapas del razonamiento en caso de que la «interpretación» propuesta se presente en realidad como una modificación del tratado contraria a su objeto y fin. Es necesario en primer lugar calificar la declaración y solo entonces podrán aplicarse los requisitos de validez material (*de las reservas*):

El Gobierno del Reino de España ha examinado la declaración hecha por el Gobierno de la República Islámica del Pakistán el 3 de noviembre de 2004, al firmar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966.

El Gobierno del Reino de España recuerda que, cualquiera que sea su denominación, una declaración unilateral hecha por un Estado con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado en su aplicación a ese Estado constituye una reserva.

El Gobierno del Reino de España considera que la declaración del Gobierno de la República Islámica del Pakistán mediante la cual subordina la aplicación de las disposiciones del Pacto a las disposiciones de la constitución de la República Islámica del Pakistán constituye una reserva que pretende limitar los efectos jurídicos del Pacto en su aplicación a la República Islámica del Pakistán. Una reserva que contiene una referencia general al derecho interno, sin precisar su contenido, no permite determinar con claridad en qué medida la República Islámica del Pakistán ha aceptado las obligaciones derivadas del Pacto y, en consecuencia, suscita dudas sobre el compromiso de la República Islámica del Pakistán con el objeto y el fin del Pacto.

El Gobierno del Reino de España considera que la declaración del Gobierno de la República Islámica del Pakistán mediante la cual subordina las obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a las disposiciones de su constitución constituye una reserva y que dicha reserva es incompatible con el objeto y el fin del Pacto.

De conformidad con el derecho internacional consuetudinario, tal y como ha sido codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las reservas incompatibles con el objeto y el fin de un tratado no están permitidas.

En consecuencia, el Gobierno del Reino de España objeta la reserva hecha por el Gobierno de la República Islámica del Pakistán al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Esta objeción no impide la entrada en vigor del Pacto entre el Reino de España y la República Islámica del Pakistán<sup>258</sup>.

137. Así pues, no se trata en modo alguno de un problema de «validez» de las declaraciones interpretativas. En realidad, estas declaraciones unilaterales no son sino reservas y deben ser tratadas como tales, incluso en lo concerniente a su validez material y formal. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguió efectivamente este mismo razonamiento en su sentencia dictada en el asunto *Belilos*. Tras recalificar la declaración suiza como una reserva, el Tribunal le aplicó los requisitos de validez material propios del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

Para determinar la naturaleza jurídica de una «declaración» de este tipo, hay que ir más allá de su mero título y examinar su contenido material. En este caso, se ha comprobado que la intención de Suiza era

declaración unilateral de Malasia (ibíd.) o las reacciones de Alemania, Finlandia, los Países Bajos y Suecia a la «declaración interpretativa» de Uruguay sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ibíd., cap. XVIII.10). Para otros ejemplos de recalificaciones, véase *Anuario...* 2008, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/600, párr. 26.

<sup>258</sup> *Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. IV.3. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado* n.º 51, 1.º de marzo de 2006, pág. 8295.

evitar la aplicación del párrafo 1 del artículo 6 a ciertas categorías de litigios y protegerse de una interpretación, en su opinión demasiado amplia, de este último precepto. Sin embargo, el Tribunal debe velar por que las obligaciones derivadas del Convenio no sufran restricciones que no respondan a las exigencias del artículo 64, relativo a las reservas. Por ello, examinará la validez de la declaración interpretativa en cuestión bajo el prisma de esta disposición, como si se tratara de una reserva<sup>259</sup>.

138. En consecuencia, parece prudente indicar en una directriz que toda declaración unilateral, presentada como declaración interpretativa pero que en realidad constituye una reserva, está sometida a los requisitos de validez de las reservas.

### «3.5.1 Condiciones de validez aplicables a las declaraciones unilaterales que constituyen reservas

La validez de una declaración unilateral que se presenta como una declaración interpretativa pero constituye una reserva debe apreciarse conforme a lo dispuesto en las directrices 3.1 a 3.1.15.»

139. No obstante, queda por determinar la cuestión de si una verdadera declaración interpretativa, que tiene por objeto precisar el sentido del tratado o de sus disposiciones, puede ser válida o inválida si el tratado no se pronuncia al respecto<sup>260</sup>.

140. Es evidente que una interpretación puede tenerse por fundada o infundada, aunque, en términos absolutos, es difícil determinar si su autor tiene o no razón hasta que un órgano competente se pronuncie sobre la interpretación del tratado. La interpretación no deja de ser un proceso eminentemente subjetivo y es poco frecuente que una disposición jurídica, o un tratado en su conjunto, se preste a una única interpretación; en efecto, «la interpretación de documentos es hasta cierto punto un arte, no una ciencia exacta»<sup>261</sup>.

141. Como subrayó Kelsen:

Si por «interpretación» se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica solo puede determinar el marco que expone el derecho por interpretar y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias<sup>262</sup>.

Por su parte, Combacau y Sur consideran que:

En efecto, los casos en que el proceso interpretativo [en derecho internacional] está centralizado, ya sea en un órgano jurisdiccional o de cualquier otra forma, son excepcionales. La competencia de interpretación pertenece al conjunto de los sujetos e, individualmente, a cada uno de ellos. La fragmentación de modos de interpretación que se desprende de lo anterior solo se ve compensada de forma imperfecta por la jerarquía existente entre ellos. Las interpretaciones unilaterales son en principio de igual valor, y los modos concertados son facultativos y, por ende, aleatorios. No obstante, no deben subestimarse las dificultades prácticas. No se trata tanto de una imperfección esencial del derecho

<sup>259</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Belilos*, sentencia de 29 de abril de 1988, *serie A n.º 132*, párr. 24, párr. 49.

<sup>260</sup> Para el caso en que el tratado excluye ciertas interpretaciones, véanse los párrafos 131 y 132 *supra*.

<sup>261</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, párr. 240, párr. 4 del comentario al artículo 28 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados. Véase también Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, párr. 230.

<sup>262</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, págs. 351 y 352.

internacional como de un componente de su naturaleza, que lo orienta por entero hacia una negociación permanente que las normas en vigor permiten racionalizar y canalizar<sup>263</sup>.

142. De este modo, se acepta que «en virtud de su soberanía, cada Estado tiene derecho a indicar el sentido que da a los tratados en los que es parte en lo que a él respecta»<sup>264</sup>. Si los Estados tienen derecho a interpretar unilateralmente los tratados, también deben tener derecho a hacer público su punto de vista sobre la interpretación de un tratado o de alguna de sus disposiciones.

143. Sin embargo, el derecho internacional no ofrece ningún criterio que permita determinar de manera decisiva si una interpretación es o no fundada. Es cierto que existen métodos de interpretación (véanse en primer lugar los artículos 31 a 33 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986), pero solo se trata de directrices sobre los medios que permiten dilucidar la interpretación «correcta», de donde no cabe extraer una prueba definitiva del carácter fundado de la interpretación. Así, el artículo 31, párr. 1, de las Convenciones de Viena dispone que «[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y *teniendo en cuenta su objeto y fin*». Esta precisión en modo alguno constituye un criterio para determinar el fundamento de las interpretaciones dadas al tratado, y menos aún una condición para su validez, sino un medio para obtener *una* interpretación. No es más que eso.

144. En derecho internacional, el valor de la interpretación se aprecia no en relación con su contenido, sino por razón de su autoridad. Lo que prima no es la interpretación «correcta», sino la que otorgan bien todas las partes en el tratado —en cuyo caso se habla de interpretación «auténtica»—, bien un órgano facultado para interpretar el tratado con fuerza obligatoria para sus partes. No es ocioso recordar a este respecto la opinión consultiva de la CPJI de 6 de diciembre de 1923 en el caso *Jaworzina*, de la que pueden extraerse múltiples enseñanzas. Aunque la Corte Permanente estaba convencida del carácter infundado de la interpretación realizada por la Conferencia de Embajadores, no abordó el problema como una cuestión de validez, sino que se situó en el terreno de la oponibilidad. La CPJI hizo el siguiente razonamiento:

E incluso si dejamos de lado las normas que rigen la interpretación auténtica de los textos jurídicos, está claro que no se puede atribuir un valor decisivo a la opinión de los autores de un texto cuando esa opinión, posterior a la redacción del texto en cuestión, es incompatible con la que emitieron en ese momento. Con mayor motivo, es fundado rechazar la autoridad de tal opinión cuando, como ocurre en el caso de que se trata, ha transcurrido un período de más de dos años entre el día en que se formuló y aquel en que se adoptó la decisión sujeta a interpretación<sup>265</sup>.

145. El derecho internacional en general y el derecho de los tratados en particular no imponen requisitos de validez para la interpretación en general y las declaraciones interpretativas en particular. Solo conoce la noción de oponibilidad de una interpretación o de una declaración interpretativa que, por su parte, despliega todos sus

<sup>263</sup> Combacau y Sur, *Droit international public*, párr. 171.

<sup>264</sup> Nguyen Quoc, Daillier y Pellet, *Droit international public*, párr. 254. Véase también Rousseau, *Droit international public*, párr. 250.

<sup>265</sup> 1923, *C.P.J.I. série B n.º 8*, párr. 38.

efectos en el marco de la determinación de los efectos de una declaración interpretativa. A falta de cualquier requisito de validez, «las declaraciones interpretativas simples son por tanto admisibles en principio»<sup>266</sup>, sin que proceda hablar de validez o invalidez fuera de los casos en que el propio tratado establece los criterios al respecto<sup>267</sup>.

146. Por consiguiente, Heymann ha afirmado con razón que:

El derecho internacional no conoce límites para la formulación de una declaración interpretativa simple, ya que los tratados, con independencia del lugar jerárquico que ocupen sus disposiciones en el derecho internacional, se interpretan en principio de forma descentralizada y deben ser aplicados y, por consiguiente, interpretados mientras dure su existencia. Por tanto, los límites a la admisibilidad de las declaraciones interpretativas solo pueden proceder del propio tratado. Ello implica que una declaración interpretativa simple solo puede prohibirse, o su formulación solo puede limitarse en el tiempo, si el tratado en cuestión contiene normas especiales en este sentido<sup>268</sup>.

147. En consonancia con estas observaciones, el Relator Especial estima que sería útil incluir en la Guía de la práctica una directriz que ponga de manifiesto la falta de requisitos de validez material de una declaración interpretativa salvo, claro está, que el tratado disponga lo contrario. Tal directriz podría inspirarse en el artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, reproducido en la directriz 3.1 (Validez material de una reserva), en la medida en que los apartados *a* y *b* de esa disposición enuncian la prohibición expresa o implícita por el propio tratado de formular ciertas reservas. Esta idea puede trasladarse al caso de las declaraciones interpretativas.

148. No obstante, el Relator Especial no tiene conocimiento de ningún tratado que autorice expresamente las declaraciones interpretativas «determinadas», en un sentido equivalente al de las «reservas determinadas»<sup>269</sup>. Aunque no cabe excluir enteramente esa posibilidad, es difícil imaginar qué objetivo podría perseguir una cláusula de esa naturaleza y el modo en que podría redactarse. Por lo tanto, a efectos de su aplicación a las declaraciones interpretativas, la formulación de la directriz 3.3 podría simplificarse y la disposición podría limitarse a declarar que la prohibición convencional de formular una declaración interpretativa puede ser expresa o implícita (lo que sucedería, por ejemplo, con un tratado que solo autorizase declaraciones interpretativas respecto de algunas de sus disposiciones).

### «3.5 Validez material de una declaración interpretativa

Un Estado o una organización internacional podrá formular una declaración interpretativa, a no ser que la declaración interpretativa esté prohibida expresa o implícitamente por el tratado.»

149. Por otra parte, ha de destacarse que la directriz 3.3 no reproduce las limitaciones temporales aplicables a la formulación de reservas que figuran en el artículo 19 de

las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que la directriz 3.1 se limita a reproducir conforme a la práctica reiterada de la Comisión. Tal limitación no existe en lo que respecta a las declaraciones interpretativas, como por lo demás ha observado la Comisión<sup>270</sup>. Por lo tanto, no es necesario recordarlo de nuevo en la directriz 3.3.

150. En definitiva, la determinación de la validez de las declaraciones interpretativas es infinitamente menos compleja que la de las reservas. Una prohibición convencional de formular declaraciones interpretativas no debería causar excesivos problemas de apreciación. Por consiguiente, no parece indispensable redactar una directriz que precise las normas que deben seguirse a tal fin.

## D. Validez de las reacciones a las declaraciones interpretativas (aprobación, oposición, recalificación)

151. La cuestión de la validez de las reacciones a las declaraciones interpretativas —la aprobación, la oposición y la recalificación— debe examinarse a la luz del estudio de la validez de las propias declaraciones interpretativas. Dado que todo Estado, en virtud de su derecho soberano a interpretar los tratados en los que es parte, está facultado para formular declaraciones interpretativas, parece indudable que los demás cocontratantes también están facultados para reaccionar frente a esas declaraciones interpretativas sin que sea posible evaluar la «validez» de sus reacciones.

### 1. VALIDEZ DE LAS APROBACIONES

152. Mediante la aprobación de una declaración interpretativa, su autor expresa su acuerdo con la interpretación propuesta y, con ello, manifiesta su punto de vista en cuanto a la interpretación del tratado o de algunas de sus disposiciones. El Estado o la organización internacional que formula la aprobación se limita a hacer lo que hace el propio autor de la declaración interpretativa<sup>271</sup>. Es difícil ver cómo esa reacción podría someterse a requisitos de validez distintos de los aplicables al acto inicial.

153. Por lo demás, las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se refieren a las relaciones entre una interpretación y su aceptación en su artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, y las consideran un «acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones»<sup>272</sup>.

<sup>270</sup> A este respecto, la directriz 2.4.3 dispone:

«2.4.3 Momento en que se puede formular una declaración interpretativa

Sin perjuicio de lo dispuesto en las directrices 1.2.1, 2.4.6 [2.4.7] y 2.4.7 [2.4.8], una declaración interpretativa podrá ser formulada en cualquier momento.»

(*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 205. Véase también *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 107 y 108, párrs. 21 y 22 del comentario de la directriz 1.2).

<sup>271</sup> Véase también *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/600, párrs. 42 a 48; véase asimismo la posición de Heymann, *op. cit.*, págs. 119 a 123.

<sup>272</sup> Véase también *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/600, párr. 10. Esta cuestión fue objeto de discusión entre las partes durante las alegaciones orales ante la CIJ en el caso *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), en el que Costa Rica sostenía que dos interpretaciones idénticas de los mismos términos por las partes constituían un acuerdo

<sup>266</sup> Heymann, *op. cit.*, pág. 113.

<sup>267</sup> Véanse los párrafos 131 y 132 *supra*.

<sup>268</sup> Heymann, *op. cit.*, pág. 116.

<sup>269</sup> Véanse las directrices 3.1.2 (Definición de las reservas determinadas) y 3.1.4 (Validez de las reservas determinadas), y sus comentarios (*Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 159).

154. Cuando la propia declaración interpretativa es inválida debido a la prohibición prevista en el tratado, la aprobación no tiene lógicamente ningún efecto, sin que sea necesario que esta última sea calificada también de inválida. Sin perjuicio de la cuestión de los efectos de las declaraciones interpretativas, parece evidente que no puede llegarse a ningún acuerdo ulterior en el sentido del artículo 31, párr. 3, apdo. *a*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Por otra parte, la prohibición convencional priva pura y simplemente de toda autoridad a las interpretaciones individuales realizadas por los Estados.

155. No obstante, la cuestión de si la interpretación propuesta por el autor de la declaración interpretativa, por una parte, y aceptada por el autor de la aprobación, por otra, es la interpretación «correcta» y, como tal, puede producir los efectos deseados por los protagonistas tanto respecto de sí mismos como en relación con las demás partes en el tratado<sup>273</sup> es distinta de la relativa a la validez de la declaración y la aprobación<sup>274</sup>. La primera cuestión solo podrá resolverse cuando se estudien los efectos de las declaraciones interpretativas.

## 2. VALIDEZ DE LAS OPOSICIONES

156. Al igual que sucede con las declaraciones interpretativas y las aprobaciones, la validez de una reacción negativa —una oposición— tampoco está subordinada al cumplimiento de criterios particulares.

157. Esta conclusión es especialmente evidente en lo que respecta a las oposiciones que se concretan en la formulación de una interpretación distinta de la inicialmente propuesta por el autor de la declaración interpretativa<sup>275</sup>. No hay ningún motivo para someter semejante «contradeclaración interpretativa», que lo único que hace es proponer otra interpretación del tratado o de alguna de sus disposiciones, a criterios y requisitos de validez más estrictos que la declaración interpretativa inicial. Aunque es evidente que, en caso de conflicto, en el mejor de los casos<sup>276</sup>, prevalecerá una de las dos interpretaciones, ambas deben presumirse válidas hasta que, llegado el momento, exista una interpretación que se imponga a los protagonistas. Por lo demás, la cuestión de si una o ninguna de ellas expresa efectivamente la interpretación «correcta» del tratado es otro tema y no afecta a la validez de tales declaraciones<sup>277</sup>.

de ese tipo (CR 2009/2 (2 de marzo de 2009), pág. 61, párrs. 47 y 48 (Sr. Kohen)) y Nicaragua impugnaba esa conclusión (CR 2009/4 (5 de marzo de 2009), págs. 56 y 57, párrs. 28 y 29 (Sr. Pellet)); véase *C.I.J. Recueil 2009*, fallo, pág. 213.

<sup>273</sup> Esta cuestión debe tenerse en cuenta sobre todo en relación con el artículo 41 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 (Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente).

<sup>274</sup> Véanse los párrafos 140 a 144 *supra*.

<sup>275</sup> Véase la directriz 2.9.2 en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/600, párr. 23.

<sup>276</sup> En efecto, no puede excluirse que un tercero no se adhiera a ninguna de las interpretaciones propuestas individual y unilateralmente por las partes en el tratado si considera que, aplicando los métodos de interpretación, hay otra interpretación que se desprende de los términos del tratado. Véase, por ejemplo, el fallo de 27 de agosto de 1952 de la CIJ, *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, *C.I.J. Recueil 1952*, pág. 211.

<sup>277</sup> Véanse los párrafos 140 a 144 *supra*.

158. Lo anterior se aplica también a una oposición pura y simple por la que su autor expresa únicamente su rechazo de la interpretación propuesta por una declaración interpretativa, sin proponer otra más «correcta» desde su punto de vista. Es evidente que estas oposiciones no están sometidas a ningún requisito de validez. La posición del autor de una oposición puede resultar ineficaz, sobre todo cuando la interpretación propuesta en la declaración resulte ser la más «correcta». Ello no pone en duda la validez de la oposición y solo afecta a sus posibles efectos.

## 3. VALIDEZ DE LAS RECALIFICACIONES

159. La cuestión de la validez de las recalificaciones de las declaraciones interpretativas se plantea bajo un ángulo ligeramente diferente. En efecto, mediante una recalificación, su autor no pone en cuestión<sup>278</sup> el contenido de la declaración inicial, sino su naturaleza jurídica y el régimen que se le debería aplicar<sup>279</sup>.

160. Efectivamente, conviene no perder de vista que la calificación de reserva o de declaración interpretativa debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta los criterios que la Comisión ha indicado en las directrices 1.3 y 1.3.1 a 1.3.3. En efecto, conforme a la directriz 1.3:

La calificación de una declaración unilateral como reserva o declaración interpretativa está determinada por el efecto jurídico que aquella tiene por objeto producir<sup>280</sup>.

La prueba «objetiva» se efectúa teniendo en cuenta exclusivamente los posibles efectos que, según su autor, la declaración tiene por objeto producir en el tratado. Dicho de otro modo:

únicamente el análisis de los efectos potenciales —y objetivos— de la declaración permite determinar el objeto de esta. A los efectos de la determinación de la naturaleza jurídica de una declaración hecha en relación con un tratado, el criterio decisivo descansa sobre el resultado efectivo que produce (o produciría) su aplicación: si da lugar a que se modifique o excluya el efecto jurídico del tratado o de algunas de sus disposiciones, se trata de una reserva «cualquiera que sea su enunciado o denominación»; si la declaración se limita a precisar o a aclarar el sentido o el alcance que su autor atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones, se trata de una declaración interpretativa<sup>281</sup>.

161. Sin perjuicio de la posición que adopte la Comisión sobre los efectos de esas declaraciones unilaterales, es evidente que constituyen un elemento no desdeñable para la determinación de la naturaleza jurídica del acto formulado inicialmente: para determinar si se trata de una declaración interpretativa o de una reserva, esas declaraciones deben tenerse en cuenta como expresión de la posición de las partes en el tratado en cuanto a la naturaleza de la «declaración interpretativa» o «reserva», con todas las consecuencias que ello conlleva. Sin embargo, el autor de la recalificación no hace más que emitir su opinión sobre esa cuestión. Su

<sup>278</sup> Puede cuestionar *simultáneamente* el contenido de la declaración recalificada formulando una objeción a ella; pero, en tal caso, la recalificación, por una parte, y la objeción, por otra, siguen siendo operaciones intelectualmente distintas (véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento párrs. 29 y 30).

<sup>279</sup> *Ibíd.*, párr. 25.

<sup>280</sup> Para la directriz y su comentario, véase *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 113 y 114.

<sup>281</sup> *Ibíd.*, págs. 114 y 115, párr. 3 del comentario de la directriz 1.3.1.

opinión puede resultar fundada o errónea cuando se aplique el criterio de la directriz 1.3. Pero eso no implica en modo alguno que la recalificación sea válida o inválida. Se trata de dos cuestiones distintas.

162. Por otra parte, de por sí la recalificación no es sino una interpretación de la propia «declaración interpretativa». Como ya se ha observado, no es posible evaluar la validez de tal interpretación<sup>282</sup>. Salvo que el propio tratado prohíba determinada interpretación, el derecho internacional solo determina los métodos de interpretación, no los requisitos de validez.

163. Las recalificaciones, con independencia de su carácter fundado o infundado en cuanto a la calificación de la declaración interpretativa o de la reserva, tampoco están sometidas a criterios de validez material. La reiterada práctica de los Estados<sup>283</sup> demuestra que las partes contratantes se consideran facultadas para formular esas declaraciones, a menudo para garantizar la integridad del tratado o atenerse a la prohibición convencional de formular reservas<sup>284</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES SOBRE LAS REACCIONES A LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS

164. Del análisis anterior se desprende que el propio concepto de validez de las reacciones a las declaraciones interpretativas no tiene razón de ser. Tales reacciones pueden ser «correctas» o «erróneas», pero ello no implica que sean «válidas» o «inválidas».

165. En ese sentido, el Relator Especial se pregunta si es oportuno incluir ciertas directrices que pongan de relieve la falta de requisitos de validez para las reacciones a las declaraciones interpretativas, teniendo en cuenta que la cuestión puede ser objeto de un análisis detallado en los comentarios a la directriz 2.9.4<sup>285</sup>. Si la Comisión considera que sería conveniente incluir una directriz en la Guía de la práctica que especificara la falta de requisitos de validez, podría redactarse de la siguiente forma:

#### «3.6 Validez material de una aprobación, una oposición o una recalificación»

La aprobación de una declaración interpretativa, la oposición a una declaración interpretativa y la recalificación de una declaración interpretativa no están sometidas a ninguna condición de validez material.»

<sup>282</sup> Véanse los párrafos 140 a 144 *supra*.

<sup>283</sup> Véase en particular *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/600, párr. 26.

<sup>284</sup> Para un ejemplo particularmente elocuente, véanse las reacciones de varios Estados a la «declaración interpretativa» de Filipinas a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (*Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. XXI.6).

<sup>285</sup> Esta directriz, propuesta por el Relator Especial en su decimotercer informe sobre las reservas a los tratados (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/600, párr. 48), estipula lo siguiente: «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.»

### E. Validez de las declaraciones interpretativas condicionales

166. Según la definición contenida en la directriz 1.2.1:

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento de la firma, la ratificación, la confirmación formal, la aceptación o la aprobación de un tratado o la adhesión a él, o cuando un Estado hace una notificación de sucesión a un tratado, por la cual ese Estado o esa organización internacional condiciona su consentimiento en obligarse por el tratado a una interpretación específica del tratado o de alguna de sus disposiciones, constituye una declaración interpretativa condicional<sup>286</sup>.

Así pues, la particularidad de tales declaraciones interpretativas no reside en el hecho de que propongan una interpretación determinada, sino en que condicionan el consentimiento de su autor en obligarse por el tratado<sup>287</sup>. Es este último elemento, la condicionalidad, lo que aproxima una declaración interpretativa condicional a una reserva.

167. No obstante, da la impresión de que, *a priori*, la problemática relativa a la validez de las declaraciones interpretativas condicionales apenas se diferencia de la de las declaraciones interpretativas «simples» y no parece justificado someter la formulación de una declaración interpretativa condicional a requisitos de validez distintos de los aplicables a las declaraciones interpretativas «simples»<sup>288</sup>. De su definición se desprende claramente que tal declaración no tiene por objeto modificar el tratado, sino tan solo interpretar una o varias de sus disposiciones de determinada manera.

168. Sin embargo, la situación cambia sensiblemente cuando se comprueba que la interpretación propuesta por el autor de una declaración interpretativa condicional no se corresponde con la interpretación del tratado que se desprende del acuerdo de las partes. En tal caso, la condición formulada por el autor de la declaración por la que se especifica que no se considerará obligado por el tratado si este se interpreta de modo diferente acerca considerablemente esta declaración unilateral a una reserva. Horn ha considerado que:

Si un Estado no desea abandonar su interpretación pese a la decisión en contrario de un tribunal competente, correría el riesgo de vulnerar el tratado al aplicar su propia interpretación. Para evitarlo, debería precisar que su interpretación es una condición absoluta para su participación en el tratado. La naturaleza de reserva de la declaración queda establecida en el mismo momento en que se determina que la interpretación propuesta es incorrecta<sup>289</sup>.

169. Por consiguiente, cualquier declaración interpretativa condicional puede llegar a ser una reserva: una reserva condicionada por una interpretación determinada. Esta conclusión se desprende claramente del ejemplo más elocuente de declaración interpretativa condicional que existe. En efecto, la declaración que acompañó el consentimiento de Francia en obligarse mediante la firma del Protocolo adicional II al Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco) dispone:

<sup>286</sup> *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 109.

<sup>287</sup> *Ibíd.*, pág. 112, párr. 16 del comentario.

<sup>288</sup> Véanse los párrafos 128 a 148 *supra*.

<sup>289</sup> Horn, *op. cit.*, pág. 326.



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<sup>290</sup>.

Dicho de otro modo, Francia se propone excluir la aplicación del tratado en sus relaciones con los Estados partes que no acepten su interpretación del tratado, exactamente del mismo modo que si se tratara de una reserva.

170. Aunque solo se trate de una posibilidad, parece evidente que esa declaración está sujeta a los requisitos de validez material enunciados en el artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Aunque a primera vista pueda efectivamente pensarse que el autor de la declaración interpretativa condicional se limita a proponer una interpretación específica (no sometida a requisitos de validez), los autores no dejan en modo alguno de someter los efectos de esas declaraciones unilaterales a la condición de que una o varias disposiciones del tratado sean interpretadas de la manera deseada.

171. La decisión deliberada de los Países Bajos de formular reservas, más que declaraciones interpretativas, en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refleja adecuadamente la gran similitud de ambas posibilidades:

El Reino de los Países Bajos precisa que, aunque las reservas formuladas son en parte de carácter interpretativo, ha decidido en todos los casos formular reservas más que declaraciones interpretativas porque, de haber utilizado esta última fórmula, podría haberse cuestionado que el texto del Pacto permitiera las interpretaciones propuestas. Al utilizar la fórmula de las reservas, el Reino de los Países Bajos desea establecer en todos los casos que las obligaciones del Pacto a que se refieren las reservas no le son aplicables o solo se le pueden aplicar de la manera indicada<sup>291</sup>.

172. Por consiguiente, *a priori* no hay más opción que aplicar a esas declaraciones interpretativas condicionales los mismos requisitos de validez material (y formal, por lo demás) que los que se aplican a las reservas. No obstante, no es fácil aplicar (preventivamente) las condiciones del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 mientras no se haya establecido que la interpretación propuesta por el autor de la interpretación es infundada y no se corresponde con la interpretación auténtica del tratado. Por ejemplo, aunque un tratado prohíba la formulación de reservas a sus disposiciones, eso no quiere decir que un Estado no pueda condicionar su consentimiento en obligarse a que el tratado se interprete de determinada manera. Si la interpretación resulta ser fundada y conforme a la interpretación auténtica del tratado, se trata de una verdadera declaración interpretativa que debe respetar necesariamente los requisitos de validez de las declaraciones interpretativas, pero solo éstos. Si, por el contrario, la interpretación no expresa el sentido correcto del tratado y por consiguiente se rechaza, el autor de la «declaración interpretativa» solo se considera obligado por el tratado a condición de que este sea *modificado* conforme a sus deseos. En este último caso, la «declaración condicional» se presenta efectivamente como una reserva

y debe respetar los requisitos de validez correspondientes a las reservas.

173. De lo anterior se desprende que, mientras su estatuto exacto no se determine o sea determinable, esa declaración interpretativa condicional debe respetar los requisitos de validez de una declaración interpretativa (para el caso hipotético en que la interpretación sea la que comparten las demás partes o la determinada por un órgano competente a tal efecto) y los requisitos de validez de una reserva (para el caso en que acabe rechazándose la interpretación propuesta). Mientras no se determine la interpretación exacta, la declaración interpretativa condicional permanece en un vacío jurídico y es imposible determinar si se trata de una mera interpretación o de una reserva. Las dos posibilidades pueden materializarse.

174. En cualquier caso, el problema no deja de ser fundamentalmente teórico. En efecto, cuando un tratado prohíbe la formulación de declaraciones interpretativas, una declaración interpretativa condicional que proponga la interpretación «correcta» debe considerarse lógicamente inválida, aunque el resultado es exactamente el mismo: se acepta la interpretación del autor de la declaración (si no la declaración condicional no sería una declaración interpretativa). Por consiguiente, la validez o invalidez de la declaración interpretativa condicional como «declaración interpretativa» no tiene ningún efecto concreto. Válida o no, la interpretación propuesta y la interpretación autorizada del tratado son idénticas.

175. Si, por el contrario, el tratado no prohíbe las declaraciones interpretativas sino las reservas, una declaración interpretativa condicional se consideraría inválida porque no respeta los requisitos de validez de una reserva. Pero incluso entonces, si la interpretación propuesta acaba siendo aceptada como interpretación exacta y autorizada, el autor de la declaración interpretativa condicional puede conseguir el objetivo que se había propuesto, y ello pese a la invalidez de su declaración.

176. En realidad, el hecho de que una declaración interpretativa condicional cumpla o no los requisitos de validez de una declaración interpretativa no influye en modo alguno en la interpretación del tratado. El componente «interpretación» solo es la condición que transforma la declaración en reserva. Sin embargo, el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de validez de las reservas tiene repercusiones reales en el contenido de las relaciones convencionales (e incluso en su existencia) cuando la declaración interpretativa convencional se transforma efectivamente en reserva.

177. Teniendo en cuenta lo anterior, no hay razón para pensar que las declaraciones interpretativas condicionales están sujetas a los mismos requisitos de validez que las declaraciones interpretativas «simples». Por el contrario, sí se les aplican los requisitos de validez de las reservas, como sucede en lo que respecta a las condiciones de validez formal<sup>292</sup>. La declaración interpretativa condicional se presenta efectivamente como una reserva condicionada.

<sup>290</sup> Esta declaración fue confirmada con motivo de la ratificación en 1974 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 936, n.º 9068, pág. 420).

<sup>291</sup> *Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. IV.4.

<sup>292</sup> Véanse las directrices 2.4.5 a 2.4.8 y 2.4.10 (*Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), págs. 113 y 114).

### «3.5.2 Condiciones de validez material de una declaración interpretativa condicional»

La validez de una declaración interpretativa condicional deberá apreciarse conforme a lo dispuesto en las directrices 3.1 y 3.1.1 a 3.1.15.»

178. La cuestión de la apreciación de la validez de las declaraciones interpretativas condicionales no requiere, en la presente etapa del estudio, la adopción de ninguna nueva disposición particular. Teniendo en cuenta las observaciones relativas a la cuestión de su validez, parece que la cuestión debe resolverse del mismo modo que la relativa a la competencia para la apreciación de la validez de las reservas. Según la práctica reiterada de la Comisión

con respecto a las declaraciones interpretativas particulares y a la espera de que esta se pronuncie definitivamente sobre el mantenimiento de la distinción —lo que solo podrá ocurrir después de que se examinen los efectos de esas declaraciones—, el Relator Especial propone incluir con carácter provisional en la Guía de la práctica una directriz que contenga una mera remisión y cuyo tenor podría ser el siguiente:

### «3.5.3 Competencia para apreciar la validez de las declaraciones interpretativas condicionales»

Las directrices 3.2, 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3 y 3.2.4 se aplicarán, *mutatis mutandis*, a las declaraciones interpretativas condicionales.»

## CAPÍTULO III

### Los efectos de las reservas y las declaraciones interpretativas

179. La cuarta parte de la Guía de la práctica, como se preveía en el esquema general provisional del estudio<sup>293</sup>, está dedicada a los efectos de las reservas, aceptaciones y objeciones, a los que conviene añadir igualmente los efectos de las declaraciones interpretativas y las reacciones a esas declaraciones (aprobación, oposición, recalificación o silencio). Esta parte se ajusta a la lógica de la Guía de la práctica, en que se procura presentar de la manera más sistemática posible todos los problemas jurídicos vinculados a las reservas y a las declaraciones unilaterales conexas, así como a las declaraciones interpretativas: habiendo identificado el fenómeno (lo que corresponde a la primera parte de la Guía) y determinado las normas aplicables a la apreciación de la validez formal (segunda parte de la Guía) y sustancial (tercera parte de la Guía) de esas distintas declaraciones, en esta cuarta parte se trata de determinar los efectos jurídicos de las reservas o las declaraciones interpretativas<sup>294</sup>.

180. Aunque inicialmente se previó examinar en el marco de la cuarta parte las cuestiones relativas a la «Prohibición de determinadas reservas»<sup>295</sup>, no pareció oportuno incorporar ese punto del Esquema general provisional del estudio en el examen de la cuarta parte. En efecto, esas cuestiones se han tratado en el marco de la validez sustancial de las reservas de que trata la tercera parte de la Guía. Conviene entonces concentrar en esta etapa el estudio en la cuestión de los efectos de las reservas, las aceptaciones y las objeciones, por una parte, y en la cuestión de los efectos de las declaraciones interpretativas y sus reacciones, por otra parte.

181. Cabe recordar para empezar un punto que es crucial para la comprensión de los efectos jurídicos de una reserva o una declaración interpretativa. La Comisión reconoce actualmente que la reserva, al igual que la declaración interpretativa, se define de acuerdo con los efectos jurídicos que sus autores quieren producir en el tratado.

Así pues, la directriz 1.1 (Definición de reservas) estipula lo siguiente:

Se entiende por «reserva» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar oficialmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o al hacer una notificación de sucesión en un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización<sup>296</sup>.

En el mismo espíritu, la directriz 1.2 (Definición de las declaraciones interpretativas) dispone que:

Se entiende por «declaración interpretativa» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, con el objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance que ese Estado o a esa organización internacional atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones<sup>297</sup>.

182. Aunque los posibles efectos jurídicos de una reserva o una declaración interpretativa constituyen en consecuencia un «elemento fundamental»<sup>298</sup> de su definición<sup>299</sup>, no se desprende de ninguna manera de esto que toda reserva o toda declaración interpretativa produzca efectivamente esos efectos. La cuarta parte de la Guía no se ocupa de determinar los efectos que el autor de una reserva o el autor de una declaración interpretativa tiene la intención de que esta produzca; esto se hacía en la primera parte relativa a la definición y la identificación de las reservas y las declaraciones interpretativas. Esta parte se

<sup>296</sup> Véase *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 108.

<sup>297</sup> *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 98.

<sup>298</sup> Véase *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 137, párr. 495. El Relator Especial subrayó en efecto que «se admit[e], muy generalmente, que lo característico de una reserva es que tiene por objeto producir efectos jurídicos» (ibíd., vol. II (primera parte), pág. 266, párr. 144). Horn (*op. cit.*, pág. 41) sostiene que el hecho de que las reservas tienen por fin producir determinados efectos jurídicos constituye la «*differentia specifica*» de ese tipo de actos unilaterales. Véase también las intervenciones de los Sres. Ruda y Rosenne, que han señalado el vínculo estrecho entre la definición de la reserva y los efectos jurídicos que esta puede producir (*Anuario... 1965*, vol. I, 799.ª sesión, pág. 175, párr. 46, y 800.ª sesión, pág. 179, párr. 8).

<sup>299</sup> Sobre la definición de las reservas en general, véanse las directrices 1.1 (*Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 108), y 1.1.1 (*Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 97).

<sup>293</sup> Véase *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 50 y 51, párr. 37.

<sup>294</sup> La quinta y última parte de la Guía de la práctica estará dedicada a la sucesión de los Estados en materia de reservas.

<sup>295</sup> Ibíd., punto IV.A.

dedica, por el contrario, a determinar los efectos jurídicos que la reserva o la declaración interpretativa, en relación, en su caso, con las reacciones de las demás partes contratantes, produce efectivamente. Los efectos deseados y los efectos efectivamente previstos no son en efecto necesariamente idénticos y dependen por una parte de la validez (formal y sustancial) de las reservas y las declaraciones interpretativas y, por otra parte, de las reacciones de los demás Estados o las organizaciones internacionales interesados.

### A. Los efectos de las reservas, las aceptaciones y las objeciones

#### 1. LAS NORMAS DE LAS CONVENCIONES DE VIENA DE 1969 Y 1986

183. Pese a las disposiciones que se dedican a ello en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, los efectos de una reserva, una aceptación o una objeción a esta reserva siguen siendo una de las cuestiones más controvertidas del derecho de los tratados. El artículo 21 de las dos Convenciones se ocupa exclusivamente de los «Efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones a las reservas». La elaboración de esta disposición fue, en comparación con la de otras disposiciones relativas a las reservas, relativamente fácil. Ni la Comisión ni la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados celebrada en Viena en 1969 parecen haber tropezado con demasiadas dificultades para formular las normas establecidas en los párrafos 1 y 2 del artículo 21, consagrados a los efectos de las reservas (en tanto que el párrafo 3 trata de los efectos de las objeciones).

184. El primer Relator Especial sobre el derecho de los tratados, Sr. Brierly, propuso ya, en el párrafo 1 de su proyecto de artículo 10, que se debiera considerar que una reserva es

una condición especial encaminada a limitar o modificar los efectos del tratado en todo lo concerniente a las relaciones del Estado o de esa organización con una o más de las partes existentes o futuras en ese tratado<sup>300</sup>.

El Sr. Fitzmaurice propuso por primera vez una disposición separada sobre los efectos jurídicos de una reserva, que prefiguraba en gran medida los dos primeros párrafos del actual artículo 21<sup>301</sup>. Es interesante observar a este respecto que estos proyectos de disposiciones parecen exponer algo que se considera evidente: el Sr. Fitzmaurice no consagra ningún comentario a este proyecto y se limita a señalar que «[s]e considera útil indicar estas consecuencias, pero no exigen explicación»<sup>302</sup>.

185. El Sr. Waldock propone inicialmente una disposición relativa a los efectos de una reserva considerada «aceptable»<sup>303</sup>, y su propuesta solo ha sido posteriormente

objeto de pequeñas modificaciones de redacción<sup>304</sup>. Ni el Sr. Waldock<sup>305</sup> ni la Comisión consideraron necesario explayarse en los comentarios sobre esta norma, y la Comisión se limitó a afirmar que

[e]stas normas, que al parecer no se cuestionan, se deducen directamente del consenso en que se fundan las relaciones entre las partes en un tratado<sup>306</sup>.

La cuestión no suscitó tampoco observaciones ni críticas por parte de los Estados entre las dos lecturas realizadas en la Comisión ni en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados.

186. La elaboración del actual párrafo 3 del artículo 21 planteó más problemas. Esta disposición, lógicamente ausente en las primeras propuestas del Sr. Waldock, debió reintegrarse en el artículo relativo a los efectos de la reserva y de las objeciones cuando la Comisión admitió que un Estado que formula una objeción a una reserva podía con todo establecer relaciones convencionales con el autor de la reserva<sup>307</sup>. Una propuesta de los Estados Unidos en ese sentido convenció al Sr. Waldock de la necesidad lógica de esa disposición<sup>308</sup>, pero su elaboración fue de todos modos laboriosa en el seno de la Comisión<sup>309</sup>. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho

tratados elaborado por el Sr. Waldock (*Anuario... 1962*, vol. II, documento A/CN.4/144, pág. 70).

<sup>304</sup> El párrafo 5 del artículo 18, propuesto por el Sr. Waldock pasó a ser un artículo 18 *ter* enteramente consagrado a los efectos jurídicos de las reservas, con algunas modificaciones de pura forma elaborada por el Comité de Redacción (véase *ibíd.*, vol. I, 664.ª sesión, pág. 251, párr. 63). El proyecto sufrió posteriormente otras modificaciones en el Comité de Redacción (*ibíd.*, 667.ª sesión, pág. 272, párr. 71). Pasó a ser finalmente el artículo 21 aprobado por la Comisión en primera lectura en 1962 (*ibíd.*, vol. II, pág. 209). Esta disposición ha sufrido modificaciones puramente de redacción consideradas necesarias a causa de la reorganización de otras disposiciones relativas a las reservas, con excepción de la modificación del apartado *b* del párrafo 1 (sobre este punto véase el párrafo 279 *infra*).

<sup>305</sup> *Ibíd.*, vol. II, pág. 81, párr. 21.

<sup>306</sup> Comentarios de la Comisión sobre el artículo 21 (*ibíd.*, vol. II, pág. 209) y sobre el proyecto de artículo 19 aprobado en segunda lectura en 1965 (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 229, párr. 1 del comentario).

<sup>307</sup> Véase Müller, «Artículo 21», pág. 888, párrs. 7 y 8.

<sup>308</sup> Cuarto informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1965*, vol. II, págs. 49 y 57. Véanse también las observaciones de Dinamarca (*ibíd.* pág. 47).

<sup>309</sup> Aunque el Sr. Waldock consideró que el caso de una reserva que había sido objeto de una objeción simple era «nada fácil de expresar» (*Anuario... 1965*, vol. I, 813.ª sesión, pág. 281, párr. 96), la mayoría de los miembros (véanse las intervenciones de los Sres. Ruda (*ibíd.*, 800.ª sesión, pág. 179, párr. 13); Ago (*ibíd.*, 814.ª sesión, pág. 282, párrs. 7 y 11); Tunkin (*ibíd.*, párr. 8) y Briggs (*ibíd.*, págs. 282 y 283, párr. 14)) estaban convencidos de que era necesario, e incluso «indispensable» introducir una disposición a este respecto «para evitar situaciones confusas» (Sr. Ago, pág. 282, párr. 7). Sin embargo, los miembros estaban divididos sobre el fondo mismo del efecto previsto en el párrafo propuesto por los Estados Unidos y por el Relator Especial: en tanto que la propuesta del Sr. Waldock ponía el acento en el fundamento consensual de la relación convencional establecida pese a la objeción, el párrafo propuesto por los Estados Unidos parecía sugerir que el efecto previsto solo se desprende del acto unilateral del Estado que formula la objeción, es decir de la objeción, sin que el Estado que formula la reserva tenga una verdadera posibilidad de elección. Las dos tesis contaban con partidarios en el seno de la Comisión (véanse las posiciones de los Sres. Yasseen (*ibíd.*, 800.ª sesión, pág. 179, párr. 7 y párr. 180, párrs. 21 a 23 y 26), Tunkin (*ibíd.*, pág. 180, párr. 18), Pal (*ibíd.*, párr. 24), Waldock (*ibíd.*, pág. 181, párr. 31), Rosenne (*ibíd.*, pág. 179, párr. 10) y Ruda (*ibíd.*, párr. 13)). El texto finalmente aprobado por unanimidad por la Comisión (*ibíd.*, 816.ª sesión, pág. 216) sigue siendo no obstante muy neutro y muestra claramente que la

<sup>300</sup> Primer informe sobre el derecho de los tratados, *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/CN.4/23, pág. 238. En español, véase el documento A/CN.4/23, mimeografiado, págs. 3 y 4.

<sup>301</sup> Véase el informe sobre el derecho relativo a los tratados, *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/101, pág. 103.

<sup>302</sup> *Ibíd.*, pág. 127, párr. 101.

<sup>303</sup> Este es el término utilizado en el párrafo 5 del proyecto del artículo 18, presentado en el primer informe sobre el derecho de los

de los Tratados no introdujo más que una modificación relativamente pequeña para poner el párrafo 3 en consonancia con la inversión de la presunción del párrafo 4, apartado *b*, del artículo 20<sup>310</sup>.

187. El artículo 21 retomado no planteó dificultades especiales en oportunidad de la elaboración de la Convención de Viena de 1986. Durante el breve debate del proyecto de artículo 21, dos miembros de la Comisión subrayaron que esta disposición era «consecuencia lógica» de los proyectos de artículo 19 y 20<sup>311</sup>. Aún más claramente, el Sr. Calle y Calle declaró que

desde el momento en que se admite el principio de las reservas, es evidente que se establecen para que surtan el efecto jurídico de modificar las relaciones entre la parte que formula la reserva y la parte respecto de la cual la reserva se establece<sup>312</sup>.

Algunos años más tarde, la Comisión y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados aprobaron el artículo 21 con algunas modificaciones de redacción consideradas necesarias por el ámbito de aplicación más amplio de la Convención de Viena de 1986.

188. Cabría pensar que la amplia aceptación del artículo 21 en oportunidad de la aprobación del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre los Estados y las organizaciones internacionales y entre las organizaciones internacionales muestra que esta disposición ya era entonces aceptada como expresión de la costumbre internacional en la materia. El laudo arbitral dictado en el asunto *Mer d'Iroise* corrobora este análisis. En efecto, el tribunal arbitral reconoció

que el derecho que rige las reservas a los tratados multilaterales estaba entonces en un proceso de evolución que solo terminó en 1969 con los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados<sup>313</sup>.

189. Sin embargo, la cuestión de los efectos de una reserva, de su aceptación o de su objeción no está enteramente reglamentada por el artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Esta disposición se refiere solamente al efecto de esos instrumentos en el contenido de las relaciones contractuales entre el autor de la reserva y las demás partes contratantes. La cuestión, distinta, del efecto de la reserva, de una aceptación o de una objeción sobre el consentimiento del autor de la reserva para obligarse por el tratado no se rige por el artículo 21 sino por el artículo 20 de las dos Convenciones de Viena, titulado «Aceptación de las reservas y objeción a las reservas».

190. Esta disposición se desprende del proyecto de artículo 20 aprobado por la Comisión en primera lectura

en 1962, titulado «Efectos de las reservas» que decía como sigue:

1. *a)* Las reservas expresa o tácitamente permitidas por las disposiciones del tratado no necesitarán de aceptación.

*b)* Cuando el tratado no contuviere disposición alguna respecto de la formulación de reservas, se aplicarán las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del presente artículo.

2. Excepto en los casos a que se refieren los párrafos 3 y 4 y salvo que el tratado dispusiere otra cosa:

*a)* La aceptación de la reserva por un Estado que pudiere ser parte en el tratado constituirá al Estado que hubiere formulado la reserva en parte en el tratado en relación con el Estado que la hubiere aceptado, en cuanto el tratado entre en vigor;

*b)* Toda objeción hecha a una reserva por un Estado que la considerare incompatible con el objeto y finalidad del tratado impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que hubiere formulado la reserva y el que hubiere formulado la objeción, salvo que este último hubiere manifestado la intención contraria.

3. Salvo en el caso a que se refiere el párrafo 4, el efecto de una reserva a un tratado celebrado entre un grupo reducido de Estados dependerá de su aceptación por todos los Estados interesados, excepto

*a)* Cuando el tratado dispusiere otra cosa, o

*b)* Cuando los Estados fueren miembros de una organización internacional que aplicare una norma distinta a los tratados celebrados con sus auspicios.

4. Cuando el tratado fuere el instrumento constitutivo de una organización internacional y se formulare una objeción a una reserva, la decisión acerca del efecto de la reserva corresponderá, salvo que el tratado dispusiere otra cosa, al órgano competente de dicha organización<sup>314</sup>.

191. Esta disposición, que corresponde a su título, ya que se trata efectivamente de los efectos de la reserva y de las reacciones a esta última sobre la entrada en vigor del tratado para el Estado que formula la reserva, fue de todos modos incorporada en 1965 en el nuevo proyecto de artículo 19, titulado «Aceptación de las reservas y objeción a las reservas»<sup>315</sup> que pasó a ser más tarde el artículo 20 de la Convención de Viena de 1969, tras una revisión importante inspirada por el afán de claridad y sencillez<sup>316</sup>. En el marco de esta revisión, la Comisión decidió asimismo abandonar el vínculo entre las objeciones y las condiciones de validez de una reserva, entre otras cosas su conformidad con el objeto y el fin del tratado.

192. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, el primer párrafo de esta disposición sufrió modificaciones importantes<sup>317</sup> y su párrafo 4, apdo. *b*, fue modificado a raíz de una enmienda de la

<sup>314</sup> *Anuario...* 1962, vol. II, pág. 203.

<sup>315</sup> *Anuario...* 1965, vol. II, pág. 172.

<sup>316</sup> *Ibid.*, pág. 57, párrs. 4 y 5.

<sup>317</sup> Véanse las enmiendas de Suiza, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo*, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969 (A/CONF.39/11/Add.2) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.5), Documentos de la Conferencia (A/CONF.39/C.1/L.97), Francia y Túnez (A/CONF.39/C.1/L.113), y Tailandia (A/CONF.39/C.1/L.150). Estas enmiendas fueron aprobadas por una amplia mayoría (*ibid.*, *primer período de sesiones*, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.5), *Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (A/CONF.39/11), 25.ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 147, párr. 30.

cuestión no ha sido resuelta por la Comisión (véase también la recapitulación del Relator Especial, *ibid.*, 800.ª sesión, pág. 181, párr. 31).

<sup>310</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, 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 (A/CONF.39/11/Add.1) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.6), 33.ª sesión plenaria, 21 de mayo de 1969.

<sup>311</sup> Sres. Tabibi (*Anuario...* 1977, vol. I, 1434.ª sesión, pág. 104, párr. 7) y Dadzie (*ibid.*, pág. 105, párr. 18).

<sup>312</sup> *Ibid.*, pág. 104, párr. 8.

<sup>313</sup> Véase la decisión de 30 de junio de 1977, Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII, pág. 161, párr. 38.

Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas<sup>318</sup>. Esta última enmienda tiene un alcance muy notable en razón de que invierte la presunción del artículo 4, apdo. *b*: se considera en adelante, que toda objeción es una objeción simple a menos que su autor haya expresado claramente su intención en contrario. Además, pese al título poco adecuado del artículo 20, es evidente, dado su origen, que se trata de una disposición que se refiere en particular a los efectos de una reserva, de su aceptación y de las objeciones que pueden formularse.

193. Aun así, es indudable que los artículos 20 y 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 contienen imprecisiones y lagunas. En la práctica de los Estados, el caso previsto en el párrafo 3 del artículo 21 no se presenta ya actualmente como un caso «poco corriente»<sup>319</sup> como lo había previsto inicialmente la Comisión; por el contrario, ha pasado a ser, en razón de la presunción del párrafo 4, apdo. *b*, del artículo 20, el caso más frecuente de objeción.

194. Sin embargo, la práctica de los Estados no se limita a remitirse a los efectos previstos en el párrafo 3. Los Estados tratan cada vez más de lograr que sus objeciones tengan efectos diferentes. La falta de una toma de una posición firme por parte de la Comisión, que había elegido voluntariamente una solución neutra y aceptable para todos, lejos de resolver el problema, ha creado otros sobre los cuales es preciso pronunciarse en la Guía de la práctica.

195. Los artículos 20 y 21 no aclaran tampoco la cuestión de saber qué efectos produce una reserva que no satisface las condiciones de validez sustancial del artículo 19 o de validez formal (enumerados, en particular, en el artículo 23). En otras palabras, ni en el artículo 20 ni en el artículo 21 se extraen consecuencias de la invalidez de una reserva, por lo menos expresamente. Es además particularmente inquietante que la aplicación del párrafo 3, relativo a los efectos combinados de una reserva y una objeción, no se limite a los casos de las reservas válidas, es decir, de las reservas planteadas de conformidad con el artículo 19, contrariamente a lo previsto en el párrafo 1. Gaja consideró de hecho, a justo título, que el artículo 21 es «un tanto oscuro»<sup>320</sup>.

196. En estas condiciones, parece lógico comenzar el estudio por el examen de los efectos jurídicos de una reserva válida, previstos —al menos parcialmente— en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. La cuestión de los efectos jurídicos de una reserva inválida, que es ya en parte el objeto de una porción del décimo informe sobre las reservas a los tratados<sup>321</sup> y sobre la cual la Comisión ya

ha aprobado dos directrices<sup>322</sup>, debe igualmente profundizarse para proporcionar directrices al autor de una reserva de ese tipo y a las demás partes contratantes.

## 2. LAS RESERVAS VÁLIDAS

197. Los efectos jurídicos de una reserva válida dependen en gran parte de las reacciones que haya suscitado. Una reserva válida y aceptada produce efectos jurídicos diferentes de los que entraña una reserva válida que haya sido objeto de una objeción. En el artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se establece claramente esa distinción. Su redacción de 1986, más completa porque incluye los efectos de las reservas y las reacciones de las organizaciones internacionales dice como sigue:

1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23:

a) Modificará con respecto al Estado o a la organización internacional autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma; y

b) Modificará, en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado o con la organización internacional autor de la reserva.

2. La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*.

3. Cuando un Estado o una organización internacional que hayan hecho una objeción a una reserva no se opongan a la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el Estado o la organización autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera esta no se aplicarán entre el autor de la reserva y el Estado o la organización que han formulado la objeción en la medida determinada por la reserva.

El párrafo 1 de esa disposición se refiere a los efectos jurídicos de una reserva que sea efectiva, noción que merece ser aclarada, en tanto que el párrafo 3 trata de los efectos jurídicos de una reserva que haya sido objeto de una objeción. Conviene por tanto hacer una distinción entre el caso de una reserva válida y aceptada (es decir, una reserva «efectiva») por una parte y el de una reserva válida<sup>323</sup> que es objeto de una objeción, por otra. El párrafo 2 del artículo 21 no se refiere, estrictamente hablando, a los efectos jurídicos de una reserva, sino a la ausencia de efectos jurídicos de esta última sobre las relaciones jurídicas entre partes contratantes distintas del autor de la reserva, independientemente del carácter efectivo o válido de esta última. Esta cuestión se examinará más adelante en la sección consagrada a los efectos de las reservas sobre las relaciones convencionales entre las demás partes contratantes.

### a) Las reservas efectivas

198. Según la frase introductoria del párrafo 1 del artículo 21, solo una reserva que sea efectiva (de conformidad con las disposiciones de los artículos 19, 20 y 23)

<sup>318</sup> *Ibíd.*, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969 (A/CONF/39/11/Add.2), Documentos de la Conferencia (A/CONF.39/L.3), págs. 285 y 286. Esta enmienda fue aprobada por 49 votos contra 21 y 30 abstenciones (*ibíd.*, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril a 22 de mayo de 1969 (A/CONF/39/11/Add.1), Actas resumidas de las sesiones plenarias y las sesiones de la Comisión Plenaria, décima sesión plenaria, 29 de abril de 1969, pág. 37, párr. 79). Véase también Muller, «Article 20», págs. 806 y 807, párr. 14.

<sup>319</sup> *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 58, párr. 3 de las observaciones y propuestas del Relator Especial sobre el artículo 21.

<sup>320</sup> Gaja, *loc. cit.*, pág. 330.

<sup>321</sup> Véase *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), págs. 197 y ss., párrs. 181 a 208.

<sup>322</sup> Se trata de las directrices 3.3 (Consecuencias de la falta de validez de una reserva) y 3.3.1 (Invalidez de las reservas y responsabilidad internacional). Véase *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. C.2.

<sup>323</sup> Conviene señalar que el párrafo 3 del artículo 21 no se refiere solamente a una reserva válida que haya sido objeto de una objeción. Parece entonces posible que esa disposición sea igualmente aplicable al caso de una objeción a una reserva no válida.

produce los efectos jurídicos previstos en ese párrafo y, más en particular, en sus apartados *a* y *b*. Para determinar el campo de aplicación del párrafo 1 del artículo 21, las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se limitan, sin embargo, a una remisión algo torpe a las disposiciones referentes a la validez sustancial de una reserva (art. 19), el consentimiento a una reserva (art. 20) y la forma de una reserva (art. 23), sin explicar más detenidamente la interrelación entre esas disposiciones. Parece entonces oportuno, antes de examinar los efectos jurídicos producidos por una reserva efectiva, volver sobre la propia noción de reserva efectiva, indispensable para determinar los efectos jurídicos «normales» de una reserva.

i) *La «efectividad» de una reserva*

a. La norma general

199. Conforme a lo dispuesto en el encabezamiento del artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, una reserva es efectiva «con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23». La fórmula, que a primera vista parece clara y que suele interpretarse en el sentido de que se refiere a las reservas válidas y aceptadas por una parte contratante, entraña numerosas incertidumbres e imprecisiones que proceden, por un lado, de una importante revisión llevada a cabo por la Comisión en 1965 en la segunda lectura del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados y, por otro, de las modificaciones introducidas en el artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, de la Convención durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

200. En primer lugar, lo menos que puede decirse de la remisión al artículo 23 en su conjunto es que es torpe. En efecto, las disposiciones de los párrafos 3 y 4 del artículo 23 no tienen ninguna incidencia sobre la efectividad de la reserva. Solo se refieren al retiro de esta última y la ausencia de la necesidad de confirmar la formulación de una aceptación o de una objeción en determinados casos.

201. En segundo lugar, es difícil, e incluso imposible, determinar el vínculo que podría existir entre la efectividad de una reserva y el efecto de una objeción sobre la entrada en vigor del tratado que se prevé en el artículo 20, párr. 4, apdo. *b*. La objeción no puede considerarse como un consentimiento a la reserva porque tiene por el contrario el objetivo de «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»<sup>324</sup>. Es obvio entonces que la reserva que haya sido objeto de una objeción no es efectiva en el sentido del párrafo 1 del artículo 21.

202. El examen de los trabajos preparatorios permite explicar esa «contradicción». En efecto, en el proyecto de artículos aprobado por la Comisión, que incluía en su artículo 19 (que más tarde se convirtió en el artículo 21) la misma remisión, la presunción del artículo 17 (futuro artículo 20, párr. 4, apdo. *b*) establecía el principio de que el tratado no entraba en vigor entre un Estado autor de

una reserva y un Estado que hubiese hecho una objeción. Puesto que el tratado no estaba en vigor, no había ningún motivo para determinar los efectos jurídicos de la reserva sobre el contenido de las relaciones convencionales. En el comentario de la Comisión se precisaba además:

En los párrafos 1 y 2 de este artículo se enuncian las normas relativas a los efectos jurídicos de las reservas que se hayan formulado de conformidad con las disposiciones de los artículos 16, 17 y 18, *en el supuesto de que el tratado esté en vigor\**»<sup>325</sup>.

La «contradicción» se introdujo en la Conferencia, cuando se invirtió la presunción del párrafo 4, apdo. *b*, del artículo 20 como consecuencia de la aprobación de la enmienda de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas<sup>326</sup>. Debido a esa nueva presunción, un tratado sigue efectivamente en vigor con respecto al Estado autor de la reserva incluso en el caso de la formulación de una objeción simple. Sin embargo, no cabría deducir de ello que la reserva sea efectiva en el sentido del artículo 21.

203. En su primer informe sobre el derecho de los tratados, el Sr. Waldock tuvo efectivamente en cuenta la condición del consentimiento a una reserva para que esta pueda producir sus efectos. En el proyecto de artículo 18 (El consentimiento a las reservas y sus efectos), se estipulaba:

Como su objeto declarado es modificar las estipulaciones del tratado tal como ha sido adoptado, la reserva solo surtirá efectos frente al Estado que ha dado, o se presume que ha dado, su consentimiento a ella, de conformidad con las disposiciones de los párrafos siguientes del presente artículo<sup>327</sup>.

En su opinión consultiva *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ subrayó igualmente ese principio fundamental del derecho de las reservas, e incluso del derecho de los tratados:

Está perfectamente establecido que un Estado no puede, en sus relaciones convencionales, quedar vinculado sin su consentimiento y que, por consiguiente, ninguna reserva le es oponible mientras no haya dado su asentimiento<sup>328</sup>.

Es esta la idea a que remite el párrafo 1 del artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y ese es el sentido que hay que dar a la remisión al artículo 20.

204. El consentimiento a la reserva constituye por tanto una condición *sine qua non* para que esta pueda ser considerada como efectiva y producir sus efectos. Pero, contrariamente a lo que han mantenido algunos partidarios de la escuela de la oponibilidad<sup>329</sup>, el consentimiento no es la única condición. El encabezamiento del párrafo 1 del artículo 21 se refiere en efecto, acumulativamente, al consentimiento a la reserva (la remisión al artículo 20), la

<sup>325</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 229, párr. 1 del comentario del artículo 19.

<sup>326</sup> Véase el párrafo 192 *supra*.

<sup>327</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 70.

<sup>328</sup> *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 21. Véase igualmente Müller, «Article 20», págs. 809 a 811, párrs. 20 a 24.

<sup>329</sup> Sobre esas dos escuelas, véase el primer informe sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados, *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), págs. 154 y 155, párrs. 101 a 105. Véanse igualmente Koh, «Reservations to multilateral treaties: How international legal doctrine reflects world vision», págs. 71 a 116; Redgwell, *loc. cit.*, págs. 263 a 269; Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 73 a 82; Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 81, nota 78; y Pellet, «Article 19», págs. 696 y ss., párrs. 111 y ss.

<sup>324</sup> Véase la directriz 2.6.1 (Definición de las objeciones a las reservas) en *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 82.

validez sustancial (art. 19) y la validez formal (art. 23). El consentimiento por sí solo no es así suficiente para que la reserva produzca sus efectos «normales». Es preciso, además, que la reserva sea válida en el sentido del artículo 19 y que haya sido formulada respetando las normas de procedimiento y de forma del artículo 23. Solo con esa combinación puede hacerse «efectiva» la reserva.

205. Esa combinación necesaria de la validez y el consentimiento se deriva igualmente de la frase del párrafo 1 del artículo 21 en que se precisa que una reserva que es efectiva «con respecto a otra parte». Lógicamente, una reserva no puede ser válida con respecto a otra parte solamente. Es válida o no lo es. Se trata de una cuestión que escapa, en principio, a la voluntad de las demás partes contratantes<sup>330</sup>, salvo, evidentemente, si ellas deciden, de común acuerdo «validar» la reserva<sup>331</sup>. En cambio, una reserva objetivamente válida solo es oponible a las partes que le hayan otorgado su consentimiento de un modo u otro. Es un vínculo bilateral que se crea, como consecuencia de la aceptación, entre el autor de la reserva y la parte contratante que le ha dado su consentimiento. La reserva solo es efectiva con respecto a esa parte y solo produce sus efectos en las relaciones con esa parte.

206. Parece por consiguiente necesario subrayar de nuevo, en la Guía de la práctica, que la efectividad de una reserva se deriva de la combinación de su validez y del consentimiento. Sin embargo, no parece practicable reproducir simplemente el párrafo 1 del artículo 21, en el que se define la noción de la reserva efectiva, debido, precisamente, a las remisiones a otras disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. La cuarta parte, sobre los efectos jurídicos de las reservas y de las declaraciones interpretativas, podría entonces comenzar con una directriz 4.1 formulada del modo siguiente:

«4. Efectos jurídicos de una reserva y de una declaración interpretativa

4.1 Efectividad de una reserva

Una reserva es efectiva con respecto a otra parte contratante si satisface las condiciones de validez sustancial de una reserva, ha sido formulada respetando la forma y el procedimiento previstos a ese efecto, y si la otra parte contratante la ha aceptado.»

b. Las situaciones particulares

207. La directriz 4.1 solo se refiere a la norma general y no responde por completo a la cuestión de saber si una reserva es efectiva. El artículo 20, que encierra en su párrafo 4 la norma general sobre el consentimiento a una reserva y constituye así el eje del sistema «flexible» de Viena<sup>332</sup>, incluye en efecto excepciones en cuanto a la expresión del consentimiento a la reserva de las demás partes contratantes. En ese párrafo 4 se precisa además

claramente que solo es aplicable en «los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa». La efectividad de la reserva, y en particular la exigencia del consentimiento, puede por consiguiente modularse en función de la naturaleza de la reserva o del tratado, pero igualmente mediante cualquier disposición insertada en el tratado a ese efecto.

i. Las reservas expresamente autorizadas

208. Según el párrafo 1 del artículo 20, las reservas expresamente autorizadas no exigirán la aceptación «ulterior» por las partes contratantes. Sin embargo, ese párrafo 1 no significa que la reserva queda exonerada de la exigencia de asentimiento de las partes contratantes; expresa simplemente la idea de que, dado que las partes han dado ese asentimiento incluso antes de la formulación de la reserva y en el propio texto del tratado, una aceptación ulterior es superflua. Por lo demás, la expresión «a menos que el tratado así lo disponga», que figura en el propio texto de esa disposición<sup>333</sup>, dicta claramente esa interpretación. Solo las reservas efectivamente abarcadas por ese acuerdo previo no deben ser ya objeto de una aceptación ulterior y son, lógicamente, efectivas a partir del momento en que se hacen válidamente<sup>334</sup>.

209. Conviene recordar que el proyecto de artículos aprobado por la Comisión en segunda lectura no limitaba la posibilidad de la aceptación *a priori* únicamente a las reservas «expresamente» autorizadas por el tratado e incluía igualmente las reservas «tácitamente» autorizadas, sin que los trabajos de la Comisión puedan aclarar el sentido que hay que dar a ese concepto<sup>335</sup>. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, varias delegaciones manifestaron sus dudas con respecto a esa solución<sup>336</sup> y propusieron enmiendas con el objetivo de suprimir las palabras «o tácitamente»<sup>337</sup>, modificación que fue aprobada<sup>338</sup>. El propio Sr. Waldock, Consultor Técnico

<sup>333</sup> Las palabras «salvo que el tratado dispusiere otra cosa» fueron insertadas por el Relator Especial sobre el derecho de los tratados para tener en cuenta «la posibilidad [...] de que un tratado permita expresamente la formulación de reservas pero a condición de que sean aceptadas por un determinado número de partes o por una determinada proporción de ellas» (*Anuario... 1965*, vol. II, pág. 52). Esa fórmula fue ligeramente modificada por el Comité de Redacción (*ibid.*, vol. I, 813.ª sesión, pág. 276, párr. 30). En 1966 se modificó una vez más la fórmula ligeramente, sin que las actas de las sesiones ofrezcan aclaraciones sobre los motivos de esa modificación.

<sup>334</sup> «Se hacen» y no «se formulan» porque producen sus efectos sin que sea precisa una formalidad suplementaria. Véase el comentario de la directriz 3.1 (Validez material de una reserva), *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 6.

<sup>335</sup> Véanse *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 222 y el comentario, que es muy sucinto y poco esclarecedor sobre ese punto, pág. 227, párr. 18.

<sup>336</sup> Véanse las intervenciones de la India (*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, 24.ª sesión, párr. 30), los Estados Unidos (*ibid.*, párr. 53) y Etiopía (*ibid.*, 25.ª sesión, párr. 15).

<sup>337</sup> Véase *supra* la nota 318 *initio*.

<sup>338</sup> Las tres enmiendas que tenían por objetivo suprimir «o tácitamente» fueron aprobadas por 55 votos contra 18 y 12 abstenciones (*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, 25.ª sesión, 16 de abril de 1968, párr. 30).

<sup>330</sup> Véase *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 202, párrs. 201 a 203.

<sup>331</sup> *Ibid.*, págs. 203 y 204, párrs. 205 a 208.

<sup>332</sup> Véase *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 228, párr. 21 del comentario al artículo 17. Véanse igualmente Bowett, «Reservations to non-restricted multilateral treaties», pág. 84, y Müller, *op. cit.*, pág. 799, párr. 1.

durante la Conferencia, había reconocido que las palabras «o tácitamente» que figuran en el párrafo 1 del artículo 17, parecen haberse conservado erróneamente en el proyecto. Esas palabras provienen de proyectos anteriores, más detallados, que trataban de la prohibición implícita y la autorización implícita de las reservas<sup>339</sup>.

Las reservas implícitamente autorizadas por el tratado no se mencionan entonces, con razón, en el párrafo 1 del artículo 20.

210. Si se dijera, como lo sugiere Horn<sup>340</sup>, que se trataba de los casos en los que el tratado prohíbe determinadas reservas o determinadas categorías de reservas y, se autorizan con ello todas las demás (lo que equivale entonces a la presunción del apartado *b* del artículo 19 invertida), es obvio que esa interpretación coloca al párrafo 1 del artículo 20 en abierta contradicción con el artículo 19. En esa hipótesis, bastaría incluir en el tratado una cláusula que prohibiese las reservas a una disposición concreta para instaurar una libertad total de hacer cualquier reserva diferente de las expresamente prohibidas; el criterio del objeto y el fin del tratado quedaría entonces desprovisto de todo efecto<sup>341</sup>. La Comisión ha excluido ya esa interpretación en su directriz 3.1.3 (Validez de las reservas que no estén prohibidas por el tratado), en la que se precisa claramente que las reservas no prohibidas por el tratado no son válidas *ipso facto* y, con mayor motivo, no pueden ser consideradas efectivas y aceptadas por los propios términos del tratado.

211. Por los mismos motivos y a pesar de la lamentable falta de precisión al respecto de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, una autorización general de reservas en el tratado no puede constituir una aceptación *a priori* de las partes contratantes. Si se dijera que todas las partes tienen derecho a formular reservas al tratado ello no podría implicar que ese derecho es ilimitado y aún menos que todas las reservas así formuladas son, debido a la simple cláusula general incluida en el tratado, efectivas en el sentido del encabezamiento del párrafo 1 del artículo 21. La aceptación de ese modo de ver privaría al régimen de Viena de todo su sentido. Esas autorizaciones generales se limitan a remitir al régimen general, del que las Convenciones de Viena constituyen la expresión y que parte del principio fundamental según el cual las partes en un tratado tienen la facultad de formular reservas.

212. La noción de reserva expresamente autorizada tampoco es idéntica ni equivalente<sup>342</sup> a la de reserva determinada.

<sup>339</sup> *Ibíd.*, 24.ª sesión, párr. 14.

<sup>340</sup> *Op. cit.*, pág. 132.

<sup>341</sup> Véanse en particular las críticas de Tomuschat, *loc. cit.*, pág. 475.

<sup>342</sup> Imbert mantiene sin embargo que las reservas determinadas están comprendidas en la expresión «reserva expresamente autorizada». En apoyo de esa interpretación sugiere que el párrafo 1 del artículo 20 no limita de ningún modo el derecho de los Estados contratantes a hacer objeciones a una reserva expresamente autorizada y expresa solamente la idea según la cual el Estado autor de la reserva se convierte en parte contratante desde que deposita su instrumento de ratificación o adhesión («La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», págs. 52 a 57). El autor no niega que esa solución es abiertamente contraria a los términos del artículo 20, pero justifica su enfoque remitiéndose a los trabajos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Véase también el comentario de la directriz 3.1.2, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 11.

Así lo estableció claramente el tribunal arbitral en el caso *Mer d'Iroise* en relación con la interpretación del artículo 12 de la Convención sobre la plataforma continental, cuyo párrafo 1 dispone lo siguiente:

En el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, un Estado podrá formular reservas respecto de los artículos de la Convención, con excepción de los artículos 1 a 3 inclusive.

213. No cabe duda de que, en virtud de esa disposición, los Estados pueden subordinar su consentimiento a quedar vinculados por la Convención sobre la plataforma continental a la formulación de una reserva así «determinada», es decir, de toda reserva relativa a los artículos 4 a 15, de conformidad con el apartado *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Esa «autorización» no implica sin embargo que toda reserva así formulada sea necesariamente válida<sup>343</sup> o, con mayor razón, que las demás partes hayan dado su consentimiento, mediante el párrafo 1 del artículo 12, a cualquier reserva respecto de los artículos 4 a 15. El tribunal arbitral estimó que esa disposición

no se puede interpretar en el sentido de que obligue a los Estados a aceptar de antemano cualquier tipo de reserva a artículos que no sean los artículos 1 a 3. Esa interpretación equivaldría casi a dar licencia a los Estados contratantes para que redactasen su propio tratado<sup>344</sup>.

214. La práctica estatal respalda la solución adoptada por el tribunal arbitral. El hecho de que 12 Estados hayan planteado objeciones a reservas formuladas a esa Convención<sup>345</sup>, aunque esas reservas solo se refieran a artículos distintos de los artículos 1 a 3 conforme lo previsto en el párrafo 1 del artículo 12 de la Convención, es por lo demás revelador de la interpretación que hay que aceptar.

215. La expresión «reservas expresamente autorizadas» por el tratado debe interpretarse de modo restrictivo para responder al objetivo del párrafo 1 del artículo 20. En el caso *Mer d'Iroise*, en el párrafo citado precedentemente, el tribunal arbitral consideró con razón que

solo si el artículo en cuestión hubiese autorizado la formulación de reservas concretas se podría considerar que las partes en la Convención habían aceptado de antemano una reserva determinada.

216. Para determinar cuáles son las reservas «expresamente autorizadas» que no requieren una aceptación unilateral ulterior conviene entonces determinar cuáles son las reservas a las que las partes han dado ya su consentimiento en el tratado. A ese respecto, Horn ha señalado que «cuando el contenido de las reservas autorizadas está fijado de antemano, la aceptación puede razonablemente considerarse concedida de antemano, en el momento del consentimiento al tratado»<sup>346</sup>.

217. Conforme a esa opinión, el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo 20 incluye dos tipos de autorización previa mediante los que las partes no aceptan simplemente la posibilidad abstracta de formular reservas sino que determinan de antemano exactamente las reservas que pueden hacerse. Por una parte, debe considerarse que una

<sup>343</sup> Véase sobre esa cuestión la directriz 3.1.4 (Validez de determinadas reservas) y su comentario, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte),

<sup>344</sup> Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII, pág. 161, párr. 39.

<sup>345</sup> *Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. XXI.4.

<sup>346</sup> *Loc. cit.*, pág. 133.



reserva hecha de conformidad con una cláusula de reservas que autoriza a las partes a excluir pura y simplemente la aplicación de una disposición<sup>347</sup> o de toda una parte del tratado<sup>348</sup>, es una «reserva expresamente autorizada». En ese caso, las demás partes contratantes pueden apreciar exactamente en el momento de la formalización del tratado cuáles serán las relaciones contractuales con las partes que utilizan la posibilidad de hacer reservas de conformidad con la cláusula de exclusión. Por otra parte, las reservas «negociadas»<sup>349</sup> pueden igualmente considerarse reservas determinadas. En efecto, algunos instrumentos internacionales no autorizan pura y simplemente a los Estados partes a hacer reservas a esta o aquella disposición sino que incluyen una lista exhaustiva de reservas entre las que deben elegir los Estados<sup>350</sup>. Ese procedimiento permite igualmente a los Estados contratantes medir precisamente y *a priori* las consecuencias y el efecto de una reserva sobre las relaciones convencionales. Al manifestar su consentimiento para obligarse por el convenio, un Estado o una organización internacional otorga su consentimiento a toda reserva permitida por el «catálogo».

218. En esas dos hipótesis, el contenido de la reserva está suficientemente predeterminado por el tratado para que esas reservas puedan considerarse como «expresamente autorizadas» en el sentido del párrafo 1 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Las partes contratantes conocen de antemano las relaciones convencionales que se derivan de la formulación de esa reserva y la han aceptado en el propio texto del tratado. No hay ninguna sorpresa y el principio del consensualismo no resulta en absoluto afectado.

219. La Comisión proporcionó de hecho un punto de partida para una definición de la noción de las reservas expresamente autorizadas en su directriz 3.1.4 (Validez de determinadas reservas) [*Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 158]. De conformidad con esa disposición:

<sup>347</sup> Véase, por ejemplo, el primer párrafo del artículo 20 del Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad:

«Al firmar o ratificar el presente Convenio o al adherirse a él, cada una de las Altas Partes Contratantes podrá excluir de su aceptación una o varias disposiciones concretas de los artículos 1 a 17 y 21 por conducto de reservas expresas.»

Es frecuente que los tratados autoricen una reserva que excluye la aplicación de una disposición relativa a la solución de controversias; véase Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux. Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*, pág. 169 (nota 27) y Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 135 y 136.

<sup>348</sup> Acta General revisada para el arreglo pacífico de las controversias internacionales, art. 38; Convenio europeo para el arreglo pacífico de las controversias, art. 34. El Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (n.º 102), de la OIT, combina además esa posibilidad de excluir la aplicación de capítulos enteros con un número mínimo de capítulos que deben ser efectivamente aplicados (art. 2) (véase también el artículo 2 del Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (n.º 128), de la OIT, el artículo 20 de la Carta Social Europea o el artículo 2 del Código Europeo de la Previsión Social). Véase igualmente Riquelme Cortado, *op. cit.*, pág. 134.

<sup>349</sup> A este respecto, véase *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 117 y 118, párr. 11 del comentario de la directriz 1.1.8. Véanse igualmente Gormley, «The modification of multilateral conventions by means of 'negotiated reservations' and other 'alternatives': A comparative study of the ILO and Council of Europe», págs. 59, 75 y 76, e Imbert, *op. cit.*, págs. 195 y ss.

<sup>350</sup> Para la práctica del Consejo de Europa, véase Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 130 y ss.

Cuando el tratado prevea la formulación de determinadas reservas sin especificar su contenido, un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva únicamente si esta no es incompatible con el objeto y el fin del tratado.

A *contrario*, una reserva determinada cuyo contenido se fija en el tratado es considerada como válida *ipso facto* y, debido a la disposición que las autoriza expresamente, efectiva.

220. La directriz 4.1.1 explica la excepción a la norma general que figura en el párrafo 1 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, al tiempo que establece un vínculo con la noción de «reserva efectiva». En efecto, puesto que una reserva expresamente autorizada por el tratado es, por definición, sustancialmente válida y aceptada por las partes contratantes, para conseguir que sea efectiva basta hacerla respetando las normas aplicables a la formulación y la comunicación de las reservas. Puede en consecuencia oponerse a todas las partes contratantes.

#### «4.1.1 Efectividad de una reserva expresamente autorizada por el tratado»

Una reserva expresamente autorizada por el tratado será efectiva con respecto a las demás partes contratantes si se ha formulado respetando la forma y el procedimiento previstos a tal fin.

Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los Estados contratantes y de las organizaciones contratantes, a menos que el tratado así lo disponga.

La expresión 'reserva expresamente autorizada por el tratado' se refiere a las reservas que excluyen la aplicación de una o varias disposiciones del tratado o que modifican los efectos jurídicos de una o varias disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto, en virtud de una disposición expresa del tratado y en la medida prevista por ella.»

221. La directriz 4.1.1 establece, en su párrafo primero, la norma específica en materia de efectividad de las reservas expresamente autorizadas por el tratado, mientras que en su párrafo segundo repite el tenor del párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1986. Aunque no sea estrictamente necesaria y se deduzca de una lectura atenta de las directrices 4.1 y 4.1.1, esta repetición responde a la práctica general y constante de la Comisión de incorporar, en la medida de lo posible, las disposiciones de la Convención de Viena. Por este motivo, el Relator Especial no ha modificado su tenor, pese a que la expresión «a menos que el tratado así lo disponga» sea evidente y, además, parezca superflua en esta disposición<sup>351</sup>. El párrafo tercero trata de definir el concepto de «reserva expresamente autorizada».

222. Cabe subrayar asimismo que una vez que se ha establecido claramente que una reserva está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1986, su aceptación por las demás partes no solo no es necesaria sino que se considera

<sup>351</sup> Véase Müller, «Article 20», pág. 888, párr. 7.

que ha sido aceptada efectiva y definitivamente por estas, con todas las consecuencias que de ello se derivan. Una de las consecuencias de este régimen particular consiste en que las demás partes no pueden formular objeciones a esa reserva<sup>352</sup>. El hecho de haber aceptado previamente esa reserva en el propio texto del tratado impide que las partes contratantes formulen ulteriormente una objeción. En efecto, «las partes han acordado de antemano que la reserva es admisible y, al haber manifestado su acuerdo expreso sobre esa admisibilidad, han renunciado a su derecho a formular ulteriormente objeciones al respecto»<sup>353</sup>. Una enmienda presentada por Francia<sup>354</sup> durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados recogía esa misma idea, pero no fue aprobada por el Comité de Redacción<sup>355</sup>. Por tanto, la directriz 2.8.12 (Carácter definitivo de la aceptación de una reserva) se aplica, con mayor motivo, a las reservas expresamente autorizadas. Esas reservas se consideran aceptadas y, por tanto, no cabe formular objeciones contra ellas. El comentario de la directriz 4.1.1 podría mencionar este aspecto.

ii. Las reservas a los tratados «de participación reducida»

223. En el párrafo 2 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 figura otro caso específico, referido a los tratados «de participación reducida». Esta disposición excluye la aplicación del sistema flexible a los tratados cuya aplicación íntegra entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse. En esos casos, las reservas requieren la aceptación unánime de las partes para ser efectivas.

224. Aunque el Sr. Fitzmaurice ya distinguía entre, por una parte, los tratados plurilaterales, que consideraba más próximos a los tratados bilaterales, y, por otra parte, los tratados multilaterales<sup>356</sup>, hasta el primer informe del Sr. Waldock no se mostró un claro interés por esta distinción. Fruto de una solución de transacción entre los miembros de la Comisión profundamente convencidos de las virtudes del sistema tradicional de la unanimidad y los defensores del sistema «flexible» propuesto por el Sr. Waldock<sup>357</sup>, el actual párrafo 2 del artículo 20 representaba, en ese entonces, el último bastión que los defensores de la unanimidad se

negaban a abandonar. Durante el examen en segunda lectura del proyecto del Sr. Waldock, el principio mismo del párrafo 2 no volvió a suscitar debate alguno en la Comisión ni tampoco durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados.

225. El principal problema no es, sin embargo, el principio de la aceptación unánime de las reservas (regla que se aplica desde hace mucho tiempo), sino la determinación de los tratados a los que no se aplicará la cláusula de salvaguardia ni, por tanto, el sistema «flexible». Hasta 1965, los Relatores Especiales y la Comisión hacían referencia exclusivamente al criterio del (reducido) número de partes<sup>358</sup>. En su cuarto informe sobre el derecho de los tratados, el Sr. Waldock, teniendo en cuenta las críticas formuladas al criterio exclusivo del número, reconoció que no era posible definir con absoluta precisión la categoría de tratados en cuestión<sup>359</sup>. Al mismo tiempo, el Sr. Waldock sugirió que se atendiera a la intención de las partes: «la aplicación de [las] disposiciones [del tratado] entre todas las partes se ha de considerar condición esencial del tratado»<sup>360</sup>. Así pues, la intención de las partes de preservar la integridad del tratado es el criterio que permite excluir la aplicación del sistema «flexible» en beneficio del sistema tradicional de la unanimidad. La Comisión aceptó esta idea al modificar ligeramente la redacción de la disposición que ha terminado convirtiéndose en el actual párrafo 2<sup>361</sup>.

226. Es interesante comprobar, sin embargo, que la categoría de tratados contemplados en esa disposición ya no es igual a la prevista hasta 1962. La referencia a la intención de las partes tiene el doble mérito, por un lado, de incluir en el sistema flexible tratados que, aunque hayan sido formalizados por un número reducido de Estados, se parecen más a los tratados multilaterales generales y, por otro lado, de excluir los tratados celebrados por un número más importante de Estados pero que, por su naturaleza, han de ser aplicados en su integridad. Se produce así un desplazamiento desde el concepto de «tratados plurilaterales» hacia el concepto de tratados cuya integridad debe garantizarse<sup>362</sup>.

227. Sin embargo, el criterio del número no se ha abandonado por completo y sigue figurando en el actual párrafo 2 del artículo 20. Pero su función ha cambiado: antes de 1965 consistía en determinar, por sí solo, si el tratado quedaba excluido o no del régimen «flexible», mientras que en la actualidad se utiliza para aclarar el criterio de la intención de las partes. Así pues, ha perdido parte de su influencia a efectos de determinar la naturaleza del tratado y se ha convertido en un criterio auxiliar a ese respecto, pero sigue siendo lamentablemente poco preciso

<sup>352</sup> Véase Bowett, *loc. cit.*, pág. 84, y Coccia, «Reservations to multilateral treaties on human rights», pág. 9.

<sup>353</sup> Véase Bowett, *loc. cit.*, págs. 84 y 85.

<sup>354</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969*, Documentos de la Conferencia (A/CONF.39/C.1/L.169), párr. 175, apdo. b: El párrafo 2 del artículo único que, según la propuesta de Francia, debía sustituir a los artículos 16 y 17 del proyecto de la Comisión preveía que «[u]na reserva expresamente autorizada por el tratado no podrá ser objeto de objeciones por parte de otros Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga».

<sup>355</sup> Imbert (*op. cit.*, pág. 55) llegó a la conclusión, en relación con el rechazo de esta enmienda, de que los Estados representados en la Conferencia no querían limitar el derecho a formular objeciones en el caso de las reservas expresamente autorizadas.

<sup>356</sup> Véase el informe sobre el derecho relativo a los tratados, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 127, párr. 97.

<sup>357</sup> El Relator Especial Sr. Waldock hizo hincapié en que «el párrafo 4, [...] juntamente con el párrafo 2, representa el equilibrio en que se basa el artículo entero» (*Anuario... 1962*, vol. I, 664.ª sesión, pág. 247, párr. 17). Véanse también las intervenciones de los Sres. Gros (*ibid.*, 663.ª sesión, pág. 245, párr. 97) y Ago (*ibid.*, pág. 244, párr. 87).

<sup>358</sup> Es el caso de los Sres. Fitzmaurice (proyecto de artículo 38, informe sobre el derecho relativo a los tratados, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 115) y Waldock (proyecto de artículo 1, apdo. d, primer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 36). El párrafo 3 del proyecto de artículo 20 aprobado en primera lectura por la Comisión en 1962 se refiere a los tratados celebrados «entre un grupo reducido de Estados» (*Anuario... 1962*, vol. II, pág. 203).

<sup>359</sup> Véase *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 53, párr. 7.

<sup>360</sup> Proyecto de artículo 19, párr. 2, *ibid.*, pág. 52.

<sup>361</sup> Véase *ibid.*, vol. I, 813.ª sesión, págs. 277 y 278, párrs. 36 a 53, y 816.ª sesión, págs. 294 y 295, párrs. 43 a 49.

<sup>362</sup> Véase Imbert, *op. cit.*, pág. 115.

y difícilmente aplicable<sup>363</sup>. La referencia al «número reducido de Estados *negociadores*» sigue siendo especialmente curiosa y no permite distinguir claramente esos tratados de los tratados multilaterales en el sentido estricto del término, que también pueden ser fruto de una negociación entre algunos Estados únicamente. Parece preferible hacer referencia a los Estados autorizados para ser parte en el tratado en lugar de a los Estados que han participado en la negociación<sup>364</sup>.

228. El Sr. Waldock propuso otros criterios «auxiliares» para dilucidar la intención de las partes que, por principio, siempre es difícil de determinar. Así pues, en su cuarto informe sobre el derecho de los tratados también mencionaba la naturaleza del tratado y las circunstancias de su celebración<sup>365</sup>. Sin que se explicaran las razones del cambio, y pese a las propuestas de los Estados Unidos, siempre deseosos de incluir la naturaleza del tratado en la definición<sup>366</sup>, el objeto y el fin del tratado terminó siendo el único otro criterio «auxiliar» adoptado primero por la Comisión y luego por la Conferencia. Al igual que el criterio del número, el criterio del objeto y el fin del tratado dista mucho de ser preciso. La inclusión de ese criterio enigmático<sup>367</sup> tampoco permite aclarar la interpretación del párrafo 2 y la hace incluso más aleatoria y subjetiva<sup>368</sup>.

229. Además, no solo el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 20 es incierto o, al menos, difícilmente determinable; también lo es el régimen jurídico efectivamente aplicable. En virtud de esa disposición, las reservas deben ser aceptadas por todas las partes, de lo cual solo cabe extraer dos certezas: la primera es que tales reservas no están sujetas al sistema «flexible» del párrafo 4, como queda confirmado por el tenor de esa disposición, que limita su ámbito de aplicación a «los casos no previstos en los párrafos precedentes»; la segunda es que esas reservas están sujetas efectivamente al régimen de aceptación unánime, porque se exige la aceptación «de *todas*\* las partes».

230. Sin embargo, el párrafo 2 del artículo 20 no permite determinar claramente quién debe aceptar efectivamente la reserva. Es cierto que en el texto de la disposición se hace referencia a «las partes», pero esta precisión no es

de ningún modo satisfactoria. En efecto, parece dudoso que solo deban aceptar la reserva todas las «partes», es decir, según la definición del artículo 2, párr. 1, apdo. g, todos los Estados u organizaciones internacionales que han consentido en obligarse por el tratado y con respecto a los cuales el tratado está en vigor, ya que ello será contrario a la idea subyacente de que el tratado debe aplicarse en su totalidad entre todas las partes, presentes y futuras. De sostenerse lo contrario se privaría en gran medida de sentido al consentimiento unánime.

231. Además, si bien el párrafo 5 del artículo 20 vincula el principio del consentimiento tácito e implícito con el párrafo 2, la aplicación de la aceptación implícita en el marco de los tratados que se prevé en el párrafo 2 sigue siendo un misterio. En efecto, del párrafo 5 del artículo 20 se desprende que un Estado contratante solo puede formular una objeción en el momento en que pasa a ser parte en el tratado. Un Estado signatario de un tratado reducido podría así bloquear la aceptación unánime aunque no formulara ninguna objeción formal a la reserva, ya que es imposible dar por sentado su consentimiento antes del vencimiento del plazo de 12 meses. Así pues, la aplicación de la presunción del párrafo 5 del artículo 20 produciría justamente el efecto contrario al deseado: la rápida estabilización de las relaciones convencionales y de la situación del Estado autor de la reserva respecto del tratado<sup>369</sup>. Precisamente por este motivo, el Relator Especial consideraba, en 1962, que la flexibilización del plazo de 12 meses para los Estados que aún no son partes en el tratado

no es posible en caso de los tratados plurilaterales porque en ese caso el hecho de diferir la adopción de una decisión deja en suspenso la situación del Estado autor de la reserva frente a todos los Estados que participan en el tratado<sup>370</sup>.

232. Estas lagunas e incoherencias son aún más sorprendentes si se tiene en cuenta el proyecto de artículo 18 propuesto por el Sr. Waldock en 1962, que distinguía claramente la aceptación tácita e implícita en los casos de los tratados «plurilaterales» y de los tratados multilaterales<sup>371</sup>. No obstante, esas precisiones, que aclaraban perfectamente el régimen jurídico de las reservas a los tratados contemplados en el párrafo 2 del artículo 20, se suprimieron para que las disposiciones sobre las reservas fueran menos complejas y más sucintas.

233. Habida cuenta de estas observaciones, parece oportuno y necesario incluir en la Guía de la práctica una directriz sobre la efectividad de una reserva a un tratado «de participación reducida»:

#### «4.1.2 Efectividad de una reserva a un tratado de participación reducida

Una reserva a un tratado de participación reducida será efectiva con respecto a las demás partes contratantes si cumple los requisitos de validez sustancial de una reserva, se ha formulado respetando la forma y el procedimiento previstos a tal fin y ha sido aceptada por todas las demás partes contratantes.

<sup>369</sup> En este sentido, véase Müller, «Article 20», págs. 820 y 821, párrs. 46 y 47.

<sup>370</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 77, párr. 16 *in fine*.

<sup>371</sup> Véase *ibíd.*, págs. 70 y 71.

<sup>363</sup> Véanse, en particular, las críticas de Imbert, *ibíd.*, págs. 112 y 113. Véase también la propuesta presentada por los Estados Unidos (A/CONF.39/C.1/L.126 y Add.1) durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados con miras a suprimir la referencia a todo criterio que no fuera la intención de las partes, debido a esas dificultades, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969*, Actas resumidas de las sesiones plenarios y de las sesiones de la Comisión Plenaria, 21.ª sesión, pág. 119, párr. 9.

<sup>364</sup> Véase Imbert, *op. cit.*, págs. 112 y 113.

<sup>365</sup> Véase la nota 359 *supra*.

<sup>366</sup> Véase la enmienda A/CONF.39/C.1/L.127, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969*, Documentos de la Conferencia, pág. 145.

<sup>367</sup> Véanse las directrices 3.1.5 (Incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado) y 3.1.6 (Determinación del objeto y el fin del tratado), *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte).

<sup>368</sup> Véase Tomuschat, *loc. cit.*, pág. 479, e Imbert, *op. cit.*, págs. 114 y 115.

La expresión ‘tratado de participación reducida’ hace referencia a un tratado cuya aplicación íntegra entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado.»

iii. Las reservas a un instrumento constitutivo de una organización internacional

234. La otra excepción al principio según el cual es suficiente una aceptación tácita para que la reserva sea efectiva figura en el párrafo 3 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, y se refiere a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. En virtud de esta disposición:

Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización.

235. De la simple lectura de esta disposición se desprende que, para que sea efectiva, una reserva a un instrumento constitutivo de una organización internacional debe ser aceptada por el órgano competente de la organización. La formulación de esta aceptación ya ha sido objeto de un análisis detallado en el duodécimo informe sobre las reservas a los tratados<sup>372</sup>, donde se presentan además los trabajos preparatorios de esa disposición. Sobre la base de ese informe, la Comisión aprobó varias directrices sobre esta excepción a la regla, a saber, las directrices 2.8.7 a 2.8.11:

**2.8.7** *Aceptación de una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional*

Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización.

**2.8.8** *Órgano competente para aceptar una reserva a un instrumento constitutivo*

Sin perjuicio de las reglas de la organización, la competencia para aceptar una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional incumbe al órgano competente para resolver sobre:

- la admisión de un miembro en la organización;
- las enmiendas al instrumento constitutivo, o
- la interpretación de este.

**2.8.9** *Modalidades de la aceptación de una reserva a un instrumento constitutivo*

Sin perjuicio de las reglas de la organización, la aceptación del órgano competente de la organización no podrá ser tácita. No obstante, la admisión del Estado o la organización internacional autor de la reserva constituirá la aceptación de esta.

A los efectos de la aceptación de una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional, no se exigirá la aceptación individual de la reserva por los Estados o las organizaciones internacionales miembros de la organización.

**2.8.10** *Aceptación de una reserva a un instrumento constitutivo que aún no ha entrado en vigor*

En los casos a que se refiere la directriz 2.8.7 y cuando el instrumento constitutivo aún no haya entrado en vigor, se considerará que una reserva ha sido aceptada si ninguno de los Estados u organizaciones internacionales signatarios ha formulado una objeción a esta reserva dentro de los 12 meses siguientes a la fecha en que haya recibido la

notificación de la reserva. Tal aceptación unánime, una vez obtenida, será definitiva.

**2.8.11** *Reacción de un miembro de una organización internacional a una reserva al instrumento constitutivo*

La directriz 2.8.7 no excluye que los Estados o las organizaciones internacionales miembros de una organización internacional tomen posición sobre la validez o la oportunidad de una reserva al instrumento constitutivo de la organización. Tal posicionamiento carece en sí mismo de efectos jurídicos<sup>373</sup>.

236. No parece necesario volver a recordar los motivos que llevaron a la Comisión y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados a aprobar la disposición del párrafo 3 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1969. Aunque la directriz 2.8.7 basta para expresar la necesidad de la aceptación por el órgano competente de la organización, no está demás recordar esta exigencia particular en la parte dedicada a los efectos de las reservas. En efecto, la aceptación por el órgano competente es la condición *sine qua non* para que una reserva al instrumento constitutivo de una organización internacional sea efectiva. Únicamente esta aceptación colegiada puede hacer que la reserva surta todos sus efectos. Si bien es cierto que la aceptación individual de los demás miembros de la organización no está prohibida, carece de consecuencias para la efectividad de la reserva. La directriz 4.1.3 podría estar redactada de la siguiente manera:

**«4.1.3** *Efectividad de una reserva a un instrumento constitutivo de una organización internacional*

Una reserva a un instrumento constitutivo de una organización internacional será efectiva con respecto a las demás partes contratantes si cumple los requisitos de validez sustancial de una reserva, se ha formulado respetando la forma y el procedimiento previstos a tal fin y ha sido aceptada por el órgano competente de la organización de conformidad con las directrices 2.8.7 a 2.8.10.»

ii) *Efectos de las reservas efectivas*

237. Una reserva «efectiva» en el sentido de la directriz 4.1 produce todos los efectos perseguidos por su autor, es decir, como se dice en la directriz 1.1.1 (Objeto de las reservas), «excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos»<sup>374</sup>. Plasma así el objeto de la reserva como lo ha querido o «perseguido» su autor.

238. La efectividad de la reserva, sin embargo, no tiene por único efecto modificar o excluir el efecto jurídico de una o más disposiciones del tratado; constituye al propio tiempo al autor de la reserva en parte contratante en el tratado. Tras la efectividad de la reserva se establece una relación convencional entre su autor y la parte o partes contratantes respecto de las cuales la reserva sea efectiva.

a. *Entrada en vigor del tratado y estatuto del autor de la reserva*

239. La efectividad de la reserva tiene, para su autor, diversas consecuencias en cuanto a la existencia misma

<sup>372</sup> Véase *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/584, párrs. 60 a 90.

<sup>373</sup> *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 83.

<sup>374</sup> *Ibíd.*

de las relaciones convencionales y de su estatuto en relación con las demás partes contratantes. Puede incluso dar lugar a la entrada en vigor del tratado para el conjunto de los Estados u organizaciones internacionales contratantes. Esas consecuencias dimanar directamente del artículo 20, párr. 4, apdos. *a* y *c*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986: la primera de dichas disposiciones se refiere al establecimiento de relaciones convencionales entre el autor de la reserva y la parte contratante que la haya aceptado (es decir, la parte contratante respecto de la cual la reserva es efectiva), mientras que la segunda se refiere a la cuestión de saber si el consentimiento del Estado o la organización que formula la reserva surte efecto o, dicho de otro modo, si el autor de la reserva se constituye en parte contratante en el tratado. Dichas disposiciones de la Convención de Viena de 1986 estipulan lo siguiente:

4. En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa:

a) La aceptación de una reserva por un Estado contratante o por una organización contratante constituirá al Estado o a la organización internacional autor de la reserva en parte en el tratado en relación con el Estado o la organización que haya aceptado la reserva si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para el autor de la reserva y el Estado o la organización que ha aceptado la reserva;

[...]

c) Un acto por el que un Estado o una organización internacional manifiesten su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos un Estado contratante o una organización contratante.

240. Los comentarios de la Comisión sobre el proyecto de artículo 17 (que pasó a ser el artículo 20) explican claramente el propósito de estas disposiciones:

En el párrafo 4 figuran las tres normas básicas del sistema «flexible» que han de regir la situación de los Estados contratantes por lo que respecta a las reservas a los tratados multilaterales que no estén comprendidos en los párrafos anteriores. El apartado *a* dispone que la aceptación de la reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado, *en relación con ese Estado*, si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor. [...] El apartado *c* dispone a su vez que un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante. Esta disposición es importante, ya que determina el momento en que el Estado autor de la reserva puede ser considerado como Estado que ha ratificado o aceptado el tratado o ha quedado en otra forma obligado por este<sup>375</sup>.

241. La regla de que la aceptación de una reserva válida establece una relación convencional entre el autor de la reserva y el Estado o la organización internacional que la haya aceptado dimana además del sentido común. Figura, en formas diversas, en los proyectos de todos los Relatores Especiales sobre la cuestión del derecho de los tratados. La única diferencia entre el enfoque del Sr. Waldock y el de sus predecesores radica en el número necesario de aceptaciones para que se produzca ese efecto. Partidarios del régimen tradicional de la unanimidad, los tres primeros Relatores Especiales solo aceptaban el establecimiento de una relación convencional una vez que las demás partes contratantes hubieran aceptado la reserva. Conforme al enfoque flexible del Sr. Waldock, cada Estado (o cada organización internacional) no decide solo individualmente si una reserva le

es o no oponible; esa aceptación individual surte efectos igualmente con independencia de las reacciones de otros Estados u organizaciones internacionales, pero, como es lógico, únicamente en las relaciones bilaterales entre el autor de la reserva y el autor de la aceptación. La Comisión explicó lo siguiente en su comentario al proyecto de artículo 20 aprobado en primera lectura respecto de la aplicación de este sistema flexible:

Es posible que su resultado sea que un Estado que formule una reserva pueda ser parte en el tratado en relación con el Estado X pero no con el Estado Y, aunque los Estados X e Y estén mutuamente ligados por el tratado. Pero en el caso de un tratado multilateral general o de un tratado celebrado entre un número considerable de Estados, ese resultado le parece a la Comisión que no es tan poco satisfactorio como el de permitir que el Estado Y, por su objeción, pudiera impedir que el tratado entrara en vigor entre el Estado que formula la reserva y el Estado X, que ha aceptado la reserva<sup>376</sup>.

242. Sin embargo, este sistema «relativo» de participación en un tratado<sup>377</sup> solo es aplicable en el caso «ordinario» de efectividad de la reserva. Obviamente, no se puede aplicar cuando se necesita la aceptación unánime para que la reserva sea efectiva. Para que esta pueda surtir efectos, incluida la entrada en vigor del tratado para el autor de la reserva, todas las partes contratantes deben consentir en la reserva. En consecuencia, el tratado entra necesariamente en vigor de la misma manera para el conjunto de las partes contratantes, por un lado, y para el autor de la reserva, por el otro. Una solución similar se impone en el caso de una reserva al acto constitutivo de una organización internacional: solo la aceptación del órgano competente podrá hacer efectiva la reserva e incorporar a su autor al conjunto de las partes contratantes. Una vez obtenida esa aceptación, el autor de la reserva establece relaciones convencionales con todas las partes contratantes sin que sea preciso el consentimiento individual de estas.

243. A la luz de estas observaciones, cabe señalar, no obstante, que una vez que la reserva pasa a ser efectiva en virtud de las reglas enunciadas en las directrices 4.1 a 4.1.3 según la naturaleza de la reserva y del tratado, se establece una relación convencional entre el autor de la reserva y la parte o partes contratantes frente a las cuales la reserva sea efectiva: la parte contratante que haya aceptado la reserva (en el caso «ordinario») o todas las partes contratantes (en los demás casos). Baste, pues, recordar esta regla que es la esencia misma del régimen de Viena, sin necesidad de distinguir nuevamente entre la regla general y sus excepciones. La redacción de las directrices 4.1, 4.1.1, 4.1.2 y 4.1.3 permite, en efecto, determinar frente a quiénes es efectiva la reserva y con quiénes se establece la relación convencional:

#### «4.2 Efectos de una reserva efectiva

##### 4.2.3 Efectos de la entrada en vigor del tratado sobre el Estatuto del autor de una reserva efectiva

La efectividad de una reserva hace que su autor pase a ser parte en el tratado frente a los Estados u organizaciones

<sup>376</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 209, párr. 23 del comentario. Véase también *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 228, párr. 22 del comentario al proyecto de artículo 17.

<sup>377</sup> Véase *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 228, párr. 22 del comentario al proyecto de artículo 17.

<sup>375</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 228, párr. 21 del comentario.

internacionales contratantes respecto de los cuales la reserva sea efectiva si el tratado está en vigor o cuando entre en vigor.»

244. La directriz 4.2.3 no resuelve, con todo, la cuestión relativa a saber en qué momento el autor de la reserva puede ser considerado parte del conjunto de los Estados contratantes o de las organizaciones internacionales contratantes. El artículo 20, párr. 4, apdo. c, de la Convención de Viena de 1969 fue justamente añadido por la Comisión a fin de colmar esa laguna. Como explicó el Sr. Waldock en su cuarto informe sobre el derecho a los tratados:

No se trata simplemente de una cuestión de redacción, puesto que afecta a la cuestión de las condiciones en que se ha de considerar «parte» en un tratado multilateral a un Estado autor de una reserva, en virtud del sistema «flexible». En realidad, no solo el Gobierno australiano, sino también el danés insisten en que la Comisión trate explícitamente de esta cuestión, ya que puede influir sobre la determinación de la fecha en que el tratado entra en vigor y si no se resuelve puede crear dificultades a los depositarios. El Relator Especial entiende que con arreglo al procedimiento «flexible» un Estado autor de una reserva se ha de considerar «parte» en el momento en que otro Estado que ha manifestado su consentimiento en quedar obligado por el tratado acepte la reserva, expresa o tácitamente, en virtud del párrafo 3 del actual artículo 19 (párrafo 4 del nuevo artículo 20)<sup>378</sup>.

La explicación del Sr. Waldock, que es pues la fuente del artículo 20, párr. 4, apdo. c, de la Convención de Viena de 1969, tal vez no sea enteramente correcta: en verdad, es imposible determinar si el autor de la reserva pasa a ser «parte» en el tratado en el sentido del artículo 2, párr. 1, apdo. g, de la Convención de Viena de 1969 porque, independientemente de la efectividad de su reserva, puede ocurrir que el tratado no esté en vigor en razón de un número insuficiente de ratificaciones o de aceptaciones. Sin embargo, lo que sí se puede determinar con certidumbre es la cuestión relativa a saber si el autor de la reserva pasa a ser Estado contratante u organización contratante, es decir, si ha «consentido en obligarse por el tratado, haya entrado o no en vigor el tratado» (art. 2, párr. 1, apdo. f). Ese es, por otra parte, el objeto del artículo 20, párr. 4, apdo. c, que se limita a constatar que el «acto por el que» el autor de la reserva «manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva *surtirá efecto*\* en cuanto acepte la reserva al menos un Estado contratante».

245. Si bien la regla parece claramente establecida por el artículo 20, párr. 4, apdo. c, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 —el autor de la reserva pasa a ser Estado contratante u organización contratante en cuanto su reserva válida haya sido aceptada al menos por un Estado contratante o por una organización contratante—, su aplicación en la práctica dista mucho de ser consecuente, y mucho menos homogénea. Los principales interesados en la aplicación de esta regla, es decir, los depositarios, la aplicaban y la aplican todavía de manera muy aproximada.

246. El Secretario General, en su función de depositario de tratados multilaterales, por ejemplo, acepta el depósito de todo instrumento que exprese el consentimiento en obligarse por un tratado que contenga una reserva y, aunque declina adoptar una posición respecto de la cuestión de la validez o los efectos de la reserva,

indica la fecha en la cual el instrumento ordinariamente debería entrar en vigor conforme a las disposiciones del tratado y [deja librada] a cada parte la cuestión de extraer de las reservas las consecuencias jurídicas que la parte considere apropiadas<sup>379</sup>.

En otras palabras, el Secretario General no espera que al menos se haya expresado una aceptación para dar curso al depósito definitivo de un instrumento de ratificación o adhesión que contenga una reserva, pues considera a esos instrumentos en pie de igualdad con las demás ratificaciones o adhesiones que no contengan reservas:

Como no está obligado a adoptar una posición, el Secretario General no está en condiciones de pronunciarse sobre los efectos eventuales del instrumento que contenga una reserva y, en particular, de determinar si el tratado entra en vigor entre el Estado autor de la reserva y los demás Estados o *a fortiori* entre el Estado autor de la reserva y el Estado que pueda formular alguna objeción a ella. En consecuencia, si las cláusulas finales del tratado de que se trate prevén que el tratado ha de entrar en vigor cuando se haya depositado un cierto número de instrumentos de ratificación, aprobación, aceptación o adhesión, el Secretario General, en su calidad de depositario, sigue la práctica, con la salvedad indicada en el párrafo siguiente, de tener en cuenta, en el recuento de los instrumentos exigidos para la entrada en vigor, todos los instrumentos cuyo depósito haya aceptado, estén o no acompañados de reservas y de que esas reservas hayan o no dado lugar a objeciones<sup>380</sup>.

Esa posición, absolutamente criticable<sup>381</sup> habida cuenta del tenor del artículo 20, párr. 4, apdo. c, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 (leído juntamente con el artículo 20, párr. 5), ha sido justificada por el Secretario General por el hecho de que

nunca ha ocurrido que un Estado haya formulado una objeción a una entrada en vigor que incluyera a los Estados autores de reservas. Por último, para que no se tuviera en cuenta el instrumento de un Estado, tal vez hubiera sido preciso que los demás Estados contratantes, sin excepción, no solo hubieran objetado a la participación del Estado autor de la reserva, sino que los Estados que hubieran formulado objeciones hubieran claramente expresado la intención de que sus objeciones impidieran la entrada en vigor del tratado entre ellos y el Estado autor de la reserva<sup>382</sup>.

247. Cabe mencionar un ejemplo reciente, el del Pakistán, que se adhirió al Convenio Internacional para la represión de la financiación al terrorismo mediante una notificación de 17 de junio de 2009. Dicho instrumento contenía reservas a los artículos 11, 14 y 24 del Convenio. A pesar de esas reservas, el Secretario General consideró en la notificación del depositario de 19 de junio de 2009 que

El Convenio entrará en vigor para el Pakistán el 17 de julio de 2009 de conformidad con el párrafo 2 del artículo 26 que dispone lo siguiente:

«Respecto de cada uno de los Estados que ratifiquen, acepten o aprueben el Convenio o se adhiera a él después de que sea depositado el vigésimo segundo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Convenio entrará en vigor treinta días después de

<sup>379</sup> *Précis de la pratique du Secrétaire général...* (nota 149 *supra*), párr. 187.

<sup>380</sup> *Ibid.*, párr. 184.

<sup>381</sup> Véanse Imbert, «A l'occasion de l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de dépositaire», págs. 524 a 541; Gaja, *loc. cit.*, págs. 323 y 324; Riquelme Cortado, *op. cit.*, págs. 245 a 250; o Müller, «Article 20», págs. 821 y 822, párr. 48.

<sup>382</sup> *Précis de la pratique du Secrétaire général...* (nota 149 *supra*), párr. 186.

<sup>378</sup> *Anuario... 1965*, vol. II, págs. 54 y 55, párr. 11.

la presentación por ese Estado de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión»<sup>383</sup>.

El depositario consideró, pues, que el instrumento del Pakistán surtía efecto inmediatamente, no obstante lo dispuesto en el artículo 20, párr. 4, apdo. c, de la Convención de Viena de 1969. Para el depositario, el Pakistán forma parte del conjunto de los Estados contratantes, a saber, entre las partes en el Convenio, independientemente de la cuestión relativa a saber si sus reservas han recibido el consentimiento al menos de otra parte contratante.

248. Esta práctica, que al parecer se viene siguiendo ya desde hace muchos años y que, además, existía mucho antes de la Convención de Viena de 1969<sup>384</sup>, también ha sido seguida por otros depositarios, sean ellos instituciones o Estados. Así pues, la República Dominicana y el Consejo de Europa habían informado al Secretario General en 1965 de que, en tanto depositarios, el Estado autor de una reserva se contaba «inmediatamente [...] entre los [Estados] que son necesarios para hacer entrar en vigor la convención»<sup>385</sup>, es decir, desde que adquiere el estatuto de Estado contratante. Otros depositarios, como los Estados Unidos, la OEA o la FAO, informaron de una práctica más matizada y en principio no cuentan a los Estados autores de reservas entre los Estados contratantes<sup>389</sup>.

249. El Relator Especial considera, sin embargo, que a pesar de la aplicación al menos vacilante del artículo 20, párr. 4, apdo. c, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, la regla establecida en esta disposición no ha perdido autoridad. Forma parte indudablemente del régimen de las reservas tal como lo han establecido las Convenciones de Viena, y la Comisión se ha fijado como principio complementar las disposiciones sobre las reservas de ambas Convenciones y no de contradecirlas<sup>386</sup>. Conforme a lo dispuesto en el artículo 20, párr. 4, apdo. c, de las Convenciones de Viena, el autor de una reserva solo pasa a ser Estado contratante u organización contratante cuando al menos otro Estado contratante u otra organización contratante acepta la reserva, en forma expresa —lo que es muy raro— o tácita al vencimiento del plazo previsto en el párrafo 5 del artículo 20 y retomado por las directrices 2.6.13 (Plazo para formular una objeción)<sup>387</sup> y 2.8.1 (Aceptación tácita de las reservas)<sup>388</sup>. La consecuencia de una aplicación estricta de esta disposición, en el peor de los casos, es que demora en 12 meses la entrada en vigor del tratado para el autor de la reserva. Esa demora a todas luces se puede considerar poco deseable; con todo, el autor de la reserva es quien la provoca, por un lado, y dicho plazo se puede reducir mediante la aceptación expresa de la reserva expresada por un solo Estado contratante o una sola organización internacional contratante.

250. A la luz de estas observaciones, conviene incluir en la Guía de la práctica una directriz que exprese esa idea, en lugar de reproducir literalmente el texto del

<sup>383</sup> Para la reserva del Pakistán, véase *Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. XVIII, 11. Para la notificación del Secretario General, véase C.N.371.2009.TREATIES-1 (XVIII.11).

<sup>384</sup> Véase *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 109, párr. 31.

<sup>385</sup> *Ibid.*, pág. 104.

<sup>386</sup> Véase *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), págs. 163 a 166, párrs. 153 a 169.

<sup>387</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 123.

<sup>388</sup> *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 83.

artículo 20, párr. 4, apdo. c. Una vez que la reserva válida ha sido aceptada al menos por un Estado contratante o una organización internacional contratante, la reserva es efectiva en el sentido de las directrices 4.1, 4.1.1, 4.1.2 y 4.1.3, el instrumento de ratificación o de adhesión del autor de la reserva surte efecto y lo constituye en Estado contratante u organización internacional contratante. Ello significa que el autor de la reserva pasa a formar parte de los Estados contratantes y de las organizaciones contratantes si el tratado no ha entrado aún en vigor. La directriz 4.2.1 plasma esa idea:

#### «4.2.1 Calidad del autor de la reserva efectiva

Desde el momento en que la reserva es efectiva, su autor será considerado como Estado contratante u organización contratante en ese tratado.»

251. Va de suyo que si el tratado está en vigor, el autor de una reserva que sea efectiva se constituye al propio tiempo en parte en el tratado.

252. Además, si el tratado no ha entrado aún en vigor, la efectividad de la reserva y la validez del acto por el cual el autor de la reserva expresa su consentimiento en obligarse por el tratado puede tener como consecuencia que el tratado entre en vigor para el conjunto de los Estados y organizaciones contratantes, incluido el autor de la reserva. Así ocurre si, tras la efectividad de la reserva, la adición del autor de la reserva al número de partes contratantes da por resultado que se cumplan las condiciones para la entrada en vigor del tratado. Esa consecuencia depende, pues, en gran medida de las circunstancias del caso, en particular de las condiciones de entrada en vigor del tratado enunciadas en las cláusulas finales, del número de partes contratantes, etc. Es casi imposible, pues, deducir una regla general a este respecto, como no sea para decir que el autor de la reserva efectiva debe ser considerado entre los Estados u organizaciones contratantes cuyo número determina la entrada en vigor del tratado. Esta precisión se enuncia en la directriz 4.2.2:

#### «4.2.2 Efecto de la efectividad de la reserva sobre la entrada en vigor del tratado

Cuando el tratado no haya entrado todavía en vigor, se considerará que el autor de la reserva forma parte de los Estados contratantes o de las organizaciones contratantes cuyo número condicione la entrada en vigor del tratado desde el momento de efectividad de la reserva.»

#### b. Efecto de una reserva efectiva en el contenido de las relaciones convencionales

253. La efectividad de la reserva no tiene como única consecuencia la entrada en vigor del tratado entre el autor de la reserva y las partes en el tratado que la han aceptado. Modifica igualmente el contenido de la relación convencional así constituida y plasma de esa manera el objeto mismo de la reserva en el sentido de que «las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva» se modificarán «en la medida determinada por la misma» en las relaciones mutuas entre ambos Estados interesados<sup>389</sup>. Ese efecto

<sup>389</sup> En cuanto al principio de reciprocidad, véanse los párrafos 270 a 290 *infra*.

se deduce, como señaló la Comisión, «directamente del consenso en que se fundan las relaciones entre las partes en un tratado»<sup>390</sup>. La reserva, que no es otra cosa que una oferta formulada por su autor con miras a modificar o excluir la aplicación de ciertas disposiciones del tratado, y su aceptación constituyen un acuerdo entre los protagonistas, un acuerdo *inter pares*, que modula sus relaciones convencionales dimanadas del tratado.

254. El párrafo 1 del artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 determina el efecto que la reserva efectiva produce en el contenido de las relaciones convencionales para su autor. En la Convención de Viena de 1986, esta disposición reza como sigue:

Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23:

a) Modificará con respecto al Estado o a la organización internacional autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma.

255. El verbo «modificar» usado en esta disposición debe, sin embargo, interpretarse en sentido amplio. Parece curioso que los textos de esta disposición y del artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, nunca hayan sido armonizados. El artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 entiende en efecto por reserva una declaración unilateral hecha por un Estado «con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado». Sin embargo, esta incoherencia casi no afecta el resultado, dado que los apartados *a* y *b* del párrafo 1 del artículo 21, precisan claramente que la disposición del tratado se modificará «en la medida determinada» por la reserva. Esa formulación abarca tanto las reservas de exclusión —por las cuales los Estados tratan de excluir pura y simplemente la aplicación de una o más disposiciones del tratado— como las reservas restrictivas, que se refieren simplemente a un aspecto particular de la disposición contemplada, sin por ello excluir enteramente su aplicación.

256. Otra incoherencia, más grave, se puede observar entre la definición del término «reserva» en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y los efectos previstos en el párrafo 1 del artículo 21 —dos disposiciones que deben conciliarse<sup>391</sup>—: si bien a tenor del artículo 21, la reserva modificará «las disposiciones del tratado», el objeto de la reserva en virtud del artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, es excluir o modificar «los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado». El problema no escapó a la atención en los debates de la Comisión: aunque algunos miembros insistieron en que la reserva no podía modificar las disposiciones del tratado y que convendría sustituir la palabra «disposiciones» por «aplicación»<sup>392</sup>, otros miembros no prestaron igual atención al asunto<sup>393</sup> o se declararon

categoricamente satisfechos con el texto propuesto por el Comité de Redacción<sup>394</sup>.

257. En doctrina, la cuestión de la modificación de las «disposiciones del tratado» o de sus «efectos jurídicos» se ha planteado con más vehemencia. Pierre-Henri Imbert considera que

[e]s precisamente el vínculo establecido por los redactores de la Convención de Viena entre la reserva y las disposiciones de una convención lo que nos parece más criticable. En efecto, una reserva no tiende a eliminar una *disposición* sino una *obligación*<sup>395</sup>.

258. Esta opinión, sin embargo, solo considera el efecto de la reserva desde la perspectiva del autor de la reserva y parece ignorar que al modificar la obligación de este la reserva igualmente afecta los derechos correlativos de los Estados o de las organizaciones internacionales que hayan aceptado la reserva. Es, pues, tanto más convincente llegar a la conclusión de que, respecto de esta cuestión,

el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de 1969 y 1986 está mejor redactado que el párrafo 1 del artículo 21: no se entiende bien cómo una reserva, instrumento *exterior* al tratado, podría modificar una *disposición del tratado*; puede excluir o modificar la aplicación, el efecto, pero no el texto mismo, la disposición<sup>396</sup>.

259. Con todo, el texto del artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no parece tampoco armonizar completamente con la práctica de los Estados en materia de reservas, ya que en él se precisa que una reserva solo puede tener por objeto excluir o modificar «los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado»<sup>397</sup>. En verdad, no es infrecuente que los Estados formulen reservas a fin de modificar la aplicación de la totalidad del tratado, o al menos la aplicación de una parte sustancial de este. En determinados casos, esas reservas no pueden ciertamente ser consideradas válidas, por cuanto despojarían al tratado de su objeto y propósito, lo que las priva del estatuto de «reservas efectivas»<sup>398</sup>. Con todo, no siempre ocurre así, y la práctica presenta numerosos ejemplos de esas reservas transversales que no han sido objeto de objeciones o protestas por parte de los demás Estados contratantes<sup>399</sup>. El artículo 21, párr. 1, apdo. *a*, parece a este respecto más abierto por cuanto se limita a disponer que la reserva modifica (o excluye), «las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma». Si una reserva, pues, puede válidamente tener por objeto modificar los efectos jurídicos del conjunto de disposiciones del tratado con respecto a algunos aspectos específicos, como la Comisión lo ha reconocido claramente en la directriz 1.1.1 (Objeto de las

<sup>394</sup> Véase la intervención del Sr. Briggs (ibíd., 800.ª sesión, pág. 180, párr. 28).

<sup>395</sup> Imbert, *op. cit.*, pág. 15.

<sup>396</sup> *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), pág. 267, párr. 150.

<sup>397</sup> Imbert, *op. cit.*, págs. 14 y 15; véase también Szafarz, «Reservations to multilateral treaties», pág. 296. Véase asimismo *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), pág. 268, párr. 156. Véase, sin embargo, Hylton, quien sostiene que las «[r]eservas modifican un tratado solo en cuanto a disposiciones específicas» («Default breakdown: the Vienna Convention on the Law of Treaties: inadequate framework on reservations», pág. 422).

<sup>398</sup> Véase la directriz 1.1.1 (Objeto de las reservas), *Anuario... 1999*, vol. II, segunda parte, pág. 100, párrs. 6 y 7 del comentario.

<sup>399</sup> Ibíd., párr. 5.

<sup>390</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 229, párr. 1 del comentario al proyecto de artículo 19 [21].

<sup>391</sup> Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), pág. 267, párr. 149.

<sup>392</sup> Intervención de los Sres. Rosenne (*Anuario... 1965*, vol. I, sesiones 800.ª, pág. 179, párr. 9, y 814.ª, pág. 282, párr. 2) y Tsuruoka (ibíd., pág. 283, párr. 16).

<sup>393</sup> El Sr. Tunkin señaló que no era muy importante que el texto modificara las disposiciones del tratado o la aplicación de sus disposiciones (ibíd., pág. 282, párr. 9). En igual sentido, véase la intervención del Sr. Briggs (ibíd., párr. 13).



reservas)<sup>400</sup>, dicha reserva tendrá por efecto, una vez que sea efectiva, modificar todas esas disposiciones de conformidad con el artículo 21, párr. 1, incluso, según el caso, el conjunto de disposiciones del tratado<sup>401</sup>.

260. De ello se deduce que la reserva que se ha hecho válidamente efectiva afecta a las relaciones convencionales del autor de la reserva en cuanto excluye o modifica los efectos jurídicos de una o varias disposiciones del tratado, incluso el tratado en su conjunto, respecto de algún aspecto en particular y en régimen de reciprocidad<sup>402</sup>.

261. Según la práctica habitual seguida por la Comisión en el contexto de la Guía de la práctica, conviene, por lo tanto, introducir una directriz 4.2.4 que en gran medida retoma el artículo 21, párr. 1, apdo. a, de la Convención de Viena de 1986, si bien precisa que la reserva no modifica las disposiciones del tratado a que se refiera, sino sus efectos jurídicos<sup>403</sup>:

#### «4.2.4 Contenido de las relaciones convencionales

Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado modificará con respecto al Estado o la organización internacional autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte los efectos jurídicos de las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma.»

262. Con objeto de aclarar aún más el contenido de las obligaciones y los derechos del autor de la reserva y del Estado o la organización internacional con respecto a los que sea efectiva la reserva, conviene distinguir, para utilizar la terminología de Horn, las «reservas con efecto modificador» de las «reservas con efecto excluyente»<sup>404</sup>. La distinción, a todas luces, no siempre es fácil. Por ejemplo, una reserva con la que su autor trata de limitar el ámbito de aplicación de una obligación convencional exclusivamente a una categoría determinada de personas se puede interpretar o bien como una reserva con efecto modificador (pues modifica el efecto jurídico de la obligación inicial al limitar el conjunto de personas a las que afecta), bien como una reserva con efecto excluyente (pues su objeto es excluir la aplicación de la obligación convencional para todas las personas que no entren dentro de la categoría determinada)<sup>405</sup>. La distinción permite,

<sup>400</sup> La directriz 1.1.1 (*Anuario... 1999*, vol. II, segunda parte, pág. 97) estipula lo siguiente:

«Una reserva tiene por objeto excluir o modificar el efecto jurídico de ciertas disposiciones de un tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a algunos aspectos específicos, en su aplicación al Estado o a la organización internacional que formula la reserva.»

<sup>401</sup> De Cesari dice a este respecto lo siguiente: «Por medio de las reservas, los Estados pueden reducir el ámbito de aplicación material o subjetiva del tratado hasta la exclusión de una o más disposiciones del tratado o su no aplicación a cuestiones determinadas o incluso pueden manifestar la voluntad de aceptar las disposiciones del tratado con modalidades restrictivas o incorporarles límites de naturaleza temporal o territorial» («Riserve, dichiarazioni e facoltà nelle convenzioni dell'Aja di diritto internazionale privato», pág. 167, párr. 8).

<sup>402</sup> Sobre la cuestión de la reciprocidad, véanse los párrafos 272 a 290 *infra*.

<sup>403</sup> Véase el párrafo 258 *supra*.

<sup>404</sup> Véase Horn, *op. cit.*, págs. 80 a 87.

<sup>405</sup> Véase, por ejemplo, la reserva de Egipto a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares: «El artículo 49 relativo a la exención fiscal solo se aplicará a los funcionarios consulares, a su cónyuge

sin embargo, acotar con mayor claridad las dos hipótesis más corrientes. La gran mayoría de las reservas se pueden clasificar en una u otra de esas categorías o, al menos, se pueden comprender mediante esa distinción.

263. En el caso de las reservas con efecto excluyente, el objeto perseguido por el autor de la reserva es excluir el efecto jurídico de una o varias disposiciones del tratado. Los ejemplos al respecto son numerosos<sup>406</sup>. Una reserva con efecto excluyente utilizada con particular frecuencia es la relativa a los procedimientos obligatorios de solución de controversias. El Pakistán, por ejemplo, notificó al Secretario General la reserva siguiente cuando se adhirió al Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo el 17 de junio de 2009:

El Gobierno de la República Islámica del Pakistán no se considera vinculado por las disposiciones del párrafo 1 del artículo 24 del Convenio.

[...]

El Gobierno de la República Islámica del Pakistán declara que solo se podrá someter una controversia a la Corte Internacional de Justicia si todas las partes presentes han dado su acuerdo para la causa de que se trate<sup>407</sup>.

264. Muchas reservas tienen por objeto igualmente excluir la aplicación de disposiciones materiales del tratado. Egipto, por ejemplo, formuló una reserva a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas cuyo objeto era excluir el efecto jurídico del párrafo 2 del artículo 37:

El párrafo 2 del artículo 37 no se aplica<sup>408</sup>.

Cuba hizo igualmente una reserva cuyo objetivo era excluir la aplicación del párrafo 1 del artículo 25 de la Convención sobre las Misiones Especiales:

El Gobierno Revolucionario de la República de Cuba hace expresa reserva al tercer párrafo del punto 1 del artículo 25 de la Convención, y en consecuencia no acepta que se suponga el consentimiento para entrar en los locales de la misión especial bajo ninguno de los supuestos de dicho párrafo ni de cualesquiera otros<sup>409</sup>.

Un tercer ejemplo: Rwanda formuló una reserva a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, con la redacción siguiente:

La República de Rwanda no se considera vinculada por el artículo 22 de la Convención mencionada<sup>410</sup>.

265. La aplicación del artículo 21, párr. 1, apdo. a, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 a ese tipo de reserva es relativamente fácil. Una reserva que sea efectiva

y sus hijos menores de edad. Esa exención no puede ampliarse a los empleados consulares ni a los miembros del personal de servicio» (*Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. III.6).

<sup>406</sup> Véase también la directriz 1.1.8 y su comentario, *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 114 y ss., párr. 663.

<sup>407</sup> *Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. XVIII.11. Véanse igualmente las reservas comparables de Andorra, Argelia, la Arabia Saudita, Bahrein, Bangladesh, China, Colombia, Cuba, Egipto, El Salvador, los Emiratos Árabes Unidos, o los Estados Unidos (*ibíd.*).

<sup>408</sup> *Ibíd.*, cap. III.3. Véase igualmente la reserva formulada por Marruecos (*ibíd.*).

<sup>409</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1400, n.º 23431, pág. 337.

<sup>410</sup> *Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. IV.2.

modifica el efecto jurídico de la disposición convencional a la que se refiera la reserva «en la medida determinada por la misma», es decir, excluyendo pura y simplemente todo efecto jurídico de la disposición convencional. Una vez efectiva la reserva, es como si el tratado no incluyese la disposición a que se refiera la reserva en las relaciones convencionales entre el autor de la reserva y las partes que la hayan aceptado. Las reservas con efecto excluyente producen así un «efecto desregulador»<sup>411</sup>. El autor de la reserva deja de estar vinculado por la obligación que se deriva de la disposición convencional en cuestión, lo que no le impide de ningún modo conformarse a ella (ni estar obligado a ello, si la norma convencional plasma una obligación consuetudinaria). Lógicamente, mediante su aceptación de la reserva, los demás Estados u organizaciones internacionales con respecto a los que sea efectiva han proscrito su derecho a exigir la ejecución de la obligación que se deriva de la disposición convencional en cuestión en el marco de su relación convencional con el autor de la reserva.

266. Esto muestra además que la exclusión de una obligación derivada de una disposición de un tratado mediante una reserva no significa automáticamente que el autor de la reserva se niegue a cumplir la obligación. El autor de la reserva puede simplemente querer excluir la aplicación de la obligación convencional en el marco jurídico establecido por el tratado. Un Estado o una organización internacional pueden estar completamente de acuerdo con la norma contenida en una disposición del tratado, pero rechazar no obstante la competencia de un órgano convencional o de una instancia judicial para aplicarla e interpretarla. Aunque sigan siendo entonces enteramente libres de plegarse a la obligación establecida en el marco del tratado, excluyen sin embargo la oponibilidad de los mecanismos de control establecidos por el tratado<sup>412</sup>.

267. Parece útil, pues, precisar el efecto de exclusión producido por esas reservas. Ese es el objeto de la directriz 4.2.5, que no constituye una alternativa a la directriz 4.2.4, sino que trata de precisar su sentido para una categoría determinada de reservas.

#### «4.2.5 Exclusión del efecto jurídico de una disposición del tratado»

Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado y cuyo objeto sea excluir el efecto jurídico de una disposición del tratado hace inaplicables esa o esas disposiciones convencionales en las relaciones entre el autor de la reserva y la otra parte.

El autor de la reserva que sea efectiva no está obligado a respetar la obligación impuesta por la disposición o disposiciones convencionales de que se trate en las relaciones convencionales entre él y los Estados y organizaciones internacionales con respecto a los que sea efectiva la reserva.

El Estado o la organización internacional con respecto a los que sea efectiva la reserva no pueden acogerse al

derecho previsto por la disposición de que se trate en el marco de sus relaciones convencionales con el autor de la reserva.»

268. El efecto concreto de una reserva con efecto modificador es muy diferente. Contrariamente a las reservas con efecto excluyente, el autor de la reserva no pretende desvincularse de las obligaciones que se derivan para él de una o varias disposiciones convencionales a fin de recobrar una libertad de acción en el marco jurídico convencional. Su objetivo es más bien sustituir la obligación que se deriva del tratado por otra diferente. Un ejemplo elocuente de ese tipo de reservas lo constituye la reserva de la República Federal de Alemania al Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas:

En la República Federal de Alemania, en lugar de proceder al registro mencionado (en el párrafo 2 del artículo 11 de ese Convenio), los fabricantes, mayoristas, exportadores e importadores acompañan con una indicación especial en sus facturas las partidas que contienen sustancias y preparados de la Lista III. Las personas en cuestión conservan durante cinco años como mínimo las facturas y los recibos de entrega que incluyan esas partidas especialmente señaladas<sup>413</sup>.

Mediante esa reserva, Alemania no solo trata de excluir la aplicación del párrafo 2 del artículo 11 de la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas, sino que además sustituye la obligación que se deriva de esa disposición por otra diferente.

269. Otro ejemplo que muestra a las claras que el autor de la reserva no se desvincula pura y simplemente de la obligación que le incumbe en virtud del tratado, sino que la sustituye por otra obligación lo constituye la reserva de Finlandia al artículo 18 de la Convención sobre la señalización vial:

Finlandia se reserva el derecho de no utilizar las señales E,9a o E,9b en los accesos a los núcleos de población, ni las señales E,9c o E,9d a las salidas de los núcleos de población. En lugar de esas señales se utilizan símbolos. Se utiliza una señal en lugar de la señal E,9b para indicar el nombre, pero no tiene el mismo significado que la señal E,9b<sup>414</sup>.

270. Mediante esa reserva con efecto modificador, el autor, una vez efectiva la reserva, no se encuentra por tanto simplemente desvinculado de toda obligación convencional que dimane de la reserva. El efecto de la reserva es sustituir la obligación inicialmente prevista en el tratado por otra que está prevista en la reserva. En otras palabras, la obligación que se deriva de la disposición del tratado a que se refiere la reserva es sustituida o modificada por la que se enuncie en la reserva en las relaciones convencionales entre su autor y el Estado o la organización internacional con respecto a los que sea efectiva la reserva; o, más exactamente, la reserva que sea efectiva produce el reemplazo de la obligación y el derecho correlativo que se derivan de la disposición del tratado de que se trate por la obligación y el derecho correlativo previstos en la reserva o que se deriven de la disposición del tratado en su forma modificada por la reserva.

271. En la directriz 4.2.6 se precisa así la directriz 4.2.4, al explicitar el efecto de una reserva con efecto modificador sobre el contenido de las relaciones convencionales:

<sup>411</sup> Véase Horn, *op. cit.*, pág. 84.

<sup>412</sup> Véase igualmente la directriz 3.1.8 (Reservas relativas a una disposición que refleja una norma consuetudinaria) y su comentario, *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), en esp. párr. 7 del comentario.

<sup>413</sup> *Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. VI.16.

<sup>414</sup> *Ibíd.*, cap. XI.B.20.

#### «4.2.6 Modificación del efecto jurídico de una disposición del tratado»

Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte y cuyo objeto sea modificar el efecto jurídico de una disposición del tratado tiene por efecto sustituir los derechos y obligaciones previstos por la disposición convencional a la que se refiere la reserva por los derechos y obligaciones previstos por la disposición en su forma modificada por la reserva en las relaciones entre el autor de la reserva y la otra parte.

El autor de la reserva que sea efectiva debe respetar la obligación que se derive de la disposición o de las disposiciones convencionales modificadas por la reserva en las relaciones convencionales entre él y los Estados y organizaciones internacionales con respecto a los que sea efectiva la reserva.

El Estado o la organización internacional con respecto a los que sea efectiva la reserva pueden acogerse al derecho que se derive de la disposición convencional modificada por la reserva en el marco de sus relaciones convencionales con el autor de esta.»

272. Una vez que sea efectiva, la reserva puede ser invocada, no solo por su autor, sino también por cualquier otra parte con respecto a la que haya adquirido ese estatuto. La reserva crea un sistema normativo particular entre su autor y las partes con respecto a las que sea efectiva, que se aplica en régimen de reciprocidad. Waldock explicó a ese respecto que «una reserva funciona siempre en ambos sentidos»<sup>415</sup>. Esa idea se encuentra también en el artículo 21, párr. 1, apdo. *b*, que en su versión de 1986 prevé lo siguiente:

1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23:

[...]

*b*) Modificará, en la misma medida, [las] disposiciones [del tratado a las que se refiera] en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado o con la organización internacional autor de la reserva.

273. De ello se deriva que el autor de la reserva no está solamente liberado de respetar las obligaciones convencionales a las que se refiera la reserva; por añadidura, está privado del derecho a exigir al Estado o la organización internacional con respecto a los que sea efectiva la reserva que cumplan con las obligaciones convencionales a las que se refiera la reserva.

274. Ese principio de reciprocidad es de sentido común<sup>416</sup>. En efecto, el régimen normativo que regula las relaciones convencionales entre ambos Estados en cuestión refleja el denominador común de sus compromisos respectivos que se deriva del acuerdo (aunque sea parcial)

<sup>415</sup> «General course on public international law», pág. 87.

<sup>416</sup> Anzilotti consideró que «el efecto de la reserva es que el Estado autor de la reserva no está vinculado por las disposiciones a las que se refiere la reserva: *naturalmente*\*, las demás partes no están vinculadas con respecto a él, *de modo que*, en las relaciones entre el Estado autor de la reserva y los demás, es como si las disposiciones a las que se refiere la reserva no fuesen parte del tratado» (*Corso di diritto internazionale*, pág. 335).

de sus voluntades<sup>417</sup>. Esas reglas «son una consecuencia directa del carácter consensual de las relaciones convencionales» que impregna todo el régimen general de las reservas en la Convención de Viena de 1969. En su primer informe sobre el derecho de los tratados, el Sr. Waldock explicó que

[u]na reserva surte efectos recíprocamente entre el Estado que la hace y toda otra parte en el tratado, de suerte que ambos están exentos en sus relaciones mutuas de las estipulaciones reservadas<sup>418</sup>.

La CIJ presentó el problema de la aplicación recíproca de las declaraciones facultativas de la competencia obligatoria prevista en el párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte de un modo comparable, aunque de manera ligeramente distinta. En su fallo *Certains emprunts norvégiens*, consideró que,

como se trata de dos declaraciones unilaterales, esa competencia se le confiere solamente en la medida en que ambas coincidan para conferirla. Ahora bien, la comparación entre ambas declaraciones hace ver que la declaración de Francia acepta la jurisdicción de la Corte dentro de límites más estrechos que la declaración de Noruega; por consiguiente, la voluntad común de las partes, fundamento de la competencia de la Corte, existe dentro de esos límites más estrechos indicados por la reserva de Francia<sup>419</sup>.

275. La reciprocidad de los efectos de la reserva reequilibra igualmente las desigualdades creadas por la reserva en las relaciones bilaterales entre el autor de la reserva y los demás Estados u organizaciones internacionales con respecto a los que sea efectiva la reserva. Estos últimos no pueden, en función del mecanismo de las reservas, encontrarse vinculados por más obligaciones con respecto al autor de la reserva de las que este último esté dispuesto a asumir por su propia cuenta<sup>420</sup>. Simma consideró a ese respecto:

Quien se ha liberado de determinadas obligaciones convencionales mediante una reserva no puede reclamar que se le trate conforme a las disposiciones convencionales que han sido objeto de la reserva<sup>421</sup>.

276. La aplicación recíproca de una reserva se deriva directamente de la idea de la reciprocidad de los compromisos internacionales, del toma y daca entre las partes, y se ajusta a la máxima *do ut des*.

277. Además, la reciprocidad de los efectos de la reserva cumple una función reguladora, e incluso disuasiva, nada

<sup>417</sup> Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, pág. 291, señala que «[s]e ha visto además que la tendencia que se desprende de la práctica internacional aparece en armonía con el principio consensual, elemento fundamental del derecho de los tratados: la norma que es objeto de la reserva se encuentra privada de jurisdicción, a falta del acuerdo entre sujetos de derecho a causa de la formulación de la propia reserva».

<sup>418</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 78, párr. 21. La Comisión ha hecho suya esa explicación en los comentarios al proyecto de artículo 19 (que se convierte en artículo 21), aprobado en segunda lectura (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 229).

<sup>419</sup> *Certains emprunts norvégiens*, fallo, *C.I.J. Recueil 1957*, pág. 23; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 55.

<sup>420</sup> Véase *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 226, párr. 13 del comentario a los artículos 16 y 17. Baratta, *op. cit.*, pág. 292, ha sostenido con razón que la reciprocidad de los efectos de la reserva ha demostrado ser un «strumento di compensazione nelle mutue relazioni pattizie tra parti contraenti; strumento che è servito a ristabilire la parità nel *quantum* degli obblighi convenzionali vicendevolmente assunto, parità unilateralmente alterata da una certa riserva».

<sup>421</sup> *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge*, pág. 60.

despreciable, en el ejercicio de la libertad, ampliamente reconocida, de formular una reserva: el autor de la reserva debe tener en cuenta que no produce efectos exclusivamente a su favor, sino que corre igualmente el riesgo de que se invoque contra él. Waldock ha dicho a este respecto lo siguiente:

Existe por supuesto otro contrapeso a la utilización inapropiada de la facultad de hacer reservas debido a la norma fundamental según la que una reserva funciona siempre en ambos sentidos, de modo que cualquier otro Estado puede invocarla contra el Estado autor de la reserva en sus relaciones mutuas<sup>422</sup>.

La aplicación recíproca es, por tanto, de doble filo y «contribuye notablemente a resolver la tensión inherente entre la flexibilidad y la integridad del tratado»<sup>423</sup>. En cierto modo, ese principio aparece como el complemento de la exigencia de validez de la reserva y suele ser como mucho más eficaz que esta última, debido a la incierta determinación de esa validez en muchos casos. La multiplicación de las reservas en los tratados de derechos humanos, en el marco de los cuales el principio de la reciprocidad solo funciona de modo marginal<sup>424</sup>, se explica probablemente en parte por el vínculo existente entre la formulación de las reservas y su aplicación recíproca<sup>425</sup>: cuando no entra en juego la reciprocidad, las reservas son más numerosas.

278. Varias cláusulas de reserva se refieren así expresamente al principio de la aplicación recíproca de las reservas<sup>426</sup>, mientras que en otros tratados se recuerda el principio de la aplicación recíproca en términos más generales<sup>427</sup>. Esas cláusulas expresas parecen sin embargo,

<sup>422</sup> Waldock, *op. cit.* Véase también Parisi y Ševčenko, «Treaty reservations and the economics of Article 21 (1) of the Vienna Convention».

<sup>423</sup> Parisi y Ševčenko, *loc. cit.*, pág. 16. Véase también Baratta, *op. cit.*, págs. 295 y 296.

<sup>424</sup> Véase el párrafo 285 *infra*.

<sup>425</sup> Parisi y Ševčenko, *loc. cit.*

<sup>426</sup> Así ocurría ya con el segundo párrafo del artículo 20 del Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad («Las disposiciones así excluidas no se podrán oponer a la Parte Contratante que haya formulado esas reservas ni ella podrá invocarlas contra otra Parte Contratante»). Se pueden encontrar otros ejemplos en las Convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (sobre esas cláusulas de reservas véase, Majoros, «Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye», pág. 90 y ss.) [véase también J. D. González Campos y A. Borrás, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993)* (Traducción al castellano), Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 142], en varias convenciones celebradas en la CEPE (véase Imbert, *op. cit.*, págs. 188 a 191 y pág. 251) y en determinadas convenciones elaboradas y celebradas en el Consejo de Europa. En el Modelo de cláusulas finales para las convenciones y acuerdos celebrados en el Consejo de Europa aprobado en 1980 por el Consejo de Ministros se propone en efecto la disposición siguiente con respecto a la reciprocidad de los efectos de una reserva: «La parte que haya formulado una reserva con respecto a una disposición [del Acuerdo de que se trate] no puede pretender la aplicación de esa disposición por otra parte; sin embargo, sí puede, cuando la reserva sea parcial o condicional, pretender la aplicación de esa disposición en la medida en que la haya aceptado» (art. e, párr. 3). Véase también Horn, *op. cit.*, págs. 146 y 147.

<sup>427</sup> Véanse, por ejemplo, el artículo 18 de la Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero («Una Parte Contratante no podrá invocar las disposiciones de la presente Convención respecto de otra Parte Contratante sino en la medida en que ella misma esté obligada») o el artículo XIV de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras («Ningún Estado Contratante podrá invocar las disposiciones de la presente Convención

superfluas<sup>428</sup>. En efecto, el principio de reciprocidad se reconoce no solo como un principio general<sup>429</sup>, sino también como un principio de aplicación automática que no necesita ni cláusula específica en el tratado ni declaración unilateral de los Estados u organizaciones internacionales que hayan aceptado la reserva en ese sentido<sup>430</sup>.

279. El proyecto de artículo 21 aprobado por la Comisión en primera lectura en 1962 no era empero muy claro con respecto a la cuestión del carácter automático del principio de reciprocidad, puesto que en su párrafo 1, apdo. b, se disponía que el efecto de la reserva sería «[p]ermittir, por reciprocidad, que los demás Estados parte en el tratado pretendan la misma modificación de las disposiciones del tratado en sus relaciones con el Estado que hubiere formulado la reserva»<sup>431</sup>. Esa formulación de la norma daba a entender que los Estados cocontratantes debían acogerse a la reserva para beneficiarse de los efectos de la reciprocidad. En contestación a las observaciones de los Estados Unidos y el Japón<sup>432</sup>, el texto fue formulado para que estableciese que la reserva produce el mismo efecto para el Estado autor de ella que para el Estado que la haya aceptado *ipso jure*<sup>433</sup>. El texto finalmente aprobado por la Comisión en 1965 expresa por tanto claramente la idea de automatismo, aunque su redacción haya sufrido algunos otros ajustes<sup>434</sup>.

280. Ello no significa, sin embargo, que el principio de la reciprocidad sea absoluto, ni mucho menos. Aunque constituya hoy, y al amparo del párrafo 1 del artículo 21, la norma general, no deja de ir acompañado de excepciones importantes<sup>435</sup>, que se derivan del propio contenido de la reserva o del contenido o la naturaleza del tratado.

281. No cabe aplicar el principio de la reciprocidad en los casos en que no es necesario o cuando resulta imposible reequilibrar las obligaciones del autor de la reserva y

respecto de otros Estados Contratantes más que en la medida en que él mismo esté obligado a aplicar esta Convención»).

<sup>428</sup> Imbert, *op. cit.*, pág. 252; y Majoros, *loc. cit.*, págs. 83 y 109, quien critica así la sugerencia por la que se tiende a introducir en los tratados cláusulas en las que se reitera el principio de reciprocidad «por razones de claridad y estabilidad jurídica» (ibíd., pág. 81).

<sup>429</sup> Majoros, *loc. cit.*, págs. 83 y 109; Baratta, *op. cit.*, págs. 243 y ss.; y Horn, *op. cit.*, pág. 148; véase también Simma, *op. cit.*, págs. 60 y 61.

<sup>430</sup> Baratta, *op. cit.*, págs. 227 y ss. y pág. 291; Majoros, *loc. cit.*, págs. 83 y 109; Parisi y Ševčenko, *loc. cit.* También ha ocurrido, sin embargo, que los Estados, por simples motivos de precaución, hayan acompañado sus aceptaciones con la condición de la aplicación recíproca de la reserva. Así hay que interpretar las declaraciones de los Estados Unidos en respuesta a las reservas de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y de Rumania a la Convención sobre la circulación vial mediante las que el Gobierno de los Estados Unidos precisó que «no se opone a esas reservas, pero considera que se halla facultado para aplicar esas reservas en condiciones de reciprocidad, con respecto a los Estados autores respectivos, y declara por las presentes que tiene intención de hacerlo» (*Traité multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. XI.B.1, notas 17 y 18).

<sup>431</sup> *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 209.

<sup>432</sup> *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 322 y 346. Véanse también las observaciones de Austria (ibíd., pág. 307).

<sup>433</sup> Véase el cuarto informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 57.

<sup>434</sup> Para el texto definitivo del proyecto de artículo 19, véase *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 227.

<sup>435</sup> Simma, *op. cit.*, pág. 61; Baratta, *op. cit.*, pág. 292; Greig, «Reservations: Equity as a Balancing Factor?», pág. 139; y Horn, *op. cit.*, págs. 148 y ss.

del Estado o la organización internacional con respecto a los que la reserva sea efectiva.

282. Esa situación se presenta, por ejemplo, en el caso de las reservas con las que se pretende restringir la aplicación territorial de un tratado. Una aplicación recíproca de una reserva de ese tipo en la práctica es simplemente imposible<sup>436</sup>. De modo similar, está igualmente excluida una aplicación recíproca de los efectos de la reserva si esta ha estado motivada por particularidades que se presenten específicamente en el Estado autor de la reserva<sup>437</sup>. Así, es obvio que la reserva formulada por el Canadá al Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, cuyo objeto era excluir el peyote<sup>438</sup> de la aplicación del Convenio, no puede ser invocada en su favor por otra parte en el Convenio; solo se formuló debido a la presencia en el territorio canadiense de grupos que utilizan, en sus ritos mágicos o religiosos, determinadas sustancias sicotrópicas que normalmente entrarían dentro del régimen del Convenio<sup>439</sup>.

283. El principio de la aplicación recíproca de las reservas puede estar limitado igualmente por cláusulas de reserva que figuren en el propio tratado. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo y el Protocolo Adicional a la Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo, relativo a la importación de documentos y de material de propaganda turística. En el párrafo 7 del artículo 20 de esa Convención se estipula:

Los Estados Contratantes podrán denegar el beneficio de las disposiciones de la Convención objeto de una reserva al Estado que hubiere formulado esa reserva. Todo Estado que hiciera uso de este derecho lo habrá de notificar al Secretario General, quien comunicará lo decidido por tal Estado a todos los Estados Signatarios y Contratantes.

Incluso aunque esa cláusula concreta no excluya de por sí el principio de la aplicación recíproca, le priva de su carácter automático por estar sometido a una notificación por parte del Estado aceptante. Los Estados Unidos comunicaron notificaciones de ese tipo<sup>440</sup> con respecto a las reservas formuladas por Bulgaria, Rumania y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas al mecanismo para la solución de controversias previsto en el artículo 21 de esa Convención<sup>441</sup>.

284. En otros casos, no son las cláusulas ni las disposiciones del tratado las que invalidan la aplicación del principio de reciprocidad, sino la naturaleza y el objeto del tratado y de las obligaciones que en él figuran. En efecto, el principio de reciprocidad está condicionado a la aplicación recíproca de las disposiciones y las obligaciones del tratado. Si el propio tratado no está basado en la reciprocidad de los derechos y obligaciones entre las partes, una reserva tampoco puede producir ese efecto recíproco.

<sup>436</sup> Imbert, *op. cit.*, pág. 258; y Simma, *op. cit.*, pág. 61.

<sup>437</sup> Horn, *op. cit.*, págs. 165 y 166; Imbert, *op. cit.*, págs. 258 a 260. Véanse, sin embargo, las consideraciones más prudentes con respecto a esas hipótesis formuladas por Majoros, *loc. cit.*, págs. 83 y 84.

<sup>438</sup> Se trata de una especie de cactus pequeño con propiedades sicotrópicas alucinógenas.

<sup>439</sup> *Traités multilatéraux...* (nota 199 *supra*), cap. VI.16.

<sup>440</sup> *Ibid.*, cap. XI.A.6, notas 17, 17 y 21.

<sup>441</sup> *Ibid.*, cap. XI.A.6 y A.7. Véase Riquelme Cortado, *op. cit.*, pág. 212 (nota 44).

285. Un ejemplo típico lo constituyen las convenciones relativas a la protección de los derechos humanos<sup>442</sup>. El hecho de que un Estado formule una reserva en la que se excluya la aplicación de una de las obligaciones que figuran en una convención de ese tipo no libera al Estado que la acepte de respetar esa obligación, y ello a pesar de la reserva. En efecto, esas obligaciones no se aplican en una relación interestatal entre el Estado autor de la reserva y el Estado que la ha aceptado, sino simplemente en una relación entre el Estado y un ser humano. En su Comentario General n.º 24, el Comité de Derechos Humanos consideró al respecto:

Aunque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse *inter se* la aplicación de normas de derecho internacional general, otra cosa son los tratados de derechos humanos, cuyo objeto es beneficiar a las personas que se encuentran en su jurisdicción<sup>443</sup>.

Por ese motivo, continúa el Comité, los instrumentos de derechos humanos y «concretamente el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], no son una red de intercambios de obligaciones entre los Estados. Se refieren a la otorgación de derechos a las personas. No ha lugar al principio de la reciprocidad entre los Estados»<sup>444</sup>.

286. Los tratados relativos a la protección de los derechos humanos no son, empero, los únicos que no se prestan al funcionamiento de la reciprocidad. Ese efecto, está igualmente ausente en los tratados por los que se establecen obligaciones para con la comunidad de los Estados contratantes. Pueden encontrarse ejemplos al respecto en los tratados que se refieren a los productos básicos<sup>445</sup>, en los tratados relativos a la protección del medio ambiente, en determinados tratados de desmilitarización o de desarme<sup>446</sup> y también en tratados que establecen una ley uniforme de derecho internacional privado<sup>447</sup>.

287. En todas esas situaciones, la reserva no puede producir un efecto recíproco en las relaciones bilaterales entre su autor y el Estado o la organización internacional con respecto a los que sea efectiva. No existe entre ambos Estados una relación bilateral de ese tipo. Un Estado parte no debe individualmente el respeto de la obligación a otro Estado parte y este último no tiene individualmente un derecho que se refiera al respeto de la obligación. De ese modo, el efecto invertido de la reserva no tiene «nada de lo que pueda 'asirse' o sobre lo que pueda operar»<sup>448</sup>.

288. Ello no quiere decir con todo, que el principio de reciprocidad no desempeñe función alguna en esas

<sup>442</sup> Véase *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 160, párr. 138.

<sup>443</sup> Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, párr. 573. Véanse igualmente Coccia, *loc. cit.*, pág. 37; Imbert, *op. cit.*, pág. 153; y Virally, «Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain», págs. 26 y 27.

<sup>444</sup> Informe del Comité de Derechos Humanos (véase la nota precedente), párr. 582.

<sup>445</sup> Schermers, «The suitability of reservations to multilateral treaties», pág. 356. Véase igualmente Greig, *loc. cit.*, pág. 140.

<sup>446</sup> Horn, *op. cit.*, págs. 164 y 165.

<sup>447</sup> Sobre las Convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, véase de Cesari, *loc. cit.*, págs. 149 a 174 y Majoros, *loc. cit.*, págs. 73 a 109.

<sup>448</sup> Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, pág. 412.

excepciones. En efecto, la reserva no dejará de producir, como mínimo, un efecto: incluso aunque el Estado o la organización internacional que aceptan la reserva (al igual, por otra parte, que el Estado o la organización internacional que formulan una objeción contra ella), deben cumplir las obligaciones que se estatuyen en el tratado, el Estado autor de la reserva no se halla en condiciones de exigir el respeto de esas obligaciones que no asume por su propia cuenta. Como ha señalado con razón Baratta:

incluso en la hipótesis de reservas a normas enunciadas por los acuerdos mencionados *supra*, el efecto de reciprocidad se produce ya que ni la práctica ni los principios aplicables en la materia inducen a pensar que el Estado autor de la reserva tendría un título jurídico para exigir la aplicación de la disposición a la que se refiere la reserva por parte del sujeto que no es el autor de la reserva. Queda, no obstante, la obligación de todos los sujetos que no han formulado la reserva de aplicar en todos los casos la norma a la que se refiere la reserva, y ello debido al régimen de solidaridad creado por el acuerdo<sup>449</sup>.

289. Ese es además el sentido en el que se concibió la cláusula modelo de reciprocidad aprobada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa en 1980:

La parte que haya formulado una reserva con respecto a una disposición [del Acuerdo de que se trate] no puede pretender la aplicación de esa disposición por otra parte; sin embargo, sí puede, cuando la reserva sea parcial o condicional, pretender la aplicación de esa disposición en la medida en que la haya aceptado<sup>450</sup>.

<sup>449</sup> Baratta, *loc. cit.*, pág. 294; véase también Greig, *loc. cit.*, pág. 140.

<sup>450</sup> Véase la nota 427 *supra*.

290. En la directriz 4.2.7 se explica la aplicación recíproca de la reserva retomando en gran medida el artículo 21, párr. 1, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1986. Se subraya, sin embargo, que esa norma general va acompañada de excepciones importantes, contrariamente a lo que podría hacer creer la lectura del artículo 21 de las Convenciones de Viena.

«4.2.7 *Aplicación recíproca de los efectos de una reserva que sea efectiva*

Una reserva modificará el contenido de las relaciones convencionales para el Estado o la organización internacional con respecto a los que la reserva sea efectiva en sus relaciones con el autor de la reserva en la misma medida que para este último, a menos que:

- a) la aplicación recíproca de la reserva sea imposible debido a la naturaleza o el contenido de esta última;
- b) la obligación convencional a la que se refiera la reserva no se deba individualmente al autor de la reserva, o
- c) el objeto y fin del tratado o la naturaleza de la obligación a la que se refiera la reserva excluyan cualquier aplicación recíproca de la reserva.»

## ANEXO

### REUNIÓN CON LOS ÓRGANOS DE DERECHOS HUMANOS, 15 Y 16 DE MAYO DE 2007<sup>a</sup>

#### Informe preparado por el Sr. Alain Pellet, Relator Especial<sup>b</sup>

1. De conformidad con la resolución 61/34 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006, la Comisión de Derecho Internacional convocó una reunión con los representantes de los órganos de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas creados en virtud de instrumentos relativos a los derechos humanos, y de órganos regionales de derechos humanos. La reunión tuvo lugar los días 15 y 16 de mayo de 2007 en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra y permitió un intercambio de opiniones fructífero del que se felicitaron todos los participantes.

2. El Sr. Ian Brownlie, Presidente de la Comisión, dio la bienvenida a los participantes y explicó que la reunión brindaba una ocasión única de proseguir el diálogo con los órganos de derechos humanos sobre la cuestión de las reservas a los tratados. Por su parte, el Sr. Alain Pellet, Relator Especial sobre las reservas a los tratados, destacó la importancia de ese intercambio de ideas con objeto de reforzar la comprensión mutua entre la Comisión y los órganos de expertos en materia de derechos humanos.

#### 1. PRESENTACIÓN DE LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS DE DERECHOS HUMANOS REPRESENTADOS

3. En primer lugar, los representantes de los órganos de derechos humanos que participaron en la reunión presentaron brevemente la práctica respectiva de cada uno de los órganos representados, entendiéndose que de ningún modo esa presentación, ni lo que se dijera durante la reunión, comprometería a los órganos correspondientes. Estuvieron representados: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité de Derechos Humanos; el Comité contra la Tortura; el Comité de los Derechos del Niño; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; el Comité sobre los Trabajadores Migratorios; el Consejo de Europa (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público)<sup>c</sup> y la

Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

#### a) *Las reservas a los tratados de derechos humanos*

4. En los tratados de derechos humanos, el recurso a las reservas varía de un tratado a otro. Por otra parte, en determinados instrumentos se prevé expresamente la posibilidad de recurrir a las reservas (Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y Convenio Europeo de Derechos Humanos). Se pueden observar dos grandes tendencias.

5. Por un lado, determinados tratados, especialmente los que han sido objeto de ratificaciones muy numerosas, han dado lugar a abundantes reservas. Así ha ocurrido en particular con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, pero también con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En cambio, las reservas formuladas al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son poco numerosas.

6. Por otra parte, con demasiada frecuencia las reservas se refieren a disposiciones fundamentales o sustantivas de los tratados de derechos humanos. Así, por ejemplo, el representante del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial destacó la importancia de las reservas al artículo 4 de la Convención, relativo a la prohibición de la incitación al odio racial y la discriminación racial. Se formuló la misma observación con respecto a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

#### b) *La práctica de los órganos de derechos humanos con respecto a las reservas*

7. Como señalaron algunos representantes, la práctica de los órganos de derechos humanos es relativamente uniforme y se caracteriza por un gran pragmatismo. La cuestión de las reservas puede plantearse en dos situaciones: el análisis de los informes periódicos presentados por los Estados y el examen de las comunicaciones individuales. Esta última posibilidad se limita sin embargo a los órganos competentes para conocer de peticiones o comunicaciones individuales.

8. En el marco del análisis de los informes periódicos presentados por los Estados, los diferentes comités

<sup>a</sup> El presente informe (que no es una «declaración de conclusiones») se ha redactado bajo la responsabilidad exclusiva del Relator Especial sobre las reservas a los tratados. Se facilitó a los intervinientes externos y a los miembros de la Comisión que habían presentado un informe introductorio con objeto de recabar su opinión, pero no les compromete de ningún modo. El presente anexo es una versión muy ligeramente revisada del documento ILC(LIX)/RT/CRP (mimeografiado).

<sup>b</sup> El Relator Especial desea mostrar su profundo agradecimiento a Céline Folsché, pasante de la New York University (LLM) durante el 59.º período de sesiones de la Comisión, en 2007, que redactó la versión inicial del presente informe.

<sup>c</sup> Los demás órganos regionales invitados no pudieron enviar representantes.

mantienen, en su gran mayoría, una actitud más bien pragmática sobre la cuestión de las reservas. Su postura principal es que conviene limitar cuanto se pueda la formulación de reservas por parte de los Estados. Sin embargo, en la práctica son relativamente flexibles y se muestran muy dispuestos a entablar un diálogo con los Estados al que, de manera general, estos se prestan. Al tiempo que alientan y recomiendan la retirada de las reservas, los comités debaten con los Estados la justificación y el alcance de sus reservas. El objetivo del diálogo es la retirada completa de las reservas, pero la postura de los comités es flexible, dado su objetivo de lograr la ratificación universal de los instrumentos. Por otra parte, en muy raras ocasiones han adoptado los comités una postura oficial sobre la falta de validez de una reserva.

9. Algunos comités analizan el alcance e incluso la validez de las reservas con motivo del examen de las comunicaciones o las peticiones individuales. Sin embargo, esa práctica es limitada, aunque solo sea porque pocos órganos reciben ese tipo de comunicaciones o peticiones. Por ahora, solo afecta al Comité de Derechos Humanos y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el caso del Comité, no se puede pasar por alto el peligro de que el Estado cuya reserva se haya declarado inválida retire su adhesión al Protocolo Facultativo.

## 2. COMUNICACIONES

10. Formularon comunicaciones introductorias a los debates las personas siguientes:

— Sr. Alain Pellet, Relator Especial de la Comisión sobre las reservas a los tratados: «La codificación del derecho de las reservas a los tratados»;

— Sra. Françoise Hampson, miembro de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos: «Los principales aspectos de la problemática»;

— Sr. Enrique Candioti, miembro de la Comisión: «Las causas de falta de validez de las reservas a los tratados de derechos humanos»;

— Sr. Alexandre Sicilianos, miembro del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: «La apreciación de la validez de las reservas a los tratados de derechos humanos»; y

— Sr. Giorgio Gaja, miembro de la Comisión: «Las consecuencias de la falta de validez de las reservas a los tratados de derechos humanos».

### a) *La codificación del derecho de las reservas a los tratados*

11. El Sr. Alain Pellet, Relator Especial sobre las reservas a los tratados, resumió los antecedentes de la codificación del derecho de los tratados. En primer lugar, recordó la misión de codificación de la Comisión y presentó la Convención de Viena de 1969 como su *opus magnum*. En segundo lugar, describió el proceso de elaboración de los proyectos de convención o de directrices por parte de la Comisión. Por último, procedió a describir el estudio de la cuestión de las reservas en el marco de la Comisión.

12. Aunque es flexible y relativamente detallado, el régimen de la Convención de Viena entraña incertidumbres y ambigüedades con respecto al régimen jurídico de las reservas a los tratados. Las actividades encaminadas a elaborar una Guía de la práctica para completar las disposiciones de las Convenciones de Viena dieron comienzo en 1996. La ausencia de normas concretas sobre las reservas a los tratados relativos a los derechos humanos fue deliberada por parte de los redactores de la Convención de Viena. En efecto, por una parte, cuando dicha Convención fue redactada los tratados de derechos humanos no tenían la misma importancia que hoy, pero por otra, y sobre todo, los autores de ese instrumento, que eran conscientes de la especificidad de determinadas categorías de tratados, entre ellos los que se ocupan de los derechos humanos (véase el artículo 60, párr. 5), entendían que las normas en materia de reservas se aplican de manera uniforme. Sin embargo, como mostró el Relator Especial en su segundo informe (*Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 39), hoy en día no se puede ignorar el considerable volumen de práctica relativa a los tratados de derechos humanos, motivo por el cual la Comisión se interesa mucho por la práctica de los órganos de derechos humanos.

### b) *Los principales aspectos de la problemática*

13. La Sra. Françoise Hampson, miembro de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, comenzó describiendo los aspectos de la problemática sobre los que existe un consenso general. Así ocurre con el principio de que las reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado no surten efecto. Una reserva inválida es nula de pleno derecho. En ese caso, se ha de presumir que las demás partes contratantes no pueden aceptar esa reserva. Además, los artículos 20 a 23 de la Convención de Viena de 1969 y en particular las normas relativas a la objeción a las reservas, no se aplican en caso de incompatibilidad. La «validez» o la «eficacia» de una reserva se basa en criterios objetivos y no depende de una eventual aceptación u objeción por parte de los Estados. Esa declaración de incompatibilidad pueden hacerla las partes contratantes (que no están obligadas a reaccionar) o cualquier órgano cuyas funciones exijan que adopte esa decisión.

14. Existe también un consenso acerca de la ausencia de un régimen especial aplicable a las reservas a los tratados de derechos humanos. Sin embargo, es posible que determinadas situaciones especiales produzcan resultados particulares. En el marco de los tratados de derechos humanos, los órganos creados por los tratados están facultados para determinar si la reserva es compatible o no con el objeto y el fin del tratado. Esa conclusión se aplica igualmente a los órganos judiciales competentes para emitir fallos que tienen la autoridad de cosa juzgada y a los órganos cuyo control de la aplicación de los tratados se plasma en recomendaciones u opiniones que no son jurídicamente vinculantes.

15. A continuación, la Sra. Hampson indicó las esferas en las que subsisten dificultades. Sigue planteando numerosas dudas el régimen general de las reservas y, en particular, los efectos que se han de atribuir a una declaración de incompatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado. En el marco de los tratados de derechos humanos,



surgen dudas en cuanto a si los órganos tienen una obligación o una simple facultad de entablar con los Estados un «diálogo sobre las reservas». Además, habida cuenta de la diversidad de órganos de derechos humanos, es difícil adoptar un método general de interpretación de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado. Por último, en los casos de incompatibilidad, se plantea la cuestión de si la reserva inválida puede o no disociarse del resto del tratado (*severability*) y del mantenimiento de la condición de parte contratante por el autor de la reserva. Los precedentes de los órganos de derechos humanos y la reacción de los Estados participantes en las sesiones de la Sexta Comisión de la Asamblea General parecen indicar que la norma de la disociación podría ser revisada en determinadas esferas del derecho internacional y, en particular, en la de los derechos humanos.

c) *Las causas de falta de validez de las reservas a los tratados de derechos humanos*

16. El Sr. Enrique Candioti, miembro de la Comisión, subrayó la dificultad de definir objetivamente las causas de falta de validez de las reservas a los tratados y describió las directrices de la Guía de la práctica elaborada por la Comisión. En efecto, el Relator Especial había propuesto una definición general según la cual la reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado si afecta a uno de sus elementos esenciales. La Comisión examina en la actualidad una serie de directrices suplementarias sobre las normas inderogables y los tratados de derechos humanos.

d) *La apreciación de la validez de las reservas a los tratados de derechos humanos*

17. El Sr. Alexandre Sicilianos, miembro del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, se mostró de acuerdo, de un modo general, con los principios que figuraban en el décimo informe sobre las reservas a los tratados (*Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 153), y muy en particular con la afirmación de la competencia de los órganos de derechos humanos para pronunciarse sobre la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado. En particular, apoyó la directriz según la cual existe una pluralidad de instancias competentes para apreciar la validez de una reserva.

18. Los órganos de derechos humanos (para los que la cuestión de los derechos humanos no es necesariamente prioritaria) proceden al análisis de las reservas en el contexto de dos procedimientos distintos: con motivo del examen de los informes periódicos y con ocasión de los procedimientos individuales.

19. En el marco del examen de los informes, los comités ejercen una función «cuasidiplomática». En determinadas ocasiones, la apreciación de las reservas es clara y evidente. Sin embargo, hay situaciones en las que no es necesariamente útil ni conveniente que el comité se pronuncie con un «sí» o un «no». Así, el Sr. Sicilianos recomendó tener en cuenta las exigencias que se desprenden de la realidad: es fundamental no obviar las consideraciones políticas ni los problemas prácticos (como el tiempo de que disponen los comités para examinar los informes). Asimismo, subrayó la importancia del diálogo con los Estados y el análisis del derecho nacional, ya que la reserva no

puede considerarse en abstracto y su alcance depende del derecho interno. De ese modo, deben establecerse prioridades a la hora de pronunciarse sobre la validez de las reservas con motivo del examen de los informes.

20. Los procedimientos individuales ante los órganos de derechos humanos les confieren una función cuasijudicial. La decisión de los órganos no es vinculante, pero el Estado de que se trate debe extraer las consecuencias de esa toma de posición. El Sr. Sicilianos insistió en la distinción que se había de hacer entre las reservas sobre las cláusulas de competencia y las reservas sobre las disposiciones de fondo; a ese respecto, mencionó el fallo de la CIJ de 3 de febrero 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* competencia y admisibilidad (República Democrática del Congo c. Rwanda) (*C.I.J. Recueil 2006*, pág. 6).

e) *Las consecuencias de la falta de validez de las reservas a los tratados de derechos humanos*

21. El Sr. Giorgio Gaja, miembro de la Comisión, apoyó la postura de la Sra. Hampson según la cual los artículos de la Convención de Viena de 1969 se aplican a las reservas inválidas. La razón principal de la invalidez de las reservas es su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

22. El Sr. Gaja describió las dos técnicas utilizadas por los órganos creados en virtud de tratados en caso de invalidez. La primera es la solución aplicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caos *Belilos* [Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 29 de abril de 1988, *séries A n.º 132*]. El Tribunal concluyó que la voluntad de Suiza de ser parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos era «más fuerte» que la de mantener la reserva. De ahí que la invalidez de la reserva no afectara a la condición de Estado parte de Suiza.

23. La segunda solución es la adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General n.º 24 [Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I]. El Comité no quiso verificar la existencia de una voluntad por parte del Estado de quedar obligado. Afirmó que la reserva podía disociarse del tratado y no surtía ningún efecto si era incompatible con su objeto y su fin.

24. El Sr. Gaja hizo un llamamiento a la prudencia. Una actitud estricta con respecto al Estado autor de la reserva podría provocar dificultades políticas, como la retirada del Estado del Protocolo Facultativo sobre las comunicaciones individuales. Valoró positivamente la actitud favorable al diálogo entre los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y los Estados. Aunque la cuestión de la validez de las reservas era difícil, lo más apropiado era un planteamiento «moderado». La Comisión debía fomentar el diálogo sobre las reservas.

### 3. RESUMEN DE LOS DEBATES

25. Los miembros de la Comisión y todos los representantes de órganos de derechos humanos tuvieron la ocasión de participar en debates generales después de cada

una de las comunicaciones. El Sr. Roman A. Kolodkin y la Sra. Xue Hanqin, miembros de la Comisión, resumieron respectivamente los debates sobre las causas y la apreciación de la validez de las reservas y sobre las consecuencias de la invalidez de las reservas. Sus puntos de vista se reflejan en el presente resumen, al igual que las conclusiones del Sr. Nigel Rodley, miembro del Comité de Derechos Humanos y Presidente-Relator del grupo de trabajo sobre las reservas a los tratados de la reunión de presidentes de órganos creados en virtud de instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos.

a) *La especificidad de los tratados de derechos humanos*

26. Algunos participantes insistieron en el carácter especial de los tratados de derechos humanos. Su especificidad no significa, sin embargo, que no les sea aplicable el derecho de los tratados. Los instrumentos de derechos humanos siguen estando sometidos a él.

27. El carácter especial de los tratados de derechos humanos se refleja en la cuestión de la aplicación del criterio previsto en el artículo 19, apdo. c, de la Convención de Viena de 1969, que se refiere a la incompatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado. Sin embargo, se apuntó que esa especificidad no es única y que los tratados relativos a la protección del medio ambiente o al desarme presentan igualmente caracteres específicos, que pueden tener consecuencias en la esfera de las reservas. La razón por la que los tratados de derechos humanos interesan más en particular a la Comisión es que disponen de órganos de control. Los representantes de los órganos de derechos humanos insistieron en que no era necesario instituir un régimen particular para las reservas a los tratados de derechos humanos. Pero formularon el deseo de que la norma general se aplicase de modo apropiado y adaptado.

28. Ciertos participantes subrayaron que el difícil equilibrio entre la integridad y la universalidad del tratado constituía el núcleo del debate sobre la especificidad de los tratados de derechos humanos. Según algunos, los órganos creados en virtud de tratados hacen hincapié en la integridad; pero también se observó que, por el contrario, esos órganos procuran trabajar sobre la base de las reservas y debatir con los Estados, lo que manifiesta una mayor preocupación por la universalidad.

b) *La utilización del término «validez»*

29. Varios participantes manifestaron sus dudas en cuanto a la terminología que se había de utilizar. Todos los miembros de órganos de derechos humanos utilizaban la palabra «validez». Sin embargo, pese a la decisión previamente adaptada por la Comisión al respecto, algunos de sus miembros volvieron a oponerse expresamente a la utilización de ese término por su connotación objetivista y su falta de neutralidad.

c) *Las causas de invalidez*

30. Todos los participantes estuvieron de acuerdo en que el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 enuncia las condiciones de validez de una reserva. Sin embargo, los debates giraron fundamentalmente en torno

al apartado c, según el cual una reserva está prohibida si es «incompatible con el objeto y el fin del tratado». Algunos participantes se opusieron a que se utilizase el término «reserva» para calificar una reserva prohibida en virtud del artículo 19, apdo. c, de la Convención de Viena. Pero se señaló el problema práctico que plantearía la utilización de otra terminología.

31. Se subrayó que debido a la imposibilidad de establecer un criterio mecánico sobre el objeto y el fin, las directrices de la Comisión se limitaban a señalar problemas habituales y trataban de proporcionar ejemplos sobre el artículo 19, apdo. c.

32. Numerosos participantes insistieron en el carácter problemático de las reservas generales y vagas. Aunque no sean incompatibles con el objeto y el fin del tratado, esas reservas hacen imposible apreciar su validez.

33. El debate giró también en torno a la cuestión de las reservas a disposiciones que enuncian una norma de *jus cogens*. Para algunos, cualquier reserva a una cláusula de ese tipo debía considerarse necesariamente inválida, ya que afectaría obligatoriamente a la «quintaesencia» del instrumento. Según otros, se trataba del mismo problema que plantean las reservas que afectan a normas que codifican el derecho consuetudinario, de las que no se puede afirmar que sean inválidas *ipso jure*.

d) *La apreciación de la validez*

34. Todos los participantes observaron que estaba fuera de toda duda la competencia de los órganos de derechos humanos para apreciar la validez de las reservas. Muchos de ellos se felicitaron del recurso a medios políticos de persuasión, más que a imposiciones jurídicas, para tratar con los Estados.

35. Los debates se centraron particularmente en la práctica del «diálogo sobre las reservas». Se indicó que ese enfoque era sumamente útil en la práctica para comprender las consideraciones políticas que servían de base a las reservas y que el pragmatismo y la prudencia de los órganos de derechos humanos ya habían reportado resultados satisfactorios.

e) *Las consecuencias de la invalidez*

36. Hasta la fecha, y en la medida de lo posible, los órganos de derechos humanos han evitado pronunciarse sobre la validez de las reservas. Los ejemplos de examen de la validez y de afirmación de la invalidez de una reserva son excepcionales y solo se han producido en las escasas ocasiones en que era inevitable. En cualquier caso, las consecuencias de la invalidez de una reserva no son obvias. Todos los participantes se declararon convencidos de que una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado es nula. Sin embargo, no hubo acuerdo en cuanto a si es útil que los Estados se pronuncien sobre ese extremo, y se consideró que no era necesario que los Estados formularan objeciones a una reserva inválida. Por el contrario, otros participantes subrayaron el interés de los Estados en tomar postura cuando no existen órganos de control en determinadas esferas o, incluso cuando existen, por el modo a veces aleatorio en que se accede a dichos órganos.

37. Una dificultad importante se plantea en relación con las consecuencias de la invalidez para el destino del tratado y, más en particular, con el consentimiento del autor de la reserva en quedar obligado por el instrumento en cuestión. El problema consiste en saber si es posible disociar la reserva inválida del consentimiento en quedar obligado por el tratado. Los participantes insistieron en la prudencia de los órganos de derechos humanos. Su enfoque consiste en determinar la intención del Estado parte. Si no se puede esclarecer, es necesario establecer una presunción. Para varios intervinientes, debería serlo en favor de la posibilidad de disociar la reserva inválida del consentimiento en quedar obligado por el tratado (quedando

entendido que no puede tratarse de una presunción irrefutable). Sin embargo, según otros participantes, debe prevalecer el principio de la soberanía de los Estados. Si la reserva se considera inválida, el alcance del tratado cambia para el Estado autor de la reserva y este debería tener entonces la posibilidad de retirar su consentimiento en quedar obligado. Algunos insistieron en los peligros que entraña la posibilidad de disociar las reservas inválidas y estimaron que existe el riesgo de que el Estado autor de la reserva denuncie su participación en el protocolo facultativo, e incluso en el propio tratado. No obstante, según otra opinión, los precedentes demuestran que ese riesgo es mínimo.

# RESERVAS A LOS TRATADOS

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/616

## Las reservas a los tratados en el contexto de la sucesión de Estados: Memorando de la Secretaría

[Original: francés]  
[6 de mayo de 2009]

### ÍNDICE

|  | <i>Página</i>   |
|--|-----------------|
| Instrumentos multilaterales citados en el presente documento.....  | 62              |
| Obras citadas en el presente documento.....  | 62              |
|  | <i>Párrafos</i> |
| INTRODUCCIÓN.....  | 1-5 63          |
| <i>Capítulo</i>  |                 |
| I. LA REGLAMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1978.....  | 6-52 63         |
| A. El caso de los Estados de reciente independencia.....   | 6-7 63          |
| 1. El destino de las reservas formuladas por el Estado predecesor.....   | 8-16 63         |
| a) La presunción del mantenimiento de las reservas.....  | 8-12 63         |
| b) La formulación de una «reserva que concierna a la misma materia».....   | 13-16 65        |
| 2. Nuevas reservas formuladas por un Estado sucesor que es un Estado de reciente independencia.....  | 17-23 65        |
| 3. Cuestiones no resueltas por la Convención.....  | 24-45 66        |
| a) Otros tipos de declaraciones.....   | 24-25 66        |
| b) Las objeciones a las reservas.....  | 26-40 66        |
| i) Destino de las objeciones formuladas por el Estado predecesor.....  | 27-32 67        |
| ii) La formulación de objeciones por un Estado sucesor que es un Estado de reciente independencia...   | 33-35 68        |
| iii) Destino de las objeciones emitidas respecto de las reservas formuladas por el Estado predecesor...  | 36-37 68        |
| iv) Nuevas objeciones respecto de las reservas mantenida por el Estado sucesor que es un Estado de reciente independencia.....   | 38-39 68        |
| v) Objeciones respecto de las reservas formuladas por el Estado sucesor que es un Estado de reciente independencia.....  | 40 68           |
| c) Efectos <i>ratione temporis</i> de una declaración por la cual un Estado de reciente independencia, cuando notifica su sucesión en un tratado, comunica que no mantiene una reserva formulada por el Estado predecesor..... | 41-42 69        |
| d) Efectos <i>ratione temporis</i> de una reserva formulada por un Estado de reciente independencia cuando notifica su sucesión en un tratado.....   | 43-45 69        |
| B. Otros casos de sucesión.....  | 46-52 69        |
| II. ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA.....   | 53-69 71        |
| A. La práctica relativa a los tratados depositados ante el Secretario General de las Naciones Unidas.....  | 53-54 71        |
| 1. Reservas.....   | 55-60 72        |
| a) Estados sucesores que son Estados de reciente independencia.....  | 55 72           |
| b) Estados sucesores que no son Estados de reciente independencia.....   | 56-60 72        |
| 2. Objeciones a las reservas.....  | 61-63 73        |
| a) Estados sucesores que son Estados de reciente independencia.....  | 61-62 73        |
| b) Estados sucesores que no son Estados de reciente independencia.....   | 63 73           |
| B. La práctica relativa a los tratados depositados ante otros depositarios.....  | 64-69 73        |
| <i>Anexo.</i> Bibliografía resumida.....   | 75              |

## Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

Fuente

|   |  |
|---|--|
| Protocolo especial sobre la apatridia (La Haya, 12 de abril de 1930)  | Naciones Unidas, <i>Laws concerning nationality</i> (ST/LEG/SER.B/4) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1954.V.1), Nueva York, 1954. |
| Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)  | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , 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.<br>En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 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.  |
| Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)   | Ibíd., vol. 189, n.º 2545, pág. 151.   |
| Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)  | Ibíd., vol. 660, n.º 9464, pág. 195.   |
| Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)  | Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.   |
| Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)   | Ibíd., vol. 1946, n.º 33356, pág. 3.   |
| 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.   |

## Obras citadas en el presente documento

|  |  |
|--|--|
| BOKOR-SZEGŐ, Hanna<br><i>New States and International Law</i> , Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970.   | MENON, P. K.<br>«The newly independent States and succession in respect of treaties», <i>Korean Journal of Comparative Law</i> , vol. 18 (1990), págs. 139 a 173.  |
| CAFLISCH, Lucius<br>«La pratique suisse en matière de droit international public 1996» (chronique), <i>Revue suisse de droit international et de droit européen</i> , vol. 7 (1997), págs. 637 a 707.                                      | MIKULKA, Václav<br>«The dissolution of Czechoslovakia and succession in respect of treaties», en Mojmir Mrak (ed.), <i>Succession of States</i> , La Haya, Londres y Boston, Nijhoff, 1999, págs. 100 a 125.                               |
| GAJA, Giorgio<br>«Reservations to treaties and the newly independent States», <i>Italian Yearbook of International Law</i> , vol. 1 (1975), págs. 52 a 68.   | O'CONNELL, Daniel Patrick<br><i>State Succession in Municipal Law and International Law</i> , Cambridge Studies in International and Comparative Law, VII (Vol. II: International Relations), Cambridge, Cambridge University Press, 1967. |
| GONÇALVES PEREIRA, André<br><i>La succession d'États en matière de traité</i> , París, Pedone, 1969.   | RUDA, José María<br>«Reservation to treaties», en <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1975-III</i> , t. 146, Leiden, Sijthoff, 1977, págs. 95 a 218.   |
| IMBERT, Pierre-Henri<br><i>Les réserves aux traités multilatéraux. Évolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951</i> , París, Pedone, 1979.                    | SZAFARZ, Renata<br>«Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties: a general analysis», <i>Annuaire polonais de droit international</i> (Breslavia), vol. X (1979-1980), págs. 77 a 113.                                |
| KLABBERS, Jan<br>«State succession and reservations to treaties», en Jan Klabbers y René Lefeber (eds.), <i>Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag</i> , La Haya, Nijhoff, 1998, págs. 107 a 120. | ZEMANEK, Karl<br>«State succession after decolonization», en <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1965-III</i> , t. 116, Martinus Nijhoff, págs. 181 a 300.   |
| MARCOFF, Marco G.<br><i>Accession à l'indépendance et succession d'États aux traités internationaux</i> , Fribourg, Éditions universitaires, 1969.   |  |

## Introducción

1. La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969), no aborda la cuestión de la sucesión de Estados en materia de tratados. El artículo 73 de la Convención contiene, en efecto, una cláusula de salvaguardia en que se indica que «[l]as disposiciones de la presente Convención no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia de una sucesión de Estados». Una cláusula de salvaguardia análoga figura en el artículo 74, párr. 1, de 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)<sup>1</sup>.

2. La Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1978), prevé, en su artículo 20, una reglamentación relativa a las reservas en el contexto de la sucesión de Estados. Sin embargo, esta disposición enfoca exclusivamente el caso de un «Estado de reciente independencia», es decir, según la definición enunciada en el artículo 2, párr. 1, apdo. f, de la Convención, «un Estado sucesor cuyo territorio, inmediatamente antes de la fecha de la sucesión de Estados, era un territorio dependiente de cuyas relaciones internacionales era responsable el Estado predecesor». Así pues, la reglamentación de las reservas tal como está previsto en la Convención de Viena de 1978 abarca solamente el caso de sucesión cuando un Estado obtiene la independencia a raíz de un proceso de descolonización, lo que incluye asimismo a los nuevos Estados cuyos territorios estaban sujetos al régimen de mandato o de fideicomiso. Conviene señalar, además, que

<sup>1</sup> Esta Convención todavía no está en vigor.

la Convención de Viena de 1978 no contiene ninguna disposición relativa a las objeciones a las reservas.

3. El presente estudio se subdivide en dos capítulos.

4. En el capítulo I se hace una presentación general de la reglamentación prevista en el artículo 20 de la Convención de Viena de 1978, teniendo en cuenta los debates que se produjeron durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, así como los trabajos llevados a cabo por la Comisión de Derecho Internacional antes de esta Conferencia. Se abordan asimismo algunas cuestiones a las que la Convención de Viena de 1978 no ofrece solución.

5. En el capítulo II se hace una reseña de la práctica en materia de reservas y objeciones a las reservas en el contexto de la sucesión de Estados. En una primera fase se examinará la práctica relativa a los tratados de los que el Secretario General de las Naciones Unidas es depositario. Luego se mencionarán algunos elementos de la práctica relativa a otros tratados. En ese contexto, se tendrán también en cuenta las respuestas a los dos cuestionarios que el Relator Especial dirigió, respectivamente, a los Estados y a las organizaciones internacionales en 1999<sup>2</sup>. Sin embargo, conviene observar desde el comienzo que la gran mayoría de Estados u organizaciones internacionales (34 en total) que respondieron a dichos cuestionarios no facilitaron elementos de respuesta sobre la práctica en la materia.

<sup>2</sup> Cuestionarios preparados por el Relator Especial para la cuestión de las reservas a los tratados, de conformidad con las disposiciones del párrafo 489 del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 47.º período de sesiones (*Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 111). Para el texto de los cuestionarios, véase *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/477 y Add.1, anexos II y III, págs. 101 y 111.

## CAPÍTULO I

### La reglamentación de la Convención de Viena de 1978

#### A. El caso de los Estados de reciente independencia

6. A diferencia de los casos de unificación o de separación de Estados, que están regidos por las disposiciones de la parte IV de la Convención de Viena de 1978, la norma básica establecida en la parte III de ese instrumento en lo que respecta a los Estados de reciente independencia es la de «no sucesión», es decir, que no hay devolución automática al Estado de reciente independencia de los tratados que vinculaban al Estado predecesor. Sin embargo, el Estado de reciente independencia puede voluntariamente notificar su sucesión en uno u otro de esos tratados.

7. Con arreglo a esta hipótesis, el artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 reglamenta la cuestión de las reservas a los tratados en el marco de la sucesión en un tratado por parte de un Estado de reciente independencia. Sin perjuicio de algunas modificaciones menores de redacción, esta disposición corresponde al proyecto de artículo 19 que había sido adoptado por la Comisión en su 26.º período de sesiones, en 1974<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> El texto del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, con los comentarios, figura en *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 174, párr. 85.

#### I. EL DESTINO DE LAS RESERVAS FORMULADAS POR EL ESTADO PREDECESOR

##### a) *La presunción del mantenimiento de las reservas*

8. El artículo 20, párr. 1, de la Convención de Viena de 1978 dispone que, si un Estado de reciente independencia guarda silencio cuando notifica la sucesión, se crea la presunción de que se mantiene cualquier reserva formulada por el Estado predecesor que fuera aplicable en la fecha de la sucesión de Estados respecto del territorio al que se refiera la sucesión<sup>4</sup>. Sin embargo, esta presunción se anula si al hacer la notificación de sucesión, se expresa la «intención contraria» o si en ese mismo momento el

<sup>4</sup> Esta disposición estipula lo siguiente:

«Cuando un Estado de reciente independencia haga constar, mediante una notificación de sucesión, su calidad de parte o de Estado contratante en un tratado multilateral en virtud de los artículos 17 o 18, se entenderá que mantiene cualquier reserva relativa a ese tratado que fuera aplicable en la fecha de la sucesión de Estados respecto del territorio al que se refiera la sucesión de Estados, a menos que, al hacer la notificación de sucesión, exprese la intención contraria o formule una reserva que concierna a la misma materia que aquella reserva.»

Estado sucesor formula una reserva «que concierna a la misma materia».

9. La presunción del mantenimiento de las reservas formuladas por el Estado predecesor ya había sido propuesta por el Sr. O'Connell, Relator de la Asociación de Derecho Internacional sobre la cuestión de la sucesión de los nuevos Estados en materia de los tratados y algunas otras obligaciones de sus predecesores<sup>5</sup>. Fue también propuesta desde el principio por el primer Relator Especial de la Comisión sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, Sr. Waldock. Este se fundaba, particularmente, en la preocupación de respetar la intención real del Estado sucesor, para no crear una situación irreversible<sup>6</sup>, así como en una serie de elementos de la práctica que parecían aconsejar esta presunción<sup>7</sup>. El segundo Relator Especial sobre el tema, Sr. Vallat, se manifestó asimismo favorable a la presunción del mantenimiento de las reservas formuladas por el Estado predecesor, pese a la opinión en contrario de algunos gobiernos que ya habían defendido la anulación de esta presunción<sup>8</sup>.

10. La mayoría de los miembros de la Comisión se sumó a la opinión de los dos Relatores Especiales, y el comentario del artículo 19 finalmente aprobado por la Comisión contiene las explicaciones siguientes en favor de la presunción del mantenimiento de las reservas formuladas por el Estado predecesor:

En primer lugar, la presunción de una intención de mantener las reservas estaba indicada por el concepto mismo de la sucesión en los tratados del predecesor. En segundo lugar, no debe entenderse en general que un Estado ha asumido obligaciones más onerosas, a no ser que haya indicado inequívocamente su intención de asumirlas; y considerar, basándose simplemente en el silencio del Estado de reciente independencia, que ha renunciado a las reservas de su predecesor, equivaldría a imponerle una obligación más onerosa. En tercer lugar, si no hubiera presunción a favor del mantenimiento de las reservas, podría quedar desvirtuada irrevocablemente la intención real del Estado de reciente independencia, mientras que si hay tal presunción y esta no corresponde a la intención del Estado de reciente independencia, este último podrá siempre remediar la situación retirando las reservas<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Véase *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 49, párr. 17, «punto adicional» n.º 10:

«Un Estado sucesor solo podrá continuar la situación jurídica surgida como consecuencia de la firma o ratificación de su predecesor. Puesto que toda reserva delimita dicha situación jurídica, se desprende de ello que se pasará a ser sucesor en el tratado (en caso de que esto ocurra) con la reserva».

<sup>6</sup> El Relator Especial indicaba, a ese respecto, que «si no hubiera presunción a favor del mantenimiento de las reservas, podría quedar irrevocablemente desvirtuada la verdadera intención del Estado sucesor; mientras que si hubiera tal presunción y esta no correspondiera a la intención del Estado sucesor, este último podría siempre remediarlo retirando las reservas» (*Anuario... 1970*, vol. II, pág. 54, párr. 12 del comentario al artículo 9).

Este razonamiento es objeto de críticas en la doctrina. Véase en particular Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux. Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*, pág. 309, que considera que «no hay ningún motivo para pensar que el Estado no estudiará el texto de la Convención con suficiente detenimiento como para saber exactamente cuáles son las reservas que desea mantener, abandonar o retirar».

<sup>7</sup> *Ibid.*, págs. 51 a 53.

<sup>8</sup> *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 53 y 54.

<sup>9</sup> *Ibid.*, págs. 228 y 229, párr. 17 del comentario. Sin embargo, un representante de la doctrina impugna el fundamento de esas explicaciones, poniendo en particular en tela de juicio el postulado de que las reservas del Estado predecesor sean «necesariamente ventajosas para el Estado de reciente independencia» (Imbert, *op. cit.*, pág. 310). Este

11. Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, la República Unida de Tanzania había propuesto una enmienda para anular la presunción del mantenimiento de la reserva formulada por el Estado predecesor. El texto de esta enmienda estipulaba que se consideraba que el Estado sucesor retiraba las enmiendas formuladas por el Estado predecesor, a menos que expresara la intención contraria<sup>10</sup>. La República Unida de Tanzania se declaraba de esta manera favorable a que se considerase que el Estado sucesor hacía «tabla rasa» en lo que concierne a las reservas, y observó que las reservas formuladas por el Estado predecesor no siempre se ajustaban al interés del Estado sucesor<sup>11</sup>. Sin embargo, esta enmienda fue rechazada por 26 votos contra 14 y 41 abstenciones<sup>12</sup>, y se conservó la presunción del mantenimiento de las reservas en el texto final del artículo 20 aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados<sup>13</sup>.

12. De esta presunción se desprende una conclusión lógica debido a que la sucesión de un Estado de reciente independencia respecto de un tratado, pese a su carácter voluntario, constituye una verdadera sucesión, que debe

autor indica asimismo que «como las reservas constituyen excepciones, limitaciones a los compromisos del Estado, no se debería establecer presunciones al respecto. Por el contrario, sería normal basarse en el principio de que, en ausencia de una declaración de voluntad formal por su parte, un Estado está vinculado por el conjunto del tratado».

<sup>10</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, primer período de sesiones, Viena, 4 de abril a 6 de mayo de 1977*, vol. I, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.80/16) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.78.V.8), 28.ª sesión, párr. 37; e *ibid.*, período de sesiones de 1977 y continuación del período de sesiones de 1978, Viena, 4 de abril-6 de mayo de 1977 y 31 de julio-23 de agosto de 1978, Documentos de la Conferencia, vol. III (A/CONF.80/16/Add.2) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.79.V.10), párr. 118, apdo. c. Otras delegaciones manifestaron asimismo su preferencia por la presunción inversa; véase *ibid.*, primer período de sesiones, Viena, 4 de abril a 6 de mayo de 1977 (A/CONF.80/16), 28.ª sesión, párr. 13 (Rumania), párr. 18 (India), y párr. 33 (Kenya).

<sup>11</sup> *Ibid.*, primer período de sesiones, Viena, 4 de abril a 6 de mayo de 1977 (A/CONF.80/16), 27.ª sesión, párr. 79.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 28.ª sesión, párr. 41.

<sup>13</sup> Aunque haya sido objeto de algunas críticas en la doctrina (véase en particular Imbert, *op. cit.*, págs. 307 a 318), diversos autores están en favor de la presunción del mantenimiento de las reservas del Estado predecesor; véase O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, pág. 229, que afirma: «Como un Estado que formula una reserva a una convención multilateral se compromete solo respecto del instrumento con la reserva formulada, su Estado sucesor no puede lógicamente suceder en la convención sin las reservas. Si una reserva fuera inaceptable para él el procedimiento adecuado sería pedir al depositario que la retire y notifique en consecuencia a todas las partes. Podría objetarse que en esa medida el nuevo Estado se vuelve parte en las nuevas obligaciones sin adherirse, pero en la práctica ello probablemente no crearía una dificultad, salvo respecto de las convenciones cerradas». Véase también Gaja, «Reservations to treaties and the newly independent States», págs. 54 a 56, quien indica, en particular que «la opinión de que las reservas del Estado predecesor se mantienen también se basa en el supuesto razonable de que cuando un Estado de reciente independencia opta por convertirse en parte en un tratado mediante una notificación de sucesión, en principio desea que el tratado se siga aplicando a su territorio en la misma manera que antes de la independencia» (pág. 55); Ruda, «Reservations to treaties», pág. 206, que señala que «la solución que ofrece la Corte Internacional de Justicia parece más aceptable, al no haber ninguna norma consuetudinaria o práctica en vigor que sea clara, ya que asegura una mayor protección a los intereses del Estado sucesor», así como Menon, «The newly independent States and succession in respect of treaties», pág. 152.

distinguirse de una adhesión. Desde el momento en que se trata de una sucesión, parece razonable presumir que el vínculo convencional se trasmite al Estado sucesor tal como había sido modificado por conducto de la reserva formulada por el Estado predecesor.

b) *La formulación de una «reserva que concierna a la misma materia»*

13. Con arreglo al artículo 20, párr. 1, de la Convención de Viena de 1978, la presunción del mantenimiento de la reserva formulada por el Estado predecesor queda anulada no solo si el Estado sucesor, al hacer su notificación de la sucesión, expresa específicamente una «intención contraria», sino también si ese Estado formula una reserva que «concierna a la misma materia» que la reserva del Estado predecesor. La formulación exacta de esta segunda hipótesis fue objeto de debate en la Comisión.

14. El Sr. Waldock había propuesto, en su tercer informe sobre el derecho de los tratados, una formulación diferente, en que se disponía la anulación de la presunción del mantenimiento de las reservas del Estado predecesor en el caso en que el Estado sucesor formulara reservas diferentes a las aplicables en la fecha de la sucesión<sup>14</sup>.

15. La Comisión, en su proyecto de artículo 15 aprobado provisionalmente en 1972, había optado por la solución según la cual la presunción del mantenimiento de las reservas del Estado predecesor debía quedar anulada si el Estado sucesor formulaba una nueva reserva «que concierna a la misma materia y sea incompatible con la [...] reserva» formulada por el Estado predecesor<sup>15</sup>. Sin embargo, a fin de recoger las observaciones de algunos gobiernos, la Comisión decidió renunciar, en su proyecto de artículo final, a la referencia al criterio de «incompatibilidad», que podía ser difícil de aplicar, y el comentario del proyecto de artículo 19 se limitaba a indicar que «si el Estado de reciente independencia formulase una reserva respecto de la misma materia objeto de la reserva formulada por el Estado predecesor, cabría suponer razonablemente que tenía la intención de retirar esa reserva»<sup>16</sup>.

16. La redacción por la que optó finalmente la Comisión, y que se mantuvo en la Convención de Viena de 1978, fue objeto de críticas en la doctrina, en la medida en que hace abstracción del criterio de la «incompatibilidad» entre la reserva formulada por el Estado predecesor y la formulada por el Estado sucesor<sup>17</sup>.

2. NUEVAS RESERVAS FORMULADAS POR UN ESTADO SUCESOR QUE ES UN ESTADO DE RECIENTE INDEPENDENCIA

17. El párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 reconoce a un Estado sucesor que tenga la condición de Estado de reciente independencia, cuando

hace la notificación de sucesión, la facultad de formular una reserva, a menos que esta sea una de aquellas cuya formulación quedaría excluida en virtud de lo dispuesto en los apartados *a*, *b* o *c* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969<sup>18</sup>. El párrafo 3 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 dispone, además, que se aplicarán respecto de las reservas de un Estado de reciente independencia, al hacer una notificación de sucesión, las normas enunciadas en los artículos 20 a 23 de la Convención de Viena de 1969<sup>19</sup>.

18. Como por otra parte había destacado la Comisión en su comentario del proyecto de artículo 19<sup>20</sup>, la existencia de la facultad parece estar confirmada por la práctica, en particular la relativa a los casos de sucesión en los tratados multilaterales en los que el Secretario General de las Naciones Unidas asume las funciones de depositario<sup>21</sup>. En su tercer informe sobre el derecho de los tratados, el primer Relator Especial, Sr. Waldock, se basó en particular en la práctica del Secretario General que, en reiteradas ocasiones, parecía haber admitido esa facultad a los Estados de reciente independencia sin que esta actitud hubiera suscitado objeciones por parte de los Estados<sup>22</sup>. El segundo Relator Especial, Sr. Vallat, también se manifestó favorable, sobre la base de consideraciones «prácticas», a que se reconociera el derecho de un Estado de reciente independencia a formular sus propias reservas al hacer la notificación de sucesión<sup>23</sup>.

19. La opinión de los dos Relatores Especiales se impuso en la Comisión que, como se indica en el comentario del proyecto de artículo 19 finalmente aprobado, debía optar entre dos soluciones:

*a)* negarse a considerar como verdadero instrumento de sucesión a toda notificación de sucesión acompañada de nuevas reservas y tratarla jurídicamente como un caso de adhesión; o *b)* aceptar que tiene carácter de sucesión, pero al mismo tiempo aplicarle las normas de derecho que regulan las reservas como si fuesen una manifestación enteramente nueva del consentimiento en obligarse por el tratado<sup>24</sup>.

Inspirándose de la práctica seguida por el Secretario General y deseosa de adoptar a ese respecto un espíritu de «flexibilidad» la Comisión optó por la segunda solución, subrayando asimismo que esta podía facilitar la posición de un Estado de reciente independencia en los casos en que,

<sup>18</sup> El párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 estipula que:

«Al hacer una notificación de sucesión por la que haga constar su calidad de parte o de Estado contratante en un tratado multilateral en virtud de los artículos 17 o 18, un Estado de reciente independencia podrá formular una reserva, a menos que esta sea una de aquellas cuya formulación quedaría excluida en virtud de lo dispuesto en los apartados *a*, *b* o *c* del artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados».

<sup>19</sup> El párrafo 3 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 estipula que:

«Cuando un Estado de reciente independencia formule una reserva de conformidad con el párrafo 2, se aplicarán respecto de esa reserva las normas enunciadas en los artículos 20 a 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados».

<sup>20</sup> *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 226 y 227, párrs. 7 a 12.

<sup>21</sup> Véase el capítulo II, secc. A *infra*.

<sup>22</sup> *Anuario... 1970*, vol. II, págs. 53 y 54.

<sup>23</sup> *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 55 y 56, párrs. 291 y 294.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, pág. 229, párr. 20 del comentario al proyecto de artículo 19.

<sup>14</sup> *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 51.

<sup>15</sup> *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 283.

<sup>16</sup> *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 229, párr. 18 del comentario al artículo 19. El segundo Relator Especial, Sr. Vallat, había apoyado la supresión de la referencia al criterio de la «incompatibilidad» en su primer informe sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *ibíd.*, págs. 54 y 55.

<sup>17</sup> Véase Gaja, *loc. cit.*, págs. 59 y 60.



«por razones técnicas, el tratado no estaba abierto a la participación por un procedimiento que no sea la sucesión»<sup>25</sup>.

20. Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, Austria propuso que se suprimieran los párrafos 2 y 3 de la disposición que se convertiría en el artículo 20 de la Convención de Viena de 1978<sup>26</sup>. Esta delegación consideraba que reconocer a un Estado de reciente independencia el derecho de formular nuevas reservas en el momento de su notificación de la sucesión «parece proceder de una concepción errónea de la noción de sucesión»<sup>27</sup>. Según Austria, «[e]l Estado de reciente independencia, si desea formular reservas, debe utilizar el procedimiento de ratificación o de adhesión previsto para hacerse parte en un tratado multilateral»<sup>28</sup>. Sin embargo, la enmienda austríaca fue rechazada por 39 votos contra 4 y 36 abstenciones<sup>29</sup>.

21. Las delegaciones que durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados se habían opuesto a la enmienda austríaca habían invocado diversos argumentos, entre ellos, la preocupación de evitar que el Estado de reciente independencia «no esté obligado a observar procedimientos de ratificación más complicados que los previstos por la Comisión de Derecho Internacional»<sup>30</sup>, la presunta incompatibilidad de la enmienda austríaca con el principio de la libre determinación<sup>31</sup> o con el principio de la «tabla rasa»<sup>32</sup>, la necesidad de ser «realista» más que «purista»<sup>33</sup>, o incluso, el hecho de que la sucesión de Estados no era «jurídicamente ni una herencia ni una transmisión de derechos y obligaciones»<sup>34</sup>.

22. Al mismo tiempo ha sido objeto de críticas en la doctrina<sup>35</sup>, la facultad de un Estado de reciente independencia de formular reservas al notificar su sucesión a un tratado está expresamente admitida por algunos autores<sup>36</sup>.

<sup>25</sup> *Ibíd.*

<sup>26</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, primer período de sesiones, Viena, 4 de abril a 6 de mayo de 1977 (A/CONF.80/16)*, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, 27.ª sesión, párrs. 59 a 64.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, párr. 60.

<sup>28</sup> *Ibíd.* Véase también *ibíd.*, 28.ª sesión, párr. 30.

<sup>29</sup> *Ibíd.*, párr. 40.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, 27.ª sesión, párr. 71 (Países Bajos).

<sup>31</sup> *Ibíd.*, párr. 73 *in fine* (Argelia) y párr. 89 (Guyana).

<sup>32</sup> *Ibíd.*, párr. 86 (Madagascar).

<sup>33</sup> *Ibíd.*, párr. 77 (Polonia).

<sup>34</sup> *Ibíd.*, 28.ª sesión, párr. 7 (Israel). El representante de Israel profe-guía: «[U]n Estado de reciente independencia [...] tiene sencillamente el derecho de opción a hacer constar su calidad de parte diferente en el tratado en virtud del nexo jurídico establecido por su predecesor. Su derecho consiste en notificar su propio consentimiento a ser considerado como una parte diferente en el tratado, y esta no es el derecho a 'ocupar el lugar' del Estado predecesor. El artículo 19 significa que 'se entenderá' que un Estado de reciente independencia mantiene su sucesión al tratado. Es decir, la notificación de la sucesión es un acto independiente y el Estado sucesor lo realiza por su propia voluntad».

<sup>35</sup> Véase Zemanek, «State succession after decolonization», págs. 234 y 235; Gonçalves Pereira, *La succession d'Etats en matière de traité*, págs. 175 y 176, nota 50; y Bokor-Szegö, *New States and International Law*, pág. 100, citados por Gaja, *loc. cit.*, pág. 61, nota 39.

<sup>36</sup> Véase Marcoff, *Accession à l'indépendance et succession d'Etats aux traités internationaux*, pág. 346, que considera que «[e]l derecho de formular reservas no es en absoluto un derecho transmisible mediante la devolución inherente a la sucesión, sino una prerrogativa que forma parte del conjunto de facultades supremas que componen la

Se puede considerar que el reconocimiento de esta facultad constituye una solución «pragmática» que tiene en cuenta el carácter «no automático», es decir, voluntario, de la sucesión en los tratados por parte de los Estados de reciente independencia.

23. Sin embargo, la facultad de un Estado de reciente independencia de formular reservas a un tratado en el cual tiene el propósito de asumir la sucesión no puede ser ilimitada en el tiempo. A ese respecto, parece razonable considerar que el Estado de reciente independencia debe ejercer esa facultad cuando notifica su sucesión, y que las reservas formuladas ulteriormente a esta fecha estarán sujetas al régimen jurídico de las reservas tardías, tal como está previsto en las directrices 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3 y 2.3.5 aprobadas provisionalmente hasta la fecha por la Comisión<sup>37</sup>.

### 3. CUESTIONES NO RESUELTAS POR LA CONVENCION

#### a) Otros tipos de declaraciones

24. El artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 rige exclusivamente la cuestión de las reservas.

25. Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, la República Federal de Alemania había propuesto una enmienda con miras a ampliar el alcance de esa disposición. La enmienda apuntaba a que, antes de la reglamentación sobre las reservas propuesta por la Comisión, se añadiera la indicación de que «toda declaración hecha o todo instrumento extendido en relación con el tratado con motivo de su celebración o firma por el Estado predecesor seguirá surtiendo efecto para el Estado de reciente independencia»<sup>38</sup>. La República Federal de Alemania retiró ulteriormente esta propuesta de enmienda que, por diversos motivos, había suscitado objeciones de varias delegaciones<sup>39</sup>.

#### b) Las objeciones a las reservas

26. La Convención de Viena de 1978 no reglamenta la cuestión de las objeciones a las reservas en el contexto de la sucesión de Estados<sup>40</sup>. Pese a una solicitud de los Países

competencia real del Estado soberano»; el autor considera además que «[l]a institución de la sucesión de Estados no se opone al ejercicio del derecho a las reservas en la medida en que está reconocido en el derecho internacional general». Véase también Gaja, *loc. cit.*, págs. 60 y 65, y Ruda, *loc. cit.*, pág. 206.

<sup>37</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 123.

<sup>38</sup> A/CONF.80/C.1/L.36, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, período de sesiones de 1977 y continuación del período de sesiones de 1978, Viena, 4 de abril-6 de mayo de 1977 y 31 de julio-23 de agosto de 1978*, Documentos de la Conferencia, vol. III (A/CONF.80/16/Add.2), párr. 118, apdo. b.

<sup>39</sup> *Ibíd.*, primer período de sesiones, Viena, 4 de abril a 6 de mayo de 1977 (A/CONF.80/16), Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, 27.ª sesión, párr. 73 (Argelia, que estimaba que la enmienda propuesta parecía poner en tela de juicio el principio de la libre determinación); párr. 78 (Polonia, que consideraba que la enmienda no era clara); párr. 87 (Madagascar, que estimaba que la redacción de la enmienda tenía «un alcance demasiado general»; párr. 90 (Guyana); y párr. 95 (Italia, que consideraba que la redacción de la enmienda era muy «enérgica y poco flexible»).

<sup>40</sup> Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, el Sr. Yasseen, Presidente del Comité

Bajos a este respecto<sup>41</sup> y a pesar de algunas preocupaciones expresadas<sup>42</sup>, la Conferencia no aportó una solución a la cuestión.

i) *Destino de las objeciones formuladas por el Estado predecesor*

27. En lo que respecta particularmente al destino de las objeciones formuladas por el Estado predecesor, la Convención de Viena de 1978 guarda silencio, lo que parece dejar una laguna, ya que la cuestión tampoco está regida por las disposiciones de la Convención de Viena de 1969<sup>43</sup>.

28. El proyecto de artículo 19, aprobado por la Comisión, no reglamenta tampoco la cuestión de las objeciones a las reservas en el contexto de la sucesión de Estados. A ese respecto, la Comisión señalaba, en el comentario de ese proyecto de artículo,

que sería preferible, de conformidad con el criterio fundamental adoptado con respecto al proyecto de artículos, dejar que estas cuestiones se rigiesen por las normas comúnmente aplicables a las aceptaciones y objeciones, en el supuesto de que, a menos que fuese necesario formular alguna disposición especial en el contexto de la sucesión de Estados, el Estado de reciente independencia se colocaría en el lugar del Estado predecesor<sup>44</sup>.

29. Las últimas palabras del párrafo citado podrían dar a entender que la Comisión consideraba que la transmisión de las objeciones debía ser la regla<sup>45</sup>.

30. A fin de justificar su silencio sobre la cuestión de las objeciones a las reservas, la Comisión había invocado el argumento basado en los efectos jurídicos de dichas objeciones. En su comentario, la Comisión destacaba, por una parte, que una objeción a una reserva, a menos que estuviera acompañada de una indicación explícita mediante la cual el autor de la objeción tiene el propósito de evitar la

entrada en vigor del tratado entre él mismo y el Estado autor de la reserva, produce una situación jurídica que es «casi la misma que si no se hubiera hecho ninguna objeción»<sup>46</sup>; y por otra parte, en caso contrario, el tratado no habría entrado en vigor respecto del Estado predecesor en relación con el Estado autor de la reserva en la fecha de la sucesión.

31. Conviene destacar que el primer Relator Especial sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, Sr. Waldock, al mismo tiempo que subrayó que la práctica en la materia era escasa, había propuesto que se aplicaran *mutatis mutandis* las reglas sobre las reservas a las objeciones a las reservas<sup>47</sup>. Ello equivaldría, en particular, a aplicar a las objeciones la misma presunción que aplicara la Comisión en el párrafo 1 de su proyecto de artículo 19, y que aparece nuevamente en el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1978<sup>48</sup>. El segundo Relator Especial, Sr. Vallat, se manifestó también favorable a la presunción del mantenimiento de las objeciones formuladas por el Estado predecesor, al mismo tiempo que consideró que parecía «innecesario complicar el proyecto con la introducción de disposiciones expresas referentes a las objeciones». El Sr. Vallat estimaba, por una parte, que «en general, el razonamiento en que se apoya la adopción de una presunción a favor del mantenimiento de las reservas es también aplicable a la presunción a favor del mantenimiento de las objeciones, implícita en el proyecto actual»; por la otra, destacaba que «el Estado sucesor siempre podrá retirar la objeción si así lo desea»<sup>49</sup>.

32. Habida cuenta de la escasez de la práctica en la materia<sup>50</sup>, puede parecer difícil dar una respuesta cierta a la cuestión de la transmisibilidad o no al Estado de reciente independencia de las objeciones formuladas por el Estado predecesor<sup>51</sup>. Con todo, conviene señalar que el Sr. O'Connell, Relator de la Asociación de Derecho Internacional sobre la cuestión de la sucesión de los Estados nuevos en los tratados y algunas otras obligaciones de sus predecesores había propuesto el mantenimiento de las objeciones formuladas por el Estado predecesor<sup>52</sup>.

de Redacción, expresó claramente su posición al respecto; véase *ibíd.*, 35.ª sesión, párr. 17: «El Comité de Redacción ha prestado especial atención a la cuestión de las objeciones a reservas y las objeciones a tales objeciones, que fue planteada por el representante de los Países Bajos, y ha observado que, como se desprende claramente del comentario de la Comisión de Derecho Internacional al artículo 19, y en particular del párrafo 15 de dicho comentario (A/CONF.80/4, pág. 71), este artículo no trata de esta cuestión, que se deja para que se rija por las normas generales del derecho internacional». El Presidente del Comité de Redacción prosigue afirmando que «del texto del artículo 19 y del comentario de la Comisión de Derecho Internacional sobre el mismo se desprende claramente de la cuestión de las objeciones a reservas debe resolverse por referencia a las normas generales de derecho internacional. No es de competencia del Comité determinar cual sería la solución concreta que proporcionaría el derecho internacional general» (*ibíd.*, párr. 21).

<sup>41</sup> *Ibíd.*, 27.ª sesión, párr. 70; 28.ª sesión, párr. 32, y 35.ª sesión, párr. 19.

<sup>42</sup> Véase *ibíd.*, 27.ª sesión, párr. 85 (Madagascar).

<sup>43</sup> Véase, a ese respecto, Imbert, *op. cit.*, pág. 320. Con todo, el autor indica que pese a la «ausencia de disposición expresa, el artículo 20 [de la Convención de Viena de 1978] reposa sobre la presunción del mantenimiento de las objeciones» (pág. 321). Estima sin embargo que esa presunción es errónea, teniendo en cuenta en particular el carácter supuestamente *intuitu personae* de las objeciones.

<sup>44</sup> *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 228, párr. 15; véase también el párrafo 23 del comentario (pág. 229). Esta explicación fue recordada durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados por el Sr. Vallat, que actuaba en calidad de experto consultor; véase A/CONF.80/16, 27.ª sesión, párr. 83.

<sup>45</sup> Véase, a ese respecto, Imbert, *op. cit.*, pág. 320, nota 126.

<sup>46</sup> *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 228, párr. 14 del comentario al artículo 19. Ese razonamiento parece estar respaldado por Ruda, *loc. cit.*, págs. 207 y 208. Véanse sin embargo las observaciones más bien críticas de Klabbbers, «State succession and reservations to treaties», págs. 109 y 110.

<sup>47</sup> La disposición propuesta por el Sr. Waldock (art. 9, párr. 3, apdo. a) estipulaba que: «Las normas establecidas en los párrafos 1 y 2 respecto de las reservas se aplicarán también *mutatis mutandis* a las objeciones a las reservas» (*Anuario... 1970*, vol. II, pág. 50).

<sup>48</sup> *Ibíd.*, pág. 57.

<sup>49</sup> *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 55, párr. 289.

<sup>50</sup> La escasez de la práctica ya había sido señalada hace más de 30 años por Gaja (*loc. cit.*, pág. 56); parecería que esa observación sigue siendo válida en la actualidad (véase el capítulo II *infra*).

<sup>51</sup> Véase, al respecto, Szafarz, «Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties: a general analysis», pág. 96. Véanse también las consideraciones de Gaja, *loc. cit.*, pág. 57, quien estima que la práctica no contradice la presunción del mantenimiento de las objeciones formuladas por el Estado predecesor, pero tampoco es suficiente para sustentar esta presunción.

<sup>52</sup> Véase *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 49, punto 17, «punto adicional» 13:

«A partir del momento en que un nuevo Estado asuma la situación jurídica de su predecesor, asumirá también las consecuencias de las objeciones opuestas por su predecesor a una reserva incompatible a un convenio multilateral formulada por otra parte. De este modo, la reserva no surtirá efectos contra el nuevo Estado a menos que este último la retire expresamente».

Además, algunos elementos de la práctica reciente, que se expondrán más adelante, podrían también respaldar el mantenimiento de las objeciones<sup>53</sup>.

ii) *La formulación de objeciones por un Estado sucesor que es un Estado de reciente independencia*

33. La aplicación *mutatis mutandis* a las objeciones de las reglas aplicables a las reservas, siguiendo la propuesta del primer Relator Especial, Sr. Waldock, habría tenido también como consecuencia que el Estado sucesor pudiera formular sus propias objeciones a las reservas «formuladas antes de la fecha de la sucesión o después de de ella»<sup>54</sup>, observándose los plazos fijados en el párrafo 5 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1969.

34. Sin embargo, el Sr. Waldock había vislumbrado prever una excepción en lo que respecta a los tratados mencionados en el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1969<sup>55</sup>. La excepción se justificaba, según el Relator Especial, por el hecho de que una reserva a una disposición del tratado de esa índole debía ser aceptada por todos los Estados partes para que su autor pueda convertirse en parte en el tratado. Así pues, el Relator Especial observó que permitir a un Estado sucesor que opusiera objeciones a una reserva ya aceptada por todas las partes equivaldría a dar de hecho al Estado sucesor el poder de obligar a retirarse del tratado a un Estado que ya era parte en él<sup>56</sup>.

35. Un autor admitió expresamente el derecho de un Estado de reciente independencia de emitir, al notificar su sucesión en un tratado, sus propias objeciones respecto de las reservas formuladas por otros Estados partes<sup>57</sup>.

iii) *Destino de las objeciones emitidas respecto de las reservas formuladas por el Estado predecesor*

36. Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, el Japón indicó que podía aceptar el texto del proyecto de artículo 19, en la forma propuesta por la Comisión en la inteligencia, sin embargo, de que «un Estado parte que [hubiera] objetado

<sup>53</sup> Véase el capítulo II *infra*.

<sup>54</sup> *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 56, párr. 17 del comentario. El párrafo 5 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1969 dispone lo siguiente:

«Para los efectos de los párrafos 2 y 4, y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando este no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que hayan recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior».

<sup>55</sup> Esta disposición estipula que:

«Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes».

<sup>56</sup> *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 56.

<sup>57</sup> Véase Gaja, *loc. cit.*, 1975, pág. 66: «La admisibilidad de las objeciones por parte de Estados de reciente independencia que notifican su sucesión en un tratado puede estar sustentada en los mismos motivos aducidos cuando se considera la admisibilidad de las reservas en casos en que la sucesión depende de la aceptación del tratado por el Estado de reciente independencia que puede, por consiguiente, adoptar cualquier medida permitida a un Estado adherente respecto de las reservas de otros Estados».

a la reserva inicial formulada por el Estado predecesor no necesita repetir la objeción respecto del Estado sucesor»<sup>58</sup>. La República Federal de Alemania manifestó una opinión similar y estimó que, en lo que respecta tanto a los Estados de reciente independencia como los demás Estados sucesores, «[e]l Estado sucesor queda obligado *ipso jure* por la relación convencional individual creada por el Estado predecesor, incluidas las reservas y demás declaraciones hechas por dicho Estado y las objeciones al respecto formuladas por las demás partes en el tratado»<sup>59</sup>.

37. Se observa una divergencia de opiniones en los pocos autores que se han ocupado de la cuestión del destino de las objeciones formuladas por el Estado predecesor respecto de una reserva<sup>60</sup>. No obstante, sería difícil explicar por qué un Estado que ha objetado una reserva respecto del Estado predecesor debería reiterar su objeción cuando esta misma reserva es mantenida por el Estado sucesor.

iv) *Nuevas objeciones respecto de las reservas mantenida por el Estado sucesor que es un Estado de reciente independencia*

38. Se plantea asimismo determinar si, en la hipótesis de que el Estado sucesor mantenga una reserva formulada por el Estado predecesor, los otros Estados partes tienen derecho a formular contra esa reserva objeciones que no habían formulado respecto del Estado predecesor.

39. Ese derecho está explícitamente denegado por un autor, que considera que no hay motivo para permitir que un Estado parte retire su aceptación de una reserva que se aplicaba respecto del territorio al que se refiere la sucesión<sup>61</sup>.

v) *Objeciones respecto de las reservas formuladas por el Estado sucesor que es un Estado de reciente independencia*

40. Cuando el Estado de reciente independencia, al notificar su sucesión en un tratado, formula reservas que

<sup>58</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, primer período de sesiones, Viena, 4 de abril a 6 de mayo de 1977*, vol. I, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.80/16), 28.ª sesión, párr. 16.

<sup>59</sup> *Ibid.*, continuación del período de sesiones, Viena, 31 de julio a 23 de agosto de 1978, vol. II, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión plenaria (A/CONF.80/16/Add.1) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.79.V.9), 43.ª sesión, párr. 11.

<sup>60</sup> Gaja (*loc. cit.*, pág. 67) sostiene la tesis del mantenimiento de estas objeciones, en los siguientes términos: «Las objeciones formuladas contra las reservas del Estado predecesor se siguen aplicando en relación con el Estado de reciente independencia. El Estado que objeta puede obviamente retirar sus objeciones. Si así lo desea, puede hacerlo respecto exclusivamente del Estado de reciente independencia, y mantener al mismo tiempo la objeción a una reserva similar relativa a la aplicación del tratado a otros territorios». *Contra*: Imbert, *op. cit.*, pág. 316.

<sup>61</sup> Gaja (*loc. cit.*, pág. 67), señala que «[c]uando un Estado de reciente independencia mantiene una reserva formulada por su Estado predecesor, los demás Estados partes en el tratado no pueden hacer nuevas objeciones a la reserva porque esta pasa a ser aplicable al Estado de reciente independencia. Ello parece incompatible con la aceptación de la reserva aplicable al mismo territorio antes de la independencia. Tal aceptación no puede ser revocada en lo que respecta al Estado predecesor, y ningún motivo especial justifica que se vuelva revocable respecto del Estado sucesor».

el Estado predecesor no había formulado, parece lógico estimar que los demás Estados partes tienen la facultad de objetar esas reservas de conformidad con las normas generales del derecho de los tratados<sup>62</sup>.

c) *Efectos ratione temporis de una declaración por la cual un Estado de reciente independencia, cuando notifica su sucesión en un tratado, comunica que no mantiene una reserva formulada por el Estado predecesor*

41. El artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 no reglamenta directamente la cuestión de los efectos *ratione temporis* de una declaración por la cual un Estado de reciente independencia, cuando notifica su sucesión en un tratado, comunica que no mantiene una reserva formulada por el Estado predecesor. Ni la práctica ni la doctrina parecen dar una respuesta explícita a esta cuestión.

42. Parecería lógico considerar que esa declaración solo surtirá efectos respecto de otro Estado contratante cuando este haya recibido la notificación, de conformidad con la solución prevista en el artículo 22, párr. 3, apdo. a, de la Convención de Viena de 1969 en lo que respecta al retiro de una reserva.

d) *Efectos ratione temporis de una reserva formulada por un Estado de reciente independencia cuando notifica su sucesión en un tratado*

43. El artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 no precisa la fecha de entrada en vigor de una reserva formulada por un Estado de reciente independencia cuando notifica su sucesión en un tratado<sup>63</sup>.

44. El proyecto de artículo 19 aprobado por la Comisión también guardaba silencio sobre esta cuestión. En efecto, la Comisión había estimado preferible que esta cuestión esté regida por las normas ordinarias del derecho internacional aplicables a las reservas, en la inteligencia de que una reserva no podía producir efectos retroactivos<sup>64</sup>. Con todo, conviene observar que el segundo Relator Especial, Sr. Vallat, había propuesto que se aprobara una disposición para reglamentar esta cuestión, atendiendo a una solicitud formulada en ese sentido por los Estados Unidos<sup>65</sup>. La disposición propuesta por el Sr. Vallat estaba formulada del siguiente modo:

<sup>62</sup> Arts. 20 a 23 de la Convención de Viena 1969. Véase, a ese respecto, Gaja, *loc. cit.*, pág. 67.

<sup>63</sup> Véase, sobre esta cuestión la interpretación enunciada por Austria durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados en el sentido de que «cualquier nueva reserva formulada por el nuevo Estado no será efectiva en la fecha de la sucesión, sino en una fecha posterior, de conformidad con las disposiciones del tratado» (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, primer período de sesiones, Viena, 4 de abril a 6 de mayo de 1977, vol. I, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.80/16)*, 28.ª sesión, párr. 28).

<sup>64</sup> *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 229, párr. 22 del comentario al artículo 19. La Comisión hace referencia en este caso al «criterio general de que lo más pronto que una reserva puede tener efecto es a partir de la fecha en que se formula». A favor de la no retroactividad, véase asimismo la posición expresada por Austria en la nota precedente.

<sup>65</sup> Según los Estados Unidos, «[l]a Comisión debería eliminar estas complicaciones, dejando en claro que las nuevas reservas tienen efecto

Una nueva reserva formulada conforme a lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 no tendrá efecto alguno antes de la fecha en que se efectúe la notificación de sucesión<sup>66</sup>.

45. El Secretario General incluso consideró que una reserva formulada por un Estado de reciente independencia en el momento de la notificación de la sucesión debía entrar en vigor en la fecha en que habría entrado en vigor si la reserva se hubiese formulado en un acto de adhesión, es decir, después de la expiración de un plazo determinado según esté previsto en el tratado en cuestión<sup>67</sup>. Sin embargo, un autor declaró que a su juicio no había motivos para demorar, después de la fecha de la notificación de la sucesión, los efectos de una reserva formulada por un Estado de reciente independencia<sup>68</sup>.

## B. Otros casos de sucesión

46. La Convención de Viena de 1978 no contiene ninguna disposición que reglamente la cuestión de las reservas en casos de sucesión que no sean los que culminan con la creación de un Estado de reciente independencia. La colocación del artículo 20 en la parte III de la Convención pone de manifiesto que esa disposición solo se refiere al caso de los Estados de reciente independencia<sup>69</sup>. Se plantea determinar cómo interpretar el silencio de la Convención al respecto.

47. Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, se había sugerido que se incluyera una disposición que reglamente la cuestión de las reservas para otros casos de sucesión<sup>70</sup>. La República Federal de Alemania propuso un nuevo artículo 36 *bis*, que tenía en particular el objeto de transponer la reglamentación de las reservas prevista para los Estados de reciente independencia a los casos de sucesiones a que se hace alusión en la parte IV de la Convención<sup>71</sup>. Este Estado estimaba, en efecto, que «la situación

desde que se formulan, esto es, desde la fecha de notificación de la sucesión» (*ibíd.*, pág. 54).

<sup>66</sup> *Ibíd.*, pág. 56, párr. 298.

<sup>67</sup> Véase carta de fecha 10 de octubre de 1969 dirigida por el Secretario General al Gobierno de Zambia, de la cual se cita el extracto pertinente en el comentario del proyecto de artículo 19 de la Comisión (*ibíd.*, pág. 227, párr. 10 del comentario al artículo 19).

<sup>68</sup> Véase Gaja (*loc. cit.*, pág. 68): «Se puede considerar que un Estado de reciente independencia tiene interés en que el tratado se aplique de la misma manera desde la fecha de la aceptación del tratado. Ello no puede obviamente dar como resultado que las reservas, o el retiro de las reservas, hechos después de la notificación de la sucesión tengan efecto retroactivo. En cambio, no hay motivo manifiesto para que las reservas, o el retiro de las reservas, hechos en el momento de la notificación de la sucesión surtan efecto desde el mismo momento que la notificación».

<sup>69</sup> Véase también, a ese respecto, las explicaciones dadas durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados por el Sr. Vallat, experto consultor, en relación con el proyecto de artículo 19 aprobado por la Comisión (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, primer período de sesiones, Viena, 4 de abril a 6 de mayo de 1977, vol. I, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.80/16)*, 27.ª sesión, párr. 84).

<sup>70</sup> *Ibíd.*, 28.ª sesión, párr. 17 (India), que indicó la existencia de una laguna en la Convención y, por ese motivo, la necesidad de añadir un artículo sobre las reservas en la parte de la Convención que hace referencia a la unificación y la separación de Estados.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, continuación del período de sesiones, Viena, 31 de julio a 23 de agosto de 1978, vol. II, Actas resumidas de las sesiones plenarias

(Continuación en la página siguiente.)

con respecto a la sucesión, a diferencia de lo que pasa por la adhesión, es idéntica para los Estados a los que se refieren las partes III y IV del proyecto»<sup>72</sup>.

48. La República Federal de Alemania retiró sin embargo su enmienda a raíz de las objeciones que esta generó en varias delegaciones<sup>73</sup>. Dichas delegaciones consideraban, en efecto, que conceder al Estado predecesor el derecho de formular nuevas reservas era incompatible con el principio de la continuidad *ipso jure* de los tratados, enunciado por la Convención en lo que respecta a los casos de unificación o separación de Estados<sup>74</sup>. En cambio, en lo que respecta a la presunción del mantenimiento de las reservas formuladas por el Estado sucesor, diversas delegaciones consideraban que ese principio se aplicaba evidentemente en los casos de unificación o de separación de Estados, teniendo presente el principio de la continuidad *ipso jure* de los tratados que se había adoptado en la Convención para esas hipótesis de sucesión<sup>75</sup>.

49. Al parecer, teniendo en cuenta el régimen establecido por la Convención de Viena de 1978 para los casos

(Continuación de la nota 71.)

y de las sesiones de la Comisión plenaria (A/CONF.80/16/Add.1), 43.ª sesión, párrs. 9 a 12. El texto de la enmienda propuesta por la República Federal de Alemania (A/CONF.80/C.1/L.53) era el siguiente:

«1. Cuando, en virtud de los artículos 30, 31, 33 y 35, un tratado siga en vigor para un Estado sucesor o un Estado sucesor participante de otro modo en un tratado que no estuviere aún en vigor para el Estado predecesor, se entenderá que el Estado sucesor mantiene:

- a) toda reserva relativa a ese tratado hecha por el Estado predecesor respecto del territorio a que se refiera la sucesión de Estados;
- b) el consentimiento manifestado por el Estado predecesor, de conformidad con el tratado, en obligarse respecto de parte del tratado;
- c) la opción entre disposiciones diferentes ejercida por el Estado predecesor, de conformidad con el tratado, en relación con la aplicación del tratado.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, el Estado sucesor podrá:

- a) retirar o modificar, total o en parte, la reserva (apartado a del párrafo 1), o formular una nueva reserva, con arreglo a las condiciones establecidas en el tratado o a las normas enunciadas en los artículos 19, 20, 21, 22 y 23 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados;
- b) retirar o modificar el consentimiento en obligarse respecto de parte del tratado (apartado b del párrafo 1);
- c) alterar la opción entre disposiciones diferentes en relación con la aplicación del tratado (apartado c del párrafo 1).»

(*ibíd.*, período de sesiones de 1977 y continuación del período de sesiones en 1978, Viena, 4 de abril-6 de mayo de 1977 y 31 de julio-23 de agosto de 1978, vol. III, Documentos de la Conferencia (A/CONF.80/16/Add.2) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.79.V.10), párr. 118).

<sup>72</sup> *Ibíd.*, continuación del período de sesiones, Viena, 31 de julio a 23 de agosto de 1978, vol. II, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión plenaria, A/CONF.80/16/Add.1, 43.ª sesión, párr. 11.

<sup>73</sup> *Ibíd.*, período de sesiones de 1977 y continuación del período de sesiones en 1978, Viena, 4 de abril-6 de mayo de 1977 y 31 de julio-23 de agosto de 1978, vol. III, Documentos de la Conferencia (A/CONF.80/16/Add.2), párr. 119.

<sup>74</sup> *Ibíd.*, continuación del período de sesiones, Viena, 31 de julio a 23 de agosto de 1978, vol. II, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión plenaria, A/CONF.80/16/Add.1, 43.ª sesión, párr. 14 (Polonia); párr. 15 (Estados Unidos); párr. 18 (Nigeria); párr. 19 (Malí); párr. 20 (Chipre); párr. 21 (Yugoslavia); párr. 22 (Australia); y párr. 24 (Swazilandia, que manifestó una posición más matizada).

<sup>75</sup> *Ibíd.*, 43.ª sesión, párr. 13 (Polonia); párr. 16 (Francia); párr. 20 (Chipre); párr. 21 (Yugoslavia); y párr. 22 (Australia).

de unificación o de separación de Estados, existen serias dudas de que un Estado sucesor que no sea un Estado de reciente independencia tenga la facultad de formular reservas<sup>76</sup>. Esas dudas se ven confirmadas en una parte de la opinión separada presentada por el magistrado Tomka en el fallo de la CIJ de 26 de febrero de 2007 en el caso *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)<sup>77</sup>. En efecto, a partir del momento que se admite que en caso de unificación o de separación de Estados, la sucesión se produce *ipso jure*, es difícil admitir que el Estado sucesor pueda sustraerse a sus obligaciones, o aligerarlas, formulando reservas.

50. Sin embargo, si el Estado sucesor formulara una reserva, parecería adecuado que esta quede sujeta al régimen jurídico de la «reserva tardía», como está previsto en las directrices aprobadas provisionalmente hasta la fecha

<sup>76</sup> Véase, no obstante, Gaja, *loc. cit.*, págs. 64 y 65. Al tiempo que se refiere específicamente a los Estados de reciente independencia, el autor formula observaciones que, a su juicio, podrían extenderse a otros casos de sucesión. Su razonamiento es el siguiente: aun cuando se considerara, *quod non*, que el Estado de reciente independencia no está autorizado a formular una reserva al notificar la sucesión, se debería admitir con todo que ese Estado podría obtener prácticamente el mismo resultado a través de un retiro parcial del tratado (si el retiro está permitido), ya que el retiro funciona de la misma manera que una reserva. Ahora bien, según el autor, estas consideraciones son válidas igualmente en los casos en que la sucesión no se considera supeditada a la aceptación del tratado por el Estado sucesor.

<sup>77</sup> *C.I.J. Recueil 2007*, págs. 330 y 331, párr. 35:

«Es indudable que esta decisión de notificar la adhesión a la Convención sobre genocidio, con una reserva al artículo IX, y no la sucesión (cuando no está permitida una reserva) estaba motivada por las consideraciones relacionadas con el presente caso\*. Se tenía el propósito de evitar una reivindicación de que Serbia y Montenegro tenían obligaciones en virtud de la Convención sobre genocidio antes de junio de 2001 (en particular obligaciones sustantivas en el período 1992-1995 pertinentes a las reclamaciones de Bosnia y Herzegovina). Esta decisión también tenía el propósito de evitar la jurisdicción de la Corte en virtud del artículo IX, no solamente para ese período, sino también para el futuro antes de que la reserva se retirara con el tiempo. Bosnia y Herzegovina objetaron oportunamente la notificación de adhesión de la República Federativa de Yugoslavia a la Convención sobre genocidio con una reserva al artículo IX.

Esa sola notificación de adhesión, a mi juicio, era totalmente incompatible con la sucesión de la República Federativa de Yugoslavia —notificada al Secretario General de las Naciones Unidas el mismo día que la adhesión a la Convención sobre genocidio— en la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados que, en el artículo 34, establece que los tratados del Estado predecesor seguirán en vigor respecto de cada Estado sucesor. Por la ulterior notificación de la sucesión, la República Federativa de Yugoslavia se convirtió en Estado contratante de la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados, en abril de 1992. Esa Convención entró en vigor el 6 de noviembre de 1996. Aunque no era oficialmente aplicable al proceso de disolución de la ex Yugoslavia, que se produjo en el período de 1991-1992, a la luz del hecho de que la ex Yugoslavia consintió en quedar obligada por la Convención de Viena ya en 1980, y la República Federativa de Yugoslavia ha sido un Estado contratante en esa Convención desde abril de 1992, no se podría prever que, por analogía con el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un Estado que, a través de la notificación de su adhesión, expresa su consentimiento en considerarse obligado por la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, actúe en un caso concreto de forma incompatible con la norma contenida en el artículo 34 de esa Convención, al mismo tiempo que en un gran número de otros casos actúa de plena conformidad con esa norma. Estas consideraciones, en conjunto, me llevan a concluir que la Corte no reconoce ningún efecto jurídico a la notificación de la adhesión de la República Federativa de Yugoslavia a la Convención sobre genocidio, y en cambio consideraría que queda obligada por esa Convención por obra de la norma consuetudinaria de la sucesión *ipso jure* codificada en el artículo 34, tal como se aplica a los casos de disolución de un Estado».

por la Comisión. De conformidad con la directriz 2.3.1<sup>78</sup>, la facultad de formular una reserva estaría subordinada a la ausencia de objeciones por parte de cada una de las partes contratantes. Esta solución tendría la ventaja de colocar al Estado sucesor en la misma posición jurídica en que se habría encontrado el Estado predecesor si hubiera deseado formular una reserva tras haber expresado su consentimiento a quedar obligado por el tratado.

51. Por otra parte, el carácter *ipso jure* de la sucesión, tal como está previsto en la Convención de Viena de 1978 para los casos de unificación y de separación de Estados, genera asimismo dudas en cuanto a la facultad del Estado sucesor de formular objeciones respecto de reservas que el Estado predecesor no había objetado. Esta facultad ha sido negada explícitamente por un representante de la doctrina<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Véase la nota 37 *supra*.

<sup>79</sup> Gaja, *loc. cit.*, pág. 67: «Cuando, por el contrario, se considera que la sucesión es automática, es preciso pronunciarse sobre la admisibilidad de las objeciones por parte del Estado sucesor. [...] Si el Estado

52. Otra cuestión que merece abordarse es la de los efectos *ratione temporis* de una declaración por la cual un Estado sucesor que no es un Estado de reciente independencia notifica que no mantiene una reserva formulada por el Estado predecesor. Puesto que, de conformidad al régimen establecido en la parte IV de la Convención de Viena de 1978 para los casos de unificación y de separación del Estado, la sucesión en los tratados se produce *ipso jure* en la fecha de la sucesión de Estados, es indudable que esta declaración debe considerarse un retiro de las reservas en cuestión, y por ende está sujeto a las normas ordinarias del derecho de los tratados como están recogidas en el artículo 22 de la Convención de Viena de 1969. Con arreglo al artículo 22, párr. 3, «[s]alvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa: a) El retiro de una reserva solo surtirá efecto respecto de otro Estado contratante cuando ese Estado haya recibido la notificación».

predecesor había aceptado la reserva, ese consentimiento no puede ser revocado ulteriormente por el mismo Estado o por su sucesor».

## CAPÍTULO II

### Análisis de la práctica

#### A. La práctica relativa a los tratados depositados ante el Secretario General de las Naciones Unidas

53. La cuestión de la sucesión de los Estados en materia de tratados se planteó al Secretario General, en su calidad de depositario, cuando comenzaron a funcionar las Naciones Unidas, en el marco de la sucesión en los tratados concertados bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones. Algunos Estados de reciente independencia comunicaron que asumían los derechos y obligaciones creados por el tratado pertinente y que se consideraban como partes en dicho tratado<sup>80</sup>. Poco a poco se desarrolló una práctica teniendo en cuenta las notificaciones de sucesión. A partir del decenio de 1960, y con la admisión en las Naciones Unidas de varios Estados de reciente independencia (la mayor parte de ellos eran territorios fuera de las metrópolis que habían obtenido la independencia) se determinó la práctica que se había formado desde el decenio de 1950. Con carácter preliminar pueden mencionarse algunos aspectos de interés:

a) En todos los casos, el Secretario General se orientó por consideraciones de orden práctico en el ejercicio de sus funciones de depositario. Así pues, solo procedió a incluir a un Estado sucesor (ya sea un Estado de reciente independencia o un Estado surgido de la unificación o separación de Estados) en la lista de Estados partes en un tratado depositado ante él, sobre la base de una notificación relativa a un tratado determinado (la mayor parte de los Estados de reciente independencia depositaron esas

notificaciones), o una notificación acompañada de una lista de tratados de relación con los cuales se producía la sucesión (como fue el caso de la República Checa y Eslovaquia);

b) En el caso en que una notificación de sucesión guardaba silencio sobre la cuestión de las reservas y/o las objeciones, el Secretario General incluyó al Estado sucesor (Estado de reciente independencia u otro Estado sucesor) en la lista de Estados partes en el tratado, sin ninguna indicación acerca de las reservas y/u objeciones formuladas por el Estado predecesor. Con todo, se puede establecer una excepción en lo que respecta a algunos Estados sucesores de la ex Yugoslavia<sup>81</sup>. Además, según la práctica, al no haber indicaciones por parte del Estado sucesor respecto a las reservas formuladas por el Estado predecesor, el Secretario General no solicita ninguna aclaración sobre el tema, y deja que las partes asuman las consecuencias jurídicas que estimen adecuadas;

c) Sin embargo, en su respuesta al cuestionario preparado por el Relator Especial<sup>82</sup>, el Jefe de la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas indicó que el Secretario General tenía dificultades en los casos en que, durante la sucesión, el Estado sucesor no hacía mención de las declaraciones/reservas hechas por el Estado predecesor. En esos casos, el Secretario General presume que el Estado sucesor mantiene dichas declaraciones/reservas, pero no está en condiciones de pronunciarse definitivamente. En el mismo orden de ideas, en un memorando dirigido al Representante Regional del ACNUR sobre el tema de la sucesión de Jamaica en los derechos y obligaciones derivados de la

<sup>80</sup> Ello se aplicó al Pakistán, en lo que respecta al Protocolo especial sobre la apatridia; véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 1<sup>er</sup> avril 2009* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.09.V.3) (ST/LEG/SER.E/26), vol. III, parte II.

<sup>81</sup> Véase el párrafo 60 *infra*.

<sup>82</sup> Véase la nota 2 *supra*.

Convención sobre el estatuto de los refugiados, la Oficina Jurídica de la Secretaría de las Naciones Unidas se basó en el principio de que las reservas formuladas por el Reino Unido seguían siendo aplicables respecto de Jamaica<sup>83</sup>;

d) El Secretario General siempre indica todas las declaraciones relativas a reservas, declaraciones, objeciones, etcétera, que acompañan una notificación de sucesión (para reiterarlas, confirmarlas o modificarlas).

54. En las líneas siguientes se mencionan algunos ejemplos que constituyen una tipología bastante representativa de la manera como se aborda la cuestión de las reservas y las objeciones en el contexto de la sucesión en los tratados depositados ante el Secretario General.

#### 1. RESERVAS

##### a) *Estados sucesores que son Estados de reciente independencia*

55. La práctica de los Estados de reciente independencia en lo que respecta a las reservas en el marco de la sucesión en los tratados depositados ante el Secretario General ha sido sumamente variada:

a) En varios casos, los Estados de reciente independencia depositaron una notificación de sucesión respecto de un tratado en particular, sin hacer ninguna mención de la cuestión de las reservas. En esos casos, el Secretario General incluyó al Estado de reciente independencia en la lista de Estados partes en el tratado en cuestión, sin pronunciarse sobre el destino de las reservas formuladas por el Estado predecesor<sup>84</sup>;

b) Algunos Estados de reciente independencia mantuvieron expresamente las reservas formuladas por el Estado predecesor<sup>85</sup>;

c) En otros casos, el Estado de reciente independencia formuló nuevamente, en lo fundamental, las mismas reservas hechas por el Estado predecesor<sup>86</sup>;

d) Hubo casos en que el Estado de reciente independencia mantuvo las reservas formuladas por el Estado predecesor, añadiendo nuevas reservas<sup>87</sup>;

<sup>83</sup> Véase Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1963* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 65.V.3), pág. 195:

«Jamaica tendría derecho a hacer suyas esas reservas, que fueron formuladas por el Reino Unido, de acuerdo con lo dispuesto en la Convención y, tal vez en el momento oportuno, su Oficina deseará que Jamaica haga una declaración reiterando esas reservas. No obstante, creemos que la consulta principal queda contestada afirmando que Jamaica está sometida a las obligaciones de la Convención, con las reservas formuladas por el Reino Unido.»

<sup>84</sup> Véase, por ejemplo, *Traités multilatéraux...* (nota 80 *supra*), cap. IV.2 (Islas Salomón). Las Islas Salomón sucedieron al Estado predecesor (el Reino Unido) en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial sin hacer ninguna mención de las reservas de ese Estado predecesor y esas reservas no se reproducen en lo que respecta a las Islas Salomón. La misma observación puede hacerse en lo que respecta a la sucesión en la Convención sobre el estatuto de los refugiados por parte del Senegal y Túnez (*ibíd.*, cap. V.2).

<sup>85</sup> *Ibíd.*, cap. V.2, Chipre (nota 18); Fiji; Gambia (nota 21); e Islas Salomón (*ibíd.*, cap. XVI.1).

<sup>86</sup> *Ibíd.*, Fiji (cap. IV.2); y Kiribati (cap. V.3).

<sup>87</sup> *Ibíd.*, Lesotho (cap. V.3, nota 14).

e) Hubo asimismo casos en que el Estado de reciente independencia «reformuló» las reservas hechas por el Estado predecesor<sup>88</sup>;

f) En algunos casos, el Estado de reciente independencia retiró las reservas del Estado predecesor al mismo tiempo que formuló nuevas reservas<sup>89</sup>;

g) Por último, hubo casos en que el Estado de reciente independencia formuló nuevas reservas, al mismo tiempo que mantenía las del Estado predecesor<sup>90</sup>.

##### b) *Estados sucesores que no son Estados de reciente independencia*

56. En estos otros casos de sucesión, en particular los de los Estados surgidos de la ex Yugoslavia y Checoslovaquia, las reservas del Estado predecesor se mantuvieron.

57. Conviene mencionar, a ese respecto, las declaraciones de índole general formuladas por la República Checa<sup>91</sup>, Eslovaquia<sup>92</sup>, la República Federativa de Yugoslavia<sup>93</sup> y, ulteriormente, Montenegro<sup>94</sup>, mediante las cuales esos Estados sucesores incorporaron las reservas del Estado predecesor.

58. Además, en algunos casos, las reservas del Estado predecesor fueron confirmadas<sup>95</sup> o formuladas nuevamente<sup>96</sup> por el Estado sucesor respecto de un tratado determinado.

<sup>88</sup> *Ibíd.*, Fiji (cap. V.2).

<sup>89</sup> *Ibíd.*, Zambia (cap. V.3, nota 16).

<sup>90</sup> *Ibíd.*, Botswana (cap. V.3).

<sup>91</sup> *Ibíd.* En una carta de fecha 16 de febrero de 1993, dirigida al Secretario General y acompañada por una lista de tratados multilaterales depositados ante este, la República Checa declaró, entre otras cosas: «De conformidad con los principios en vigor del derecho internacional y sus estipulaciones, la República Checa, como sucesor de la República Federativa Checa y Eslovaca, se considera vinculada, a partir del 1.º de enero de 1993, fecha de disolución de la República Federativa Checa y Eslovaca, por los tratados internacionales multilaterales en que era parte la República Federativa Checa y Eslovaca en esta fecha, incluidas las reservas y declaraciones conexas emitidas anteriormente por esta última.»

<sup>92</sup> Eslovaquia, en una carta de fecha 19 de mayo de 1993, dirigida al Secretario General y acompañada de una lista de tratados multilaterales depositados ante este, declaró: «De conformidad con los principios y normas pertinentes del derecho internacional y en la medida definida por este, la República Eslovaca, como Estado sucesor surgido de la disolución de la República Federativa Checa y Eslovaca, se considera vinculada, a partir del 1.º de enero de 1993, fecha en la que asumió la responsabilidad de sus relaciones internacionales, por los tratados multilaterales en lo que era parte la República Federativa Checa y Eslovaca al 31 de diciembre de 1992, incluidas las reservas y declaraciones formuladas precedentemente por Checoslovaquia así como las objeciones emitidas por Checoslovaquia a las reservas formuladas por otros Estados partes»

<sup>93</sup> *Ibíd.* La notificación del 8 de marzo de 2001, dirigida al Secretario General por la República Federativa de Yugoslavia, contiene la indicación siguiente: «el Gobierno de la República Federal de Yugoslavia mantendrá las firmas, reservas y declaraciones hechas por la República Socialista Federativa de Yugoslavia en los tratados que figuran en el anexo 1 adjunto, hasta que la República Federativa de Yugoslavia haya asumido la responsabilidad de sus relaciones internacionales.»

<sup>94</sup> En una carta de 10 de octubre de 2006, acompañada de una lista de tratados depositados ante el Secretario General, Montenegro declaró que mantenía «las reservas, declaraciones y objeciones formuladas por Serbia y Montenegro» respecto de los tratados pertinentes.

<sup>95</sup> *Traités multilatéraux...* (nota 80 *supra*), Serbia y Montenegro (cap. VI.16).

<sup>96</sup> *Ibíd.*, Eslovenia, que ulteriormente retiró esta reserva en 2004 (cap. IV.11, nota 53).

59. En el caso de la República del Yemen (unificada), el Estado sucesor también incorporó las reservas. En una carta de 19 de mayo de 1990, dirigida al Secretario General por los Ministros de Relaciones Exteriores de la República Árabe del Yemen y la República Democrática Popular del Yemen figuran las indicaciones siguientes:

En lo que respecta a los tratados concertados por la República Árabe del Yemen o la República Democrática Popular del Yemen, con anterioridad a su unión, la República del Yemen (unificada) deberá ser considerada como parte en esos tratados en la fecha en que uno de esos Estados se convirtió en primer lugar en parte en dichos tratados. En consecuencia, los cuadros que muestran el estado de los tratados en adelante indicarán, bajo el nombre de «Yemen», la fecha de las formalidades (firmas, ratificaciones, adhesiones, declaraciones y reservas, etc.) efectuadas por el Estado que se convirtió en parte en primer lugar, y en su caso, las efectuadas por el Estado que se convirtió en parte en segundo lugar, descritas en este caso en una nota<sup>97</sup>.

60. Por último, conviene mencionar el caso de otros sucesores en la ex Yugoslavia (además de la República Federativa de Yugoslavia) que figuran en la lista de Estados sucesores para los diversos tratados depositados ante el Secretario General, con la indicación, en las notas, de las reservas que había formulado la ex Yugoslavia<sup>98</sup>.

## 2. OBJECIONES A LAS RESERVAS

### a) *Estados sucesores que son Estados de reciente independencia*

61. En primer lugar, se deben mencionar algunos casos en los que el Estado de reciente independencia confirmó, al notificar su sucesión, las objeciones emitidas por el Estado predecesor respecto de las reservas formuladas por Estados partes en el tratado<sup>99</sup>.

62. Ha habido también algunos casos de retiro de las objeciones formuladas por el Estado predecesor y, al mismo tiempo, la formulación de nuevas objeciones<sup>100</sup>.

### b) *Estados sucesores que no son Estados de reciente independencia*

63. En el caso de los Estados sucesores surgidos de Checoslovaquia, Eslovaquia mantuvo explícitamente las objeciones opuestas por el Estado predecesor respecto de las reservas formuladas por otros Estados partes<sup>101</sup>. Análogamente, la República Federativa de Yugoslavia declaró que mantenía las objeciones formuladas por la ex Yugoslavia<sup>102</sup>, a semejanza de lo que hizo Montenegro respecto de las objeciones opuestas por Serbia y Montenegro<sup>103</sup>.

<sup>97</sup> *Ibíd.*

<sup>98</sup> Véase, por ejemplo, *Traités multilatéraux...* (nota 80 *supra*), caps. IV.11; IV.16, nota 5; VI.17, nota 6; XVIII.5, nota 4; XXI.4, nota 3; y XXII.1, nota 4.

<sup>99</sup> *Ibíd.*, Malta, que reiteró, durante la sucesión, algunas objeciones formuladas por el Reino Unido (cap. III.3); Tonga, que declaró que «adoptaba» las objeciones formuladas por el Reino Unido en relación con las reservas y declaraciones hechas por Egipto (*ibíd.*); Fiji (caps. XXI.1 y XXI.2) y nuevamente Tonga (cap. XXI.4).

<sup>100</sup> *Ibíd.*, Fiji y Tonga (cap. XXI.2).

<sup>101</sup> Véase la nota 92 *supra*.

<sup>102</sup> Véase la nota 93 *supra*.

<sup>103</sup> Véase la nota 95 *supra*.

## B. La práctica relativa a los tratados depositados ante otros depositarios

64. La práctica relativa a esos otros tratados no aporta muchas indicaciones sobre la cuestión de las reservas y las objeciones a las reservas en el contexto de la sucesión de Estados. Además, los pocos elementos que se han identificado no contradicen las enseñanzas que se puedan extraer de la práctica relativa a los tratados para los cuales el Secretario General ejerce las funciones de depositario.

65. En lo que respecta al destino de las reservas formuladas por el Estado predecesor, conviene observar en primer lugar que la República Checa y Eslovaquia transmitieron a un número determinado de depositarios notificaciones de sucesión con el mismo contenido que las transmitidas al Secretario General de las Naciones Unidas, y por las que se mantenían las reservas formuladas por el Estado predecesor<sup>104</sup>. Esta práctica no ha suscitado ninguna objeción por parte de los depositarios de que se trata, ni tampoco de los Estados partes en los tratados en cuestión.

66. Para determinar si se debe o no presumir que el Estado sucesor mantiene las reservas de predecesor, es digna de mencionarse la respuesta de la UPU al cuestionario preparado por el Relator Especial<sup>105</sup>. Esta organización hacía referencia a su práctica, según la cual las reservas válidas que se aplican a un Estado miembro se transfieren automáticamente al Estado sucesor, y esta solución es válida también para los Estados que han obtenido su independencia separándose de un Estado miembro.

67. El Consejo de Europa aplicó la misma presunción respecto de Montenegro. En una carta de 28 de junio de 2006, dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores de Montenegro, el Director General de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa se basó en el artículo 20 de la Convención de Viena de 1978 y estimó que «se considera que la República de Montenegro mantiene las reservas y declaraciones, puesto que su notificación de sucesión no expresa una intención contraria a ese respecto»<sup>106</sup>. Esta carta incluía asimismo una lista de reservas y declaraciones cuyo texto se había modificado en algunas partes, a fin de suprimir la referencia a la República de Serbia. En una carta de 13 de octubre de 2006, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Montenegro comunicó su acuerdo con el texto de las reservas y declaraciones en cuestión, tras haber sido adaptadas por el depositario.

68. La práctica seguida por Suiza en su calidad de depositario de un número determinado de tratados multilaterales no parece tampoco estar en contradicción fundamental con la del Secretario General de las Naciones Unidas. Es cierto que, cuando el Estado sucesor no se había pronunciado sobre el destino de las reservas, Suiza había aplicado inicialmente la presunción de que no mantenía esas reservas. En la actualidad, en cambio, Suiza no se basa en ninguna presunción, y su práctica consiste en invitar

<sup>104</sup> Véase Mikulka, «The dissolution of Czechoslovakia and succession in respect of treaties», págs. 111 y 112.

<sup>105</sup> Véase la nota 2 *supra*.

<sup>106</sup> JJ55/2006, PJD/EC.



al Estado sucesor a comunicarle sus intenciones sobre el mantenimiento o no de la reserva formulada por el Estado predecesor<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> Carta dirigida por la Dirección de Derecho Internacional Público a un particular el 3 de mayo de 1996, en que se describe la práctica de Suiza, Estado depositario de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, en el contexto de la sucesión de Estados en materia de tratados; reproducida en Caffisch, «La pratique suisse en matière de droit international public 1996», págs. 683 a 685, en esp. pág. 684. Este enfoque fue confirmado por la Dirección de Derecho Internacional Público del Ministerio Federal de Asuntos Exteriores en un dictamen de fecha 6 de febrero de 2007 titulado «Pratique de la Suisse en tant qu'Etat dépositaire. Réserves aux traités dans le contexte de la succession d'Etats», págs. 328 a 330.

69. Por último, en lo que respecta a la facultad del Estado sucesor de formular nuevas reservas, conviene mencionar la posición adoptada por el Consejo de Europa, en su carta dirigida a Montenegro el 28 de junio de 2006<sup>108</sup>, en virtud de la cual ese Estado no tenía el derecho de formular nuevas reservas respecto de los tratados para los cuales ya habían notificado su sucesión<sup>109</sup>. Esta posición parece en armonía con la regla de la sucesión *ipso jure* en los tratados, enunciada en la Convención de Viena de 1978 para el caso de unificación y de separación de Estados.

---

<sup>108</sup> Véase la nota 106 *supra*.

<sup>109</sup> «[L]a República de Montenegro tiene la facultad, en este momento, de formular nuevas reservas a los tratados ya ratificados».

## ANEXO

### BIBLIOGRAFÍA RESUMIDA

#### I. TRATADOS

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)

Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.

Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)

Ibíd., vol. 1946, n.º 33356, pág. 3.

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 (todavía no está en vigor).

#### II. CONFERENCIAS INTERNACIONALES

*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, primer período de sesiones, Viena, 4 de abril a 6 de mayo de 1977*, vol. I, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.80/16) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.78.V.8); vol. II, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria [continuación del período de sesiones, 1978] (A/CONF.80/16/Add.1) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.79.V.9); y Documentos de la Conferencia, vol. III (A/CONF.80/16/Add.2) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.79.V.10).

#### III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Fallo de la CIJ de 26 de febrero de 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), *C.I.J. Recueil 2007*, y opinión separada del magistrado Tomka (*C.I.J. Recueil 2007*, págs. 43 y 310, respectivamente).

#### IV. DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

Tercer informe sobre la sucesión en materia de tratados, del Sr. Humphrey Waldock, Relator Especial, *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 27, documento A/CN.4/224 y Add.1.

Primer informe sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, del Sr. Francis Vallat, Relator Especial,

*Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/278 y Add.1 a 6.

Cuestionarios preparados por el Relator Especial sobre el tema de las reservas a los tratados, de conformidad con las disposiciones del párrafo 493 del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 47.º período de sesiones, 1999 (*Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/477 y Add.1, anexos II y III, págs. 101 y 111, respectivamente).

#### V. PRÁCTICA DE DEPOSITARIOS DE TRATADOS

*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 1<sup>er</sup> avril 2009* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.09.V.3) (ST/LEG/SER.E/26).

Carta dirigida por la Dirección de Derecho Internacional Público a un particular el 3 de mayo de 1996, en que se describe la práctica de Suiza, Estado depositario de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, en el contexto de la sucesión de Estados en materia de tratados; reproducida en Lucius Cafilisch, «La pratique suisse en matière de droit international public 1996», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1997, 7.º año, págs. 683 a 685.

Dictamen de la Dirección de Derecho Internacional Público del Ministerio Federal de Asuntos Exteriores, de 6 de febrero de 2007, titulado «Pratique de la Suisse en tant qu'État dépositaire. Réserves aux traités dans le contexte de la succession d'États», *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC)*, 2007, págs. 328 a 330; en esp. pág. 330.

Carta dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores de Montenegro por el Director General de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, el 28 de junio de 2006, JJ55/2006, PDJ/EC.

#### VI. DOCTRINA

##### A. Libros

BOKOR-SZEGÖ, Hanna. *New States and International Law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970.

GONÇALVES PEREIRA, André. *La succession d'États en matière de traité*, París, Pedone, 1969.

IMBERT, Pierre-Henri. *Les réserves aux traités multilatéraux. Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*, París, Pedone, 1979.

MARCOFF, Marco G. *Accession à l'indépendance et succession d'États aux traités internationaux*, Friburgo, Éditions universitaires, 1969.

O'CONNELL, Daniel Patrick. *State Succession in Municipal Law and International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, VII (Vol. II: International Relations), Cambridge, Cambridge University Press, 1967.

#### B. Artículos

GAJA, Giorgio. «Reservations to treaties and the newly independent States», *Italian Yearbook of International Law*, vol. 1 (1975), págs. 52 a 68.

KLABBERS, Jan. «State succession and reservations to treaties», en Jan Klabbbers y René Lefeber (eds.), *Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, La Haya, Nijhoff, 1998, págs. 107 a 120.

MENON, P. K. «The newly independent States and succession in respect of treaties», *Korean Journal of Comparative Law*, vol. 18 (1990), págs. 139 a 173.

MIKULKA, Václav. «The dissolution of Czechoslovakia and succession in respect of treaties», en Mojmir Mrak (ed.), *Succession of States*, La Haya, Londres y Boston, Nijhoff, 1999, págs. 100 a 125.

RUDA, José María. «Reservation to treaties», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1975-III*, t. 146, Leiden, Sijthoff, 1977, págs. 95 a 218.

SZAFARZ, Renata. «Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties: a general analysis», *Annuaire polonais de droit international* (Breslavia), vol. X (1979-1980), págs. 77 a 113.

ZEMANEK, Karl «State succession after decolonization», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1965-III*, t. 116, Martinus Nijhoff, págs. 181 a 300.

# RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/610

## Séptimo informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales\*, del Sr. Giorgio Gaja, Relator Especial

[Original: inglés]  
[27 de marzo de 2009]

### ÍNDICE

|   | <i>Página</i>   |
|---|-----------------|
| Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....   | 77              |
| Obras citadas en el presente informe .....  | 78              |
|   | <i>Párrafos</i> |
| INTRODUCCIÓN.....   | 1-6 78          |
| <i>Capítulo</i>   |                 |
| I. ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS, TÉRMINOS EMPLEADOS Y PRINCIPIOS GENERALES.....   | 7-21 79         |
| II. ATRIBUCIÓN DEL COMPORTAMIENTO.....  | 22-38 82        |
| III. VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL.....   | 39-44 86        |
| IV. RESPONSABILIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON EL HECHO DE UN ESTADO O DE OTRA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL..... | 45-54 87        |
| V. CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD.....   | 55-72 89        |
| VI. RESPONSABILIDAD DE UN ESTADO EN RELACIÓN CON EL HECHO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL .....                                     | 73-92 92        |
| VII. CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL .....  | 93-101 95       |
| VIII. MODO DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL.....  | 102-119 97      |
| IX. DISPOSICIONES GENERALES .....   | 120-134 100     |

### Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

|  | <i>Fuente</i>  |
|--|--|
| 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, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2, n.º 20, pág. 39.   |
| Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)                    | Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 243, 10 de octubre de 1979. |
| 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.   |

\* El Relator Especial agradece la asistencia prestada por Paolo Palchetti (profesor adjunto, Universidad de Macerata), Stefano Dorigo (doctor, Universidad de Pisa) y Nadia Kalb (magíster en Derecho, Universidad de Nueva York) en la elaboración del presente informe.

## Obras citadas en el presente informe

- BODEAU-LIVINEC, Pierre, G. P. BUZZINI y S. VILLALPANDO  
«*Behrami & Behrami v. France; Saramati v. France, Germany & Norway*», Nota, AJIL, vol. 102, n.º 2 (abril de 2008), págs. 323 a 331.
- D'ASPROMONT, Jean  
«Abuse of the Legal Personality of International Organizations and the Responsibility of Member States», *International Organizations Law Review*, vol. 4 (2007), págs. 91 a 119.
- DOMINICÉ, Christian  
«La responsabilité internationale des Nations Unies», en Jean-Pierre Cot y Alain Pellet (eds.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, 3.ª ed., París, Economica, 2005, págs. 141 a 162.
- INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL  
*Annuaire*, reunión de Lisboa, 1995, vol. 66, t. II, París, Pedone, 1996.
- KLEIN, Pierre  
«Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: quelques considérations critiques sur l'arrêt *Behrami et Saramati*», AFDI, vol. LIII (2007), págs. 43 a 64.
- KUIJPER, P. J. y E. PAASIVIRTA  
«Further Exploring International Responsibility: The European Community and the ILC's Project on Responsibility of International Organizations», *International Organizations Law Review*, vol. 1 (2004), págs. 111 a 138.
- LAGRANGE, Philippe  
«Responsabilité des États pour actes accomplis en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies», *Revue Générale de Droit International Public* (París), t. XCII (2008), págs. 85 a 110. Resumen en español en la página 110.
- LARSEN, Kjetil Mujezinović  
«Attribution of Conduct in Peace Operations: The 'Ultimate Authority and Control' Test», *European Journal of International Law* (Florenca), vol. 19, n.º 3 (2008), págs. 509 a 531.
- MENDELSON, Maurice  
«The definition of 'international organization' in the International Law Commission's current project on the responsibility of international organizations», en Maurizio Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden y Boston, Nijhoff, 2005, págs. 371 a 389.
- MILANOVIĆ, Marko y Tatjana PAPIĆ  
«As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights' *Behrami* and *Saramati* Decision and General International Law», *International and Comparative Law Quarterly* (Cambridge), vol. 58 (abril de 2009), págs. 267 a 296.
- ORAKHELASHVILI, Alexander  
«*R (on the application of Al-Jedda (FC)) v. Secretary of State for Defence*», Nota, AJIL, vol. 102, n.º 2 (abril de 2008), págs. 337 a 345.
- PALCHETTI, Paolo  
«Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi *Behrami* e *Saramati*», *Rivista di Diritto Internazionale* (Milán), vol. XC, n.º 3 (2007), págs. 681 a 704.
- QUIGLEY, John  
«State Responsibility for Ethnic Cleansing», *University of California at Davis Law Review*, vol. 32 (1998-1999), págs. 341 a 387.
- REINISCH, August  
«How Necessary is Necessity for International Organizations?» (editorial). *International Organizations Law Review*, vol. 3 (2006), págs. 177 a 183.
- 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.
- SARI, Aurel  
«Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The *Behrami* and *Saramati* Cases», *Human Rights Law Review* (Nottingham), vol. 8, n.º 2 (2008), págs. 151 a 170.
- SCHMALENBACH, Kristen  
*Die Haftung Internationaler Organisationen*, Frankfurt, Peter Lang, 2004.
- STUMER, Andrew  
«Liability of Member States for Acts of International Organizations: Reconsidering the Policy Objections», *Harvard International Law Journal*, vol. 48, n.º 2 (tercer trimestre de 2007), págs. 553 a 580.
- TALMON, Stefan  
«Responsibility of International Organizations: Does the European Community Require Special Treatment?», en Maurizio Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2005, págs. 405 a 421.
- THALLINGER, Gerhard  
«The Rule of Exhaustion of Local Remedies in the Context of the Responsibility of International Organizations», *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), págs. 401 a 428.
- YAMADA, Chusei  
«Revisiting the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility», en Maurizio Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2005, págs. 117 a 123.

## Introducción

1. El presente informe aspira a servir de base para que la Comisión de Derecho Internacional culmine la aprobación en primera lectura de su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

2. Hasta ahora, la Comisión ha aprobado provisionalmente 53 proyectos de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales<sup>1</sup>. Los artí-

culos 1 a 30 conforman la primera parte, relativa a «El hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional», y los artículos 31 a 45 dan cuerpo a la segunda parte, que trata acerca del «Contenido de la responsabilidad internacional de una organización internacional», en tanto que los artículos 46 a 53 integran el capítulo I («Invocación de la responsabilidad de una organización internacional») de la tercera parte, titulada «Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional de una organización internacional». En su 60.º período de sesiones, en 2008, la Comisión también

<sup>1</sup> El texto de los proyectos de artículos que han sido aprobados provisionalmente hasta el momento se reproduce en *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 164.

tomó nota<sup>2</sup> de los artículos 54 a 60, que habían sido aprobados por el Comité de Redacción y están llamados a integrar el capítulo II de la tercera parte, relativo a las «Contramidas».

3. En cuanto a los artículos aprobados hasta el momento, subsisten algunas cuestiones abiertas, como la redacción del artículo 19 («Contramidas»), perteneciente al capítulo V («Circunstancias que excluyen la ilicitud») de la primera parte, y la ubicación del capítulo (X) («Responsabilidad de un Estado en relación con el hecho de una organización internacional»). El presente informe abordará esas cuestiones y propondrá también varias disposiciones de carácter general para su inclusión en la parte del proyecto de artículos relativa a las «Disposiciones generales».

4. Por otra parte, como se indicó en informes anteriores<sup>3</sup>, parece conveniente que la Comisión revise los textos aprobados hasta ahora antes de completar la primera lectura. Ello le daría la oportunidad de reconsiderar algunos

<sup>2</sup> *Ibid.*, párr. 134. El texto de los proyectos de artículos relativos a las contra medidas que fueron aprobados por el Comité de Redacción (A/CN.4/L.725/Add.1, mimeografiado) pueden consultarse en el sitio web de la Comisión ([www.un.org/law/ilc](http://www.un.org/law/ilc)).

<sup>3</sup> Véase el segundo informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (*Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), págs. 3 y 4, documento A/CN.4/541, párr. 1); y los informes tercero (*Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 9, documento A/CN.4/553, párr. 1); quinto (*Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/583, párrs. 3 a 6); y sexto (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/597, párr. 3).

de los proyectos de artículos teniendo en cuenta las observaciones posteriormente formuladas por los Estados y las organizaciones internacionales y las novedades más recientes acaecidas en la práctica y plasmadas en decisiones judiciales. También deben tomarse en consideración las opiniones de la doctrina jurídica. Por consiguiente, el presente informe incluirá un examen de todo el material pertinente y formulará algunas propuestas para modificar los textos provisionalmente aprobados o añadir algunas aclaraciones en los comentarios.

5. Algunas observaciones de los Estados y las organizaciones internacionales se han referido a los informes y las propuestas originales del Relator Especial en lugar de a los proyectos de artículos que mientras tanto han sido aprobados provisionalmente por la Comisión. A efectos del presente informe, las observaciones sobre textos que han sido sustituidos solo se tendrán en cuenta en la medida en que sean pertinentes para los proyectos de artículos de la Comisión.

6. El presente informe se divide en capítulos que corresponden a los apartados que figuran en los textos aprobados provisionalmente. Al final de cada capítulo figuran las propuestas relativas a los proyectos de artículos que se analizan en cada uno de ellos. Esas propuestas incluyen también ciertas modificaciones en el orden de los apartados ya aprobados. En el presente informe siempre se hace referencia a la numeración actual de los proyectos de artículos. La numeración solo se modificará, en su caso, cuando tenga lugar la aprobación en primera lectura del proyecto de artículos.

## CAPÍTULO I

### Alcance de los artículos, términos empleados y principios generales

7. Como se establece en el artículo 1, el presente proyecto de artículos se aplica a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales (párr. 1) y también a «la responsabilidad internacional de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional» (párr. 2). Este artículo refleja la posición adoptada por la Comisión en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (en adelante, el proyecto sobre la responsabilidad del Estado)<sup>4</sup>. Tal posición se expresó en el artículo 57 de ese proyecto, según el cual,

[l]os presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad, en virtud del derecho internacional, de una organización internacional o de un Estado por el comportamiento de una organización internacional.

8. En el actual proyecto de artículos, las cuestiones relacionadas con la atribución del comportamiento, la

violación de una obligación internacional y las circunstancias que excluyen la ilicitud se regulan en la primera parte de manera que se abarcan todas las situaciones en las que puede surgir la responsabilidad internacional de una organización internacional, mientras que la segunda parte solo se refiere al contenido de la responsabilidad de una organización internacional frente a otra organización internacional o un Estado y la tercera parte versa sobre la invocación de la responsabilidad de una organización internacional por otra organización internacional o por un Estado. Haciendo suya una opinión expresada en el seno de la Comisión en su 60.º período de sesiones, en 2008, y que se refleja en su informe a la Asamblea General<sup>5</sup>, algunos Estados propusieron que la tercera parte incluyera también la invocación de la responsabilidad internacional de un Estado por una organización internacional<sup>6</sup>. Sin embargo, se trata de una cuestión que queda fuera del alcance del proyecto de artículos según se define en el artículo 1. Además, si se

<sup>4</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26. Entre las cuestiones que el artículo 57 deja de lado destacan la responsabilidad en que puede incurrir un Estado por el comportamiento de una organización internacional de la que no es miembro. Por consiguiente, es preferible no aceptar la propuesta del Pakistán (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/58/SR.16), párr. 5) y Malasia (*ibíd.*, *quinquagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23), párr. 1) de restringir a los Estados «miembros» la referencia a los Estados que figura en el artículo 1 del presente proyecto.

<sup>5</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 147.

<sup>6</sup> En este sentido, intervenciones de Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 85; Belarús, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 56; la Federación de Rusia, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 42, y Bélgica, *ibíd.*, párr. 47. Véanse también las intervenciones de Hungría, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 29, y Polonia, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 32.

considerara necesario especificar las normas que se aplican a la invocación de la responsabilidad de un Estado por una organización internacional, el lugar indicado sería el proyecto sobre la responsabilidad del Estado y no el presente proyecto de artículos. Podría plantearse la posibilidad de que algunas disposiciones de la tercera parte del texto sobre la responsabilidad del Estado, como los artículos 42, 43, 45 a 50, 52 y 54, se ampliaran para abarcar también la invocación de responsabilidad por organizaciones internacionales.

9. El mismo enfoque debería seguirse en otras cuestiones en las que el proyecto sobre la responsabilidad del Estado solo tiene en cuenta las relaciones interestatales, como el consentimiento (art. 20), el estado de necesidad (art. 25) o el contenido de la responsabilidad internacional (segunda parte, en particular, arts. 33 y 41). Por ejemplo, si se aplicaran a los Estados y las organizaciones internacionales los mismos requisitos para considerar el consentimiento como circunstancia que excluye la ilicitud, el artículo 20 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado podría modificarse en el siguiente sentido: «El consentimiento válido de un Estado a la comisión por otro Estado o una organización internacional de un hecho determinado excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer Estado o la organización internacional en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento».

10. El artículo 2 define la expresión «organización internacional» a los efectos del proyecto de artículos. Parece claro, y a menudo se han formulado propuestas en este sentido, que la definición de «reglas de la organización» que actualmente figura en el artículo 4, párr. 4, debería incluirse en el artículo 2 y redactarse en términos más generales, de modo que se entienda formulada a los efectos de todo el proyecto de artículos y no solo a los del artículo 4, según se indica actualmente.

11. La definición de «organización internacional» incluida en el artículo 2 es más elaborada que la que figura en 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), que solo la describe como «una organización intergubernamental»<sup>7</sup>. Aunque no insistieron en utilizar esta última definición, algunos Estados habrían preferido que solo se tuvieran en cuenta las organizaciones integradas por Estados<sup>8</sup>. Sin embargo, en sus observaciones, la mayoría de Estados se mostró partidaria de que, según consta en el artículo 2, la referencia incluya también a las organizaciones internacionales

<sup>7</sup> Art. 2, párr. 1, apdo. i. El Reino Unido propugnó el uso de esta definición en el texto actual, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/58/SR.15), párr. 10.

<sup>8</sup> Véanse las intervenciones de China, *ibíd.*, 14.ª sesión (A/C.6/58/SR.14), párrs. 49 y 51; Israel, *ibíd.*, 15.ª sesión (A/C.6/58/SR.15), párr. 19; Cuba, *ibíd.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23), párr. 24, y la Argentina, *ibíd.*, *sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 79. La Federación de Rusia expresó algunas dudas al respecto, *ibíd.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/58/SR.15), párr. 29. Véase también la intervención de El Salvador, *ibíd.*, *sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 65.

integradas por entidades distintas de los Estados, ya que esta definición refleja mejor la «situación actual»<sup>9</sup>.

12. En sus comentarios, la UNESCO observó que la referencia del artículo 2 a la posibilidad de que una organización internacional sea instituida por «otro instrumento regido por el derecho internacional»:

está confirmada por la práctica de la UNESCO respecto del establecimiento de organizaciones intergubernamentales a través de un procedimiento simplificado por el que los órganos rectores de la UNESCO (la Conferencia General o el Consejo Ejecutivo) aprueban los estatutos de esas organizaciones, y los Estados miembros interesados en sus actividades pueden notificar al Director General su aceptación de los estatutos<sup>10</sup>.

13. Un Estado criticó la definición porque no limita la responsabilidad de una organización internacional frente a un Estado a los casos en que el Estado reconoce la personalidad jurídica de la organización<sup>11</sup>. La cuestión de si el reconocimiento es un requisito previo de la personalidad es controvertida<sup>12</sup>, pero no es preciso que quede

<sup>9</sup> En este sentido, véase la intervención de Grecia, *ibíd.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/58/SR.15), párr. 11. Opiniones similares fueron expresadas por Chile; *ibíd.*, párr. 17; el Pakistán, 16.ª sesión (A/C.6/58/SR.16), párr. 6; la India, *ibíd.*, párr. 66; Bulgaria, 20.ª sesión (A/C.6/58/SR.20), párr. 62; Hungría, 21.ª sesión (A/C.6/58/SR.21), párr. 6; la República Bolivariana de Venezuela, *ibíd.*, párr. 20; Sierra Leona, *ibíd.*, párr. 25; México, *ibíd.*, párr. 47, y Suiza, *ibíd.*, *sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 41. Aunque, en general, se mostró de acuerdo con la definición, Francia propuso la siguiente redacción: «Una organización internacional está compuesta de Estados y puede contar entre sus miembros, llegado el caso, otras entidades además de los Estados» (*ibíd.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/58/SR.14), párr. 55). España consideró «interesante la propuesta alternativa presentada por Francia» y sugirió que se hiciera referencia a una «organización internacional creada por Estados y que está compuesta básicamente por Estados» (*ibíd.*, 15.ª sesión (A/C.6/58/SR.15), párr. 38). Estas dos propuestas son en esencia muy similares al texto del artículo 2 y no es seguro que mejoren su redacción. Portugal (*ibíd.*, párr. 26) y los Países Bajos (14.ª sesión (A/C.6/58/SR.14), párr. 42) se refirieron a la posible pertinencia, a efectos de la responsabilidad internacional, de la distinción entre miembros de pleno derecho y miembros asociados o afiliados. La observación no parece afectar a la definición de las organizaciones internacionales, sino a la cuestión de la responsabilidad de los miembros de la organización.

<sup>10</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/568 y Add.1, secc. C. Los Países Bajos (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/58/SR.14), párr. 40) se preguntaron si era correcta la referencia, en el párrafo 4 del comentario al artículo 2, a las resoluciones de la Asamblea General por las que se establece una organización internacional. Sin embargo, no es necesario que la resolución pertinente sea «vinculante», según proponían los Países Bajos. Un ejemplo de resolución de la Asamblea General por la que se establece una organización internacional sería la resolución 1995 (XIX), de 30 de diciembre de 1964, por la que se estableció la UNCTAD, aunque como órgano claramente subsidiario.

<sup>11</sup> Véanse las intervenciones de Austria (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 36, e *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 83). China (*ibíd.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/58/SR.14), párr. 50) y la Comisión Europea (*Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/582, secc. J) otorgaron cierto peso al reconocimiento. Por otra parte, Irlanda (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 90) sostuvo que la responsabilidad internacional de una organización internacional no depende del reconocimiento de su personalidad jurídica.

<sup>12</sup> En relación con los autores que consideran que el reconocimiento es esencial para que exista personalidad jurídica, véanse Mendelson,

resuelta a los efectos del presente proyecto. No parece que sea necesario especificar los requisitos para que una organización internacional adquiera personalidad jurídica conforme al derecho internacional ni añadirlos a la definición del artículo 2. Es evidente que solo puede exigirse la responsabilidad de una organización internacional si esta tiene personalidad jurídica. Si se considerase que el reconocimiento es un elemento esencial para que la organización adquiera personalidad, la organización solo sería responsable ante los Estados que la hubieran reconocido y los miembros de la organización serían responsables ante los Estados que no la reconocieran. El requisito del reconocimiento no sería aplicable cuando pudiera afirmarse la existencia de una personalidad objetiva de la organización internacional.

14. Como se ha observado anteriormente (véase el párrafo 10 *supra*), el artículo 2 debería incluir en un segundo párrafo la definición de «reglas de la organización» que actualmente figura en el artículo 4, párr. 4. Por tales reglas se entiende, «en particular, los instrumentos constitutivos, las decisiones, resoluciones y otros actos de la organización adoptados de conformidad con esos instrumentos y la práctica establecida de la organización».

15. Esta definición se parece mucho a la que figura en el artículo 2, párr. 1, apdo. *j*, de la Convención de Viena de 1986, que tiene el siguiente tenor:

Se entiende por «reglas de la organización» en particular los instrumentos constitutivos de la organización, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con estos y su práctica establecida.

Varios Estados que a petición de la CDI habían expresado previamente su opinión en la Sexta Comisión consideraron adecuada esta definición<sup>13</sup>. Dejando de lado ciertos cambios estilísticos de escasa entidad, la única modificación fue la incorporación de una referencia a «otros actos» adoptados por la organización tras la mención a las decisiones y recomendaciones<sup>14</sup>. Este cambio

«The definition of ‘international organization’ in the International Law Commission’s current project on the Responsibility of International Organizations», pág. 37; y Schmalenbach, *Die Haftung Internationaler Organisationen*, págs. 63 a 68.

<sup>13</sup> Véanse las intervenciones de Dinamarca, también en nombre de Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/58/SR.14), párr. 25; Austria, *ibíd.*, párr. 33; el Japón, *ibíd.*, párrs. 36 y 37; Italia, *ibíd.*, párr. 45; el Canadá, 15.ª sesión (A/C.6/58/SR.15), párr. 2; Grecia, *ibíd.*, párr. 12; Israel, *ibíd.*, párr. 20; Portugal, *ibíd.*, párr. 27 (aunque abogando por «una definición más exhaustiva»); la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 30; España, *ibíd.*, párr. 40; Belarús, *ibíd.*, párr. 42; Egipto, 16.ª sesión (A/C.6/58/SR.16), párr. 1; Rumania, 19.ª sesión (A/C.6/58/SR.19), párr. 53; la República Bolivariana de Venezuela, 21.ª sesión (A/C.6/58/SR.21), párr. 21; Sierra Leona, *ibíd.*, párr. 25, y México, *ibíd.*, párr. 47. Véanse también las observaciones escritas de México (*Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 22, documento A/CN.4/547, secc. F); Polonia (*ibíd.*) y la República Democrática del Congo (*ibíd.*, pág. 44, documento A/CN.4/556, secc. I). El Gabón (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/58/SR.15), párr. 4) manifestó que la definición de la Convención «no es satisfactoria». Francia (*ibíd.*, 14.ª sesión (A/C.6/58/SR.14), párr. 58) propuso que se deberían «considerar las precisiones que el Instituto de Derecho Internacional aportó al respecto en la resolución aprobada en Lisboa en 1995» (véase también Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 66, pág. 447).

<sup>14</sup> No obstante, según la Federación de Rusia, la definición del presente proyecto «se ha desviado de la definición, plenamente satisfactoria, que figura en el apartado *j* del artículo 2» de la Convención de

permite tener en cuenta los diversos términos que se utilizan para describir los actos de las organizaciones internacionales<sup>15</sup>.

16. Tras la aprobación del artículo 4, párr. 4, algunos Estados manifestaron de forma expresa su satisfacción por el nuevo texto<sup>16</sup>. La UNESCO aprobó «la decisión de ampliar la definición formulada en la Convención de Viena [de 1986] [...] para incluir, además de las “decisiones” y las “resoluciones”, “otros actos de la organización”»<sup>17</sup>. Algunos Estados expresaron dudas sobre un aspecto procedente de la Convención de Viena e incorporado sin cambios: la referencia a la «práctica establecida»<sup>18</sup>. Aun cuando esa referencia pueda parecer ambigua, difícilmente puede dejarse de lado si se tienen en cuenta las funciones e instrumentos de las organizaciones internacionales.

17. Mientras que los artículos 1 y 2, que versan respectivamente sobre el alcance del proyecto de artículos y los términos empleados, se refieren al proyecto de artículos en su conjunto, el artículo 3 tiene que ver con cuestiones referentes a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales y no a la responsabilidad de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional. Por consiguiente, sería más lógico que los artículos 1 y 2 se incluyeran en una breve primera parte del proyecto de artículos, bajo el epígrafe «Introducción», y que la segunda parte comenzara en el artículo 3, con el título que actualmente recibe la primera parte, «El hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional».

18. El artículo 3 expone los requisitos que por regla general deben concurrir para que surja la responsabilidad internacional de una organización internacional. Al igual que las disposiciones correspondientes del proyecto sobre la responsabilidad del Estado<sup>19</sup>, el artículo 3 solo pretende ofrecer una descripción general de los requisitos. No tiene por objeto excluir la posibilidad de que existan excepciones y ello se pone claramente de manifiesto en el

Viena de 1986 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23), párr. 22).

<sup>15</sup> La definición elaborada por el Instituto de Derecho Internacional (véase *supra* la nota 13 *in fine*) trataba de conseguir ese objetivo haciendo referencia a «los instrumentos constitutivos de la organización y todas las modificaciones de estos, los reglamentos aprobados en virtud de ellos, las decisiones y resoluciones vinculantes aprobadas con arreglo a dichos documentos y la práctica establecida de la organización». La definición aprobada por la Comisión es más breve y da la impresión de ser más amplia.

<sup>16</sup> Véanse en particular las intervenciones de Grecia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23), párr. 38, y Rumania, 25.ª sesión (A/C.6/59/SR.25), párr. 16.

<sup>17</sup> Véase *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/568 y Add.1, secc. E.

<sup>18</sup> China (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 21.ª sesión (A/C.6/59/SR.21), párr. 38) y la República de Corea (23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23), párrs. 14 y 15) expresaron críticas a este respecto. Portugal (22.ª sesión (A/C.6/59/SR.22), párr. 40) propuso un texto en el que se suprimiera cualquier referencia a la práctica. La Comisión Europea (21.ª sesión (A/C.6/59/SR.21), párr. 19) sugirió que el término «práctica establecida» se sustituyera por «práctica generalmente aceptada».

<sup>19</sup> Arts. 1 y 2.



comentario<sup>20</sup>. En particular, la responsabilidad no siempre depende de que el comportamiento sea atribuible a la organización internacional. Por ejemplo, cuando una organización internacional coacciona a otra organización o a un Estado para que cometa un acto que, de no mediar coacción, sería un hecho internacionalmente ilícito de esa última organización o del Estado, la primera organización incurre en responsabilidad aunque el comportamiento no sea atribuible a ella<sup>21</sup>.

19. A menudo se ha observado que habría que declarar que las organizaciones internacionales deben cumplir sus respectivas normas aplicables. Aunque es de esperar que las organizaciones internacionales se comporten sistemáticamente de esta manera, la obligación de hacerlo viene impuesta por las normas primarias pertinentes y no es parte del derecho de la responsabilidad internacional.

20. Sería difícil establecer, como regla general, que el incumplimiento por una organización internacional de sus normas pertinentes acarrea su responsabilidad internacional. En cualquier caso, la responsabilidad solo surgiría en relación con los miembros de la organización, ya que las reglas de la organización como tales no pueden ser invocadas por quienes no son sus miembros. Tampoco puede

<sup>20</sup> *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), pág. 24.

<sup>21</sup> Véase el artículo 14 del presente proyecto.

afirmarse, como se ha sugerido<sup>22</sup>, que una organización queda libre de responsabilidad internacional si actúa de conformidad con sus instrumentos constitutivos.

21. Como conclusión del presente capítulo se realizan las siguientes propuestas:

a) Debería crearse una nueva primera parte, titulada «Introducción», que incluyera los artículos 1 y 2;

b) El artículo 4, párrafo 4, debería incorporarse, como un nuevo párrafo, al artículo 2;

c) La palabra «artículo» incluida en ese nuevo párrafo debería figurar en plural;

d) El título de la actual primera parte debería pasar a ser el título de la segunda parte, que comenzaría en el artículo 3;

e) El artículo 3 debería integrar, como artículo único, el capítulo I de la segunda parte; dicho capítulo tendría por título «Principios generales».

<sup>22</sup> El FMI destacó que «los parámetros fundamentales a los que deben ajustarse las obligaciones de las organizaciones internacionales se establecen en el convenio constitutivo de cada organización, dado que en ese estatuto se fijan los límites externos de lo que han convenido los miembros» (*Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/582, secc. B).

## CAPÍTULO II

### Atribución del comportamiento

22. La regla general sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional, que se formula en el artículo 4, suscitó comentarios favorables<sup>23</sup>. El hecho de que el comportamiento de un órgano o un agente solo pueda atribuirse a la organización internacional pertinente si tiene lugar «en el ejercicio de las funciones de ese órgano o agente» parece implicar que el órgano o agente actúa en su «capacidad oficial»; por consiguiente, tal vez no sea necesario especificar que la persona actúa en ejercicio de sus funciones oficiales, tal como un Estado propuso que se hiciera<sup>24</sup>. Cuando el párrafo 3 dispone que «las reglas de la organización se aplicarán para la determinación de las funciones de sus órganos y agentes», ello no significa que la atribución solo pueda basarse en las reglas

de la organización; como observó la OIT, el comportamiento de una persona o entidad también puede atribuirse a una organización internacional sobre una base diferente, atendiendo a criterios de hecho, cuando la persona o entidad «responde a las instrucciones, la dirección o el control» de dicha organización<sup>25</sup>.

23. La OIT<sup>26</sup> y la UNESCO<sup>27</sup> expresaron su preocupación por la amplitud con que se define el término «agente» en el párrafo 2 del artículo 4, que comprende a los «funcionarios y a otras personas o entidades por medio de las cuales la organización actúa». Como sugieren las citadas organizaciones internacionales, sería conveniente precisar en cierta medida tal definición. En sus observaciones, la UNESCO consideró que la atribución debería quedar

<sup>23</sup> Véanse las intervenciones de Alemania, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 21.ª sesión (A/C.6/59/SR.21), párr. 20; Francia, 22.ª sesión (A/C.6/59/SR.22), párr. 7; Belarús, *ibíd.*, párr. 43; Singapur, *ibíd.*, párr. 52; Grecia, 23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23), párr. 38, y Rumania, 25.ª sesión (A/C.6/59/SR.25), párr. 16.

<sup>24</sup> El Reino Unido (*ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/59/SR.22), párr. 30) habría preferido que se hiciera referencia a las «funciones oficiales» de la persona más que al «ejercicio de sus funciones». Austria (*ibíd.*, párr. 18) sugirió que se hiciera referencia tanto a las «funciones oficiales» como a las «funciones» y propuso el siguiente texto: «un 'agente' u 'órgano' de una organización internacional es una persona o entidad a la que esa organización ha encomendado que ejerza, o que ayude a ejercer, una de sus funciones, siempre que el agente u órgano actúe como tal en el caso concreto de que se trate». Esta propuesta se refleja, en parte, en la nueva redacción del artículo 4, párr. 2, tal como se indica en el párrafo 23 del presente informe.

<sup>25</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/568 y Add.1, secc. E. Jordania (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23), párr. 32) propuso que se utilizara un «principio objetivo». Austria (*ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/59/SR.22), párr. 20) sugirió que también se incluyera el caso de «un particular que actúe bajo el control eficaz de una organización». Como se observó en el párrafo 13 del comentario al artículo 4, tal persona entraría dentro de la definición de agente que figura en el artículo 4, párr. 2 (*Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 53). Este resultado no se vería afectado por la modificación del artículo 4, párr. 2, que se propone en el presente capítulo.

<sup>26</sup> Véase *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/568 y Add.1, secc. E.

<sup>27</sup> *Ibíd.*

descartada cuando las relaciones entre una organización internacional y un contratista privado se rigen por un contrato en el que figura una cláusula que excluye la posibilidad de que el contratista sea «considerado como agente o miembro del personal de la UNESCO». Sin embargo, este tipo de cláusula no puede excluir la posibilidad de que, por circunstancias de hecho, el comportamiento del contratista privado sea no obstante atribuible a la organización conforme al derecho internacional. Según lo indicado por la CIJ en su opinión consultiva *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*<sup>28</sup>, da la impresión de que, cuando una organización internacional actúa a través de una persona o entidad que no es uno de sus órganos, el factor decisivo para determinar si la atribución es o no procedente es que la persona o entidad haya sido encargada por un órgano de la organización internacional de ejercer o contribuir a ejercer una de las funciones de esa organización. La redacción del párrafo 2 podría modificarse para que dijera lo siguiente:

«2. A los efectos del párrafo 1, el término ‘agente’ comprende a los funcionarios y a otras personas o entidades por medio de las cuales la organización internacional actúa, cuando hayan sido encargados por un órgano de la organización de ejercer o contribuir a ejercer una de sus funciones.»

24. En los últimos años se ha prestado gran atención a la cuestión de si el comportamiento del órgano de un Estado puede atribuirse a una organización internacional cuando el órgano del Estado ha sido puesto a disposición de la organización. El artículo 5 regula el supuesto de un órgano del Estado que mantiene su carácter de órgano estatal, pero que hasta cierto punto actúa bajo el control de una organización internacional, a cuya disposición ha sido puesto. El criterio para la atribución que se establece en el artículo 5 es el del «control efectivo» sobre el comportamiento en cuestión.

25. Algunos Estados manifestaron su respaldo al criterio del «control efectivo o de hecho» previsto en el artículo 5<sup>29</sup>. Según uno de los comentarios, este criterio

<sup>28</sup> C.I.J. *Recueil 1949*, pág. 174, y en esp. pág. 177; véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1991*, pág. 10. Según el FMI, este dictamen no le sería aplicable ya que solo son atribuibles a éste «los actos realizados por oficiales en su capacidad oficial» (*Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 41, documento A/CN.4/556, párrafo segundo).

<sup>29</sup> Alemania, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 21.ª sesión (A/C.6/59/SR.21), párr. 21; Italia, *ibíd.*, párr. 32; China, *ibíd.*, párr. 39; la República Islámica del Irán, 22.ª sesión (A/C.6/59/SR.22), párr. 6; Francia, *ibíd.*, párr. 8; Nueva Zelanda, 23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23), párr. 8; la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 22; México, *ibíd.*, párr. 26; Grecia, *ibíd.*, párr. 39, y Rumania, 25.ª sesión (A/C.6/59/SR.25), párr. 16. También el FMI dio su respaldo al artículo 5 (*Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 42). El Japón (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 21.ª sesión (A/C.6/59/SR.21), párr. 55) manifestó que era necesario «aclarar» la norma y Belarús (22.ª sesión (A/C.6/59/SR.22), párr. 44) pidió una «definición clara del término ‘control efectivo’». Austria (*ibíd.*, párr. 19) propuso que se hiciera referencia a que el órgano del Estado ejercía una de las funciones de la organización; aunque puede entenderse que dicha referencia existe ya de forma implícita, podría especificarse en el comentario. La República de Corea (23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23), párrs. 16 y 17) propuso que se tuviera en cuenta el criterio del control general, que se ha aplicado con carácter general a una cuestión diferente: la atribución al Estado del comportamiento de un particular.

estaba pensado para el caso de las «operaciones militares» pero resultaba «menos adecuado para decidir la atribución en el caso de otros tipos de cooperación entre organizaciones internacionales y Estados u otras organizaciones internacionales»<sup>30</sup>. Puede que, al margen de las operaciones militares, sea más difícil determinar qué entidad tiene un control efectivo<sup>31</sup>. No obstante, esto no implica que el criterio establecido en el artículo 5 sea inadecuado, aunque en muchos casos su aplicación llevará a la conclusión de que el comportamiento debe atribuirse tanto al Estado cedente como a la organización internacional receptora.

26. Tras la aprobación del artículo 5, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró por primera vez en los asuntos *Behrami et Behrami c. France y Saramati c. France, Allemagne et Norvège* la cuestión de la atribución de un comportamiento en el caso de las fuerzas destacadas en Kosovo y puestas a disposición de las Naciones Unidas (Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK)) o autorizadas por las Naciones Unidas (Fuerza Internacional de Seguridad en Kosovo (KFOR)). Estos asuntos plantearon la competencia *ratione personae* del Tribunal con respecto a las demandas que impugnaban la licitud del comportamiento de los contingentes nacionales. El Tribunal reprodujo *in extenso* el artículo 5 del proyecto de la Comisión y resumió varios párrafos del comentario conexas<sup>32</sup>. La decisión no criticó en modo alguno el criterio establecido por la Comisión, aunque, al pronunciarse sobre el asunto, el Tribunal utilizó un concepto diferente de control. Así, entendió que el aspecto decisivo era si «el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mantenía en última instancia la autoridad y el control, de modo que el mando operacional solo era objeto de delegación»<sup>33</sup>. Aunque reconoció «la efectividad o unidad del mando de la OTAN en cuestiones operacionales»<sup>34</sup>, el Tribunal observó que la presencia de la KFOR en Kosovo se basaba en una resolución aprobada por el Consejo de Seguridad y concluyó que

la KFOR ejercía facultades que correspondían al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en virtud del Capítulo VII y que le habían sido delegadas lícitamente, de modo que la omisión impugnada era, en principio, «atribuible» a las Naciones Unidas, en el sentido que se otorga a dicho término [en el artículo 3 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional]<sup>35</sup>.

En cuanto a la UNMIK, el Tribunal declaró que era «un órgano subsidiario de las Naciones Unidas creado en virtud del Capítulo VII de la Carta, de modo que la omisión impugnada era, en principio, ‘atribuible’ a

<sup>30</sup> En este sentido, Dinamarca, en nombre de los cinco países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/59/SR.22), párr. 62.

<sup>31</sup> La OIT observó que, cuando un funcionario es objeto de adscripción pero «mantiene su relación contractual con el Estado o la organización internacional cedente», la «cuestión del control efectivo sobre el comportamiento del funcionario no resulta tan evidente» (*Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/568 y Add.1, secc. F).

<sup>32</sup> Decisión de 2 de mayo de 2007 [Gran Sala], n.ºs 71412/01 y 78166/01, párrs. 29 a 33 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guía práctica sobre la admisibilidad*, 2010, pág. 43).

<sup>33</sup> Párr. 133.

<sup>34</sup> Párr. 139.

<sup>35</sup> Párr. 141.

las Naciones Unidas en el mismo sentido»<sup>36</sup>. Algunos comentaristas observaron acertadamente que si el Tribunal hubiera aplicado el criterio del control efectivo establecido por la Comisión habría llegado a una conclusión diferente, a saber, que el comportamiento de los contingentes nacionales adscritos a la KFOR tenía que atribuirse a los Estados que los enviaron o a la OTAN<sup>37</sup>.

27. En los casos *Kasumaj c. Greece*<sup>38</sup> y *Gajić c. Germany*<sup>39</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reiteró su opinión sobre la atribución a las Naciones Unidas del comportamiento de los contingentes nacionales adscritos a la KFOR. Del mismo modo, en el caso *Berić et autres c. Bosnie-Herzégovine*<sup>40</sup>, el citado Tribunal reprodujo literalmente amplios pasajes de su decisión anterior en *Behrami et Saramati*, cuando llegó a la conclusión de que el comportamiento del Alto Representante en Bosnia y Herzegovina también debía atribuirse a las Naciones Unidas.

28. En el Reino Unido, la sentencia dictada por la Cámara de los Lores en el caso *Al-Jedda* también contiene amplias referencias al artículo 5 del proyecto de la Comisión y al comentario conexo<sup>41</sup>. Según una de las opiniones mayoritarias, «las partes no discuten que el principio rector [era] el expresado por la Comisión de Derecho Internacional en el artículo 5 de su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales»<sup>42</sup>. La Cámara de los Lores conocía de un recurso derivado de la detención de una persona por tropas británicas en el Iraq. En su resolución 1546 (2004), el Consejo de Seguridad había autorizado previamente la presencia de la fuerza multinacional en ese país. Según parece, las opiniones mayoritarias compartían la visión expresada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Behrami et Saramati*, aunque consideraron que los hechos del caso eran distintos y llegaron a la conclusión de que «no es realista afirmar que las fuerzas de los Estados Unidos y el Reino Unido estaban bajo el mando y control efectivos de las Naciones Unidas, o que las fuerzas

del Reino Unido se encontraban bajo dicho mando y control cuando detuvieron al recurrente»<sup>43</sup>.

29. Más recientemente, en los Países Bajos, una sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya se refirió a la atribución del comportamiento del contingente neerlandés de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas (UNPROFOR) en relación con la masacre de Srebrenica. Esta sentencia solo contenía una referencia general al proyecto de la Comisión<sup>44</sup>. El Tribunal declaró que «los actos censurables del Dutchbat [batallón de los Países Bajos] deben considerarse actos de un contingente de la UNPROFOR» y que «esos actos y omisiones deben atribuirse estrictamente, por vía de principio, a las Naciones Unidas»<sup>45</sup>. Acto seguido, el Tribunal manifestó que si «el Dutchbat hubiera recibido instrucciones de las autoridades de los Países Bajos en el sentido de ignorar o contravenir las órdenes de las Naciones Unidas, y dicho batallón hubiera actuado conforme a tales instrucciones, ello constituiría una violación de los presupuestos de hecho en que se basa la atribución del comportamiento a las Naciones Unidas»<sup>46</sup>. El Tribunal entendió que no existían pruebas suficientes que respaldaran esa conclusión.

30. La reacción positiva que, en general, han manifestado los Estados en relación con el criterio establecido en el artículo 5 y el hecho de que tal criterio no haya recibido críticas en ninguna de las decisiones judiciales anteriormente mencionadas sugieren que no debería introducirse ningún cambio en dicho artículo. Es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicó un criterio de atribución distinto y alcanzó, en lo que respecta a la atribución del comportamiento de contingentes nacionales adscritos a una fuerza autorizada por las Naciones Unidas, una conclusión que difiere de la que se habría obtenido de aplicar el artículo 5, como se menciona en el comentario<sup>47</sup>. Sin restar importancia a esa decisión, difícilmente puede aceptarse que sobre la base de una única sentencia el criterio aplicado en *Behrami et Saramati* se convierta en norma universal. Además, el enfoque seguido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tampoco es convincente desde el punto de vista de la política. Dicho enfoque llevaría a atribuir a las Naciones Unidas comportamientos que la Organización no ha autorizado específicamente y de los que podría tener escaso o nulo conocimiento. Por consiguiente, apenas puede sorprender que en su informe de 12 de junio de 2008 sobre la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, el Secretario General de las Naciones Unidas se distanciara de ese criterio y afirmara que «[s]e entiende que la responsabilidad internacional de las Naciones Unidas se limitará al ámbito de su control operacional efectivo»<sup>48</sup>.

<sup>36</sup> Párr. 143.

<sup>37</sup> Véase Bodeau-Livinec, Buzzini y Villalpando, «*Behrami & Behrami v. France; Saramati v. France, Germany & Norway*», págs. 328 y 329; Klein, «Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: quelques considérations critiques sur l'arrêt *Behrami et Saramati*», pág. 55; Lagrange, «Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies», págs. 94 y 95; Larsen, «Attribution of Conduct in Peace Operations: The 'Ultimate Authority and Control' Test», págs. 521 y 522; Milanović y Papić, «As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights' *Behrami and Saramati* Decision and General International Law»; Orakhelashvili, «*R (on the application of Al-Jedda (FC) v. Secretary of State for Defence*», pág. 341; Palchetti, «Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi *Behrami e Saramati*», págs. 689 y 690; y Sari, «Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The *Behrami and Saramati* Cases», pág. 164.

<sup>38</sup> Decisión de 5 de julio de 2007 sobre la admisibilidad de la demanda n.º 6974/05.

<sup>39</sup> Decisión de 28 de agosto de 2007 sobre la admisibilidad de la demanda n.º 31446/02.

<sup>40</sup> Decisión de 16 de octubre de 2007 sobre la admisibilidad de las demandas n.ºs 36357/04 y otras (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guía práctica sobre la admisibilidad*, 2010, págs. 42 y 43).

<sup>41</sup> Sentencia de 12 de diciembre de 2007, *R (on the application of Al-Jedda (FC) v. Secretary of State for Defence* ([2007] UKHL 58).

<sup>42</sup> *Ibid.*, párr. 5 de la opinión de Lord Bingham de Cornhill.

<sup>43</sup> En este sentido, opinión de Lord Bingham de Cornhill, párrs. 22 a 24 (la cita procede del párr. 23). La Baronesa Hale de Richmond (párr. 124), Lord Carswell (párr. 131) y Lord Brown de Eaton-under-Heywood (párrs. 141 a 149, por sus propios motivos) se mostraron de acuerdo con esta conclusión, mientras que Lord Rodger de Earlsferry disintió.

<sup>44</sup> Sentencia de 10 de septiembre de 2008, causa n.º 265615/HA ZA 06-1671, párr. 4.8.

<sup>45</sup> *Ibid.*, párr. 4.11.

<sup>46</sup> *Ibid.*, párr. 4.14.1.

<sup>47</sup> *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 53.

<sup>48</sup> S/2008/354, párr. 16.

31. Asimismo, en lo que respecta a las relaciones entre una organización internacional y los órganos del Estado que actúan por la organización, la Comisión Europea propuso añadir una nueva regla sobre la atribución de modo que, cuando el órgano de un Estado miembro aplicara un acto vinculante de la CE u «otras organizaciones potencialmente similares», el comportamiento de dicho órgano sería atribuible a la organización internacional en cuestión<sup>49</sup>. De este modo, el órgano del Estado actuaría prácticamente como órgano de la organización internacional. Podría concebirse una regla más general basada en la misma lógica, en el sentido de que el comportamiento que tuviera por objeto aplicar un acto vinculante de una organización internacional sería atribuible a esa organización.

32. Parece que un Grupo Especial de la OMC fue receptivo a este enfoque. En el asunto *Comunidades Europeas – Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios*, el Grupo Especial

aceptó la explicación de las Comunidades Europeas de lo que podría considerarse su mecanismo constitucional interno *sui generis*, según el cual la ejecución de las leyes comunitarias no suele confiarse a las autoridades de nivel comunitario, sino que más bien se recurre a las autoridades de los Estados miembros que, en esta situación, «actúan de facto como órganos de la Comunidad, por lo cual sería esta la responsable con arreglo a la normativa de la OMC y al derecho internacional en general»<sup>50</sup>.

33. En cuanto a la aplicación de un reglamento de la CE por uno de sus Estados miembros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó una postura diferente en el caso *Bosphorus*. El Tribunal declaró que

una Parte Contratante es responsable conforme al artículo 1 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos] de todos los actos y omisiones de sus órganos con independencia de que el acto u omisión de que se trate sea consecuencia de su derecho interno o de la necesidad de cumplir sus obligaciones jurídicas internacionales<sup>51</sup>.

El mismo razonamiento siguió el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, cuando examinó la atribución de un reglamento aprobado por la CE para dar cumplimiento a una resolución vinculante del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Según el Tribunal,

<sup>49</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 21.ª sesión (A/C.6/59/SR.21)*, párr. 18. Esta opinión ha sido analizada por Kuijper y Paasivirta, «Further Exploring International Responsibility: The European Community and the ILC's Project on Responsibility of International Organizations», pág. 127, y por Talmon, «Responsibility of International Organizations: Does the European Community Require Special Treatment?», págs. 412 a 414.

<sup>50</sup> Informe de 15 de marzo de 2005 (WT/DS174/R), párr. 7.725. En relación con otra reclamación planteada contra las Comunidades Europeas, el informe del Grupo Especial de 29 de septiembre de 2006 en el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* (WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS293/R), párr. 7.101, reiteró el mismo punto de vista.

<sup>51</sup> *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticari Anonim Şirketi (Bosphorus Airways) c. Irlanda* [Gran Sala], sentencia de 30 de junio de 2005, n.º 45036/98, CEDH 2005-VI, párr. 153; véase también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guía práctica sobre la admisibilidad*, 2010, pág. 44.

no cabe calificar el Reglamento controvertido de acto directamente imputable a [las Naciones Unidas], en cuanto acción de uno de los órganos subsidiarios de esta[s] creados con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas o acción relacionada con el ejercicio de facultades válidamente delegadas por el Consejo de Seguridad en aplicación de ese mismo Capítulo<sup>52</sup>.

Es evidente que esas decisiones judiciales, que en ambos casos examinaban la aplicación de un acto vinculante que no dejaba margen de discrecionalidad, no pueden utilizarse para apoyar la propuesta de considerar que el comportamiento por el que se aplica el acto de una organización internacional debe atribuirse a esa organización. Por lo demás, esa propuesta entraría en conflicto con la regla de que el comportamiento de cualquier órgano del Estado se considera hecho de ese Estado, que figura en el artículo 4 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

34. El artículo 6 del actual proyecto establece que el comportamiento de uno de los órganos o agentes de una organización internacional se considera hecho de esa organización, aunque ese comportamiento «exceda de la competencia del órgano o agente o contravenga sus instrucciones». Se considera que la atribución depende de que el órgano o agente actúe «en esa condición», esto es, en relación con el ejercicio de sus funciones. Por consiguiente, se entiende que tal atribución no tiene lugar cuando el comportamiento «haya excedido claramente de las facultades de los órganos o agentes, o cuando se hayan contravenido claramente las instrucciones de la organización»<sup>53</sup>.

35. Varios Estados aceptaron el criterio establecido en este artículo<sup>54</sup>. Algunos Estados propusieron que se añadiera una referencia específica a los casos en que el comportamiento del órgano o agente excede de la competencia de la organización<sup>55</sup>. Como se indicó en el comentario al artículo 6, esta conclusión está implícita en el texto, «ya que un acto que exceda de la competencia de la organización excede necesariamente de las facultades de su órgano o agente»<sup>56</sup>.

36. La OIPC/Interpol observó que, a los efectos de la atribución, «cuando el acto *ultra vires* excede la competencia de la organización, la norma que se propone es menos convincente»<sup>57</sup>. La OIT hizo una observación similar<sup>58</sup>. La OIPC/Interpol habría deseado que el texto

<sup>52</sup> Sentencia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, párr. 314, *European Court reports 2008*, pág. I-06351.

<sup>53</sup> Puede interpretarse que esta solución, propugnada por Malasia (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23)*, párr. 1), está implícita en el artículo 6.

<sup>54</sup> Véanse las intervenciones de Alemania, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/59/SR.21), párr. 21; Singapur, 22.ª sesión (A/C.6/59/SR.22), párr. 52; Jordania, 23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23), párr. 32, y Rumania, 25.ª sesión (A/C.6/59/SR.25), párr. 16. Por el contrario, la Federación de Rusia, 23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23), párr. 22 habría preferido que se aplicara el criterio establecido en el artículo 4, párr. 1.

<sup>55</sup> Francia, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/59/SR.22), párr. 9, y Grecia, 23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23), párr. 40.

<sup>56</sup> *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 56, párr. 1 del comentario al artículo 6.

<sup>57</sup> *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 43, segundo párrafo.

<sup>58</sup> Véase *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/568 y Add.1, secc. G.

especificara que la atribución queda excluida cuando la violación de las reglas concernientes a la competencia de la organización es «manifiesta»<sup>59</sup>. Sin embargo, la idea de que la atribución queda excluida cuando se produce un exceso manifiesto de autoridad se aplica de manera más general. Cuando tiene lugar un exceso manifiesto de autoridad, afecte o no a la competencia de la organización internacional, no puede decirse que el órgano o agente haya actuado «en esa condición». Puede que esta conclusión no se desprenda claramente de la lectura del texto. Aunque puede hacerse un esfuerzo por aclarar más su sentido, en general parece preferible mantener la misma redacción que se utilizó en el artículo 7 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

37. El artículo 7 contempla el caso de una organización internacional que reconoce que un comportamiento determinado debe atribuirse a ella<sup>60</sup>. Varios Estados apoyaron de forma expresa este artículo<sup>61</sup>, mientras que uno consideró que la disposición era «inconcebible en el contexto de las

<sup>59</sup> Véase *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 43.

<sup>60</sup> Esta norma no tiene por objeto provocar una «transferencia de responsabilidad» que pueda «perjudicar la posición del Estado lesionado», a diferencia de lo que sugiere Yamada, «Revisiting the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility», pág. 122.

<sup>61</sup> Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión (A/C.6/59/SR.22)*, párr. 10; la Federación de Rusia, 23.ª sesión

organizaciones internacionales»<sup>62</sup> y otro sostuvo que no existía «jurisprudencia ni práctica alguna que sustente ese criterio»<sup>63</sup>. Es cierto que el reconocimiento de la atribución, por un Estado o una organización internacional, no es algo que suceda con frecuencia. Aun así, en el comentario al artículo 7 figuran algunos ejemplos de la práctica relativos a organizaciones internacionales<sup>64</sup>. El artículo 7 podría haberse omitido, y tal vez lo mismo cabría decir de la disposición correspondiente del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Dado que en este proyecto se decidió incluir una disposición sobre el reconocimiento de la atribución, parece razonable adoptar la misma solución en cuanto a las organizaciones internacionales.

38. En resumen, en lo que respecta al presente capítulo (que incluye los artículos 4 a 7), la única modificación que se propone es la relativa a la nueva redacción del párrafo 2 del artículo 4, según se propone en el párrafo 23 *supra*. Tal vez sea útil recordar que en el capítulo anterior se formula una propuesta en relación con el artículo 4, párr. 4 (párrs. 10 y 21 *supra*).

(A/C.6/59/SR.23), párr. 22, y Rumania, 25.ª sesión (A/C.6/59/SR.25), párr. 16.

<sup>62</sup> En este sentido, Portugal, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/59/SR.22), párr. 42.

<sup>63</sup> Jordania, *ibíd.*, 23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23), párr. 32.

<sup>64</sup> *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), págs. 57 y 58.

## CAPÍTULO III

### Violación de una obligación internacional

39. El capítulo que el actual proyecto dedica a la violación de una obligación internacional (arts. 8 a 11) se inspira básicamente en los artículos correspondientes del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Varios Estados respaldaron la estrategia seguida por la Comisión en esta materia<sup>65</sup>. Además, no se formularon críticas a ese respecto.

40. La principal cuestión planteada en el presente capítulo se refiere a la definición de obligación de derecho internacional en lo que a las organizaciones internacionales se refiere. El concepto abarcaría las obligaciones impuestas por normas de derecho internacional general y por tratados celebrados por la organización en cuestión<sup>66</sup>. También estarían comprendidas las obligaciones derivadas de las

reglas de la organización; sin embargo no está claro hasta qué punto estas reglas forman parte del derecho internacional. El artículo 8, párr. 2, no proporciona una solución definitiva. Como observaron con satisfacción algunos Estados durante los debates en la Asamblea General «aunque el párrafo 2 del proyecto del artículo 8 no aclara realmente qué normas dan lugar a [responsabilidad internacional], permite determinar caso por caso el carácter jurídico internacional de los distintos tipos de normas de las organizaciones internacionales<sup>67</sup>». Otros Estados aprobaron la redacción del artículo 8, párr. 2<sup>68</sup>. También hubo Estados que mantuvieron que todas las reglas de las organizaciones imponían obligaciones de derecho internacional y que el artículo 8, párr. 2, debía eliminarse<sup>69</sup>. Otros solicitaron «mayor orientación» sobre qué obligaciones derivadas de

derecho internacional general) (véase *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), secc. C).

<sup>67</sup> En este sentido, Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 11.ª sesión (A/C.6/60/SR.11)*, párr. 18.

<sup>68</sup> Irlanda, *ibíd.*, 11.ª sesión (A/C.6/60/SR.11), párr. 38; Francia, *ibíd.*, párr. 76, y la Federación de Rusia, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 66. Este último Estado calificó la solución prevista en el artículo 8, párr. 2, de «elegante» y consideró evidente que las circunstancias concretas en que la violación de las reglas daba lugar a esa responsabilidad tenía que decidirse, en cada caso particular habida cuenta del tipo de norma de que se tratase.

<sup>69</sup> Austria, *ibíd.*, 11.ª sesión (A/C.6/60/SR.11), párr. 60; Portugal, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 34; Hungría, 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 6, y Bulgaria, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18)*, párr. 82.

<sup>65</sup> Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 11.ª sesión (A/C.6/60/SR.11)*, párr. 76; Rumania, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 75; la Argentina, *ibíd.*, párr. 81; Dinamarca, en nombre de los cinco países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 18; Grecia, *ibíd.*, párr. 25 (con respecto al artículo 8, párr. 1); Polonia, *ibíd.*, párrs. 58 y 59, y Nigeria, 20.ª sesión (A/C.6/60/SR.20), párr. 48 (en referencia al artículo 8). Guatemala, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 101, propuso que en el artículo 8, párr. 1, se especificara que la obligación internacional en cuestión era «vinculante para la organización internacional». Ello parece implícito en el artículo 8, párr. 1, según el cual el hecho de la organización internacional no debe estar «en conformidad con lo que de ella exige esa obligación». Aunque su objeto sea diferente, el artículo 9 confirma que la organización debe hallarse «vinculada por dicha obligación».

<sup>66</sup> Esta no es la opinión del FMI, para el que la cuestión de si una organización internacional ha violado una obligación internacional solo puede determinarse remitiéndose a las reglas de la organización (salvo en los casos excepcionales en que existan normas imperativas de

las reglas de la organización eran verdaderas obligaciones de derecho internacional<sup>70</sup>.

41. El hecho de que una regla de la organización obligue o conceda «derechos a personas o entidades que [sean] sujetos de derecho internacional»<sup>71</sup> no puede ser un criterio decisivo para identificar qué reglas de la organización constituyen derecho internacional, porque ciertas relaciones entre los sujetos de derecho internacional pueden estar reguladas por el derecho privado. Algunos Estados mantuvieron que las normas de procedimiento o de mero carácter administrativo no podrían engendrar una obligación internacional<sup>72</sup>. La OMS se mostró en desacuerdo con la opinión de que las normas que regían el empleo de los funcionarios de una organización fueran normas de derecho internacional<sup>73</sup>. La dificultad de formular un criterio general se debe a que la medida en que pueda considerarse que el incumplimiento de una obligación prevista en las reglas de la organización viola una obligación de derecho internacional dependerá normalmente del tipo de organización de que se trate<sup>74</sup>. Así pues, aunque la materia regulada indique en

<sup>70</sup> En este sentido, Grecia, *ibíd.*, *sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 25. En términos similares se expresaron el Canadá, 11.ª sesión (A/C.6/60/SR.11), párr. 69; la Argentina, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 83; Jordania, 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 13; Alemania, *ibíd.*, párr. 33, y España, *ibíd.*, párr. 51.

<sup>71</sup> En este sentido, Guatemala, *ibíd.*, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 99.

<sup>72</sup> En este sentido, formularon propuestas similares la India, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/60/SR.18), párr. 59; Suiza, 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 43, e Indonesia, 20.ª sesión (A/C.6/60/SR.20), párr. 5.

<sup>73</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/593 y Add.1, secc. B; en una observación anterior se expuso un argumento similar (véase *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/568 y Add.1 secc. H).

<sup>74</sup> Singapur formuló una observación en este sentido (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión (A/C.6/59/SR.22), párr. 56). La Comisión Europea, *ibíd.*, *sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párrs. 11 y 12, y Rumania, *ibíd.*, párr. 76, insistieron en las peculiaridades de la CE a ese respecto.

cierta medida la naturaleza jurídica de las reglas de la organización, este criterio no puede considerarse determinante.

42. En torno a la redacción del párrafo 2, un Estado observó que parecía que «sin lo dispuesto en él, las obligaciones internacionales creadas por las reglas de la organización no quedarían comprendidas en el proyecto de artículos»<sup>75</sup>. Sería útil evitar cualquier malentendido a este respecto. Además, el párrafo 2 podría modificarse para establecer más claramente que las reglas de la organización son en principio normas de derecho internacional, lo que implica la existencia de ciertas excepciones. El párrafo podría quedar redactado de la manera siguiente:

«En principio, la violación de una obligación internacional por parte de una organización internacional incluye el incumplimiento de una obligación establecida por una regla de la organización.»

43. El FMI<sup>76</sup> y la UNESCO<sup>77</sup> expresaron dudas sobre si podía exigirse a una organización internacional la adopción de medidas positivas, en particular, teniendo en cuenta las dificultades que para las organizaciones plantean este tipo de obligaciones, puesto que sus procesos de toma de decisiones pueden no permitirles adoptar las medidas necesarias<sup>78</sup>. A pesar de esta dificultad, no se puede excluir con carácter general la posibilidad de que jurídicamente las organizaciones internacionales sean destinatarias de una obligación internacional de naturaleza positiva.

44. Como conclusión del presente capítulo, se propone modificar el artículo 8, párr. 2, según lo indicado en el párrafo 42 *supra*.

<sup>75</sup> Canadá, *ibíd.*, 11.ª sesión (A/C.6/60/SR.11), párr. 68.

<sup>76</sup> Véase *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), pág. 26.

<sup>77</sup> Véase *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/568 y Add.1, secc. D.

<sup>78</sup> Véase también la intervención de Bulgaria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 81.

## CAPÍTULO IV

### Responsabilidad de una organización internacional en relación con el hecho de un Estado o de otra organización internacional

45. Los tres primeros artículos del capítulo dedicado a la «Responsabilidad de una organización internacional en relación con el hecho de un Estado o de otra organización internacional» (arts. 12 a 14) se corresponden con los artículos 16 a 18 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado y regulan los casos en que una organización internacional presta ayuda o asistencia, dirige y controla, o coacciona a un Estado o a otra organización internacional en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Aunque estos casos puedan ser excepcionales, varios Estados se mostraron conformes con que, si llegaran a producirse, la organización internacional debería responder en las mismas condiciones en que lo hiciera un Estado que prestase ayuda o asistencia, dirigiera y controlase, o coaccionase a otro Estado<sup>79</sup>. Ello implicaría en particular

que, para que surgiera la responsabilidad, el hecho debería ser internacionalmente ilícito de haberse cometido por la organización internacional que, por ejemplo, hubiese prestado asistencia al Estado para cometer el hecho ilícito en cuestión<sup>80</sup>.

los 13 y 14); Rumania, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 75; Nueva Zelanda, *ibíd.*, párr. 110; Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 18; Alemania, *ibíd.*, párr. 33; Polonia, *ibíd.*, párr. 59 (respecto al artículo 13 y solicitando no obstante «aclarar más esta cuestión»), y Nigeria, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 4.

<sup>80</sup> Los Estados Unidos, *ibíd.*, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 24, plantearon la cuestión de si la organización internacional que prestase asistencia a un Estado en la comisión de un hecho ilícito incurriría en responsabilidad incluso cuando la obligación que pesase sobre la organización no fuese la misma que la que recayese sobre el Estado asistido. El artículo 12, al igual que su equivalente en el proyecto sobre

<sup>79</sup> Francia, *ibíd.*, *sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 11.ª sesión (A/C.6/60/SR.11), párr. 78 (en referencia a los artícu-

46. Ciertos Estados se mostraron preocupados por un posible solapamiento entre los artículos 12 a 14 y el artículo 15, que contempla la responsabilidad de una organización internacional que elude el cumplimiento de una obligación internacional forzando a sus miembros a cometer un determinado hecho o autorizando o recomendando su comisión<sup>81</sup>. No puede excluirse un solapamiento parcial. Sin embargo, eso no tiene por qué provocar un conflicto, puesto que todas las disposiciones aplicables podrían conducir, en condiciones diferentes, a que la responsabilidad se atribuyera a la misma organización internacional.

47. El artículo 15 tiene por objeto evitar que una organización internacional pueda eludir alguna de sus obligaciones internacionales valiéndose de la personalidad jurídica independiente de sus miembros, ya sean Estados u otras organizaciones internacionales. El precepto se ocupa de la responsabilidad internacional tan solo en la medida en que la primera organización internacional podría incurrir en ella. El artículo 16 aclara que el proyecto no regula la cuestión de la responsabilidad en que podrían incurrir sus miembros en tales circunstancias, suponiendo que con su conducta hubieran violado alguna de sus obligaciones.

48. La idea de que «una organización internacional no debería poder eludir su responsabilidad mediante la ‘contratación de los servicios’ de sus agentes»<sup>82</sup> fue acogida favorablemente por ciertos Estados<sup>83</sup>, al ser examinada por vez primera a raíz de la petición de opiniones formuladas por la Comisión<sup>84</sup>. Tras la aprobación del artículo 15, varios Estados expresaron su apoyo, aunque algunos añadieron ciertas observaciones<sup>85</sup>. Además, varios Estados y

(Continuación de la nota 80.)

la responsabilidad del Estado, parece dar por sentado que la entidad que presta asistencia y la que la recibe se hallan sometidas a la misma obligación. Véase también el párrafo 6 del comentario al artículo 16 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 70. La Federación de Rusia (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 67) criticó que en los artículos 12 y 13 del actual proyecto se exigiera que el hecho fuera ilícito si lo cometía la organización internacional, debido a que algunos actos solo los podían realizar los Estados y no las organizaciones internacionales. Ello no supondría necesariamente que el hecho pasara a ser lícito de haberse cometido por la organización internacional. Guatemala (12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párrs. 102 y 103) e Israel (16.ª sesión (A/C.6/60/SR.16), párr. 55) criticaron en términos más generales este mismo requisito, refiriéndose también al proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

<sup>81</sup> Véanse las intervenciones de la Federación de Rusia, *ibíd.*, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 68; Jordania, 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 11, y Alemania, *ibíd.*, párrs. 33 y 34. Francia, 11.ª sesión (A/C.6/60/SR.11), párr. 78, insistió en la necesidad de evitar «confusiones indeseables sobre las diferencias entre el necesario acatamiento de las decisiones vinculantes de una organización internacional y el concepto de coacción». Según Portugal no hay ninguna situación a la que puedan «aplicarse las disposiciones de los proyectos de artículos 12, 13 y 14 que no esté también cubierta por el proyecto de artículo 15» (12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 33). Esta afirmación es difícil de probar, entre otras cosas porque el último precepto se refiere exclusivamente a las relaciones entre la organización internacional y sus miembros.

<sup>82</sup> En este sentido, Austria, *ibíd.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión (A/C.6/59/SR.22), párr. 24.

<sup>83</sup> Nueva Zelandia, *ibíd.*, 23.ª sesión (A/C.6/59/SR.23), párr. 11; la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 23, y Cuba, *ibíd.*, párr. 25.

<sup>84</sup> *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 15, párr. 25.

<sup>85</sup> China, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 11.ª sesión (A/C.6/60/SR.11), párr. 51; Italia, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 3; los Países

la Comisión Europea formularon propuestas que implicarían una extensión de la responsabilidad de la organización internacional prevista en el artículo 15<sup>86</sup>.

49. Por otra parte, algunos Estados y la OIT entendieron que el requisito de que el hecho ilícito en cuestión se «cometa realmente» no solo debía exigirse, según lo dispuesto en el párrafo 2, en el caso de recomendaciones o autorizaciones, sino también en el supuesto, contemplado en el párrafo 1, de que la organización internacional adoptase una decisión vinculante para sus miembros<sup>87</sup>.

50. En cuanto a los casos en que se elude una obligación a través de un acto no vinculante, algunos Estados y el FMI afirmaron que, puesto que los miembros no estarían obligados a seguir la autorización o recomendación, la organización internacional no debía incurrir en responsabilidad cuando dichos miembros llevaran a cabo la acción autorizada o recomendada<sup>88</sup>. Un Estado observó que «[t]al vez sería necesario introducir algún elemento nuevo en ese precepto [el artículo 15] que permitiera tomar en consideración la diversidad de regímenes jurídicos vigentes en el seno de las organizaciones internacionales»<sup>89</sup>. Otro Estado hizo hincapié en la necesidad de «una conexión muy estrecha entre la autorización o recomendación y el acto del Estado miembro»<sup>90</sup>.

51. A la vista de estas propuestas, convendría tratar de restringir la responsabilidad prevista en el párrafo 2 modificando ligeramente su redacción, de modo que se hiciera

Bajos, *ibíd.*, párrs. 16 y 17 (indicaron, no obstante, que «el significado y el alcance del criterio [de la elusión] no están claros»); Belarús, *ibíd.*, párr. 48; Nueva Zelandia, *ibíd.*, párr. 110; Hungría, 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 7 (con la petición de que se aclarase mejor qué se entendía por «eludir» una obligación); Grecia, *ibíd.*, párr. 26; Alemania, *ibíd.*, párr. 34 (en referencia al párrafo 1), y la India, 18.ª sesión (A/C.6/60/SR.18), párr. 60. Véase también la intervención de la Comisión Europea, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 13.

<sup>86</sup> Guatemala, *ibíd.*, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 105, propuso que en los párrafos 1 y 2 se eliminaran las palabras «y por el cual esta eludiría una obligación internacional propia». La Comisión Europea se preguntó si la noción de eludir una obligación internacional propia era superflua (*ibíd.*, párr. 14; véase también *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/568 y Add.1, secc. I). Grecia se expresó en términos similares (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 28). En relación con el párrafo 2, la Federación de Rusia (*ibíd.*, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 69) consideró que la organización incurriría en responsabilidad aunque sus miembros no hubieran hecho uso de la recomendación o autorización.

<sup>87</sup> Francia, *ibíd.*, 11.ª sesión (A/C.6/60/SR.11), párr. 79; Jordania, 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 14 (de donde se ha tomado la cita) y la OIT (véase *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/568 y Add.1, secc. I).

<sup>88</sup> Los Estados Unidos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 27; Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 19; Alemania, *ibíd.*, párr. 34; Suiza, *ibíd.*, párr. 45; la República Islámica del Irán, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), párr. 50, e *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 35, y FMI (véase *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/582, secc. I).

<sup>89</sup> En este sentido, España, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 52.

<sup>90</sup> Austria, *ibíd.*, 11.ª sesión (A/C.6/60/SR.11), párrs. 61 y 62. La redacción propuesta (utilizar expresiones como «en cumplimiento de» o «de conformidad con» en lugar de «basándose en») no parece lograr el resultado deseado.

hincapié en el papel de la autorización o la recomendación para hacer que el Estado actúe conforme al hecho de la organización internacional. Para mejorar el referido artículo 15 en ese sentido, su párrafo 2, apdo. *b*, podría redactarse de la manera siguiente:

«*b*) ese Estado o esa organización internacional cometen el hecho en cuestión como resultado de esa autorización o recomendación.»

52. Aunque el título se refiere a la responsabilidad de una organización internacional «en relación con el hecho de un Estado o de otra organización internacional» el capítulo que ahora se examina no contiene ninguna disposición que prevea que una organización internacional puede incurrir en responsabilidad como miembro de otra organización internacional. La cuestión de la responsabilidad de los miembros se examina en otra parte del proyecto, en referencia a la responsabilidad de los Estados miembros (arts. 28 y 29). Dado que no es frecuente que las organizaciones internacionales sean miembros de otras organizaciones internacionales, es comprensible que el debate sobre la responsabilidad de los miembros se haya centrado en los Estados. Sin embargo, como observó un Estado, la responsabilidad de los miembros también puede surgir para las organizaciones internacionales que sean «miembros de otras organizaciones internacionales»<sup>91</sup>.

<sup>91</sup> En este sentido, los Países Bajos, *ibíd.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 20.

53. Es difícil aceptar que una organización internacional que sea miembro de otra organización internacional pueda incurrir en responsabilidad en condiciones distintas de las aplicables a un Estado miembro. Esto podría reflejarse en una disposición que se incluiría en el presente capítulo como proyecto de artículo 15 *bis*, con el título «Responsabilidad de una organización internacional en relación con el hecho de otra organización internacional de la que sea miembro». La disposición podría simplemente remitirse a las condiciones establecidas en los artículos 28 y 29. A este respecto, se propone el siguiente texto:

«La responsabilidad de una organización internacional que sea miembro de otra organización internacional podrá surgir en relación con un hecho de esta última en las mismas condiciones previstas en los artículos 28 y 29 para los Estados que sean miembros de una organización internacional.»

54. Como conclusión del presente capítulo, se formulan las siguientes propuestas:

*a*) El artículo 15, párr. 2, apdo. *b*, se modificaría según la redacción propuesta en el párrafo 51 *supra*;

*b*) Se añadiría un nuevo artículo 15 *bis*, con la redacción que se sugiere en el párrafo 53 *supra*.

## CAPÍTULO V

### Circunstancias que excluyen la ilicitud

55. Varios Estados indicaron que en líneas generales estaban de acuerdo con los artículos incluidos en el capítulo V de la primera parte del proyecto de artículos («Circunstancias que excluyen la ilicitud»), si bien formularon algunas observaciones específicas sobre ciertas disposiciones<sup>92</sup>.

56. El artículo 17, relativo al consentimiento, tan solo fue objeto de unos pocos comentarios<sup>93</sup>. Un Estado observó que un acto *ultra vires* de la organización internacional no bastaría para determinar el consentimiento<sup>94</sup>. Otro propuso que la Comisión definiera lo que constituía el consentimiento válido, cuáles eran los límites del

consentimiento y cómo se determinaban<sup>95</sup>. Sin embargo, como se indicó en el párrafo 4 del comentario<sup>96</sup>, el examen de las cuestiones planteadas por el uso del término «válido» en relación con el consentimiento abriría un debate sobre materias que quedaban fuera del marco de la responsabilidad internacional. Así pues, sería preferible no seguir insistiendo en esta cuestión. La Comisión aplicó esta misma estrategia en relación con el consentimiento como circunstancia que excluye la ilicitud en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado<sup>97</sup>.

57. El FMI destacó la importancia del «consentimiento que tiene lugar cuando un Estado se adhiere a una organización internacional»<sup>98</sup>. No hay duda de que el consentimiento que presta un Estado al adherirse al instrumento constitutivo de una organización internacional es pertinente a la hora de excluir la responsabilidad de dicha organización con respecto a un hecho propio que haya sido objeto de acuerdo. No obstante, el hecho de la organización sería entonces lícito sobre la base de las normas de derecho internacional aplicables y no habría necesidad

<sup>92</sup> Véanse las intervenciones de Finlandia, en nombre de la UE, los países adherentes, los países candidatos, los países del proceso de estabilización y asociación, y Moldova y Ucrania, *ibíd.*, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 27; Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, párr. 30; Irlanda, *ibíd.*, párr. 42; la Argentina, *ibíd.*, párr. 48; España, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 48 (a excepción de los artículos 18 y 22), y Francia, *ibíd.*, párr. 59. Véanse también las intervenciones de Belarús, *ibíd.*, párr. 98, y Polonia, *ibíd.*, párr. 103.

<sup>93</sup> Finlandia, en nombre de la UE, los países adherentes, los países candidatos, los países del proceso de estabilización y asociación, y Moldova y Ucrania, *ibíd.*, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 25, y la Comisión Europea en sus observaciones escritas (véase *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/582, secc. K) hicieron hincapié en la vital importancia del consentimiento para la UE.

<sup>94</sup> En este sentido, Polonia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 103.

<sup>95</sup> Esta fue la opinión de Etiopía, *ibíd.*, párr. 93. Formularon observaciones sobre la validez y los límites del consentimiento la República Islámica del Irán, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 51, y Jordania, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 2.

<sup>96</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte).

<sup>97</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 76.

<sup>98</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/582, secc. K.



de justificarlo en virtud de una circunstancia que excluyese la ilicitud.

58. El artículo 18, relativo a la legítima defensa, suscitó varios comentarios y críticas. Se observó, por ejemplo, que el concepto de legítima defensa empleado en relación con las organizaciones internacionales difería considerablemente de su equivalente para los Estados<sup>99</sup>. También se afirmó que el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas no se aplicaba directamente a la legítima defensa de las organizaciones internacionales<sup>100</sup>. Algunos Estados señalaron que, por su naturaleza, la legítima defensa se aplicaba «únicamente a las acciones de un Estado»<sup>101</sup>. Asimismo, según la OMS «circunstancias como la legítima defensa son por su propia naturaleza aplicables únicamente a los hechos de un Estado»<sup>102</sup>.

59. Los supuestos en que la legítima defensa podría ser pertinente para una organización internacional como circunstancia que excluye la ilicitud son escasos y a veces confusos, incluso aunque no se comparta la afirmación de que cuando una organización internacional administra un territorio o despliega una fuerza armada «el Estado cuyas fuerzas están desplegadas en el territorio o los miembros individuales de dichas fuerzas armadas serían las entidades que ejercerían la legítima defensa»<sup>103</sup>. El hecho de que en el proyecto no se hiciera referencia a la legítima defensa no impediría necesariamente que la organización internacional la invocara como circunstancia excluyente de la ilicitud, y ello sobre la base de una disposición general (véase el proyecto de artículo 62 *infra*), que no prejuzga las cuestiones de responsabilidad no reguladas por el proyecto de artículos. Así pues, a la vista de las muchas críticas planteadas por Estados y organizaciones internacionales, parece preferible que la Comisión elimine el artículo 18 y no regule la posibilidad de invocar la legítima defensa.

60. Cuando la Comisión debatió las circunstancias que excluyen la ilicitud en su 58.º período de sesiones, en 2006, la cuestión de si convenía incluir en el capítulo pertinente una disposición sobre contramedidas quedó abierta, a la espera del examen de las contramedidas en

el contexto de la invocación de la responsabilidad de las organizaciones internacionales<sup>104</sup>. El capítulo II de la actual tercera parte, que aún no ha sido aprobado provisionalmente por la Comisión, fue elaborado por el Comité de Redacción de acuerdo con la premisa de que las organizaciones internacionales, al igual que los Estados, pueden adoptar contramedidas frente a una organización internacional responsable. En consecuencia, al examinar las circunstancias que excluyen la ilicitud debería partirse de esa misma premisa.

61. En cuanto a las contramedidas que una organización internacional puede adoptar frente a otra, lo coherente sería entender que una circunstancia que excluye la ilicitud justifica un hecho de otro modo ilícito siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo II de la tercera parte, que regula las contramedidas adoptadas tanto por organizaciones internacionales como por Estados contra una organización internacional.

62. Sin embargo, es más probable que una organización internacional adopte contramedidas frente a un Estado responsable. La práctica presenta numerosos ejemplos en este sentido, especialmente en los casos en que una organización internacional, a pesar de no haber resultado «lesionada» en los términos del artículo 46, invoca la responsabilidad de conformidad con el artículo 52<sup>105</sup>.

63. Como ejemplo de contramedida, el FMI se refirió a la acción que podía ejercitar en virtud de la sección 5 del artículo V de su Convenio Constitutivo siempre que «considere que un miembro está utilizando los recursos generales del Fondo de manera contraria a los propósitos de la organización»<sup>106</sup>. Sin embargo, este ejemplo se refiere a las sanciones que una organización internacional puede imponer a uno de sus miembros en virtud de las reglas de la propia organización. En las relaciones entre una organización internacional y sus miembros, las sanciones son lícitas por su propia naturaleza y no pueden considerarse contramedidas.

64. Dado que la práctica parece indicar que la posición de las organizaciones internacionales es sustancialmente idéntica a la de los Estados en cuanto a la adopción de contramedidas frente a un Estado<sup>107</sup>, el artículo 19 podría incluir una referencia a las condiciones que deben cumplir los Estados para que sus contramedidas se consideren lícitas. Sin embargo, tal referencia solo podría formularse en términos generales, habida cuenta de que la situación del proyecto sobre la responsabilidad del Estado sigue siendo indeterminada. Así pues, sería preferible que al abordar la cuestión de la licitud de las contramedidas se exigiera únicamente que estas tuvieran carácter «lícito». Este mismo término también se aplicaría a las condiciones para que una organización internacional pueda adoptar contramedidas frente a otra organización internacional.

<sup>99</sup> España fue uno de los muchos Estados que formularon esta observación, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 48.

<sup>100</sup> En este sentido, el Japón, *ibíd.*, párr. 57. Formularon observaciones similares Austria, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 38; Portugal, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 74; los Estados Unidos, *ibíd.*, párr. 82; el Reino Unido, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 26, y la República Islámica del Irán, *ibíd.*, párr. 52.

<sup>101</sup> Intervención de la India, *ibíd.*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 8. Jordania, *ibíd.*, párr. 2, y Bulgaria, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 83, realizaron observaciones similares. Cuba, *ibíd.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 12, y Rumania, 19.ª sesión (A/C.6/61/SR.19), párr. 60, también manifestaron sus dudas sobre la aplicabilidad de la legítima defensa a las organizaciones internacionales.

<sup>102</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/568 y Add.1, secc. L.

<sup>103</sup> En este sentido, Portugal, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 74. La postura contraria de que las Naciones Unidas pueden invocar la legítima defensa cuando administran un territorio fue defendida por Dominick, «La responsabilité internationale des Nations Unies», pág. 157.

<sup>104</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte).

<sup>105</sup> El sexto informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales contiene algunos ejemplos (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/597, párr. 58).

<sup>106</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/582, secc. M.

<sup>107</sup> Así lo observó Italia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 96.

65. El principio de cooperación que restringe el recurso a las contramedidas en las relaciones entre una organización internacional y sus miembros parece pertinente no solo cuando un Estado o una organización internacional adopta estas contramedidas contra otra organización internacional de la que es miembro<sup>108</sup>, sino también cuando una organización internacional adopta contramedidas frente a uno de sus miembros. Este principio debería determinar una restricción similar de las contramedidas en el segundo caso. Así pues, no se permitiría la adopción de contramedidas si existieran medios razonables para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del miembro en cuanto a la cesación de un hecho ilícito continuado y su reparación, de conformidad con las reglas de la organización. Es evidente que esas reglas pueden imponer restricciones adicionales a las contramedidas o, por el contrario, permitir que se recurra a ellas más ampliamente.

66. Se propone que el proyecto de artículo 19 quede redactado de la siguiente manera:

*«Proyecto de artículo 19. Contramedidas*

**1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2, la ilicitud del hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con un Estado u otra organización internacional queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida lícita por parte de la primera organización internacional.**

**2. Una organización internacional no está facultada para tomar contramedidas frente a uno de los Estados u organizaciones internacionales que la integren y sean responsables si, de conformidad con las reglas de la organización, existen medios razonables para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado o la organización internacional responsable en cuanto a la cesación del incumplimiento y su reparación.»**

67. El artículo 22, relativo al estado de necesidad, ha suscitado controversia. En su redacción, la Comisión tuvo en cuenta las distintas opiniones manifestadas por varios Estados en el sexagésimo período de sesiones de la Asamblea General, en respuesta a una solicitud de observaciones contenida en el informe de la Comisión<sup>109</sup>. Según el artículo 22, el estado de necesidad solo excluye la ilicitud del hecho de una organización internacional en caso de peligro inminente para «un interés esencial [...] de la comunidad internacional en su conjunto» y cuando «la organización [...], en virtud del derecho internacional, tiene la obligación de proteger ese interés». En contra de una de las posibles interpretaciones del artículo 22<sup>110</sup>, nada en él indica que una organización internacional regional no pueda proteger un interés esencial de la comunidad internacional. Los Estados que sean miembros de una organización internacional, regional o de otro tipo,

pueden atribuir a dicha organización funciones que lleven aparejada la protección de un interés esencial de la comunidad internacional.

68. La solución adoptada por la Comisión en el artículo 22 fue respaldada por varios Estados<sup>111</sup>. Sin embargo, algunos hubiesen preferido que «los intereses esenciales de los Estados miembros, o incluso de la propia organización» pudieran servir de base para que una organización internacional invocase el estado de necesidad<sup>112</sup>. Un Estado propuso reformar el artículo 22 para que hiciera referencia a «un interés esencial que la organización, de conformidad con el derecho internacional, tiene la función de proteger»<sup>113</sup>. También el FMI exhortó a que «el concepto de ‘intereses esenciales’ se interprete con mayor amplitud de lo que sugiere el comentario de la Comisión acerca del proyecto del artículo 22»<sup>114</sup>.

69. Por otra parte, un Estado afirmó que la práctica internacional no proporcionaba «fundamentos sólidos para la invocación de la necesidad por una organización internacional»<sup>115</sup>. Otro se preguntó si en algún caso podría admitirse que una organización internacional «llegara a invocar el estado de necesidad para contravenir sus obligaciones internacionales»<sup>116</sup>. Un tercer Estado propuso la eliminación del artículo<sup>117</sup>.

70. El concepto de interés esencial que la organización internacional tiene la función de proteger fue calificado por otro Estado de «norma ambigua y posiblemente laxa»<sup>118</sup>. Ciertos Estados criticaron la referencia a un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto o afirmaron que no resultaba clara<sup>119</sup>. Sin embargo, el concepto no es nuevo. Ya aparece en el texto correspondiente del proyecto sobre la responsabilidad del Estado<sup>120</sup>. No

<sup>111</sup> Finlandia, en nombre de la UE, los países adherentes, los países candidatos, los países del proceso de estabilización y asociación, y Moldova y Ucrania, *ibíd.*, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 26; Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, párr. 30 (con la observación mencionada en la nota siguiente); Austria, *ibíd.*, párr. 38; la Argentina, *ibíd.*, párr. 48, y Alemania, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 2.

<sup>112</sup> En este sentido, Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 30. En términos similares se expresaron Irlanda, *ibíd.*, párrs. 42 a 44; España, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 49, y Francia, *ibíd.*, párr. 59. Cuba, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 12, se refirió a la salvaguardia de un «interés esencial de la organización». Esta misma solución fue defendida por Reinisch, «How Necessary is Necessity for International Organizations?», *pág.* 177.

<sup>113</sup> Propuesta formulada por Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 59.

<sup>114</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/582, *secc. O.*

<sup>115</sup> En este sentido, China, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 8.

<sup>116</sup> Intervención del Reino Unido, *ibíd.*, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 28.

<sup>117</sup> Esta fue la posición de la India, *ibíd.*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 9.

<sup>118</sup> Los Estados Unidos, *ibíd.*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 82.

<sup>119</sup> Estas observaciones fueron formuladas por Austria, *ibíd.*, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 38; el Reino Unido, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 28; la República Islámica del Irán, *ibíd.*, párr. 53, y Jordania, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 3.

<sup>120</sup> Art. 25, párr. 1, *apdo. b.*

<sup>108</sup> Aquí se hace referencia al artículo 55 en su forma aprobada provisionalmente por el Comité de Redacción (véase el documento A/CN.4/L.725/Add.1, mimeografiado).

<sup>109</sup> En el párrafo 4 del comentario al artículo 22 se incluye un resumen de estas respuestas (*Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte)).

<sup>110</sup> Véase la intervención de Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 59.

hay motivo para seguir examinando en el contexto actual el significado de interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto.

71. Dado el respaldo de cierto número de Estados al artículo 22 y teniendo en cuenta que las críticas van en direcciones opuestas y que no se detecta una tendencia dominante, parece preferible no proponer ninguna enmienda del artículo 22.

72. Las propuestas que se realizan en el presente capítulo pueden resumirse de la manera siguiente:

a) El artículo 18 sobre la legítima defensa debería eliminarse;

b) El artículo 19, sobre las contramedidas, debería redactarse sobre la base del texto reproducido en el párrafo 66 *supra*.

## CAPÍTULO VI

### Responsabilidad de un Estado en relación con el hecho de una organización internacional

73. Fueron muy pocos los Estados que respaldaron en su totalidad el capítulo (X) sobre «Responsabilidad de un Estado en relación con el hecho de una organización internacional»<sup>121</sup>. No obstante, algunos Estados<sup>122</sup> dieron su aprobación a los artículos 25 a 27. Estos preceptos adaptan a las relaciones entre un Estado y una organización internacional las disposiciones relativas a la ayuda o asistencia, la dirección y el control, y la coacción concebidas para las relaciones entre los Estados e incluidas en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado. La idea de incorporar esta adaptación al actual proyecto ya había sido aceptada por un nutrido grupo de Estados<sup>123</sup> en respuesta a una cuestión planteada por la Comisión en su informe a la Asamblea General relativo a su 57.º período de sesiones<sup>124</sup>.

74. Dos Estados propusieron una adición al comentario del artículo 25 para distinguir los casos de ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito de los de aplicación por un Estado de una decisión vinculante de la organización<sup>125</sup> y la «mera participación de un Estado miembro en el funcionamiento diario de una organización internacional»<sup>126</sup>. Esta última preocupación

parece resuelta en la observación del párrafo 2 del comentario al artículo 25 en el sentido de que «la influencia que suponga ayuda o asistencia no puede consistir simplemente en la participación en el proceso de adopción de decisiones de la organización con arreglo a las reglas pertinentes de esta»<sup>127</sup>. En cuanto a la otra observación, cuando una organización internacional realiza un hecho ilícito con la asistencia o la ayuda de un Estado, el hecho se atribuye a la organización internacional, mientras que el hecho del Estado por el que aplica una decisión vinculante de la organización es atribuible al Estado y supone un hecho internacionalmente ilícito de este último<sup>128</sup>.

75. Definir de manera más precisa la ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito plantea la dificultad de que, a la hora de determinar si la ayuda o asistencia ha tenido lugar, el resultado dependerá en gran medida del contenido de la obligación que se incumple y las circunstancias del caso. Así pues, parece preferible no modificar la redacción utilizada en la disposición del proyecto sobre la responsabilidad del Estado (art. 16) referente a la ayuda o asistencia prestada por un Estado a otro Estado. No obstante, en el comentario del artículo 25 podrían incluirse aclaraciones adicionales. Un Estado propuso que se añadiera que debía existir intención al respecto, tal como se había especificado en el comentario del artículo correspondiente del proyecto sobre la responsabilidad del Estado<sup>129</sup>. También se propuso utilizar una porción mayor del comentario del artículo 16 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, cuyo objeto es aclarar que el Estado que presta ayuda o asistencia «tendría que haber desempeñado un papel activo en la comisión de un hecho ilícito»<sup>130</sup>.

<sup>121</sup> Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 30, y Belarús, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 98.

<sup>122</sup> La Argentina, *ibíd.*, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 48, y Francia, *ibíd.*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 60, se preguntaron no obstante «si no habría sido suficiente [...] una cláusula de salvaguardia» (opinión similar a la expresada el año anterior, *ibíd.*, *sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 11.ª sesión (A/C.6/60/SR.11), párr. 80). La Comisión Europea también respaldó los artículos 25 a 27, *ibíd.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 15.

<sup>123</sup> Véanse las intervenciones de China, *ibíd.*, *sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 11.ª sesión (A/C.6/60/SR.11), párr. 52; Austria, *ibíd.*, párr. 64; la República de Corea, *ibíd.*, párr. 86; Italia, 12.ª sesión (A/C.6/60/SR.12), párr. 4; Belarús, *ibíd.*, párrs. 49 y 50; la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 70; Rumania, *ibíd.*, párr. 77; Hungría, 13.ª sesión (A/C.6/60/SR.13), párr. 8; Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, párr. 20; la Jamahiriya Árabe Libia, 19.ª sesión (A/C.6/60/SR.19), párr. 11, y Argelia, 20.ª sesión (A/C.6/60/SR.20), párr. 60.

<sup>124</sup> *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 15, párr. 26.

<sup>125</sup> Véase el comentario de Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 60.

<sup>126</sup> En este sentido, véase la intervención de Grecia, *ibíd.*, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 37. Jordania, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16),

párr. 4, se preguntó «si una contribución financiera al presupuesto anual de una organización constituiría ayuda o asistencia a la comisión de un hecho ilícito».

<sup>127</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 2 del comentario al artículo 25.

<sup>128</sup> Si la conducta se atribuye al Estado ejecutante, no hay necesidad de una disposición específica que regule el caso de un Estado que «actúa como agente ejecutivo de la organización», según la propuesta de Grecia, basada aparentemente en una premisa distinta (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 40).

<sup>129</sup> En este sentido, Grecia, *ibíd.*, párr. 37.

<sup>130</sup> Véase la observación de Rumania, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/61/SR.19), párr. 60.

76. Solo unas pocas observaciones se refirieron específicamente a los artículos 26 y 27. Se trataba de peticiones de aclaración<sup>131</sup>, que en esta fase de desarrollo del régimen jurídico de la responsabilidad internacional no resultan sencillas. Un Estado propuso añadir varias palabras al artículo 27, apdo. *a*, de modo que estableciera lo siguiente: «el hecho, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito de esa organización internacional o del Estado que coacciona»<sup>132</sup>. Aunque la redacción actual del artículo 27 tan solo menciona a la organización internacional objeto de coacción, esta propuesta añadiría una referencia al Estado que coacciona. El apartado *a*, al igual que el correspondiente al artículo 18 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, prevé la posibilidad de que la entidad coaccionada no incurra en responsabilidad por haber sido forzada a actuar en contra de su voluntad. No está claro por qué el hecho de coaccionar debe tenerse en cuenta para exonerar también al Estado que coacciona de una responsabilidad internacional en que de otro modo incurriría.

77. A pesar de su carácter innovador, la idea subyacente en el artículo 28 de que un Estado no puede evadirse de su responsabilidad cuando elude una de sus obligaciones valiéndose de la personalidad jurídica independiente de una organización internacional de la que es miembro fue muy bien recibida<sup>133</sup>. Ello no significa que la redacción del proyecto fuera considerada satisfactoria de manera general. Varios Estados afirmaron que la Comisión debía reformar el artículo 28 para restringir la responsabilidad de los Estados miembros<sup>134</sup>.

78. Se hicieron varias propuestas para restringir la responsabilidad de los Estados miembros. Una de ellas no parecía referirse específicamente a la materia objeto del artículo 28. La Comisión Europea propuso basarse en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en

<sup>131</sup> Véanse las intervenciones de Austria, *ibíd.*, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 40, y Jordania, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 4.

<sup>132</sup> Propuesta presentada por Suiza, *ibíd.*, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 2.

<sup>133</sup> Véanse los comentarios favorables de Irlanda, *ibíd.*, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párrs. 45 y 46; la Argentina, *ibíd.*, párr. 48; Alemania, *ibíd.*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 3; Bélgica, *ibíd.*, párr. 39; España, *ibíd.*, párr. 50; Francia, *ibíd.*, párr. 61; Italia, *ibíd.*, párr. 67; Polonia, *ibíd.*, párr. 105; Suiza, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 3; el Reino Unido, *ibíd.*, párr. 30; Grecia, *ibíd.*, párr. 38; Nueva Zelanda, *ibíd.*, párr. 43; Jordania, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 5; la Federación de Rusia, 18.ª sesión (A/C.6/61/SR.18), párr. 68, y Sierra Leona, 19.ª sesión (A/C.6/61/SR.19), párr. 68. Véanse también las intervenciones de Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 31, y los Países Bajos, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 21. Finlandia, hablando en nombre de la UE, los países adherentes, los países candidatos, los países del proceso de estabilización y asociación, y Moldova y Ucrania, *ibíd.*, párr. 27, expresó los «serios reparos» de la UE; esta posición fue reiterada por la Comisión Europea, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párrs. 15 y 16. Austria, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 40, y el Japón, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 58, manifestaron sus dudas al respecto.

<sup>134</sup> Véanse las intervenciones de Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 31; Irlanda, *ibíd.*, párrs. 45 y 46; Alemania, *ibíd.*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 3; los Países Bajos, *ibíd.*, párr. 21; Bélgica, *ibíd.*, párr. 39; España, *ibíd.*, párr. 50; Francia, *ibíd.*, párr. 61; Italia, *ibíd.*, párr. 67; Suiza, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 3; el Reino Unido, *ibíd.*, párr. 30; Grecia, *ibíd.*, párr. 38, y la Federación de Rusia, 18.ª sesión (A/C.6/61/SR.18), párr. 68. La Comisión Europea, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párrs. 15 y 16, hizo una propuesta similar.

el asunto *Bosphorus* para llegar a la conclusión de que la transferencia de competencias a una organización internacional no vinculada por las obligaciones contraídas por el Estado en virtud de tratados pero cuyo sistema jurídico ofreciera garantías comparables no constituía una elusión por dicho Estado de sus obligaciones<sup>135</sup>. Sin embargo, el hecho de que una norma equivalente pueda considerarse suficiente depende del contenido de la obligación internacional en cuestión. Si en un tratado se entiende que la obligación de llevar a cabo cierta conducta puede satisfacerse proporcionando garantías de nivel comparable, no se produciría violación de una obligación internacional ni se incurriría tampoco en responsabilidad internacional.

79. Un Estado propuso que el alcance del artículo se limitase a los supuestos en que la organización internacional no estuviera vinculada por la obligación incumplida<sup>136</sup>. Sin duda, es más probable que las obligaciones se eludan en uno de estos casos. Sin embargo, difícilmente podría justificarse que el Estado que elude la obligación quedase exonerado por el hecho de que también existiese una obligación a cargo de la organización internacional.

80. Podría decirse lo mismo de la propuesta de que la elusión solo se considere relevante cuando los Estados miembros hayan transferido competencias a la organización internacional en su instrumento constitutivo<sup>137</sup>. Su adopción excluiría los casos en que la transferencia de competencias tiene lugar, como ocurre a menudo, en virtud de reglas de la organización distintas de su instrumento constitutivo, a pesar de que la elusión puede ser igualmente significativa en tales casos.

81. Un Estado propuso que en lugar de «eludir» se utilizara «un término más neutro»<sup>138</sup>. Otros parecían apuntar a una solución diferente cuando propusieron «introducir algún elemento de mala fe, conocimiento específico o dolo»<sup>139</sup> o de «uso indebido»<sup>140</sup>. Si en el artículo 28 se incluyese una referencia a la intención, esta no tendría que estar vinculada necesariamente a la transferencia de competencias a la organización internacional<sup>141</sup>. Podría darse

<sup>135</sup> Véase *ibíd.*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 16.

<sup>136</sup> En este sentido, Grecia, *ibíd.*, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 38.

<sup>137</sup> Propuesta formulada por Bélgica, *ibíd.*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 39.

<sup>138</sup> En este sentido, Suiza, *ibíd.*, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 3.

<sup>139</sup> Véase la intervención del Reino Unido, *ibíd.*, párr. 30. También Irlanda, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párrs. 45 y 46, insistió en la necesidad de prever un «requisito relativo a la intención» de infringir la obligación por parte del Estado miembro. España defendió una postura similar, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 50.

<sup>140</sup> Propuesta formulada por Alemania, *ibíd.*, párr. 3.

<sup>141</sup> Según Francia, *ibíd.*, párr. 61, el criterio que debía tenerse en cuenta era que la intención del Estado miembro «al atribuir la competencia fuera la de eludir el cumplimiento de sus obligaciones internacionales». Véase también la intervención de Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 31, que afirmó que tan solo las atribuciones de competencia «realizadas con la intención de eludir la responsabilidad» deberían generar responsabilidades. Por otra parte, D'Aspremont, «Abuse of the Legal Personality of International Organizations and the Responsibility of Member States», pág. 100, criticó a la Comisión por haber seguido en el artículo 28 «una interpretación muy restrictiva del abuso de la personalidad jurídica al nivel de la creación de la organización».

el caso de que la transferencia se hubiera producido de buena fe, y que la oportunidad para eludir la obligación internacional apareciese en un momento posterior.

82. Referirse a la intención o la mala fe en el artículo 28 provocaría sin duda una restricción de la responsabilidad internacional de los Estados miembros. Sin embargo, también introduciría un criterio subjetivo difícil de aplicar. Así pues, para alcanzar un objetivo similar parece preferible, en lugar de exigir un examen de la intención, remitirse a lo que razonablemente se desprenda de las circunstancias del caso. De cualquier modo, debe quedar claro que la transferencia de competencias a una organización internacional no supone necesariamente que se haya eludido una obligación internacional y por tanto no tiene por qué generar la responsabilidad de los Estados miembros interesados.

83. El artículo 28, párr. 1, podría modificarse para quedar redactado en los siguientes términos:

«Un Estado miembro de una organización internacional incurre en responsabilidad internacional si:

a) pretende evitar el cumplimiento de una de sus obligaciones internacionales valiéndose de que a la organización se le han atribuido competencias en relación con dicha obligación, y

b) la organización comete un hecho que, de haber sido cometido por el Estado, habría constituido una violación de la obligación.»

84. El artículo 29, relativo a la responsabilidad del Estado miembro de una organización internacional por el hecho internacionalmente ilícito de esa organización, también suscitó diversos comentarios. La propuesta de restringir la responsabilidad de los Estados miembros, según lo previsto en el artículo 29, a los casos en que dicha responsabilidad fuera aceptada por el Estado miembro o se hubiera inducido a la parte lesionada a confiar en su responsabilidad recibió un apoyo general<sup>142</sup>.

85. Según lo indicado en su comentario, el artículo 29 implica que, como regla subsidiaria, «la condición de miembro no entraña de por sí responsabilidad internacional de los Estados miembros cuando la organización comete un hecho internacionalmente ilícito»<sup>143</sup>. Las

<sup>142</sup> Véanse las intervenciones de la Argentina, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 48; Alemania, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 4; los Países Bajos, *ibíd.*, párr. 22; Francia, *ibíd.*, párr. 62 (con algunas críticas al apartado b); Italia, *ibíd.*, párr. 66; Portugal, *ibíd.*, párr. 76 (proponiendo que se redacte «en términos más precisos a fin de descartar la consideración del acto implícito»); Suiza, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 4 (sugiriendo la extensión de la responsabilidad de los Estados miembros cuando se trate de organizaciones criminales); Nueva Zelanda, *ibíd.*, párr. 44; y Sierra Leona, 19.ª sesión (A/C.6/61/SR.19), párr. 68. Véanse también las intervenciones de Bélgica, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 40; España, *ibíd.*, párr. 51; Belarús, *ibíd.*, párr. 99; la República de Corea, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párrs. 20 y 21 (donde se critica la idea de una «aceptación implícita»); el Reino Unido, *ibíd.*, párr. 31 (que considera su redacción «demasiado amplia») y Jordania, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 5.

<sup>143</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 2 del comentario al artículo 29.

opiniones de los Estados no fueron unánimes respecto de si esta regla subsidiaria debía aparecer en el texto<sup>144</sup>. Aunque su inclusión añadiría claridad, el actual proyecto, al igual que el proyecto sobre la responsabilidad del Estado, solo se ocupa de los casos en que se genera responsabilidad, sin pronunciarse sobre aquellos en los que la responsabilidad no aparece.

86. Algunos Estados plantearon la cuestión de la pertinencia de las reglas de la organización para determinar la responsabilidad de los Estados miembros<sup>145</sup>. Este asunto debe examinarse partiendo de la premisa de que las reglas de la organización solo producen efectos en las relaciones entre la organización internacional y uno o más de sus miembros o entre los miembros de la organización, pero no en las relaciones con no miembros. Dado que este aspecto, implícito ya en el artículo 35, es pertinente para toda una serie de cuestiones, se regulará en una disposición general que se incluirá en la última parte del proyecto (véase el proyecto de artículo 61 *infra*). Así pues, suponiendo que las reglas de la organización restringieran la responsabilidad, esas reglas no podrían oponerse como tales frente a un Estado que no fuera miembro. Tampoco las reglas que previesen una responsabilidad más amplia de los Estados miembros podrían ser invocadas por un Estado no miembro, que solo podría remitirse a las reglas de la organización si los Estados miembros les hubiesen dado efecto en sus relaciones con él. Por otra parte, es claro que las reglas de la organización prevalecerían como normas especiales en las relaciones entre sus miembros.

87. La Comisión Europea indicó que la aceptación explícita estaba «muy restringida por los instrumentos jurídicos constitutivos de la organización»<sup>146</sup>. Esta observación parece referirse al hecho de que las reglas de la organización pueden excluir la posibilidad de que los Estados miembros acepten la responsabilidad cuando esta deba recaer sobre la organización. No obstante, si un Estado miembro aceptase la responsabilidad en sus relaciones con un no miembro, el «instrumento jurídico constitutivo de la organización» no impediría que la aceptación de responsabilidad produjese el efecto buscado.

88. Un Estado propuso que el texto reflejase el argumento incluido en el comentario, es decir que el Estado

<sup>144</sup> Alemania, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 4, se pronunció en contra de una regla negativa expresa, mientras que los Países Bajos, *ibíd.*, párr. 22, y Grecia, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 39, defendieron la versión opuesta.

<sup>145</sup> Véanse las intervenciones de Belarús, *ibíd.*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 99; el Reino Unido, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 31, y Jordania, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 5. Stumer, «Liability of Member States for Acts of International Organizations: Reconsidering the Policy Objections», págs. 563 y 564, consideró que la Comisión había dejado «sin resolver» la cuestión de si un tercero podía fundar sus pretensiones en una disposición del instrumento constitutivo que hiciera responsables a los Estados miembros de las deudas de la organización.

<sup>146</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 17. La aceptación de una responsabilidad (presumiblemente subsidiaria) no puede equipararse al reconocimiento de la atribución de una conducta, que se contempla en el artículo 7, en contra de lo sugerido por Rivier, «Travaux de la Commission du droit international (cinquante huitième session) et de la Sixième Commission (soixante et unième session)», págs. 344 y 345.

tenía «que aceptar la responsabilidad por el hecho de la organización con respecto a la víctima de ese hecho y no con respecto a la propia organización»<sup>147</sup>. Ello podría lograrse modificando el apartado *a* del párrafo 1 para que quedase así: «ha aceptado la responsabilidad por ese hecho frente a la parte lesionada». Sin embargo, no está claro que añadir ese inciso final sea realmente necesario. Además, el texto resultaría ligeramente ambiguo, porque podría aceptarse la responsabilidad «frente» a la parte lesionada pero sin que ello la hiciera necesariamente operativa en sus relaciones con dicha parte.

89. El artículo 29, párr. 2, también fue objeto de una propuesta de modificación, según la cual debía añadirse una frase al final del párrafo «en el sentido de que la responsabilidad internacional de un Estado es subsidiaria respecto de la de la organización internacional»<sup>148</sup>. Aunque efectivamente podría especificarse que la responsabilidad de los Estados miembros se presume subsidiaria «de la de la organización responsable», tal afirmación está implícita en el texto actual, por lo que tal vez no sea necesario incluirla de manera expresa.

90. Pese a referirse también al artículo 29, hubo otra propuesta que planteó una cuestión diferente, al prever un supuesto adicional de responsabilidad de ciertos Estados miembros: los que desempeñasen «una función importante o rectora en la comisión de un hecho por una organización internacional». Se afirmó, en ese contexto, que la responsabilidad principal de las consecuencias de ese hecho debía recaer sobre el Estado miembro<sup>149</sup>. Esta posición no solo implicaría una responsabilidad adicional para los Estados miembros, sino que también afectaría

<sup>147</sup> En este sentido, Grecia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15)*, párr. 39.

<sup>148</sup> Propuesta formulada por Bélgica, *ibíd.*, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 40.

<sup>149</sup> Argumento planteado por China, *ibíd.*, párr. 9.

a la responsabilidad principal de la organización por los hechos ilícitos que se le atribuyesen. La propuesta, que refleja una opinión aparentemente minoritaria entre los Estados, solo ha recibido un apoyo limitado en la práctica<sup>150</sup>.

91. Cuestión diferente es la que se refiere a la ubicación del capítulo (X). La Comisión aún no ha tomado una decisión sobre este punto. Un elemento que debe tenerse en cuenta es que el capítulo (X) contiene las únicas disposiciones del actual proyecto que se refieren a las materias contempladas en el artículo 1, párr. 2, es decir la responsabilidad internacional de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional. La solución preferible parece ser situar el capítulo (X) como quinta parte, a continuación de la parte relativa a los modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional de una organización internacional (actualmente la tercera). Una ventaja de esta solución sería garantizar la continuidad del examen de la responsabilidad de las organizaciones internacionales dentro del proyecto.

92. Como conclusión del presente capítulo, que se refiere a los artículos 25 a 30, se formulan las siguientes propuestas:

*a)* El capítulo (X) debería ubicarse como quinta parte tras la actual tercera parte;

*b)* El artículo 28, párr. 1, debería modificarse de acuerdo con la propuesta que figura en el párrafo 83 *supra*;

*c)* Deberían añadirse ciertos elementos al comentario del artículo 25, según lo indicado en el párrafo 75 *supra*.

<sup>150</sup> Un caso extraído de la práctica procede de la reclamación presentada por Bosnia y Herzegovina contra el Reino Unido en relación con las medidas adoptadas por este último en el Consejo de Seguridad. Véase Quigley, «State Responsibility for Ethnic Cleansing», págs. 375 a 377.

## CAPÍTULO VII

### Contenido de la responsabilidad internacional

93. Varios Estados expresaron su acuerdo en general con el enfoque adoptado por la Comisión en el capítulo I («Principios generales») de la segunda parte («Contenido de la responsabilidad internacional»)<sup>151</sup>. Algunos

<sup>151</sup> Véanse las intervenciones de la Argentina, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18)*, párr. 62; Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, párr. 98; Grecia, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 5; Guatemala, *ibíd.*, párr. 20; Alemania, *ibíd.*, párr. 30; la India, *ibíd.*, párr. 106; Francia, 20.ª sesión (A/C.6/62/SR.20), párr. 6; la Federación de Rusia, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 67; Rumania, *ibíd.*, párr. 76; Suiza, *ibíd.*, párr. 79, y Sierra Leona, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 98. Véase también la intervención de la Comisión Europea, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 114. En un período de sesiones ulterior, los Estados Unidos, *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21)*, párr. 8, expresaron la opinión de que «[e]l principio general de reparar el perjuicio causado, por ejemplo, puede tener el efecto adverso de desviar los recursos de las organizaciones internacionales normalmente asignados a financiar las funciones que se

Estados aprobaron específicamente el artículo 35, según el cual una organización internacional responsable no puede invocar, en sus relaciones con un Estado no miembro, sus reglas como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en derecho internacional<sup>152</sup>.

94. Dejando de lado la cuestión de la aceptabilidad del artículo 43, cabe observar que un cierto número de Estados

les han acordado internacionalmente hacia la protección contra gastos incuantificables derivados de litigios». Por más que esto pueda ocurrir, resulta difícil advertir cuál sería el fundamento por el cual la parte agraviada no tendría derecho, al menos en principio, a una plena reparación.

<sup>152</sup> La Argentina, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18)*, párr. 62; Irlanda, *ibíd.*, párr. 93; Grecia, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 6; Alemania, *ibíd.*, párr. 30; la India, *ibíd.*, párr. 106; la República de Corea, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 35; la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 67; Rumania, *ibíd.*, párr. 76; Suiza, *ibíd.*, párr. 79, y Belarús, *ibíd.*, párr. 95.

expresó también su acuerdo en general con las disposiciones del capítulo II («Reparación del perjuicio»)<sup>153</sup>.

95. Según el artículo 43, «[l]os 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 de cumplir efectivamente las obligaciones que le incumben en virtud del presente capítulo». Este artículo dio lugar a diversas observaciones. La mayoría de los Estados que se refirieron a él indicaron que básicamente estaban de acuerdo con el texto de la Comisión<sup>154</sup>. Algunos Estados sostuvieron que no era necesario incluir en el proyecto una disposición tal como el artículo 43<sup>155</sup>. Otros observaron que había que aclarar la referencia a las reglas de la organización<sup>156</sup>. También se hicieron algunas preguntas acerca de los términos «todas las medidas apropiadas» y «tienen que»<sup>157</sup>.

96. Unos pocos Estados eran partidarios, como alternativa al artículo 43, del texto que había sugerido una minoría de la Comisión y aparecía como nota en el informe de esta y también en el comentario del artículo 43<sup>158</sup>.

<sup>153</sup> Véanse las intervenciones de la Argentina, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 62; Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, párr. 98; Guatemala, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 20; Alemania, *ibíd.*, párr. 30; Francia, 20.ª sesión (A/C.6/62/SR.20), párr. 6; la Federación de Rusia, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 67, y Rumania, *ibíd.*, párr. 76.

<sup>154</sup> Expresaron apoyo al artículo 43, Irlanda, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 92; Guatemala, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 20; Alemania, *ibíd.*, párr. 31; Sri Lanka, *ibíd.*, párr. 66; los Países Bajos, 20.ª sesión (A/C.6/62/SR.20), párrs. 37 y 38; la Federación de Rusia, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 67; Rumania, *ibíd.*, párr. 77, y Suiza, *ibíd.*, párrs. 81 a 83. Véanse también las intervenciones de la Comisión Europea, *ibíd.*, párr. 115, y Sierra Leona, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24), párr. 98, y las observaciones escritas de la OMC y de la OMS (véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/593 y Add.1, secc. D).

<sup>155</sup> Así lo señalaron la India, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 106; Francia, 20.ª sesión (A/C.6/62/SR.20), párr. 6, y Hungría, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 15. Véase también el comentario de Italia, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 39.

<sup>156</sup> Suiza, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 82, señaló que «los límites a la obligación de contribuir que tienen los miembros de una organización internacional responsable deberían establecerse más claramente en el proyecto de artículo». Nueva Zelanda, *ibíd.*, párr. 42, sostuvo que la referencia a las reglas de la organización «no debe interpretarse como una exigencia para justificar la falta de actuación de los miembros de la organización en ausencia de normas apropiadas». Rumania, *ibíd.*, párr. 77, observó que «la adhesión estricta a las reglas internas de una organización [podía hacer] imposible la reparación oportuna». Irlanda, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 92, se refirió al caso «por ejemplo, de que las reglas prohíban expresamente el aporte por los miembros de contribuciones financieras extraordinarias para financiar las reparaciones». Sin embargo, resultaría difícil basar la obligación de los Estados miembros de aportar una contribución en reglas que no fueran las de la organización.

<sup>157</sup> Véanse, respectivamente, las intervenciones de la República de Corea, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 36, y Rumania, *ibíd.*, párr. 77.

<sup>158</sup> El texto figuraba en *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), nota 441. Austria, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párrs. 53 y 54, y Japón, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 99, eran partidarios de este texto. Véanse también los comentarios de la Argentina, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 62, e Israel, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 100. Hungría criticó expresamente el texto alternativo, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 15,

97. Se señaló que no había que interpretar el artículo 43 en el sentido de que diera a entender que los Estados miembros o las organizaciones internacionales tuviesen una obligación subsidiaria de reparar el perjuicio<sup>159</sup>. Si bien el texto actual no parece indicar que los miembros tuvieran una obligación respecto de la entidad que hubiese sufrido el perjuicio, podía darse una aclaración a este respecto añadiendo como segundo párrafo del artículo 43 un texto tal como el siguiente:

«2. El párrafo precedente no significa que los miembros contraigan la obligación de reparar el perjuicio con respecto al Estado o la organización internacional que lo haya sufrido.»

98. Otra cuestión se refiere a la ubicación del artículo 43. La Comisión Europea sugirió pasarlo al capítulo I para que quedara incluido entre los principios generales<sup>160</sup>. Sin embargo, habida cuenta de que el artículo 43 se refiere al cumplimiento de la obligación de reparar, definida en el capítulo II, su ubicación actual parece más apropiada.

99. El contenido del capítulo III («Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general») recoge las opiniones expresadas por varios Estados en el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General<sup>161</sup> en atención a la cuestión, planteada por la Comisión en su informe<sup>162</sup>, de si este capítulo debía redactarse en términos similares al capítulo correspondiente del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. En períodos de sesiones ulteriores de la Asamblea General algunas delegaciones expresaron su acuerdo con el texto de los artículos 44 y 45<sup>163</sup>.

indicando que compartía «la opinión mayoritaria de que la versión alternativa del proyecto de artículo 43 ofrecida en la nota [441] del informe resulta innecesaria, puesto que la obligación que establece se encuentra recogida implícitamente en el deber de la organización internacional responsable de reparar íntegramente el perjuicio causado».

<sup>159</sup> Véanse en particular las intervenciones de Grecia, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 7; Malasia, *ibíd.*, párr. 74, e Israel, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 100. En este contexto Belarús admitió la posibilidad de una responsabilidad subsidiaria de los Estados miembros, *ibíd.*, párr. 96.

<sup>160</sup> *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 115 y *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/593 y Add.1, secc. D. La OIM hizo una propuesta similar (véase *ibíd.*).

<sup>161</sup> Expresaron esta opinión Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 13.ª sesión (A/C.6/61/SR.13), párr. 33; la Argentina, *ibíd.*, párr. 50; los Países Bajos, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14), párr. 25; Bélgica, *ibíd.*, párrs. 43 a 46; España, *ibíd.*, párr. 54; Francia, *ibíd.*, párr. 64; Belarús, *ibíd.*, párr. 101; Suiza, 15.ª sesión (A/C.6/61/SR.15), párr. 8; Jordania, 16.ª sesión (A/C.6/61/SR.16), párr. 5; la Federación de Rusia, 18.ª sesión (A/C.6/61/SR.18), párr. 68, y Rumania, 19.ª sesión (A/C.6/61/SR.19), párr. 60.

<sup>162</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 28.

<sup>163</sup> Véanse en particular las intervenciones de la Argentina, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 63; Malasia, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 74, y Cuba, *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 26. Grecia, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 8 y Chipre, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 37, insistieron en la importancia de la obligación de no reconocer expresada en el artículo 45. La Comisión Europea, *ibíd.*, párr. 116, expresó también su acuerdo en general con los artículos 44 y 45.

100. Un Estado señaló que «la obligación de una organización internacional de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave debe tener en cuenta las posibilidades de actuación de la organización en función de su mandato»<sup>164</sup>. Esta cuestión tal vez haya quedado adecuadamente resuelta en el comentario al artículo 45, en que se explica que la disposición «no tiene por objeto conferir a las organizaciones

<sup>164</sup> La Argentina, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 63, y Suiza, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 84, hicieron una observación similar.

internacionales funciones que son ajenas a sus mandatos respectivos»<sup>165</sup>.

101. En conclusión, para el presente capítulo, que se refiere a la segunda parte actual (arts. 31 a 45), se sugiere una sola modificación, consistente en añadir un párrafo 2 al artículo 43 tal como se propuso en el párrafo 97 *supra*.

<sup>165</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 4 del comentario al artículo 45. Irlanda, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 95, expresó su satisfacción por esta parte del comentario del artículo 45.

## CAPÍTULO VIII

### Modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional

102. La Comisión aprobó en su 60.º período de sesiones, en 2008, los proyectos de artículos relativos al modo de hacer valer la responsabilidad de una organización internacional (arts. 46 a 53), de manera que la Asamblea General no pudo examinarlos hasta su sexagésimo tercer período de sesiones, en el cual varios Estados expresaron que los aprobaban en general y, en particular, en lo relativo a la forma de hacer valer la responsabilidad internacional por el Estado o la organización internacional que había sufrido el perjuicio<sup>166</sup>. La Organización para la Prohibición de las Armas Químicas y la UNESCO, en observaciones que presentaron posteriormente por escrito, expresaron apoyo a los artículos 46 a 53, si bien la UNESCO hizo unas observaciones menores de redacción<sup>167</sup>.

103. Se expresó satisfacción por haberse incluido una disposición relativa a la admisibilidad de la reclamación (art. 48)<sup>168</sup>. Si bien es evidente, y no es necesario que conste expresamente, que el requisito relativo a la nacionalidad no se aplica a la reclamación presentada por una organización internacional que ha sufrido un perjuicio<sup>169</sup>, se sugirió que la Comisión examinara en este contexto

<sup>166</sup> Véanse las intervenciones de la República Checa, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 90 (con referencia a los artículos 46 a 51); Italia, *ibíd.*, párr. 96; la Federación de Rusia, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 39 (con referencia a los artículos 46, 47, 50 y 51); Bélgica, *ibíd.*, párr. 47, y Rumania, *ibíd.*, párr. 56. Véase también la intervención de la Comisión Europea, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 20. Austria, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 82, observó que «existen buenos motivos para aceptar ese criterio» de que el derecho a hacer valer la responsabilidad «puede basarse en la doctrina de las facultades implícitas». Esta observación parece referirse a la competencia en virtud de las reglas de la organización y no a la facultad de una organización internacional de hacer valer la responsabilidad en derecho internacional.

<sup>167</sup> Véase el documento A/CN.4/609 (reproducido en el presente volumen), seccs. B a D, F y G.

<sup>168</sup> La Argentina recaló la importancia de incluir una disposición relativa a la admisibilidad de la reclamación, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 76.

<sup>169</sup> La Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 39, propuso que la inaplicabilidad del requisito de la nacionalidad a una reclamación de una organización internacional se aclarase «también en el propio proyecto». En todo caso, al igual que con el proyecto sobre la responsabilidad del Estado, el proyecto actual no contiene postulados «negativos» y no queda de manifiesto la necesidad de instituir una excepción en el contexto del artículo 48.

cuestiones relativas a la protección funcional como, por ejemplo, si la organización internacional podía interponer una reclamación en beneficio de un exfuncionario<sup>170</sup>. Sin embargo la analogía entre la cuestión de la admisibilidad de la reclamación presentada por un Estado en nombre de uno de sus nacionales, a que se refiere el artículo 48, y la de la admisibilidad de la protección funcional por una organización internacional es limitada<sup>171</sup>. Por lo demás, sería difícil enunciar en esta materia una regla que fuera aplicable en general a todas las organizaciones internacionales o a la mayoría de ellas<sup>172</sup>.

104. En cuanto al otro requisito enunciado en el artículo 48, el agotamiento de los recursos internos, la utilización del término «internos» en relación con los recursos suscitó algunas observaciones<sup>173</sup>. Como se explicaba en el comentario del artículo 48, la disposición apuntaba a incluir tanto los recursos existentes «en el ámbito de una organización internacional» como los «disponibles ante tribunales arbitrales o tribunales u órganos administrativos nacionales cuando la organización internacional ha aceptado su competencia para examinar reclamaciones»<sup>174,175</sup>. Algunos Estados

<sup>170</sup> Así lo sugirió Austria, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 85.

<sup>171</sup> Como indicó la CIJ en su opinión consultiva *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies (C.I.J. Recueil 1949, pág. 186)*, «los fundamentos de las dos reclamaciones son distintos».

<sup>172</sup> La CIJ, en su opinión consultiva mencionada precedentemente, formuló un argumento que se refería concretamente a las Naciones Unidas (*ibíd.*, págs. 181 a 184). Eslovenia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/58/SR.17), párr. 9, señaló que se oponía a que se conceda «a las organizaciones internacionales el derecho a ejercitar la protección funcional en favor de sus funcionarios».

<sup>173</sup> La Federación de Rusia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 39, habría preferido que se utilizara el término «jurídicos» en lugar de «internos», pero este es más usual y cabe considerar que es un término acuñado.

<sup>174</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 9 del comentario al artículo 48.

<sup>175</sup> Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 39, observó que había que definir el término «recursos internos» porque «los particulares pueden tomar medidas contra un Estado ante órganos jurisdiccionales que no sean nacionales». Cabe aducir que en el comentario se trata de dar las explicaciones necesarias.



observaron que esto debería «incluir los diversos tribunales y órganos internos competentes para conocer de los asuntos de que se trate»<sup>176</sup>. En los artículos actuales no es útil especificar el «alcance del derecho de los particulares» a los recursos<sup>177</sup>, porque ello dependería de la organización internacional y del perjuicio.

105. De no haber indicación en contrario, serán las reglas de la organización las que determinen si un órgano de una organización internacional es competente para renunciar válidamente a hacer una reclamación en nombre de la organización<sup>178</sup>. El artículo 49 no contiene una referencia a las reglas de la organización tal como tampoco se encuentra referencia al derecho interno de un Estado ni en el mismo artículo ni en el artículo 45 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, que se refiere a la validez de la renuncia de un Estado a interponer una reclamación.

106. La cuestión de si ha habido consentimiento puede suscitar dudas, pero es difícil enunciar una regla general sobre el «plazo adecuado para que se considere que una reclamación ha prescrito»<sup>179</sup>.

107. El artículo 51 se refiere al caso de pluralidad de Estados u organizaciones internacionales responsables. No parte del supuesto de que, cuando un Estado fuese responsable junto con una organización internacional, la responsabilidad del Estado sería necesariamente subsidiaria o concurrente. La circunstancia de que la responsabilidad sea subsidiaria o concurrente depende de las normas del derecho internacional en la materia<sup>180</sup>. Se señaló que cuando la responsabilidad era concurrente la entidad lesionada podía «decidir el orden en que [hace valer] la responsabilidad del Estado o de la organización internacional responsable»<sup>181</sup>.

<sup>176</sup> Dinamarca, en nombre de los cinco países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 1. Thallinger, «The Rule of Exhaustion of Local Remedies in the Context of the Responsibility of International Organizations», pág. 423, señaló que había que adaptar y atenuar la norma del agotamiento de los recursos internos en el caso de reclamaciones formuladas por Estados contra organizaciones internacionales. Al parecer, quería decir que había que aplicar la norma en forma más estricta: «Las organizaciones internacionales, siempre que proporcionen algún mecanismo de reparación en derecho, deben tener los medios necesarios para rectificar el perjuicio causado por sus órganos» (pág. 425).

<sup>177</sup> El Japón, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 18, propuso que se definiese ese alcance.

<sup>178</sup> Véase el comentario al artículo 49, *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 3 y 4. La Argentina insistió en este punto, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 77. La Federación de Rusia, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 40, sugirió que se añadiera una regla relativa a la competencia.

<sup>179</sup> Israel, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 75, pidió que se «aclarase mejor» esta cuestión.

<sup>180</sup> La Argentina, *ibíd.*, 23.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 78, se refirió en cambio a las reglas de la organización.

<sup>181</sup> China, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 69. Grecia señaló acertadamente, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 3, que «la responsabilidad solo podrá ser invocada en la medida que la invocación de la responsabilidad principal no haya dado lugar a reparación»; ello no basta para que la parte lesionada presente una reclamación antes de que se haga valer la responsabilidad subsidiaria, siempre que se reconozca el carácter subsidiario de la responsabilidad. Véase el comentario del artículo 51, *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 3.

108. La Comisión, en su informe sobre su 59.º período de sesiones, recabó comentarios acerca de la cuestión de si una organización internacional podía hacer valer la responsabilidad en caso de incumplimiento de una obligación internacional respecto de la comunidad internacional en su conjunto. La pregunta era la siguiente:

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?<sup>182</sup>

Algunos Estados dieron una respuesta positiva sin reservas, al menos a título provisional<sup>183</sup>, mientras que otros indicaron que la organización que hacía valer la responsabilidad debía tener el mandato de proteger el interés general subyacente a la obligación incumplida<sup>184</sup>. Esta última postura fue recogida por la Comisión en el artículo 52. La solución adoptada por la Comisión suscitó algunos comentarios favorables<sup>185</sup> en el período de sesiones siguiente de la Asamblea General. También se expresaron unas pocas dudas<sup>186</sup>.

109. Dos Estados sugirieron limitar aún más la posibilidad de hacer valer la responsabilidad internacional en este caso a las organizaciones internacionales que tuvieran «una vocación universal»<sup>187</sup>. Sin embargo, habida cuenta de que un Estado podía hacer valer individualmente la responsabilidad por la misma transgresión, parece más coherente aceptar que incluso un pequeño número de Estados puede establecer una organización internacional que tenga entre sus funciones la protección del interés general subyacente a las obligaciones y que esa misma organización pueda hacer lo que los Estados están facultados para hacer en forma individual.

110. Si bien los artículos del proyecto relativos a las contramedidas (arts. 54 a 60) habían sido aprobados únicamente por el Comité de Redacción y, por lo tanto, no estaban incluidos en el informe de la Comisión sobre su 60.º período de sesiones, algunos Estados se refirieron a

<sup>182</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 30, apdo. a.

<sup>183</sup> Véanse las intervenciones de Hungría, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 16; Chipre, *ibíd.*, párr. 38; Bélgica, *ibíd.*, párrs. 89 y 90, y Belarús, *ibíd.*, párr. 97. Véase también la intervención de Malasia, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 75.

<sup>184</sup> La Argentina, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 64; Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, párrs. 99 y 100; Italia, 19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 40; el Japón, *ibíd.*, párr. 100; la Federación de Rusia, 21.ª sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 70, y Suiza, *ibíd.*, párr. 85.

<sup>185</sup> De la Argentina, *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 78; Alemania, *ibíd.*, párr. 84; la Federación de Rusia, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 41, y la Comisión Europea, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 23.

<sup>186</sup> Según China, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 70, no hay «una práctica establecida» que justifique el texto de la Comisión. Austria, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), párr. 84, consideraba que «el hecho de que muchas organizaciones internacionales tengan funciones limitadas va en contra de su capacidad para invocar responsabilidad por la infracción de una obligación respecto de la comunidad internacional en su conjunto». Cabe aducir que esta objeción queda superada por el requisito que se ha enunciado en el artículo 52, párr. 3, de que «la salvaguardia de los intereses de la comunidad internacional en que se fundamenta la obligación violada forma parte de las funciones de la organización internacional que invoca la responsabilidad».

<sup>187</sup> Belarús, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 60, y la Argentina, *ibíd.*, párr. 78 (de donde se toma la cita).

ellos en los debates de la Sexta Comisión en su sexagésimo tercer período de sesiones. Otros Estados hicieron observaciones de carácter más general.

111. Algunos Estados insistieron en la necesidad de distinguir entre contramedidas y sanciones<sup>188</sup>. Las contramedidas son actos que resultarían en sí mismo ilícitos, mientras que las sanciones son medidas legítimas que puede tomar una organización internacional contra sus miembros de conformidad con sus reglas. Por lo tanto, las sanciones no se tienen en cuenta en el capítulo relativo a las contramedidas.

112. La principal cuestión debatida consistía en si realmente debía haber un capítulo relativo a las contramedidas. Varios Estados habían expresado una opinión favorable en el sexagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General en respuesta a la solicitud formulada por la Comisión<sup>189</sup>. En el período de sesiones siguiente, varios Estados dieron básicamente su aprobación a los artículos del proyecto que en el ínterin había aprobado provisionalmente el Comité de Redacción<sup>190</sup>.

113. Como señaló la OMS,

no hay ninguna razón de peso para que una organización internacional que viola una obligación internacional deba quedar exenta de la adopción de contramedidas por un Estado o una organización internacional lesionados con el fin de obligar a dicha organización a que cumpla sus obligaciones. A la inversa, sería ilógico privar a una organización internacional lesionada por el incumplimiento de una obligación internacional por otra organización internacional de la posibilidad de tomar medidas de represalia para inducir a esta última a cumplir sus obligaciones<sup>191</sup>.

En el mismo sentido, la UNESCO expresó que no tenía «objeción alguna con respecto a la inclusión de proyectos de artículos sobre contramedidas»<sup>192</sup>.

114. Varios Estados insistieron en la necesidad de actuar con cautela en el caso de las contramedidas. No cabe duda de que la Comisión es consciente de esa

necesidad, porque el propósito manifiesto del capítulo que se refiere a ellas consiste en restringirlas mediante una serie de normas sustantivas y de procedimiento. En todo caso, unos pocos Estados expresaron dudas acerca de la conveniencia de incluir la cuestión de las contramedidas en el proyecto actual<sup>193</sup>. Otros Estados sugirieron que se limitara aún más el recurso a las contramedidas admitiendo como tales únicamente la de «diferir el cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de una relación convencional»<sup>194</sup>.

115. Se señaló que las contramedidas tomadas contra una organización internacional no debían «limitar el ejercicio de la competencia funcional de las organizaciones internacionales»<sup>195</sup>. Esta cuestión parece resuelta por el párrafo 4 del artículo 54, según el cual «en lo posible, las contramedidas se tomarán de manera que limite sus efectos en el ejercicio por la organización internacional responsable de sus funciones».

116. Se hicieron varias observaciones acerca de la cuestión de si un miembro de una organización internacional responsable que hubiese sufrido un perjuicio podía tomar contramedidas respecto de ella. En esta cuestión es evidente la importancia de las reglas de la organización<sup>196</sup> que «deben primar como *lex specialis*» sobre el derecho internacional general relativo a las contramedidas cuando la controversia enfrente a la organización con uno de sus Estados Miembros<sup>197</sup>. Según una opinión, «[l]as normas de la organización determinan si una organización puede recurrir a las contramedidas contra sus miembros o puede ser objeto de contramedidas por ellos»<sup>198</sup>. Sin embargo, las reglas de la organización no resuelven necesariamente la cuestión y, por lo tanto, es necesario establecer una norma residual.

117. Se expresó la opinión de que «como norma general, las contramedidas no tienen lugar en las relaciones entre una organización internacional y sus miembros»<sup>199</sup>. Se expusieron algunas dudas acerca de que ese principio y las pocas excepciones a él estuvieran debidamente

<sup>188</sup> Véanse las intervenciones de Alemania, *ibíd.*, 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 86; Portugal (A/C.6/63/SR.20), párr. 25; Viet Nam, *ibíd.*, párr. 38; Grecia, 21.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 1, y España, 22.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 5.

<sup>189</sup> La Argentina, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/62/SR.18), párr. 64, para el caso en que la organización «esté estrechamente vinculada al derecho protegido por la norma violada»; Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, párr. 101; Italia, 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/62/SR.19), párr. 41; Malasia, *ibíd.*, párr. 75; Japón, *ibíd.*, párr. 100; los Países Bajos, 20.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/62/SR.20), párr. 40; la Federación de Rusia, 21.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/62/SR.21), párr. 71; Suiza, *ibíd.*, párr. 86, y Bélgica, *ibíd.*, párr. 91.

<sup>190</sup> La Argentina, *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 79; Alemania, *ibíd.*, párrs. 85 y 86; Malasia, 20.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 36; Rumania, 21.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 56; España, 22.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 5, y el Japón, *ibíd.*, párr. 18. La Comisión Europea expresó la misma opinión (*ibíd.*, párr. 24). La Federación de Rusia, 21.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 41, sostuvo que las organizaciones internacionales podían tomar contramedidas contra otras organizaciones internacionales únicamente hasta el «alcance de sus competencias específicas». Esta restricción parece implícita. No se encuentra indicación alguna en el proyecto de artículo en el sentido de que la adopción de contramedidas justificaría actos *ultra vires*.

<sup>191</sup> Véase el documento A/CN.4/609 (reproducido en el presente volumen), secc. I.

<sup>192</sup> *Ibid.*

<sup>193</sup> Grecia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 21.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 1. Véanse también las intervenciones del Reino Unido, *ibíd.*, párr. 24, e Israel, 24.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 75.

<sup>194</sup> La República de Corea, *ibíd.*, 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 64. La República Checa expresó una opinión similar (*ibíd.*, párr. 92).

<sup>195</sup> Belarús, *ibíd.*, 21.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 98 y 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 58. Israel hizo una observación similar, 24.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 75.

<sup>196</sup> Bélgica insistió en la necesidad de que se cumplieran las reglas de la organización, *ibíd.*, 21.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 48. En el mismo sentido, Filipinas, 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 43, y el Uruguay, 21.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 45, se refirieron a los «instrumentos constitutivos» de la organización.

<sup>197</sup> Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), *ibíd.*, 20.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 1. Se hizo una afirmación similar en las observaciones de la OMS (véase el documento A/CN.4/609 (reproducido en el presente volumen), secc. I).

<sup>198</sup> La India, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 22.

<sup>199</sup> Alemania, *ibíd.*, 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 86. Véanse también las intervenciones de Francia, 20.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 40, y Grecia, 21.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 2.

enunciados en el artículo 55<sup>200</sup>. Tal vez la Comisión desee reconsiderar esta cuestión.

118. Con respecto al artículo 56, se ha observado que la mayor parte de las obligaciones que, según esa disposición, no pueden incumplirse para los fines de tomar contramedidas contra una organización internacional responsable «se deben a la comunidad internacional en general, no a la organización internacional contra la que

<sup>200</sup> La UNESCO apoyó el texto que el Relator Especial había sugerido en su sexto informe (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/597, párr. 48), «si con eso no contraviene a las reglas de la organización» (documento A/CN.4/609 (reproducido en el presente volumen), secc. I).

puedan tomarse contramedidas»<sup>201</sup>. Cabría hacer una observación similar con respecto a los Estados en relación con la disposición paralela incluida en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado. La limitación de las obligaciones que pueden incumplirse al tomar contramedidas significa que el incumplimiento no se justificaría siquiera en las relaciones entre el Estado o la organización internacional lesionada y la organización responsable.

119. Para concluir, cabe señalar que no se proponen cambios a los proyectos de artículos 46 a 60.

<sup>201</sup> Rumania, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21)*, párr. 56.

## CAPÍTULO IX

### Disposiciones generales

120. Al igual que en el caso del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, habría que completar el proyecto actual con unas cuantas disposiciones generales, que obedecen al propósito de aplicarse a cuestiones que se refieran tanto a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales como a la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional. Con arreglo a las sugerencias que se han hecho en los párrafos 21 y 92 *supra*, las partes segunda a cuarta comprenderán la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales y la quinta la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional. Si se aceptan estas sugerencias habrá una sexta parte con disposiciones generales. A diferencia de las cuestiones a que se ha hecho referencia en los capítulos precedentes del presente informe, las disposiciones generales se examinan por primera vez.

121. Como destacaron en sus comentarios muchos Estados y organizaciones internacionales, la variedad de organizaciones internacionales es tal que resulta indispensable reconocer la existencia de normas especiales sobre la responsabilidad internacional que son aplicables a algunas categorías de organizaciones o a una organización en particular en sus relaciones con todos los demás Estados y otras organizaciones internacionales o algunos de ellos<sup>202</sup>. Estas reglas especiales (*lex specialis*) pueden complementar las de carácter más general que se han redactado en el texto actual o las pueden reemplazar en todo o parte.

122. Sería una tarea ímproba para la Comisión tratar de determinar el contenido y el ámbito de aplicación de estas reglas especiales. Por lo tanto, las opiniones formuladas al respecto no han sido examinadas en los informes anteriores ni lo serán aquí. Podría parecer que ha habido una excepción, ya que se ha prestado cierta atención a la

<sup>202</sup> Irlanda, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión, 18.ª sesión (A/C.6/62/SR.18)*, párr. 96, y el Reino Unido, *19.ª sesión (A/C.6/62/SR.19)*, párr. 44, acogieron con beneplácito la sugerencia que el Relator Especial hizo en su quinto informe (*Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/583, párr. 3) de incluir una disposición relativa a la *lex specialis*.

cuestión planteada por la Comisión Europea, de si existen «reglas especiales de atribución de un comportamiento» para la CE y «otras organizaciones potencialmente similares», con respecto a la atribución a esa organización de actos realizados por Estados miembros en cumplimiento de disposiciones de ella que tengan fuerza obligatoria<sup>203</sup>. Esta cuestión nos lleva a una más amplia que hay que tener en cuenta en el contexto del presente proyecto y consiste en si, como norma general, el comportamiento de un Estado o de una organización internacional que cumple una disposición de otra organización internacional de la que es miembro es atribuible a esta. Esta cuestión se ha examinado también anteriormente, en los párrafos 31 a 33, en el contexto de ciertas decisiones judiciales o de otra índole. El resultado del examen de la cuestión más amplia no resuelve la de la existencia de una norma especial sobre atribución que se refiera a una categoría de organizaciones internacionales, o incluso a una organización determinada, en sus relaciones con los Estados y con otras organizaciones internacionales.

123. Es probable que las reglas de la organización hayan de constituir un corpus de reglas especiales que afecten en cierta medida a la aplicación de las normas sobre responsabilidad internacional en las relaciones

<sup>203</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 21.ª sesión (A/C.6/59/SR.21)*, párr. 18. La Comisión Europea señaló también otras posibilidades, como la de establecer «reglas especiales de responsabilidad, de tal modo que la responsabilidad pudiera atribuirse a la organización, aun cuando los principales causantes del incumplimiento de una obligación de la organización fueran los órganos de los Estados miembros» y la de establecer «una cláusula especial de exoneración o salvaguardia para organizaciones como la Comunidad Europea». La segunda alternativa quedaría comprendida en una disposición relativa a la *lex specialis* tal como la que se sugiere en el párrafo 124 de este informe. Para la primera alternativa no parece necesario que haya una norma especial sobre responsabilidad. La responsabilidad dependería del contenido de la obligación que se incumpliera. En el supuesto de que una organización internacional aceptara una obligación respecto de un tercer Estado de asegurar un cierto resultado y ese resultado no se alcanzara por el comportamiento de uno de sus Estados miembros, la organización incurriría en responsabilidad en virtud de las reglas generales aunque ese comportamiento fuese atribuido al Estado miembro. En cambio, el Estado miembro no incurriría en responsabilidad si no hubiese contraído con arreglo al derecho internacional una obligación paralela respecto del tercer Estado.

entre una organización internacional y sus miembros<sup>204</sup>. Es evidente que las reglas de la organización son pertinentes a una serie de cuestiones examinadas en el proyecto actual, tanto así que varias disposiciones podrían incluir la expresión «con sujeción a las reglas especiales de la organización». Una disposición relativa a la *lex specialis* haría innecesario repetir esa cláusula aunque no se mencionaran específicamente las reglas de la organización. En todo caso y habida cuenta de la importancia práctica de las reglas de la organización como posible fuente de *lex specialis*, parecería procedente hacer referencia expresa a ella.

124. En el texto siguiente se recoge la redacción del artículo 55 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado y se añade una referencia a las reglas de la organización:

**«Proyecto de artículo 61. Lex specialis**

**Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de una organización internacional o de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional, tales como las normas de la organización que sean aplicables a las relaciones entre una organización internacional y sus miembros.»**

125. El proyecto actual se refiere a cuestiones relativas a la responsabilidad internacional del Estado únicamente en la medida en que quedan comprendidas en lo que es actualmente el capítulo (X) y debe pasar a ser la quinta parte con arreglo a la sugerencia que el Relator Especial hizo en el párrafo 92 *supra*. Como se señaló más arriba en el párrafo 8, habida cuenta de la definición del alcance del proyecto actual, indicada en el artículo 1, no quedan comprendidas otras cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado siquiera cuando tampoco lo están en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Habida cuenta de que no habría razón para inferir que las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado a que no se hace referencia en el proyecto no están comprendidas en otras reglas de derecho internacional, podría parecer superfluo expresarlo en una disposición general. Sin embargo, de hacer esta afirmación en una disposición general relativa a la responsabilidad de las organizaciones internacionales, la circunstancia de no agregar una referencia a los Estados puede tener consecuencias no queridas.

126. Una disposición general relativa a las reglas de derecho internacional distintas de las que ya existen con respecto a cuestiones reguladas en el presente proyecto parecería obedecer principalmente al propósito de indicar que el proyecto no se refiere a todas las cuestiones de derecho internacional que puedan ser pertinentes a fin de determinar si una organización internacional es responsable y qué entraña esa responsabilidad. Se hizo una observación similar con respecto a los Estados en el artículo 56 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado<sup>205</sup>.

127. El artículo 56 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado puede servir de modelo para un texto que se refiera a la responsabilidad tanto de las organizaciones internacionales como de los Estados y que podría ser el siguiente:

**«Proyecto de artículo 62. Cuestiones de responsabilidad internacional no regulada en los presentes artículos**

**Las normas de derecho internacional aplicables seguirán rigiendo las cuestiones relativas a la responsabilidad de una organización internacional o de un Estado por un hecho internacionalmente ilícito en la medida en que esas cuestiones no estén reguladas en los presentes artículos.»**

128. El proyecto actual no se refiere a cuestiones de responsabilidad individual. Por más que ello parezca evidente, sería útil incluir en el proyecto una disposición general destinada a recordar que en relación con el hecho ilícito de una organización internacional pueden plantearse cuestiones de responsabilidad individual. De tal manera se dejaría en claro que la condición oficial de una persona no puede exonerarla de la responsabilidad internacional en que incurra por su comportamiento. Se optó por una solución similar en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado al incluir el artículo 58 en las disposiciones generales.

129. Cuando una organización internacional o un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito, no cabe considerar que quede implícita la responsabilidad en derecho internacional de quienes actúen a nombre de la organización internacional. Sin embargo, hay casos en que la responsabilidad de ciertas personas sea probable, como ocurre en el de las que hayan tenido un papel fundamental en el incumplimiento grave de una obligación con arreglo a una norma imperativa de derecho internacional general, previsto en el artículo 44 del proyecto actual y en el artículo 40 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

130. Por lo tanto, se propone incluir un proyecto de artículo que recoja el artículo 58 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, añadiendo cinco palabras para ampliar su alcance a las organizaciones internacionales. El texto sería el siguiente:

**«Proyecto de artículo 63. Responsabilidad individual**

**Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de una organización internacional o de un Estado.»**

131. La última disposición del proyecto sobre la responsabilidad del Estado indica que sus artículos se entenderán «sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas». Se entiende que se trata de indicar qué efecto tendría la Carta en relación con las cuestiones de responsabilidad del Estado y ese efecto puede ser resultado directo de la Carta o de actos realizados por alguno de los órganos de las Naciones Unidas de conformidad con la Carta. Lo que es aplicable a las cuestiones de responsabilidad del Estado

<sup>204</sup> Véase en particular a este respecto la intervención de Polonia, *ibíd.*, 22.ª sesión (A/C.6/59/SR.22), párr. 1.

<sup>205</sup> *Anuario ... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 31.

reguladas por los artículos pertinentes también aplicable a las cuestiones de responsabilidad del Estado comprendidas en el proyecto actual.

132. Si bien el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas únicamente se refiere al conflicto entre «obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta», por una parte, y «sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional», por la otra, el efecto de la Carta no se limita a las obligaciones de los otros Miembros de las Naciones Unidas. La Carta bien puede afectar a obligaciones y, por lo tanto, a la responsabilidad de una organización internacional. Por ejemplo, si una resolución aprobada por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta excluyera la adopción de contramedidas contra cierto Estado, ni los Estados ni las organizaciones internacionales podrían recurrir legítimamente a esas contramedidas<sup>206</sup>. A los efectos del proyecto,

<sup>206</sup> Según Polonia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, 14.ª sesión (A/C.6/61/SR.14)*, párr. 105, la disposición relativa a las contramedidas como circunstancia eximente de la ilicitud (art. 19) «debería contener una referencia explícita a la Carta y al derecho de las Naciones Unidas,

no es necesario definir en qué medida podría la Carta afectar, directa o indirectamente, a la responsabilidad internacional de una organización internacional<sup>207</sup>.

133. Se puede reproducir sin cambio alguno el artículo 59 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado:

**«Proyecto de artículo 64. Carta de las Naciones Unidas**

**Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas.»**

134. Para concluir este capítulo, el Relator Especial sugiere incluir en el proyecto los cuatro artículos enunciados en los párrafos 124, 127, 130 y 133 *supra*.

a fin de indicar el posible alcance y las limitaciones sustantivas y de procedimiento de las contramedidas adoptadas por una organización internacional». Una disposición general podría cumplir la misma función.

<sup>207</sup> Bélgica, *ibíd.*, párr. 46, señaló que «debería añadirse al final del proyecto de artículo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales una cláusula de salvaguardia, basada en el artículo 59 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos».

# RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/609

## Comentarios y observaciones recibidos de las organizaciones internacionales

[Original: inglés]  
[13 de marzo de 2009]

### ÍNDICE

|  | <i>Página</i>   |
|--|-----------------|
| Instrumentos multilaterales citados en el presente documento.....  | 103             |
|  | <i>Párrafos</i> |
| INTRODUCCIÓN.....  | 1-2 104         |
| COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES .....  | 104             |
| A. Observaciones generales.....  | 104             |
| FMI .....  | 104             |
| OMS.....   | 104             |
| B. Invocación de la responsabilidad de una organización internacional — Consideraciones generales .....  | 105             |
| OMI .....  | 105             |
| Organización para la Prohibición de las Armas Químicas .....   | 105             |
| OMS.....   | 105             |
| C. Proyecto de artículo 46. Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado o la organización internacional lesionada.....  | 105             |
| UNESCO .....   | 105             |
| D. Proyecto de artículo 48. Admisibilidad de la reclamación .....  | 106             |
| Organización para la Prohibición de las Armas Químicas .....   | 106             |
| E. Proyecto de artículo 49. Pérdida del derecho a invocar la responsabilidad .....   | 106             |
| OMS.....   | 106             |
| F. Proyecto de artículo 50. Pluralidad de Estados u organizaciones internacionales lesionados .....  | 106             |
| UNESCO .....   | 106             |
| G. Proyecto de artículo 51. Pluralidad de Estados u organizaciones internacionales responsables.....   | 106             |
| UNESCO .....   | 107             |
| H. Proyecto de artículo 52. Invocación de la responsabilidad por un Estado o una organización internacional que no sea un Estado lesionado o una organización internacional lesionada..... | 107             |
| OMS.....   | 107             |
| I. Contramedidas .....   | 107             |
| UNESCO .....   | 107             |
| OMS.....   | 108             |

---

### Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

*Fuente*

Convención sobre Prerrogativas e Inmunities de los Organismos Especializados  
(Nueva York, 21 de noviembre de 1947)

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)

Naciones Unidas, *Recueil des Traités*,  
vol. 33, n.º 521, pág. 261.

Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.

## 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<sup>1</sup>. 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, 2007 y 2008<sup>2</sup>. Más recientemente la Comisión recabó comentarios sobre el capítulo VII de su informe correspondiente a 2008<sup>3</sup> y

<sup>1</sup> *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), pág. 20, párr. 52.

<sup>2</sup> Los comentarios recibidos por escrito de las organizaciones internacionales antes del 15 de abril de 2008 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, *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/582 y *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/593 y Add.1.

<sup>3</sup> *Anuario... 2008*, 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 *ibid.*, párr. 164. El texto de los proyectos de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 60.º período de sesiones, en 2008, figuran en *ibid.*, párr. 165.

sobre las cuestiones que revestían particular interés indicadas en los párrafos 29 y 30 de ese informe<sup>4</sup>.

2. Al 13 de marzo de 2009 se habían recibido comentarios por escrito de las cinco organizaciones internacionales siguientes (las fechas de presentación figuran entre paréntesis): FMI (27 de febrero de 2009); OMI (15 de enero de 2009); OMS (4 de febrero de 2009); Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (13 de enero de 2009) y UNESCO (12 de enero de 2009). En una comunicación de fecha 6 de enero de 2009, el OIEA informó que no deseaba formular ningún comentario en ese momento. A continuación se reproducen los comentarios, reagrupados por temas, siguiendo el orden alfabético inglés.

<sup>4</sup> *Ibid.* El texto de los párrafos 29 y 30 del informe correspondiente a 2008 es el siguiente:

«29. La Comisión agradecería que los gobiernos y las organizaciones internacionales hicieran comentarios y observaciones sobre los proyectos de artículos 46 a 53, relativos a la invocación de la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

30. La Comisión también agradecería recibir comentarios sobre las cuestiones relativas a las contramedidas tomadas contra organizaciones internacionales, teniendo en cuenta el debate sobre esas cuestiones, tal como aparece reflejado en el capítulo VII.»

## Comentarios y observaciones recibidos de las organizaciones internacionales

### A. Observaciones generales

#### FMI

1. El FMI toma nota de la sugerencia del Relator Especial de que, antes de completar la primera lectura, se debería revisar el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión teniendo en cuenta todos los comentarios formulados por los Estados y las organizaciones internacionales. Como se recordará por los comentarios anteriores del FMI<sup>1</sup> y por comentarios similares formulados por otras organizaciones internacionales, una cuestión fundamental a la hora de examinar la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales es que estas, a diferencia de los Estados, no poseen competencia general. Tal como ha reconocido la Comisión en dos de los proyectos de artículos que ha aprobado provisionalmente, no se puede exigir a las organizaciones internacionales que realicen actividades ajenas a sus mandatos respectivos<sup>2</sup>. El FMI considera que ese concepto debe incorporarse en algunos otros proyectos de artículos, y la sugerencia del Relator Especial de realizar un examen antes de completar la primera lectura es una buena oportunidad para hacerlo. El Fondo también cree que, puesto que los mandatos de las organizaciones internacionales se establecen mediante acuerdos internacionales, las acciones que claramente emprendan en

<sup>1</sup> Véase *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), pág. 19, documento A/CN.4/545, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), pág. 27, documento A/CN.4/556 y *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/582.

<sup>2</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), comentario del proyecto de artículo 45, párr. 4, y *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), proyecto de artículo 52, párr. 3, y comentario correspondiente, párr. 10.

cumplimiento de esos tratados deberían considerarse por lo general acordes con el derecho internacional.

2. El FMI espera que la Comisión tenga en cuenta la sugerencia de organizar una reunión con los asesores jurídicos de las organizaciones internacionales a fin de iniciar un examen concreto de las cuestiones planteadas en estos y otros comentarios<sup>3</sup>, reunión en la que el Fondo tendrá mucho gusto en participar.

#### OMS

En primer lugar, la OMS quiere felicitar a la Comisión y al Relator Especial por haber concluido prácticamente la primera lectura del proyecto de artículos en apenas seis años. Asimismo, la OMS celebra la invitación cursada por la Comisión a los asesores jurídicos de una serie de organizaciones internacionales para iniciar un examen con la Comisión de todos los proyectos de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales y del enfoque aplicado hasta la fecha por la Comisión y el Relator Especial. Tal como se puso de manifiesto en varios comentarios formulados por organizaciones internacionales a lo largo del proyecto, las organizaciones internacionales están muy interesadas en asegurar que toda codificación del derecho relativo a la responsabilidad de las organizaciones internacionales refleje plenamente su condición de sujetos de derecho internacional y no perjudique el cumplimiento íntegro y sin trabas de sus respectivas funciones constitucionales. Ese empeño es particularmente importante si se tiene en cuenta que la Comisión ha utilizado como modelo para el proyecto de artículos el

<sup>3</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 119.

proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos [*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76], pese a que en muchos aspectos relativos a la responsabilidad de las organizaciones internacionales la práctica es escasa o nula y a que la normativa en esa esfera está menos consolidada que en el caso de los Estados.

## B. Invocación de la responsabilidad de una organización internacional — Consideraciones generales

### OMI

1. A la OMI le complace observar que la Comisión examinó el sexto informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales [*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/597], y aprobó provisionalmente ocho proyectos de artículos, lo que supone un progreso considerable. La OMI felicita a la Comisión por ese logro y, en particular, desea rendir homenaje al Relator Especial, Sr. Gaja, por la labor que ha realizado.

2. A continuación, la OMI formula algunos breves comentarios de carácter general.

3. La OMI observa que estos proyectos de artículos siguen, por analogía y *mutatis mutandis*, la redacción de las disposiciones correspondientes sobre la responsabilidad del Estado, incorporando las opiniones y prácticas de algunas organizaciones internacionales, como la UE.

4. En principio, la OMI cree que las normas que rigen la responsabilidad del Estado se pueden aplicar, en circunstancias similares, a la responsabilidad de las organizaciones internacionales. No obstante, la UE, en su calidad de organización de integración económica regional cuyos miembros le han transferido competencia exclusiva sobre ciertas cuestiones, tiene un carácter completamente diferente al de un organismo especializado de las Naciones Unidas, como la OMI. Por consiguiente, los principios aplicables a la UE quizá no sean adecuados para la OMI.

5. La OMI es un organismo regulatorio de las Naciones Unidas, establecido para desempeñar determinadas funciones previstas en su constitución en defensa de los intereses comunes de sus Estados miembros y de la industria marítima. La competencia de esta organización para realizar ciertas acciones depende, básicamente, de su constitución, de la aplicación de los tratados e instrumentos de otro tipo aprobados bajo sus auspicios, y de las decisiones adoptadas por sus órganos rectores. Estos últimos también ejercen una supervisión estricta de las actividades de la organización.

6. En la presente etapa, todavía no resulta claro cómo se aplicarían los proyectos de disposiciones a las actividades de la OMI y cuál sería la relación entre esos proyectos y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la Convención sobre Prerrogativas e Inmidades de los Organismos Especializados. También resulta difícil imaginar unas circunstancias que pudieran dar lugar a la posible aplicación por la OMI de esos proyectos de disposiciones.

7. Por consiguiente, la OMI apoya la sugerencia de organizar una reunión entre la Comisión y los asesores jurídicos de las organizaciones internacionales con el fin de iniciar un examen concreto de las cuestiones planteadas por los proyectos de artículos, incluida la cuestión de las contramedidas.

### ORGANIZACIÓN PARA LA PROHIBICIÓN DE LAS ARMAS QUÍMICAS

La Organización para la Prohibición de las Armas Químicas considera que los capítulos III.B y VII del informe tienen un alcance sumamente amplio, ya que incluyen una variedad de cuestiones relativas a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales que ya se trataron de manera similar en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos [*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76]. En cuanto a los proyectos de artículos 46 a 53, la organización observa que siguen el modelo, con ciertos ajustes, de las disposiciones correspondientes sobre la responsabilidad del Estado. En su opinión, esos ajustes son apropiados.

### OMS

Por lo que respecta a los proyectos de artículos 46 a 53, la mayoría no plantea problemas particulares, ya que reproducen los artículos correspondientes sobre la responsabilidad del Estado en cuestiones en las que no parece haber ninguna justificación para hacer diferencias entre Estados y organizaciones internacionales. No obstante, la aplicabilidad de algunos artículos a las organizaciones internacionales puede resultar difícil en la práctica.

## C. Proyecto de artículo 46 — Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado o la organización internacional lesionada

El texto del proyecto de artículo 46, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 60.º período de sesiones, en 2008, es el siguiente:

### *Artículo 46. Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado o la organización internacional lesionada*

Un Estado o una organización internacional tendrá derecho como Estado lesionado u organización internacional lesionada a invocar la responsabilidad de otra organización internacional si la obligación violada existe:

- a) con relación a ese Estado o la primera organización internacional individualmente;
- b) con relación a un grupo de Estados u organizaciones internacionales, del que ese Estado o la primera organización internacional forma parte, o con relación a 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 modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados y organizaciones internacionales con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de esta.

### UNESCO

En el apartado *b* del artículo 46 se contempla el caso de la violación de una obligación que existe con relación a un



grupo de Estados o de organizaciones internacionales o con relación a la comunidad internacional en su conjunto. A ese respecto, la UNESCO considera que la violación de una obligación que se contempla en el inciso ii) del apartado *b* del artículo 46 debe ser «de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados u organizaciones internacionales» en vez de «todos los demás Estados y organizaciones internacionales».

#### **D. Proyecto de artículo 48 — Admisibilidad de la reclamación**

El texto del proyecto de artículo 48, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 60.º período de sesiones, en 2008, es el siguiente:

##### *Artículo 48. Admisibilidad de la reclamación*

1. Un Estado lesionado no podrá invocar la responsabilidad de una organización internacional si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones.

2. Cuando la reclamación esté sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos, el Estado lesionado o la organización internacional lesionada no podrá invocar la responsabilidad de otra organización internacional si no se han agotado todas las vías de recurso disponibles y efectivas proporcionadas por esta organización.

#### ORGANIZACIÓN PARA LA PROHIBICIÓN DE LAS ARMAS QUÍMICAS

La Organización para la Prohibición de las Armas Químicas ha observado que la Comisión optó por no incluir una disposición similar al artículo 44 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos [*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 29, párr. 76]. Al analizar esta cuestión, la Comisión tal vez desee considerar las consecuencias prácticas de la falta de dicha norma. Esa disposición podría revestir particular importancia en el caso de que los nacionales de un Estado resultaran lesionados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por una organización internacional de la cual el Estado no hubiera podido obtener reparación por los canales ordinarios. La Organización para la Prohibición de las Armas Químicas considera que esta cuestión no solo es pertinente para las cuestiones de jurisdicción o de admisibilidad de la reclamación ante órganos judiciales, sino que también es una condición general para la invocación de la responsabilidad en los casos en que sea aplicable.

#### **E. Proyecto de artículo 49 — Pérdida del derecho a invocar la responsabilidad**

El texto del proyecto de artículo 49, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 60.º período de sesiones, en 2008, es el siguiente:

##### *Artículo 49. Pérdida del derecho a invocar la responsabilidad*

La responsabilidad de la organización internacional no podrá ser invocada:

a) si el Estado lesionado o la organización internacional lesionada ha renunciado válidamente a la reclamación;

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

#### OMS

La validez de la renuncia, o de la aquiescencia, de una organización internacional a una reclamación, de conformidad con el proyecto de artículo 49, puede ser difícil de determinar, dada la posible complejidad de la atribución de competencias a los distintos órganos de la organización conforme a las reglas pertinentes. La OMS observa que en el comentario de ese artículo se reconocen esas dificultades.

#### **F. Proyecto de artículo 50 — Pluralidad de Estados u organizaciones internacionales lesionados**

El texto del proyecto de artículo 50, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 60.º período de sesiones, en 2008, es el siguiente:

##### *Artículo 50. Pluralidad de Estados u organizaciones internacionales lesionados*

Cuando varios Estados u organizaciones internacionales sean lesionados por el mismo hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional, cada Estado lesionado u organización internacional lesionada podrá invocar separadamente la responsabilidad de la organización internacional por el hecho internacionalmente ilícito.

#### UNESCO

La UNESCO observa que parece existir una contradicción entre el comentario de la Comisión y la redacción de este artículo. En efecto, en su comentario, la Comisión especifica que ese artículo contempla los supuestos en que: *a*) haya una pluralidad de Estados lesionados; *b*) exista una pluralidad de organizaciones internacionales lesionadas, y *c*) haya uno o varios Estados lesionados y una o varias organizaciones lesionadas. Sin embargo, en el artículo 50, en su redacción actual, no se prevé una situación en que haya uno o varios Estados lesionados y una o varias organizaciones lesionadas. Por consiguiente, la UNESCO considera que, si se pretende que el artículo regule esta última situación, la redacción de la primera parte de la oración debe modificarse para que diga «Cuando varios Estados y/u organizaciones internacionales». No obstante, si la intención es contemplar solamente las situaciones en que haya una pluralidad de Estados lesionados o una pluralidad de organizaciones lesionadas, entonces debe modificarse el comentario de la Comisión y suprimir la tercera posibilidad.

#### **G. Proyecto de artículo 51 — Pluralidad de Estados u organizaciones internacionales responsables**

El texto del proyecto de artículo 51, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 60.º período de sesiones, en 2008, es el siguiente:

##### *Artículo 51. Pluralidad de Estados u organizaciones internacionales responsables*

1. Cuando una organización internacional y uno o varios Estados o una o varias otras organizaciones sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, podrá invocarse la responsabilidad de cada Estado u organización internacional en relación con ese hecho.

2. La responsabilidad subsidiaria, como en el caso del proyecto de artículo 29, solo podrá invocarse en la medida en que la invocación de la responsabilidad principal no haya dado lugar a reparación.

3. Los párrafos 1 y 2:

a) no autorizan a un Estado lesionado o una organización internacional lesionada a recibir una indemnización superior al daño que ese Estado o esa organización haya sufrido;

b) se entenderán sin perjuicio de cualquier derecho a recurrir que el Estado o la organización internacional que hubiere dado reparación pueda tener contra los otros Estados u organizaciones internacionales responsables.

## UNESCO

Según la Comisión, en este artículo se contempla el supuesto en que una organización internacional es responsable por un determinado hecho ilícito junto con una o varias otras entidades, ya sean organizaciones internacionales o Estados. En opinión de la UNESCO, aunque el término «otras» que figura en el párrafo 1 del artículo 51 permite entender que se trata de organizaciones «internacionales», sería preferible que se especificara que esas «otras organizaciones» deben ser internacionales.

### H. Proyecto de artículo 52 — Invocación de la responsabilidad por un Estado o una organización internacional que no sea un Estado lesionado o una organización internacional lesionada

El texto del proyecto de artículo 52, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 60.º período de sesiones, en 2008, es el siguiente:

*Artículo 52. Invocación de la responsabilidad por un Estado o una organización internacional que no sea un Estado lesionado o una organización internacional lesionada*

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

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

3. Una organización internacional que no sea una organización internacional lesionada tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otra organización internacional de conformidad con el párrafo 4 si la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto y si la salvaguardia de los intereses de la comunidad internacional en que se fundamenta la obligación violada forma parte de las funciones de la organización internacional que invoca la responsabilidad.

4. Un Estado o una organización internacional con derecho a invocar la responsabilidad según los párrafos 1 a 3 podrá reclamar a la organización internacional responsable:

a) la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el proyecto de artículo 33; y

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

5. Los requisitos para la invocación de la responsabilidad por parte de un Estado lesionado o una organización internacional lesionada previstos en los proyectos de artículos 47, 48, párrafo 2, y 49 serán de aplicación en el caso de invocación de la responsabilidad por parte de un Estado o una organización internacional con derecho a hacerlo en virtud de los párrafos 1 a 4.

## OMS

En opinión de la OMS, existen dificultades prácticas y conceptuales similares en relación con la aplicabilidad del proyecto de artículo 52 a las organizaciones internacionales. Por ejemplo, es difícil identificar obligaciones que existan indistintamente con relación a un grupo de organizaciones internacionales, dada su condición de entidades internacionales con funciones limitadas y diferenciadas, aparte de los casos en que las organizaciones internacionales sean partes en el mismo tratado o del caso poco probable de que una organización internacional viole una norma imperativa de naturaleza tal que sea aplicable con carácter general a cualquier sujeto de derecho internacional. Por consiguiente, es bastante probable que las disposiciones tomadas del contexto de la responsabilidad del Estado, como es el caso, que parecen fácilmente extrapolables a las organizaciones internacionales, acaben siendo de dudosa aplicabilidad o de escasa relevancia práctica.

### I. Contramedidas

#### UNESCO

1. La UNESCO no tiene objeción alguna con respecto a la inclusión de proyectos de artículos sobre contramedidas. No obstante, desea responder a varias cuestiones planteadas en el informe sobre el 60.º período de sesiones de la Comisión.

2. El proyecto de artículo 52, «Objeto y límites de las contramedidas»<sup>1</sup>, no suscita ninguna objeción particular de la UNESCO. En concreto, la UNESCO está de acuerdo con los términos «si con eso no contraviene a las reglas de la organización [a sus propias reglas]», que se utilizan en los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 52. La UNESCO no solo apoya la referencia a las reglas de la organización sino que, teniendo en cuenta que las contramedidas no suelen estar previstas de manera específica en las reglas de las organizaciones internacionales, también apoya la posibilidad de que un miembro de una organización internacional que haya sido lesionado pueda tomar contramedidas que no estén contempladas explícitamente en las reglas de la organización.

3. En lo referente al apartado b del párrafo 3 del artículo 55<sup>2</sup>, «Condiciones del recurso a las contramedidas», la UNESCO está de acuerdo con las propuestas de ampliar el alcance de la excepción a las controversias que estén sometidas a un órgano distinto de una corte o un tribunal, siempre que ese órgano esté facultado para dictar decisiones vinculantes para las partes.

4. En cuanto al proyecto de artículo 57, «Medidas tomadas por una entidad distinta de un Estado lesionado o una organización internacional lesionada»<sup>3</sup>, la UNESCO está de acuerdo con la propuesta de volver a redactar este artículo y considera que, en aras de la claridad, no se deberían

<sup>1</sup> El texto del proyecto de artículo 52 propuesto por el Relator Especial puede consultarse en *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 141, nota 481.

<sup>2</sup> El texto del proyecto de artículo 55 propuesto por el Relator Especial puede consultarse en *ibíd.*, nota 484.

<sup>3</sup> El texto del proyecto de artículo 57 propuesto por el Relator Especial puede consultarse en *ibíd.*, nota 486.

incluir en el mismo artículo las disposiciones relativas a las «medidas lícitas» y a las «contramedidas».

### OMS

1. En relación con el delicado tema de las contramedidas, la OMS comparte la opinión de los miembros de la Comisión que han pedido que se obre con especial cautela a la hora de elaborar proyectos de artículos relativos a contramedidas contra organizaciones internacionales. En principio, la OMS está de acuerdo con la opinión del Relator Especial de que no hay ninguna razón de peso para que una organización internacional que viola una obligación internacional deba quedar exenta de la adopción de contramedidas por un Estado o una organización internacional lesionados con el fin de obligar a dicha organización a que cumpla sus obligaciones. A la inversa, sería ilógico privar a una organización internacional lesionada por el incumplimiento de una obligación internacional por otra organización internacional de la posibilidad de tomar medidas de represalia para inducir a esta última a cumplir sus obligaciones.
2. Aparte de eso, debe señalarse que, en el caso de organizaciones internacionales de composición casi universal como las del sistema de las Naciones Unidas, la posibilidad de que sus respectivos Estados miembros adopten contramedidas contra ellas quedaría muy limitada por la aplicación de las reglas de esas organizaciones, lo que la convertiría en algo hipotético, o bien estaría sujeta a la *lex specialis* —y por tanto quedaría fuera del alcance de los proyectos de artículos— en la medida en que las reglas de la organización de que se trate no impidan la adopción de contramedidas por sus Estados miembros.
3. En cuanto a las contramedidas concretas que las organizaciones internacionales podrían adoptar contra otras organizaciones, la OMS comparte la opinión de los miembros de la Comisión que se inclinan por limitarlas a suspender el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de las relaciones establecidas mediante tratados. A menudo, esas obligaciones consistirían en cooperar en varios aspectos con las organizaciones responsables, ya sea mediante la realización de actividades conjuntas, la financiación de ciertas actividades de otras organizaciones, el suministro de datos o información, o la celebración de consultas sobre cuestiones de interés común. Al mismo tiempo, aunque esas medidas son teóricamente posibles, habría que tener en cuenta que esas obligaciones no se establezcan en beneficio de las organizaciones responsables, sino con el fin de que ambas organizaciones cumplan sus respectivas funciones constitucionales en beneficio de sus Estados miembros o de sus poblaciones. Teniendo en cuenta su carácter público y funcional, a las organizaciones internacionales les resultaría bastante difícil suspender el cumplimiento de esas obligaciones.
4. Por último, cualquier disposición sobre contramedidas que se pueda incluir en los proyectos de artículos debe minimizar la posibilidad de abusos, teniendo en cuenta en particular la diferente posición de los Estados y las organizaciones internacionales tanto desde el punto de vista jurídico como político. En la práctica, a los Estados les resultaría más fácil emprender acciones equiparables a contramedidas contra una organización internacional, tanto si son miembros de ella como si no, que a la inversa. Un ejemplo de ello sería la negativa de un gobierno donante a seguir financiando determinadas actividades de una organización internacional, a lo que se había comprometido mediante un acuerdo de donación o de ejecución de un proyecto, en respuesta al incumplimiento por la organización de ciertas obligaciones que había asumido en virtud del mismo acuerdo. Esa medida podría tener repercusiones graves en la capacidad de la organización de seguir realizando actividades que sean de carácter público y respondan a intereses públicos. Desde un punto de vista tanto jurídico como práctico, a una organización le resultaría más difícil tomar represalias contra un gobierno donante que incumple sus obligaciones de financiar determinadas actividades, más allá de la sanción prevista en la constitución de varias organizaciones internacionales y que consiste en la pérdida del derecho de voto en caso de impago de las cuotas. La suspensión de las actividades por la organización de que se trate normalmente sería resultado de la falta de recursos financieros; si se adoptara como contramedida, lo más probable es que no fuera eficaz para inducir al donante a cumplir sus obligaciones y que perjudicara a los beneficiarios de esas actividades.

## RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS

[Tema 5 del programa]

### DOCUMENTO A/CN.4/608

#### Documento sobre recursos naturales compartidos: el petróleo y el gas, del Sr. Chusei Yamada, Relator Especial

[Original: inglés]  
[18 de febrero de 2009]

1. El presente documento oficioso se ha elaborado a la atención de los miembros del Grupo de Trabajo sobre recursos naturales compartidos que tal vez se cree en el 61.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, en 2009, para examinar la cuestión del petróleo y el gas, dentro del tema más amplio de los recursos naturales compartidos.

2. La Comisión comenzó sus trabajos sobre los recursos naturales compartidos en 2002. En general, se entendía que el tema abarcaba tres tipos de recursos naturales: aguas subterráneas, petróleo y gas, según se indicaba en el esquema elaborado por el Sr. Robert Rosenstock<sup>1</sup>. La Comisión adoptó un enfoque gradual, comenzando su examen por las aguas subterráneas. En 2008, finalizó la segunda lectura del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos y lo transmitió a la Asamblea General con la recomendación de que la Asamblea: *a*) tomara nota del proyecto de artículos en una resolución e incluyese esos artículos en un anexo a esta; *b*) recomendara que los Estados concertasen los correspondientes arreglos bilaterales y regionales para la adecuada gestión de sus acuíferos transfronterizos sobre la base de los principios enunciados en el proyecto de artículos, y *c*) tomara en consideración, en una fase ulterior, la elaboración de una convención basada en el proyecto de artículos<sup>2</sup>. Al aprobar su resolución 63/124, de 11 de diciembre de 2008, la Asamblea General se atuvo a las recomendaciones de la Comisión<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), pág. 148, anexo.

<sup>2</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 49.

<sup>3</sup> En la resolución 63/124, la Asamblea General:

«4. *Toma nota* del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos presentado por la Comisión, cuyo texto figura como anexo de la presente resolución, y lo señala a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o la adopción de otra medida procedente;

5. *Alienta* a los Estados interesados a que concierten los correspondientes arreglos bilaterales o regionales para la adecuada gestión de sus acuíferos transfronterizos teniendo en cuenta las disposiciones del proyecto de artículos;

6. *Decide* incluir en el programa provisional de su sexagésimo sexto período de sesiones el tema titulado 'El derecho de los

3. Durante los trabajos de la Comisión sobre los acuíferos transfronterizos a menudo se plantearon cuestiones, no solo en la CDI sino también en la Sexta Comisión de la Asamblea General, en torno a posibles trabajos acerca del petróleo y el gas natural y su pertinencia para la labor relativa a las aguas subterráneas. En 2007, mientras la CDI aguardaba los comentarios y observaciones de los Estados acerca del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, que había sido aprobado en primera lectura en 2006, recibió el cuarto informe sobre recursos naturales compartidos: aguas subterráneas transfronterizas<sup>4</sup>. El informe abarcaba las cuestiones del petróleo y el gas natural, incluida una información preliminar sobre los recursos de petróleo y gas natural, sus semejanzas y diferencias con las aguas subterráneas, las prácticas de ordenación y las consecuencias para el medio ambiente. Tras el debate plenario, se estableció un Grupo de Trabajo sobre recursos naturales compartidos, presidido por el Sr. Enrique Candioti, para que examinara las diversas cuestiones planteadas en el informe.

4. Tomando como referencia las consideraciones del Grupo de Trabajo<sup>5</sup>, la Comisión decidió emprender una segunda lectura del derecho de los acuíferos transfronterizos con independencia de cualquier posible labor sobre el petróleo y el gas natural, en el entendido de que estos dos últimos recursos serían examinados conjuntamente, así como hacer distribuir a los Estados un cuestionario sobre el petróleo y el gas natural. Dicho cuestionario tendría por objeto, entre otras cosas, determinar si existían acuerdos, arreglos o usos de la práctica relativos a la exploración y explotación de recursos transfronterizos de petróleo y gas natural o cualquier otro tipo de cooperación en relación con esos recursos, en particular acuerdos de delimitación de fronteras marítimas o, en su caso, acuerdos de puesta en común y aprovechamiento conjunto u otros arreglos.

acuíferos transfronterizos', con miras a examinar, entre otras, la cuestión de la forma que podría adoptar el proyecto de artículos.»

<sup>4</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/580.

<sup>5</sup> Véase el documento A/CN.4/L.717 (mimeografiado). Véase también *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párrs. 178 a 183.

5. Conforme a lo decidido por la Comisión, la Secretaría distribuyó el siguiente cuestionario, al que, hasta la fecha, han respondido 35 Estados<sup>6</sup>:

1. ¿Existe algún acuerdo, arreglo o práctica con sus Estados vecinos en materia de prospección o explotación de los recursos transfronterizos de petróleo y gas o cualquier otro tipo de cooperación en relación con dichos recursos?

2. ¿Hay algún órgano o mecanismo conjunto o asociación (de carácter público o privado) para la prospección, explotación u ordenación de los recursos transfronterizos de gas o petróleo?

3. En caso de respuesta afirmativa a la pregunta 1, sírvanse contestar las siguientes preguntas sobre el contenido de los acuerdos o arreglos o acerca de la práctica:

a) ¿Existen principios, arreglos o entendimientos específicos en materia de reparto o asignación del petróleo y el gas, u otras formas de cooperación? Sírvanse facilitar una reseña de los principios, disposiciones, arreglos o entendimientos;

b) ¿Existe algún arreglo o entendimiento o alguna práctica en materia de prevención y control de la contaminación o sobre otros problemas de medio ambiente, como la mitigación de accidentes? Sírvanse ampliar la información.

4. Sírvanse exponer cualquier otra observación o información, en particular la legislación o las decisiones judiciales, que consideren pertinentes o útiles para la Comisión en el examen de las cuestiones relativas al petróleo y el gas.

5. ¿Hay algún aspecto sobre el particular que convendría analizar más detenidamente en el contexto de la labor de la Comisión? Sírvase indicarlo.

6. Aunque habría que alentar a los Estados pertinentes a que siguieran enviando respuestas al cuestionario, las recibidas hasta el momento son útiles para identificar los problemas relacionados con el petróleo y el gas natural. Existen numerosos acuerdos y arreglos bilaterales entre los Estados interesados y entre sus empresas nacionales de petróleo y gas. Es preciso analizar detenidamente los textos de esos acuerdos. En general, contienen disposiciones sobre cooperación, intercambio de información, explotación efectiva, intercambio equitativo, protección del medio ambiente, entre otras. También existen mecanismos conjuntos, aunque todavía son bastante oficiosos y embrionarios. A diferencia de lo que ocurre con los acuíferos transfronterizos, las reservas de petróleo y gas natural a menudo se encuentran en la plataforma continental. En tales situaciones, la delimitación de las fronteras marítimas es un requisito previo para determinar si existen recursos transfronterizos. Sin embargo, la mayoría de los Estados ribereños están firmemente convencidos de que es un asunto sobre el que deben pronunciarse exclusivamente los Estados afectados. Algunos Estados también consideran que la cuestión del petróleo y el gas natural es de índole bilateral, sumamente técnica y bastante delicada desde el punto de vista político, y que debe abordarse caso por caso. Por consiguiente, instan a la Comisión a obrar con cautela en este ámbito.

<sup>6</sup> Argelia, la Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Bosnia y Herzegovina, el Canadá, Chile, Chipre, Cuba, Eslovaquia, los Estados Unidos, Guyana, Hungría, el Iraq, Irlanda, Jamaica, Kuwait, el Líbano, Malí, Mauricio, Myanmar, Noruega, Omán, los Países Bajos, Portugal, el Reino Unido, la República Checa, la República de Corea, San Vicente y las Granadinas, Tailandia, Tayikistán, Túnez, Turquía y el Uruguay (véase el documento A/CN.4/607 y Add.1, reproducido en el presente volumen).

7. Los Estados formularon observaciones orales acerca de la posibilidad de que la CDI se ocupara de la cuestión del petróleo y el gas natural durante los debates celebrados por la Sexta Comisión en 2007 y 2008. Un Estado mantuvo por sistema que los trabajos sobre las aguas subterráneas y el petróleo y el gas natural deberían realizarse conjuntamente<sup>7</sup>. Otros Estados apoyaron el criterio de la CDI de tratar las aguas subterráneas con independencia del petróleo y el gas natural, aunque mantenían posturas diversas acerca de los posibles trabajos sobre el petróleo y el gas natural. Algunos Estados expresaron dudas sobre la necesidad de normas universales sobre el petróleo y el gas natural y aconsejaron a la CDI que no siguiera adelante con la labor de codificación<sup>8</sup>, observando fundamentalmente que la cuestión del petróleo y el gas natural es de índole bilateral, sumamente técnica y bastante delicada desde el punto de vista político, y que debe abordarse caso por caso, y subrayando también la necesidad de evitar cualquier injerencia en cuestiones de delimitación marítima. Otros Estados se mostraron partidarios de que la CDI prosiguiera con sus trabajos al respecto<sup>9</sup>. También hubo quienes aún no habían tomado una decisión definitiva sobre el particular, aunque se inclinaban por seguir estudiando el tema o abordarlo con cautela<sup>10</sup>. Asimismo, varios Estados destacaron la importancia del concepto de unitización, que implica considerar los yacimientos transfronterizos de petróleo y gas natural como una sola unidad con un único operador, pero en la que se comparten las ganancias y los gastos<sup>11</sup>.

8. Dada la falta de consenso entre los Estados acerca de los posibles trabajos sobre el petróleo y el gas natural, el Relator Especial considera que la Comisión debe continuar sus estudios sobre la cuestión antes de tomar una decisión definitiva sobre si procede o no avanzar en el proceso de codificación en materia de petróleo y gas

<sup>7</sup> Los Países Bajos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24) e *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19).

<sup>8</sup> Suecia, en nombre de los países nórdicos, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22) e *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16); el Reino Unido, *ibíd.*; Australia, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17); Canadá, *ibíd.*; Grecia, *ibíd.*; los Estados Unidos *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22) e *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), y la República Islámica del Irán, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25).

<sup>9</sup> Polonia, *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17); el Uruguay, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18), y la República Democrática del Congo, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24).

<sup>10</sup> China, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22); la República de Corea, *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16); Alemania, *ibíd.*; México, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17); la Federación de Rusia, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/63/SR.18); el Líbano, *ibíd.*; Italia, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.ª sesión (A/C.6/62/SR.22); Rumania, *ibíd.*, 24.ª sesión (A/C.6/62/SR.24); Venezuela (República Bolivariana de), *ibíd.*, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25), y Nueva Zelandia, *ibíd.*

<sup>11</sup> Noruega, en nombre de los países nórdicos, *ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/63/SR.16); México, *ibíd.*, 17.ª sesión (A/C.6/63/SR.17), e Indonesia, *ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 25.ª sesión (A/C.6/62/SR.25).

natural. Es recomendable que la Comisión establezca un programa de trabajo para esos estudios en los próximos años. La Comisión necesitaría que los Estados siguieran haciéndole llegar sus aportaciones. Asimismo, debe

examinar medios e instrumentos que le permitan recabar asistencia de las organizaciones internacionales pertinentes, como la CE, y de expertos científicos, técnicos, administrativos, comerciales y jurídicos.



# RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/607\* y Add.1

## Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos

[Original: inglés]  
[29 de enero y 17 de junio de 2009]

### ÍNDICE

|  | <i>Página</i>   |
|--|-----------------|
| Instrumentos multilaterales citados en el presente documento.....                                    | 113             |
|  | <i>Párrafos</i> |
| INTRODUCCIÓN.....  | 1-2 114         |
| COMENTARIOS Y OBSERVACIONES DE LOS GOBIERNOS ACERCA DEL CUESTIONARIO SOBRE EL PETRÓLEO Y EL GAS..... | 114             |
| A. Comentarios generales.....  | 114             |
| B. Pregunta 1.....   | 115             |
| C. Pregunta 2.....   | 123             |
| D. Pregunta 3.....   | 126             |
| E. Pregunta 4.....   | 131             |
| F. Pregunta 5.....   | 134             |

### Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

|  | <i>Fuente</i>   |
|--|---|
| Convención sobre la plataforma continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)  | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 499, n.º 7302, pág. 311.   |
| Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (Ramsar, 2 de febrero de 1971)  | Ibíd., vol. 996, n.º 14583, pág. 245.<br>En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 199, 20 de agosto de 1982            |
| Convenio para la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación (Barcelona, 16 de febrero de 1976)  | Ibíd., vol. 1102, n.º 16908, pág. 27.   |
| 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 conservación de las especies migratorias de animales silvestres (con anexos) (Bonn, 23 de junio de 1979)   | Ibíd., vol. 1651, n.º 28395, pág. 333.  |
| 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.  |
| 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.  |
| Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (Montreal, 16 de septiembre de 1987)   | Ibíd., vol. 1522, n.º 26369, pág. 65.   |
| Convenio sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)   | Ibíd., vol. 1989, n.º 34028, pág. 309. En español, véase <i>Repertorio Cronológico de Legislación 1997</i> , Pamplona, Aranzadi, marginal 1562. |

\* En el que se incorpora el documento A/CN.4/607/Corr.1.



## Fuente

|   |  |
|---|--|
| Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992)                           | Ibíd., vol. 1771, n.º 30822, pág. 107. |
| Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Kyoto, 11 de diciembre de 1997) | Ibíd., vol. 2303, n.º 30822, pág. 162. |
| Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)   | Ibíd., vol. 1760, n.º 30619, pág. 226. |
| Convenio para la protección del medio marino del Atlántico Nordeste (París, 22 de septiembre de 1992)                       | Ibíd., vol. 2354, n.º 42279, pág. 67.  |
| Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes (Estocolmo, 22 de mayo de 2001)                            | Ibíd., vol. 2256, n.º 40214, pág. 339. |

## Introducción

1. En su 59.º período de sesiones, celebrado en 2007, la Comisión de Derecho Internacional pidió a la Secretaría que distribuyera a los gobiernos un cuestionario, elaborado por el Grupo de Trabajo sobre los recursos naturales compartidos, en que se solicitaba información sobre la práctica de los Estados en relación con el petróleo y el gas, en particular acerca de tratados u otros acuerdos existentes sobre el tema<sup>1</sup>. En una circular de fecha 17 de octubre de 2007, la Secretaría transmitió el cuestionario a los gobiernos.

<sup>1</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 159.

2. Al 17 de junio de 2009, habían respondido al cuestionario los 35 Estados siguientes: Argelia, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Chile, Chipre, Cuba, Eslovaquia, Estados Unidos, Guyana, Hungría, Iraq, Irlanda, Jamaica, Kuwait, Líbano, Malí, Mauricio, Myanmar, Noruega, Omán, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Corea, San Vicente y las Granadinas, Tailandia, Tayikistán, Túnez, Turquía y Uruguay. En este informe se recogen las respuestas, siguiendo el orden alfabético inglés, que, en la medida de lo posible, se han organizado teniendo en cuenta las preguntas incluidas en el cuestionario.

## Comentarios y observaciones de los gobiernos acerca del cuestionario sobre el petróleo y el gas

### A. Comentarios generales

#### 1. CANADÁ

1. Varios acuerdos bilaterales de delimitación marítima celebrados a nivel internacional incluyen disposiciones sobre la posibilidad de encontrar recursos naturales emplazados a ambos lados de una demarcación marítima, así como el procedimiento que debe seguirse en caso de que se produzca tal descubrimiento. En general, las obligaciones se centran, en primer lugar, en notificar al otro Estado que se ha descubierto un yacimiento transfronterizo y, en segundo término, en la necesidad de que los Estados traten de llegar a un acuerdo sobre alguna forma de explotación conjunta.

2. No obstante, a los efectos del presente cuestionario, el Canadá se centrará en el *único* acuerdo que ha suscrito en materia de exploración y explotación de hidrocarburos transfronterizos, el Acuerdo entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de la República Francesa relativo a la exploración y explotación de yacimientos transfronterizos de hidrocarburos, firmado en París el 17 de mayo de 2005. El Acuerdo regula la asignación de las reservas que se encuentran en los yacimientos transfronterizos de hidrocarburos que se sitúan a ambos lados de la demarcación marítima entre el Canadá y Francia.

3. El Canadá desea observar que el hecho de facilitar respuestas a la Comisión no debe interpretarse en el

sentido de que manifiesta su acuerdo o aquiescencia a que esta elabore una serie de proyectos de artículos sobre un tema que, como el petróleo y el gas, es de índole esencialmente bilateral, sumamente técnico, delicado desde el punto de vista político y que abarca distintas situaciones regionales y requiere soluciones que varían en función de cada caso.

4. El Canadá considera que la Comisión no debe examinar ninguna cuestión relativa a la delimitación de fronteras marítimas.

#### 2. GUYANA

1. En Guyana, la prospección de petróleo y gas se remonta a la época de los primeros exploradores coloniales neerlandeses. La estructura de un sector del petróleo y el gas aún en ciernes hunde sus raíces en acuerdos parecidos anteriores a la independencia, que han evolucionado hasta la situación imperante en la actualidad. Guyana cuenta con un descubrimiento petrolífero indiscutible en la cuenca del río Takutu, pero sin importancia comercial. Guyana no produce petróleo ni gas.

2. Las fronteras de la prospección de gas y petróleo en Guyana son: *a)* toda la zona marítima de Guyana, que forma parte del accidente geológico regional conocido como cuenca de Guyana y Suriname; *b)* todo el litoral costero de esa misma cuenca, y *c)* la parte de la cuenca del Takutu del distrito de Rupununi Guyana.

3. Los Estados que limitan con las fronteras de petróleo y gas de Guyana son los siguientes: *a)* en la zona marítima: Barbados, Suriname, Trinidad y Tabago y Venezuela (República Bolivariana de); *b)* en el litoral costero: Suriname y Venezuela (República Bolivariana de), y *c)* en la cuenca del Takutu del distrito de Rupunni: el Brasil.

### 3. REPÚBLICA DE COREA

1. La República de Corea considera que la valiosa labor que la Comisión ha realizado sobre el tema de los recursos naturales compartidos representa una oportuna contribución al desarrollo progresivo de esta esfera del derecho<sup>1</sup> a través de su codificación.

2. La Comisión tiene ante sí la importante decisión de determinar si debe ir más allá de los acuíferos transfronterizos y abordar también otros recursos naturales compartidos. Es recomendable que la Comisión obre con cautela en este ámbito. Los Estados y las industrias tienen importantes intereses económicos y políticos en juego en la asignación y regulación de los recursos de petróleo y gas, y es probable que cualquier propuesta de la Comisión genere gran controversia. Los Estados de la comunidad internacional disponen ya de una experiencia y una práctica considerables en la regulación de las reservas transfronterizas de petróleo y gas. No está claro que la Comisión deba ir más allá de la cuestión de los acuíferos transfronterizos.

3. La República de Corea indicó que no tiene ningún comentario ni observación en relación con el cuestionario sobre los recursos compartidos.

<sup>1</sup> La respuesta de la República de Corea también incluía observaciones acerca del proyecto de artículos de la Comisión sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, que se han omitido.

## B. Pregunta 1

**¿Existe algún acuerdo, arreglo o práctica con sus Estados vecinos en materia de prospección o explotación de los recursos transfronterizos de petróleo y gas o cualquier otro tipo de cooperación en relación con dichos recursos?**

**Esos acuerdos o arreglos deben incluir, según proceda, los acuerdos de delimitación de fronteras marítimas y los acuerdos de puesta en común y aprovechamiento conjunto u otros arreglos.**

**Sírvanse facilitar copia de los acuerdos o arreglos o una reseña de la práctica.**

### 1. ARGELIA

No existe ningún acuerdo sobre la exploración y explotación de depósitos transfronterizos. Sin embargo, el 29 de diciembre de 2005 se firmó un acuerdo marco entre la empresa nacional argelina Sonatrach y la empresa Libia National Oil Corporation para realizar un estudio conjunto sobre la explotación de los depósitos de Alrar en Argelia y Wafa en la Jamahiriya Árabe Libia.

### 2. ARGENTINA

Los acuerdos en vigor para la Argentina vinculados con el petróleo y el gas dentro del marco de los recursos naturales compartidos incluyen<sup>1</sup>:

*a)* Acuerdo por canje de notas complementario del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo [firmado en Montevideo, el 19 de noviembre de 1973, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1295, n.º 21424, pág. 294], relativo al trazado correspondiente al límite lateral marítimo, zona común de pesca, zona común de prohibición de vertimiento de hidrocarburos y otras acciones contaminantes; firma: Montevideo, 15 de julio de 1974; entrada en vigor: 15 de julio de 1974;

*b)* Convenio de cooperación entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay para prevenir y luchar contra incidentes de contaminación del medio acuático producidos por hidrocarburos y otras sustancias perjudiciales; firma: Buenos Aires, 16 de septiembre de 1987; aprobación: Ley n.º 23.829; entrada en vigor: 29 de octubre de 1993;

*c)* Protocolo específico adicional sobre protección del medio ambiente antártico entre la República Argentina y la República de Chile; firma: Buenos Aires, 2 de agosto de 1991; entrada en vigor: 17 de noviembre de 1992;

*d)* Tratado sobre medio ambiente entre la República Argentina y la República de Bolivia; firma: Buenos Aires, 17 de marzo de 1994; aprobación: Ley n.º 24.774; entrada en vigor: 1.º de junio de 1997;

*e)* Acuerdo entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil sobre cooperación en materia ambiental (con un anexo); firma: Buenos Aires, 9 de abril de 1996; aprobación: Ley n.º 24.930; entrada en vigor: 18 de marzo de 1998;

*f)* Protocolo Adicional al Tratado de Medio Ambiente entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Bolivia; firma: Tarija, 22 de julio de 2004; entrada en vigor: 22 de julio de 2004;

*g)* Memorandum de Entendimiento para la Complementación, Integración Energética y Económica entre la República Argentina, la República de Bolivia y la República Oriental del Uruguay; firma: Brasilia, 20 de agosto de 2004; entrada en vigor: 20 de agosto de 2004;

*h)* Protocolo Adicional al Acuerdo de Alcance Parcial sobre integración energética entre la Argentina y Bolivia para el suministro de gas natural de la República de Bolivia al gasoducto del noreste argentino; firma: Sucre, 14 de octubre de 2004; entrada en vigor: 27 de mayo de 2005;

*i)* Convenio marco entre la República Argentina y la República de Bolivia para la venta de gas natural y la realización de proyectos de integración energética; firma: Buenos Aires, 29 de junio de 2006; entrada en vigor: 29 de junio de 2006 [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2446, n.º 44022, pág. 130];

<sup>1</sup> El texto en español de los acuerdos puede consultarse en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

j) Acuerdo de inicio de las actividades del gasoducto del noreste argentino y la planta de extracción de licuables (República de Bolivia); firma: Santa Cruz de la Sierra, 26 de marzo de 2007;

k) Acuerdo Marco de Integración Energética entre la República Argentina y la República de Bolivia; firma: Tarija, 10 de agosto de 2007;

l) Acuerdo de Financiamiento entre la República Argentina y la República de Bolivia: Estudios de pre-inversión y construcción de la planta de extracción de licuables y su sistema de evacuación y comercialización; firma: Tarija, 10 de agosto de 2007; entrada en vigor: 10 de agosto de 2007;

m) Acuerdo de Tarija en materia de integración gasífera entre la República Bolivariana de Venezuela, la República Argentina y la República de Bolivia, en el marco de la Organización de Países Productores y Exportadores de Gas de Sudamérica (OPPEGASUR); firma: Tarija, 10 de agosto de 2007;

n) Convenio de Cooperación en Materia Energética entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay; firma: Buenos Aires, 5 de julio de 2007.

### 3. AUSTRALIA

1. Australia es un Estado insular con un extenso litoral y cuenta con una serie de tratados bilaterales de delimitación marítima con sus Estados vecinos. Algunos de esos tratados de delimitación incluyen una disposición que contempla la posibilidad de que se descubran recursos naturales situados a ambos lados de una demarcación. Ese tipo de disposiciones tienen un tenor similar al que sigue:

Si una única acumulación de petróleo, ya sea en estado gaseoso, líquido o sólido, o si cualquier otro depósito de mineral bajo el lecho marino se extiende a través de las líneas descritas en [el] Tratado, y la parte de esa acumulación o depósito que está situada a un lado de la línea puede extraerse total o parcialmente desde el otro lado, ambas Partes tratarán de lograr un acuerdo sobre el modo de explotar más eficazmente la acumulación o el depósito y sobre el reparto equitativo de los beneficios que resulten de esa explotación.

2. A continuación se indican los acuerdos bilaterales entre Australia y sus vecinos y sus disposiciones pertinentes:

a) Tratado entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de Nueva Zelandia por el que se establecen ciertas demarcaciones de la zona económica exclusiva y la plataforma continental (art. 4), firmado en Adelaida el 25 de julio de 2004 (entrada en vigor, 25 de enero de 2006), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2441, n.º 43985, pág. 235;

b) Acuerdo entre el Gobierno del Commonwealth de Australia y el Gobierno de la República de Indonesia por el que se establecen ciertas demarcaciones de los fondos marinos (art. 7), firmado en Canberra el 18 de mayo de 1971 (entrada en vigor, 8 de noviembre de 1973), *ibíd.*, vol. 974, n.º 14122;

c) Acuerdo entre el Gobierno del Commonwealth de Australia y el Gobierno de la República de Indonesia por el que se establecen ciertas demarcaciones de los fondos marinos en la zona de los mares de Timor y Arafura, que complementa el Acuerdo de 18 de mayo de 1971 (art. 7), firmado en Yakarta el 9 de octubre de 1972 (entrada en vigor, 8 de noviembre de 1973), *ibíd.*, vol. 974, n.º 14123;

d) Tratado entre Australia y el Estado Independiente de Papua Nueva Guinea sobre soberanía y demarcación marítima en la zona situada entre los dos países, incluida la zona denominada estrecho de Torres, y cuestiones conexas (art. 6), firmado en Sydney el 18 de noviembre de 1978 (entrada en vigor, 15 de febrero de 1985) («Tratado del estrecho de Torres»), *ibíd.*, vol. 1429, n.º 24238;

e) Acuerdo entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de las Islas Salomón por el que se establecen ciertas demarcaciones de los fondos marinos (art. 2), firmado en Honiara el 13 de septiembre de 1988 (entrada en vigor, 14 de abril de 1989), *ibíd.*, vol. 1536, n.º 26661, pág. 285;

f) Tratado entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de la República de Indonesia por el que se establecen los límites de la zona económica exclusiva y ciertas demarcaciones de los fondos marinos (art. 9), firmado en Perth el 14 de marzo de 1997 (aún no ha entrado en vigor) («Tratado de Perth»), *ILM*, vol. 36, pág. 1053;

3. Actualmente no se conocen yacimientos marinos de petróleo y gas que atraviesen las demarcaciones establecidas en los tratados antes citados.

4. Australia y Timor-Leste aún no han establecido límites marítimos permanentes, pero tienen varios tratados provisionales en vigor que establecen normas marítimas prácticas entre ellos. El Tratado del mar de Timor, firmado en Dili el 20 de mayo de 2002 (entrada en vigor, 2 de abril de 2003) [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2258, n.º 40222, pág. 3], establece una zona de explotación petrolífera conjunta en el mar de Timor. El Tratado dispone que Australia y Timor-Leste controlarán, gestionarán y facilitarán conjuntamente la exploración, desarrollo y explotación de los recursos de petróleo de la zona conjunta en beneficio de los pueblos de Australia y Timor-Leste.

5. Australia y Timor-Leste han celebrado un acuerdo de unitización que se aplica al yacimiento de Greater Sunrise, situado en la zona de explotación conjunta y que se extiende también a una zona en la que Australia regula las actividades relativas a los recursos de los fondos y el subsuelo marinos. Se trata del Acuerdo entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de la República Democrática de Timor-Leste relativo a la unitización de los yacimientos de Sunrise y Troubador, hecho en Dili el 6 de marzo de 2003 (entrada en vigor, 23 de febrero de 2007).

6. Para mayor información sobre los acuerdos marítimos entre Australia y Timor-Leste puede consultarse el sitio web: [http://www.dfat.gov.au/geo/timor-leste/fs\\_maritime\\_arrangements.html](http://www.dfat.gov.au/geo/timor-leste/fs_maritime_arrangements.html).

## 4. AUSTRIA

1. Austria solo ha celebrado un acuerdo sobre la explotación de recursos transfronterizos de petróleo y gas, el Acuerdo relativo a la explotación de los depósitos comunes de petróleo y gas, entre Austria y Checoslovaquia (firmado en Praga, el 23 de enero de 1960) [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 495, n.º 7242, pág. 125], que actualmente está en vigor entre Austria y la República Checa, por un lado, y Austria y la República Eslovaca, por otro.

2. La cooperación con la República Checa ha concluido, puesto que ya se han explotado íntegramente los recursos de petróleo y gas. La cooperación con la República Eslovaca concluirá en los próximos años, ya que está a punto de finalizar la explotación de los recursos disponibles.

## 5. BAHAMAS

Actualmente las Bahamas no tienen ese tipo de acuerdos o arreglos con Estados vecinos, aunque son conscientes de la importancia de disponer de tratados jurídicamente vinculantes al respecto. Las Bahamas ya han comenzado a trabajar en el trazado de su línea de base archipelágica utilizando un programa informático aprobado por las Naciones Unidas (CARISLOTS), lo que permitirá obtener la línea media entre las Bahamas y sus Estados vecinos. El Gobierno tiene la intención de presentar las coordenadas de la línea de base a las Naciones Unidas en abril de 2008.

## 6. BOSNIA Y HERZEGOVINA

Bosnia y Herzegovina respondió «No» a esta pregunta. Actualmente, no hay ningún acuerdo o arreglo de ese tipo entre Bosnia y Herzegovina y sus Estados vecinos.

## 7. CANADÁ

1. Conforme a la decisión del tribunal arbitral en el caso relativo a la delimitación de zonas marítimas entre el Canadá y la República Francesa, de 10 de junio de 1992 [*Délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, Naciones Unidas, RSA, vol. XXI, pág. 265; véase también ILR, vol. 95, pág. 645], San Pedro y Miquelón solo tiene jurisdicción sobre una estrecha franja marítima de 10 millas marinas de ancho por 200 millas marinas de largo que se extiende desde el sur de las islas y está completamente rodeada por la zona económica exclusiva del Canadá.

2. Dado que en 1992 el tribunal arbitral decidió definitivamente y a todos los efectos los límites permanentes entre el Canadá y Francia (en lo que respecta a San Pedro y Miquelón), se consideró necesario celebrar un acuerdo ante la posibilidad de que existieran yacimientos de petróleo a ambos lados de la demarcación canadiense-francesa. En 1998, el Canadá planteó a Francia la posibilidad de que ambas partes celebraran un tratado para gestionar posibles yacimientos transfronterizos. Finalmente, en 2005, el Canadá y Francia firmaron un acuerdo que contempla un régimen de gestión de la exploración y explotación de hidrocarburos frente a las costas de Terranova, Nueva Escocia y la Colectividad de San Pedro y

Miquelón. El Acuerdo entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de la República Francesa relativo a la explotación y explotación de yacimientos transfronterizos de hidrocarburos, que consta de 21 artículos y seis anexos, reconoce la necesidad de abordar conjuntamente la gestión del petróleo y el gas para asegurar la conservación y gestión de los recursos de hidrocarburos situados a ambos lados de la demarcación marítima, atribuir a cada uno de los países las reservas que se encuentren en yacimientos transfronterizos y promover la seguridad y protección del medio ambiente.

3. El Acuerdo reconoce que ninguna de sus disposiciones prejuzga o restringe la soberanía o jurisdicción de las partes sobre las aguas interiores y los mares territoriales de cada una de ellas, como tampoco el ejercicio de sus derechos soberanos, conforme al derecho internacional, sobre sus respectivas zonas económicas exclusivas.

4. El Acuerdo se inspira en el Acuerdo relativo a la explotación del yacimiento de Frigg y al transporte de gas de ese yacimiento al Reino Unido, firmado entre el Reino Unido y Noruega en Londres el 10 de mayo de 1976 (Acuerdo de Markham de 1976) [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1098, n.º 16878, pág. 4], que se utilizó como acuerdo «marco» adaptándolo a las circunstancias respectivas del Canadá y Francia.

5. El Acuerdo aún no ha entrado en vigor, por lo que el Canadá prefiere no hacerlo público en el momento actual. No obstante, los párrafos pertinentes ofrecen una visión general de su contenido.

## 8. CHILE

1. El único acuerdo internacional celebrado por la República de Chile que se relaciona con esta materia es el Tratado con la República Argentina sobre Integración y Complementación Minera, suscrito el 29 de diciembre de 1997 y actualmente en vigor<sup>1</sup>.

2. Si bien dicho tratado no fue concebido para la integración ni la complementación en materia de hidrocarburos, su contenido no los excluye. En todo caso, cabe hacer presente que la legislación interna de Chile da un tratamiento a la explotación de hidrocarburos distinto del régimen al que se encuentran sujetos los minerales metálicos y algunos no metálicos. Mientras los primeros están sujetos a concesiones administrativas o contratos especiales de operación, los segundos pueden estar sujetos a concesiones mineras según el Código de Minería chileno.

3. Igualmente, cabe destacar que el ámbito de aplicación del mencionado instrumento se encuentra limitado geográficamente a la zona definida por la vinculación de las coordenadas que figuran en el anexo I del tratado y que se encuentran representadas en el mapa referencial que constituye su anexo II. Dicho ámbito de aplicación excluye toda clase de espacios marítimos y territorios insulares, así como el borde costero según se encuentra definido en la legislación interna de cada Estado parte.

<sup>1</sup> El texto en español del tratado puede consultarse en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

## 9. CUBA

1. Cuba no tiene acuerdos, arreglos ni prácticas con los Estados vecinos en materia de prospección o explotación de los recursos transfronterizos de petróleo y gas, ni para la distribución de los mismos, ya que hasta el presente no hay evidencias de que existan recursos de petróleo y gas transfronterizos con los Estados Unidos, Haití, Jamaica o México.

2. Existen acuerdos bilaterales para la delimitación de las fronteras marítimas entre Cuba y los Estados Unidos, Haití, Jamaica y México, sin que en los mismos se incluya lo referente a los recursos transfronterizos de petróleo y gas o cualquier tipo de cooperación en relación con dichos recursos.

## 10. CHIPRE

1. Chipre ha firmado los acuerdos siguientes:

a) Acuerdo entre Chipre y Egipto sobre la delimitación de la zona económica exclusiva (ratificado);

b) Acuerdo entre Chipre y el Líbano sobre la delimitación de la zona económica exclusiva (aún sin ratificar);

c) Acuerdo marco entre Chipre y Egipto relativo a la explotación de los recursos de hidrocarburos que cruzan la línea media (aún sin ratificar).

2. Se adjunta una copia del Acuerdo entre Chipre y Egipto sobre la delimitación de la zona económica exclusiva, ya que ha sido ratificado por la Cámara de Representantes<sup>1</sup>. No se adjunta copia de los otros dos acuerdos ya que todavía no han sido ratificados por la Cámara de Representantes (en proceso de ratificación).

<sup>1</sup> El texto puede consultarse en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

## 11. REPÚBLICA CHECA

1. El Acuerdo entre el Gobierno de la República Checoslovaca y el Gobierno Federal de Austria relativo a la explotación de depósitos compartidos de gas natural y petróleo, firmado en Praga el 23 de enero de 1960 [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 495, n.º 7242, pág. 125], especifica los parámetros internacionales jurídicos y técnicos de la explotación de depósitos de esas materias primas. Los depósitos compartidos en cuestión estaban situados en Vysoká pri Morave (actualmente en territorio de Eslovaquia) y Zwerndorf (en territorio de Austria), y en Nový Přerov (actualmente en territorio de la República Checa) y Altpřerov (en territorio de Austria).

2. Tras su establecimiento en 1993, la República Checa sucedió a Checoslovaquia en el Acuerdo mencionado.

## 12. GUYANA

1. El organismo público encargado de regular las operaciones petrolíferas, la Comisión de Geología y Minería, no tiene conocimiento de que existan prácticas establecidas o acuerdos públicos con los Estados vecinos sobre prospección o explotación de los recursos transfronterizos

de petróleo y gas. Esa comisión no ha celebrado ningún acuerdo para el Gobierno de Guyana ni en nombre de él, con organismos homólogos de Estados vecinos ni con sociedades que operen en el marco de la jurisdicción de Estados vecinos.

2. Esa comisión sí tiene conocimiento de que, dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores, existe una iniciativa de cooperación entre Suriname y Guyana que incluye cooperación técnica en el sector del petróleo. La División del Petróleo de la Comisión de Geología y Minería y Staatsolie de Suriname han intercambiado visitas y la División del Petróleo ha mantenido contactos de carácter técnico en relación con la formación especializada. No hay ningún acuerdo en vigor sobre posibles recursos transfronterizos de petróleo y gas, como pueden ser arreglos de puesta en común y aprovechamiento conjunto. La cooperación técnica en el sector petrolífero se suspendió tras la controversia marítima entre Guyana y Suriname y no se ha reanudado desde entonces.

## 13. IRAQ

El Iraq tiene diversos yacimientos petrolíferos compartidos con sus Estados vecinos, algunos de los cuales están plenamente en activo y otros solo producen parcialmente. También parecen existir hidrocarburos compartidos con la Arabia Saudita, la República Islámica del Irán, Kuwait y la República Árabe Siria. No obstante, el Iraq no ha celebrado ningún acuerdo sobre la prospección ni la explotación de los yacimientos petrolíferos compartidos.

## 14. IRLANDA

1. Irlanda respondió «Sí» a esta pregunta. El tema de los yacimientos transfronterizos se regula específicamente en el artículo 3 del Acuerdo entre el Gobierno de Irlanda y el Gobierno del Reino Unido relativo a la delimitación de zonas de la plataforma continental entre ambos países, firmado en Dublín el 7 de noviembre de 1988 y que entró en vigor el 11 de enero de 1990 [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1564, n.º 27204, pág. 217].

2. Como complemento de este Acuerdo, el 8 de diciembre de 1992 se firmó en Dublín el Protocolo suplementario del Acuerdo entre el Gobierno de Irlanda y el Gobierno del Reino Unido relativo a la delimitación de zonas de la plataforma continental entre ambos países de 7 de noviembre de 1988 [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1745, n.º 27204, pág. 473]. El referido Acuerdo y su Protocolo suplementario constituyen un acuerdo de demarcación de límites marítimos. Hasta el momento no han sido necesarios acuerdos de unitización o explotación conjunta. En el sector irlandés no se permiten las perforaciones a menos de 125 m de cualquier línea de demarcación.

3. A raíz del descubrimiento de petróleo y gas en el canal de San Jorge (en la zona denominada Dragon), se pensó que el emplazamiento, cuyo perímetro estructural atravesaba los límites de la plataforma continental acordados entre Irlanda y el Reino Unido, era un candidato idóneo para ese tipo de explotación. Se mantuvieron conversaciones preliminares con interlocutores del Reino Unido antes de llevar a cabo perforaciones con carácter prospectivo, pero dado que estas no tuvieron éxito no se

produjeron nuevas conversaciones e Irlanda entiende que actualmente no está prevista ninguna nueva perforación o explotación.

#### 15. JAMAICA

1. En el Tratado sobre delimitación marítima entre Colombia y Jamaica, firmado en Kingston, el 12 de noviembre de 1993 [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1776, n.º 30943, pág. 18], se dispone, entre otras cosas, la explotación, administración y conservación de las zonas marítimas entre los dos países. De conformidad con el artículo 3 del Tratado, las partes establecieron un «área de régimen común», hasta tanto se determinasen los límites jurisdiccionales en el área designada en ese artículo. En virtud del artículo 3, el área de régimen común se establece como una zona de administración conjunta, control, exploración y explotación de los recursos vivos y no vivos.

2. En el área de régimen común, cada una de las partes puede, entre otras cosas, llevar a cabo actividades para la exploración y explotación de los recursos naturales tanto vivos como no vivos, y otras actividades para la exploración y explotación económicas del área de régimen común.

3. En virtud del tratado, las actividades relativas a la exploración y explotación de los recursos no vivos serán llevadas a cabo sobre bases conjuntas acordadas por ambas partes.

#### 16. KUWAIT

1. *Operaciones conjuntas en Wafra.* Hay una zona delimitada que se reparte entre la Arabia Saudita y Kuwait en la que los recursos de petróleo y gas son compartidos por los Estados al 50%.

2. *Operaciones conjuntas en Khafji.* Existen acuerdos, arreglos y prácticas con sus Estados vecinos en materia de prospección y explotación de los recursos transfronterizos de petróleo y gas o cualquier otro tipo de cooperación en relación con dichos recursos. Los accionistas se rigen por un acuerdo sobre operaciones conjuntas de producción de petróleo, en el que se establecen los principios y directrices para la gestión y las operaciones de los yacimientos de petróleo y gas dentro de la zona compartida en el mar. En ese acuerdo también se estipulan la constitución y el funcionamiento de dos comités de alto nivel, el comité ejecutivo conjunto y el comité operativo conjunto, que son los organismos principales encargados de adoptar decisiones estratégicas y operativas respecto de la prospección y explotación de los recursos transfronterizos de petróleo y gas en la zona compartida en el mar. En el acuerdo se definen y describen las funciones y la competencia de esos comités.

#### 17. LÍBANO

En 2007, el Líbano firmó un acuerdo con Chipre relativo a la frontera económica común, que aún no ha sido ratificado.

#### 18. MALÍ

Con la excepción del Acuerdo marco de cooperación firmado con Mauritania, que abarca, entre otras cosas,

actividades de exploración, producción, transporte, almacenamiento y refinado en las cuencas sedimentarias compartidas por ambos países (Nara y Taoudéni), Malí no ha firmado ni celebrado ningún acuerdo o arreglo con sus Estados vecinos. Se ha firmado un acuerdo marco con el Senegal que regula exclusivamente cuestiones de capacitación e intercambio de información y experiencia.

#### 19. MAURICIO

Mauricio respondió «No» a esta pregunta.

#### 20. MYANMAR

Puesto que Myanmar no tiene recursos transfronterizos de petróleo ni de gas con ningún Estado vecino, en la actualidad no existen acuerdos, arreglos ni prácticas establecidas con sus Estados vecinos sobre prospección o explotación de recursos transfronterizos de petróleo y gas.

#### 21. PAÍSES BAJOS

Los Países Bajos han celebrado los siguientes acuerdos bilaterales:

a) Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal de Alemania de 14 de mayo de 1962 complementario del Tratado de 8 de abril de 1960 sobre mecanismos de cooperación en el estuario de Ems (Tratado Ems-Dollard) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 509, n.º 7404, pág. 140);

b) Acuerdo entre el Gobierno del Reino de los Países Bajos y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de 6 de octubre de 1965 relativo a la explotación de estructuras geológicas únicas que se extienden más allá de la línea divisoria de la plataforma continental en el lecho del Mar del Norte (ibíd., vol. 595, n.º 8615, pág. 105);

c) Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de 26 de mayo de 1992 relativo a la explotación de las reservas y la extracción de petróleo del yacimiento de Markham (ibíd., vol. 1731, n.º 30235, pág. 155);

d) Memorando de entendimiento entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Reino de los Países Bajos de 25 de julio de 2007 relativo a la explotación de Mínce Main (inédito).

#### 22. NORUEGA

Noruega ha celebrado los acuerdos siguientes:

a) Acuerdo entre Noruega y el Reino Unido de 10 de mayo de 1976 relativo a la explotación de las reservas del yacimiento de Frigg y el transporte de gas desde allí al Reino Unido (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1098, n.º 16878, pág. 3);

b) Acuerdo de 25 de agosto de 1998 relativo a la modificación del acuerdo entre Noruega y el Reino Unido de 10 de mayo de 1976 relativo a la explotación de las reservas del yacimiento de Frigg y el transporte de gas

desde allí al Reino Unido (ibíd., vol. 2210, n.º 16878, pág. 94);

c) Canje de notas de 21 de junio de 2001 sobre la modificación del acuerdo entre Noruega y el Reino Unido relativo a la explotación de las reservas del yacimiento de Frigg y el transporte de gas desde allí al Reino Unido (Reino Unido, *Treaty Series*, n.º 43 (2001), Cmnd 5258);

d) Acuerdo entre Noruega y el Reino Unido de 16 de octubre de 1979 relativo a la explotación de las reservas y la extracción de petróleo del yacimiento de Statfjord (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1254, n.º 20551, pág. 379);

e) Modificaciones de 24 de marzo de 1995 del acuerdo entre Noruega y el Reino Unido relativo a la explotación de las reservas y la extracción de petróleo del yacimiento de Statfjord (ibíd., vol. 1914, n.º 20551, pág. 509);

f) Acuerdo entre Noruega y el Reino Unido de 16 de octubre de 1979 relativo a la explotación de las reservas y la extracción de petróleo del yacimiento de Murchison (ibíd., vol. 1249, n.º 20387, pág. 173);

g) Acuerdo de 22 de octubre de 1981 complementario del acuerdo entre Noruega y el Reino Unido relativo a la explotación de las reservas y la extracción de petróleo del yacimiento de Murchison (ibíd., vol. 1288, n.º 20387, pág. 447);

h) Segundo acuerdo, de 22 de junio de 1983, complementario del acuerdo entre Noruega y el Reino Unido relativo a la explotación de las reservas y la extracción de petróleo del yacimiento de Murchison (ibíd., vol. 1352, n.º 20387, pág. 357);

i) Modificaciones de 9 de agosto de 1999 del acuerdo entre Noruega y el Reino Unido relativo a la explotación de las reservas y la extracción de petróleo del yacimiento de Murchison (ibíd., vol. 2142, n.º 20387, pág. 215);

j) Acuerdo entre Noruega y el Reino Unido de 10 de marzo de 1965 relativo a la delimitación de la plataforma continental entre los dos países (ibíd., vol. 551, n.º 8043, pág. 213);

k) Protocolo de 22 de diciembre de 1978 complementario del acuerdo entre Noruega y el Reino Unido relativo a la delimitación de la plataforma continental entre los dos países (ibíd., vol. 1202, n.º 8043, pág. 363);

l) Acuerdo entre Noruega y el Reino Unido de 4 de octubre de 2004 relativo a los yacimientos petrolíferos de Playfair y Boa (ibíd., vol. 2309, n.º 41167, pág. 217);

m) Acuerdo marco entre Noruega y el Reino Unido de 4 de abril de 2005 relativo a la cooperación petrolífera transfronteriza;

n) Acuerdo entre Noruega e Islandia de 3 de noviembre de 2008 relativo a los yacimientos transfronterizos de hidrocarburos (al 17 de marzo de 2009 aún no estaba en vigor);

o) Acuerdo relativo a la delimitación de la plataforma continental entre Noruega y Dinamarca, firmado el 8 de diciembre de 1965 en Oslo (ibíd., vol. 634, n.º 9052, pág. 71);

p) Canje de notas de 24 de abril de 1968 constitutivo de un acuerdo por el que se modifica el acuerdo relativo a la delimitación de la plataforma continental entre Noruega y Dinamarca de 8 de diciembre de 1965 (ibíd., vol. 643, n.º 9052, pág. 414);

q) Canje de notas de 4 de junio de 1974 constitutivo de un acuerdo por el que se modifica el acuerdo relativo a la delimitación de la plataforma continental entre Noruega y Dinamarca de 8 de diciembre de 1965 (ibíd., vol. 952, n.º 9052, pág. 390);

r) Acuerdo entre Noruega y Suecia de 24 de julio de 1968 relativo a la delimitación de la plataforma continental (ibíd., vol. 968, n.º 14015, pág. 235);

s) Acuerdo entre Noruega y Dinamarca de 15 de junio de 1979 relativo a la delimitación de la plataforma continental en la zona entre Noruega y las Islas Feroe y a la frontera entre la zona de pesca de las Islas Feroe y la zona económica de Noruega (ibíd., vol. 1211, n.º 19512, pág. 163);

t) Acuerdo entre Noruega y Dinamarca de 18 de diciembre de 1995 relativo a la delimitación de la plataforma continental en la zona entre Jan Mayen y Groenlandia y a la frontera entre las zonas de pesca de la región (ibíd., vol. 1903, n.º 32441, pág. 171);

u) Protocolo adicional de 11 de noviembre de 1997 del acuerdo entre Noruega y Dinamarca de 18 de diciembre de 1995 relativo a la delimitación de la plataforma continental en la zona entre Jan Mayen y Groenlandia y a la frontera entre las zonas de pesca de la región (ibíd., vol. 2100, n.º 32441, pág. 180);

v) Acuerdo entre Noruega por una parte, y Dinamarca junto con la Administración autónoma de Groenlandia por la otra, de 20 de febrero de 2006 relativo a la delimitación de la plataforma continental y las zonas de pesca en la región entre Groenlandia y Svalbard (ibíd., vol. 2378, n.º 42887, pág. 21);

w) Acuerdo entre la Federación de Rusia y el Reino de Noruega de 11 de julio de 2007 sobre la delimitación marítima en la zona de Varangerfjord (ibíd., vol. 2526, n.º 45114, pág. 33).

## 23. OMÁN

1. Omán respondió «Sí» a esta pregunta. Existen acuerdos sobre petróleo, gas y minerales entre Omán, representado por el Ministerio de Petróleo y Gas, y algunos Estados vecinos, como los Emiratos Arabes Unidos, el Yemen y la República Islámica del Irán. Sin embargo, aún no se han firmado acuerdos sobre la utilización o explotación conjunta de yacimientos compartidos.

2. Existen acuerdos de demarcación de límites marítimos, pero esos acuerdos son competencia del Ministerio del Interior.

## 24. PORTUGAL

Portugal respondió «No».

## 25. SAN VICENTE Y LAS GRANADINAS

San Vicente y las Granadinas respondió «Ninguno» relativo a la explotación petrolífera.

## 26. ESLOVAQUIA

Eslovaquia ha celebrado dos acuerdos relativos a la prospección y explotación de los recursos transfronterizos:

*a)* Acuerdo entre el Gobierno de la República Socialista de Checoslovaquia y el Gobierno Federal de Austria sobre los principios de la cooperación geológica entre la República Socialista de Checoslovaquia y la República de Austria, firmado en Praga el 23 de enero de 1960 [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 495, n.º 7241, pág. 99]. Eslovaquia es un Estado sucesor con respecto a ese acuerdo, que determina el intercambio de registros geológicos y su examen conjunto, así como la coordinación de la prospección geológica conjunta en las zonas fronterizas.

*b)* Acuerdo entre la República Socialista de Checoslovaquia y la República de Austria para la explotación de los recursos comunes de petróleo y gas, firmado en 1960 [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 495, n.º 7242, pág. 125]. Eslovaquia es un Estado sucesor con respecto a ese acuerdo, que determina las condiciones de la explotación y el reparto del gas.

## 27. TAYIKISTÁN

Tayikistán no tiene ningún acuerdo, arreglo ni práctica con sus Estados vecinos en materia de prospección ni de explotación de los recursos transfronterizos de petróleo y de gas ni cualquier otro tipo de cooperación en relación con dichos recursos.

## 28. TAILANDIA

Tailandia ha celebrado con Malasia el Acuerdo relativo a la constitución de la Autoridad Conjunta de Malasia y Tailandia y a otros asuntos conexos.

## 29. TURQUÍA

Turquía no tiene ningún acuerdo, arreglo o práctica con sus Estados vecinos en materia de exploración y explotación de recursos transfronterizos de petróleo o gas.

## 30. REINO UNIDO

El Reino Unido ha celebrado los acuerdos siguientes:

*a)* Acuerdo de 1965 entre el Reino Unido y Noruega relativo a la delimitación de la plataforma continental (Reino Unido, *Treaty Series*, n.º 71 (1965), Cmnd 2757);

*b)* Acuerdo de 1965 entre el Reino Unido y los Países Bajos relativo a la delimitación de la plataforma continental

en el lecho del Mar del Norte (ibíd., n.º 23 (1967), Cmnd 3253);

*c)* Acuerdo de 1965 entre el Reino Unido y los Países Bajos relativo a la explotación de estructuras geológicas únicas que se extienden a ambos lados de la línea divisoria de la plataforma continental del Mar del Norte (ibíd., n.º 24 (1967), Cmnd 3254);

*d)* Acuerdo de 1966 entre el Reino Unido y Dinamarca relativo a la delimitación de zonas de la plataforma continental (ibíd., n.º 35 (1967), Cmnd 3278);

*e)* Protocolo de 1971 entre el Reino Unido y los Países Bajos por el que se modifica el acuerdo relativo a la delimitación de la plataforma continental en el lecho del Mar del Norte (ibíd., n.º 130 (1972), Cmnd 5173);

*f)* Acuerdo de 1971 entre el Reino Unido y Dinamarca relativo a la delimitación de zonas de la plataforma continental (ibíd., n.º 6 (1973), Cmnd 5193);

*g)* Acuerdo de 1971 entre el Reino Unido y Alemania relativo a la delimitación de la plataforma continental (ibíd., n.º 7 (1973), Cmnd 5192);

*h)* Acuerdo de 1973 entre el Reino Unido y Noruega relativo al transporte de petróleo por oleoducto desde Ekofisk y zonas adyacentes (ibíd., n.º 101 (1973), Cmnd 5423);

*i)* Acuerdo de 1976 entre el Reino Unido y Noruega relativo a la explotación de las reservas del yacimiento de Frigg y el transporte de gas desde allí al Reino Unido (ibíd., n.º 113 (1977), Cmnd 7043);

*j)* Protocolo de 1978 entre Noruega y el Reino Unido complementario del acuerdo relativo a la delimitación de la plataforma continental entre los dos países (ibíd., n.º 31 (1980), Cmnd 7853);

*k)* Acuerdo de 1979 entre Noruega y el Reino Unido relativo a la explotación de las reservas del yacimiento de Statfjord (ibíd., n.º 44 (1981), Cmnd 8282);

*l)* Acuerdo de 1979 entre Noruega y el Reino Unido relativo a la explotación de las reservas y la extracción de petróleo del yacimiento de Murchison (ibíd., n.º 39 (1981), Cmnd 8270);

*m)* Acuerdo de 1981 entre Noruega y el Reino Unido complementario del acuerdo relativo a la explotación de las reservas y la extracción de petróleo del yacimiento de Murchison (ibíd., n.º 25 (1982), Cmnd 8577);

*n)* Acuerdo de 1982 entre el Reino Unido y Francia relativo a la delimitación de la plataforma continental al este de la longitud 30 minutos oeste del meridiano de Greenwich (ibíd., n.º 20 (1983), Cmnd 8859);

*o)* Segundo acuerdo, de 1983, complementario del acuerdo entre Noruega y el Reino Unido relativo a la explotación de las reservas y la extracción de petróleo del yacimiento de Murchison (ibíd., n.º 71 (1983), Cmnd 9083);



*p)* Tratado de Heimdal de 1985 entre el Reino Unido y Noruega (ibíd., n.º 39 (1987), Cmnd 201);

*q)* Acuerdo de 1988 entre el Reino Unido e Irlanda relativo a la delimitación de zonas de la plataforma continental (ibíd., n.º 20 (1990), Cmnd 990);

*r)* Acuerdo de 1991 entre el Reino Unido y Bélgica relativo a la delimitación de la plataforma continental (ibíd., n.º 20 (1994), Cmnd 2499);

*s)* Acuerdo de 1991 entre el Reino Unido y Francia relativo a la finalización de la delimitación de la plataforma continental en la región meridional del Mar del Norte (ibíd., n.º 46 (1992), Cmnd 1979);

*t)* Acuerdo de 1992 entre el Reino Unido y los Países Bajos relativo a la explotación de las reservas del yacimiento de Markham (ibíd., n.º 39, Cmnd 2254);

*u)* Protocolo de 1992 entre el Reino Unido e Irlanda complementario del acuerdo relativo a la delimitación de zonas de la plataforma continental (ibíd., n.º 47 (1993), Cmnd 2302);

*v)* Acuerdo de 1993 entre el Reino Unido e Irlanda relativo al transporte de gas natural por gasoducto (ibíd., n.º 73 (1993), Cmnd 2377);

*w)* Canje de notas de 1995 entre el Reino Unido y Noruega sobre la modificación del acuerdo relativo a la explotación de las reservas del yacimiento de Staffjord (ibíd., n.º 57 (1995), Cmnd 2941);

*x)* Acuerdo de 1997 entre el Reino Unido y Bélgica relativo al transporte de gas natural por gasoducto (ibíd., n.º 3 (2003), Cmnd 5738);

*y)* Acuerdo de 1998 entre el Reino Unido y Noruega relativo a la modificación del acuerdo relativo a la explotación de las reservas del yacimiento de Frigg y el transporte de gas desde allí al Reino Unido (ibíd., n.º 21 (2002), Cmnd 5513);

*z)* Acuerdo marco de 1998 entre el Reino Unido y Noruega relativo a la construcción, funcionamiento y jurisdicción de los gasoductos submarinos interconectados (ibíd., n.º 9 (2003), Cmnd 5762);

*aa)* Canje de notas de 1999 entre el Reino Unido y Noruega por el que se modifica el acuerdo relativo a las reservas del yacimiento de Murchison (ibíd., n.º 110 (2000), Cmnd 4857);

*bb)* Acuerdo de 1999 entre el Reino Unido y Dinamarca relativo a la delimitación de zonas de la plataforma continental en la región entre el Reino Unido y las Islas Feroe (ibíd., n.º 76 (1999), Cmnd 4514);

*cc)* Canje de notas de 2001 entre el Reino Unido y Noruega sobre la enmienda del acuerdo relativo a la explotación de las reservas del yacimiento de Frigg y el transporte de gas desde allí al Reino Unido (ibíd., n.º 43 (2001), Cmnd 5258);

*dd)* Canje de notas de 2004 entre el Reino Unido y Noruega sobre los yacimientos petrolíferos de Playfair y Boa (ibíd., n.º 48 (2004), Cmnd 6412);

*ee)* Canje de notas de 2004 entre el Reino Unido y los Países Bajos por el que se modifica el acuerdo relativo a la delimitación de la plataforma continental en el lecho del Mar del Norte (modificado) (ibíd., n.º 2 (2006), Cmnd 6749);

*ff)* Acuerdo de 2004 entre el Reino Unido e Irlanda relativo al transporte de gas natural por un segundo gasoducto (ibíd., n.º 2 (2005), Cmnd 6674; aún no ha entrado en vigor);

*gg)* Acuerdo marco de 2005 entre el Reino Unido y Noruega relativo a la cooperación petrolífera transfronteriza (ibíd., n.º 20 (2007), Cmnd 7206; aún no ha entrado en vigor);

*hh)* Acuerdo de 2005 entre el Reino Unido y los Países Bajos relativo al transporte de gas natural por un gasoducto (ibíd., n.º 2 (2005), Cmnd 6675; aún no ha entrado en vigor);

*ii)* Canje de notas de 2005 entre el Reino Unido y Bélgica por el que se modifica el acuerdo relativo a la delimitación de la plataforma continental en el lecho del Mar del Norte (ibíd., n.º 18 (2007), Cmnd 7204);

*jj)* Acuerdo de 2004 entre el Reino Unido y Noruega relativo a la modificación del Tratado de Heimdal (ibíd., n.º 01 (2005), Cmnd 6694; no está en vigor).

### 31. ESTADOS UNIDOS

1. Exceptuando determinadas disposiciones de un tratado sobre la frontera marítima con México (descritas más abajo), los Estados Unidos no han celebrado ningún acuerdo ni arreglo internacional ni han establecido ninguna práctica con Estados vecinos en relación con las reservas transfronterizas de petróleo y gas a lo largo de los límites marítimos o los límites de la plataforma continental de los Estados Unidos con el Canadá o México. Los Estados Unidos no tienen conocimiento de que se hayan descubierto reservas transfronterizas de ese tipo. Los Estados Unidos tampoco han identificado ningún acuerdo, arreglo ni práctica establecida con sus Estados vecinos que se refiera específicamente a la prospección y explotación de los recursos transfronterizos de petróleo y gas a lo largo de sus fronteras terrestres.

2. Los Estados Unidos tienen dos acuerdos con México sobre límites marítimos y delimitación. El primero es el Tratado sobre límites marítimos entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América (firmado en México D.F., el 4 de mayo de 1978 y que entró en vigor el 13 de noviembre de 1997) [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2143, n.º 37399, pág. 409], en el que se establece la frontera marítima entre los Estados Unidos y México a 200 millas mar adentro en el Golfo de México y el Océano Pacífico, utilizando el principio de la equidistancia. El tratado no se ocupa de la prospección ni la explotación de los recursos transfronterizos de petróleo y gas. Además, en el tratado se dejaron dos «polígonos»

o zonas fuera de la zona económica exclusiva de cada Estado: uno en el Golfo oriental que afectaba a Cuba, los Estados Unidos y México y otro en el Golfo occidental que afectaba a los Estados Unidos y México.

3. Con respecto al polígono occidental del Golfo de México, los Estados Unidos y México celebraron el Tratado sobre la delimitación de la plataforma continental en la región occidental del Golfo de México más allá de las 200 millas náuticas, con sus anexos (firmado en Washington D.C. el 9 de junio de 2000 y que entró en vigor el 17 de enero de 2001) (el Tratado del polígono occidental) [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2143, n.º 37400, pág. 424]. También en ese caso, aplicando el principio de la equidistancia, en el Tratado se asigna el 62% de la zona de 17.190 km<sup>2</sup> a México y el 38% a los Estados Unidos. En el Tratado también se estableció una zona de separación que se extendía 1,4 millas náuticas a cada lado del límite del polígono occidental, dentro de la que ninguna parte puede proceder a la perforación ni la explotación de la plataforma continental durante un plazo de diez años.

4. Aunque en el Tratado del polígono occidental no figuraban arreglos de puesta en común ni de aprovechamiento conjunto, en él sí que se trata de las posibles reservas transfronterizas de petróleo y gas. En particular, en el Tratado se exige que cada una de las partes, de acuerdo con sus leyes y disposiciones nacionales, facilite las solicitudes de la otra parte de que se autoricen estudios geológicos y geofísicos que determinen la posible presencia y distribución de yacimientos transfronterizos. Además, se exige a cada parte que comparta la información geológica y geofísica que posea con objeto de determinar la posible existencia y ubicación de yacimientos transfronterizos. En caso de que se descubra cualquier yacimiento transfronterizo, en el Tratado se obliga a las partes a tratar de «llegar a un acuerdo para la eficiente y equitativa explotación de dichos yacimientos transfronterizos» (véase art. V, párr. 1, apdo. b).

### 32. URUGUAY

El Uruguay no conoce la existencia de tratados ni otros acuerdos, arreglos o prácticas suscritos o entablados por el Uruguay y los países vecinos vinculados a la prospección y explotación de los recursos transfronterizos de petróleo y gas.

### C. Pregunta 2

**¿Hay algún órgano o mecanismo conjunto o asociación (de carácter público o privado) para la prospección, explotación u ordenación de los recursos transfronterizos de gas o petróleo? Sírvanse facilitar información descriptiva de la naturaleza y el funcionamiento de tales arreglos, incluidos sus principios rectores.**

#### 1. AUSTRALIA

1. El Tratado del mar de Timor establece un régimen conjunto de gestión y regulación para la zona de explotación conjunta del mar de Timor. La Autoridad Delegada del Mar de Timor es el órgano encargado de la regulación ordinaria de la zona conjunta y tiene su sede en Dili.

2. La Autoridad Delegada depende de una Comisión Conjunta, actualmente integrada por dos funcionarios de Timor-Leste y uno de Australia, que supervisa la labor de la Autoridad y establece políticas y normas en relación con las actividades petrolíferas en la zona conjunta. El Tratado del mar de Timor también establece un Consejo Ministerial encargado, en última instancia, de adoptar las decisiones e integrado por un número igual de ministros de Australia y Timor-Leste. La Autoridad Delegada, la Comisión Conjunta y el Consejo Ministerial actúan conforme a las condiciones previstas en el Tratado del mar de Timor.

#### 2. AUSTRIA

El acuerdo mencionado anteriormente (véase la sección B *supra*) establece un «comité mixto» que está integrado por un representante del Ministerio Federal de Economía y Trabajo de Austria y un representante de la empresa de petróleo y gas OMV, por parte de Austria, y por un representante del Ministerio de Economía de Eslovaquia y un representante de la empresa Nafta, por parte de Eslovaquia. Este comité decide, entre otras cosas, el volumen de petróleo y gas —explotado exclusivamente en territorio austríaco— que se entrega al lado eslovaco.

#### 3. BAHAMAS

No hay ningún programa o mecanismo conjunto ni ninguna asociación para la exploración o gestión de los recursos transfronterizos de petróleo o gas en las Bahamas.

#### 4. BOSNIA Y HERZEGOVINA

Bosnia y Herzegovina no tiene ninguna fuente local o transfronteriza de gas o petróleo ni ningún contrato sobre esta materia. En 1990 se investigaron algunas fuentes de petróleo crudo en el país, pero nunca han sido explotadas.

#### 5. CANADÁ

1. El Acuerdo entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de la República Francesa relativo a la exploración y explotación de yacimientos transfronterizos de hidrocarburos contempla la creación de un Grupo de trabajo técnico conjunto para estudiar las cuestiones técnicas derivadas de la aplicación del Acuerdo o de cualquier acuerdo de explotación (para mayores detalles, véase *infra*), incluida información relativa al contexto geológico regional y las cuencas geológicas, así como cualquier cuestión relacionada con la aplicación del plan de explotación o el plan de beneficios (véase la explicación que figura más adelante). El Grupo de trabajo debe permitir que las partes examinen la información relacionada con el contexto geológico regional y, a petición de cualquiera de ellas, se reunirá para facilitar la aprobación de un plan de explotación o de un plan de beneficios, examinando las preocupaciones o cuestiones que planteen dichos planes o sus versiones preliminares. Con carácter general, el operador del sector deberá ser invitado a la totalidad o parte de esas reuniones.

2. El Grupo de trabajo está integrado por miembros propuestos por cada parte (dos presidentes y dos secretarios), así como las demás personas que, a juicio de cualquiera de las partes, deban estar presentes en sus reuniones.

## 6. CUBA

Cuba no tiene ningún órgano, mecanismo conjunto ni asociación para la prospección, explotación u ordenación de los recursos transfronterizos de petróleo y gas con los Estados vecinos.

## 7. CHIPRE

En el Acuerdo marco entre Chipre y Egipto relativo a la explotación de los recursos de hidrocarburos que cruzan la línea media se dispone que cuando se descubra una reserva de hidrocarburos que se extienda a ambos lados de la línea media y que pueda ser explotada, cada una de las partes (Chipre y Egipto) exigirá a los concesionarios interesados que se reúnan y elaboren un acuerdo de puesta en común para el aprovechamiento y explotación conjuntos de esa reserva. En el acuerdo de puesta en común se definirá la reserva de hidrocarburos que se extienda a ambos lados de la línea media tomando en consideración los elementos siguientes: *a*) la extensión geográfica y las características geológicas de la reserva y la zona prevista para el aprovechamiento y explotación conjuntos de esa reserva (el «sector»); *b*) la cantidad total de hidrocarburos y de reservas y la metodología utilizada para el cálculo; *c*) la distribución de las reservas a cada lado de la línea media; *d*) el procedimiento para que, en su caso, cada uno de los elementos mencionados sea determinado por un perito independiente, y *e*) el procedimiento para volver a determinar periódicamente los elementos mencionados, cuando proceda. El acuerdo de puesta en común se comunicará a las partes para su aprobación.

## 8. REPÚBLICA CHECA

1. En virtud del Acuerdo entre el Gobierno de la República Checoslovaca y el Gobierno Federal de Austria relativo a la explotación de depósitos compartidos de gas natural y petróleo, de 1960, existía una comisión mixta checoslovaco-austríaca que se regulaba en el artículo 2 de dicho Acuerdo. La comisión mixta estaba integrada por representantes de las dos partes contratantes. La misión de la comisión mixta era calcular las reservas totales en depósitos individuales y determinar la cuota de cada parte contratante, especificar las condiciones de explotación, estableciendo en particular programas de explotación a largo plazo, y resolver las dificultades que pudieran surgir en la aplicación del Acuerdo.

2. En la comisión mixta, Checoslovaquia estaba representada por miembros del ministerio competente y por la empresa minera Nafta Hodonín. Tras la desintegración del país, se creó una comisión mixta checo-austríaca para que siguiera desempeñando las funciones derivadas del Acuerdo de 1960 entre la República Checoslovaca y Austria relativo a la explotación de depósitos compartidos de gas natural y petróleo. Por el lado checo participan en la labor de la comisión mixta funcionarios del Ministerio de Industria y Comercio y representantes de la empresa minera Moravské naftové doly.

## 9. GUYANA

La Comisión de Geología y Minería no tiene ningún órgano conjunto que se ocupe de la prospección, explotación ni ordenación de los recursos transfronterizos de gas o petróleo.

## 10. HUNGRÍA

La Empresa Húngara de Petróleo y Gas (MOL) ha celebrado dos acuerdos de asociación con la Empresa Nacional de Petróleo y Gas de Croacia (INA) para explorar conjuntamente yacimientos transfronterizos situados entre Croacia y Hungría. Uno de los acuerdos (firmado en 2006) abarca la zona de Podravska Slatina-Zalata y el otro (firmado en 2007) se refiere a la zona de Novi Gradac-Potony. Ambas empresas participan al 50% en los proyectos de exploración. La asociación está dirigida por el comité de gestión, que está integrado por los representantes de MOL e INA, y todas las decisiones se toman por consenso. El comité permanente toma las decisiones relativas al programa anual de trabajo y el presupuesto necesario. El operador del lado croata es INA, mientras que por parte húngara MOL asume las responsabilidades y realiza las tareas propias del operador. Los acuerdos se rigen por el derecho inglés.

## 11. IRAQ

Se han constituido comités técnicos que están preparando sistemas de cooperación conjunta entre el Iraq y sus países vecinos.

## 12. IRLANDA

No en el momento actual. No obstante, Irlanda mantiene contactos periódicos con sus homólogos en el Reino Unido (Departamento de Negocios, Empresas y Reforma Normativa (BERR, anteriormente denominado Departamento de Comercio e Industria)) sobre cuestiones de interés mutuo. Irlanda respondió «No se aplica» a la parte de la pregunta «Sírvanse facilitar información descriptiva de la naturaleza y el funcionamiento de tales arreglos, incluidos sus principios rectores».

## 13. JAMAICA

De conformidad con el artículo 4 de un acuerdo con Colombia, las partes han establecido una comisión conjunta que elabore las modalidades de las actividades de prospección y explotación de los recursos naturales, vivos y no vivos; garantice el cumplimiento de las normativas y medidas adoptadas por las partes para las actividades de prospección y explotación en el área de régimen común; y desempeñe las funciones que le asignen las partes con miras a aplicar el acuerdo. La comisión conjunta está constituida por un representante de cada parte, que puede contar con la asistencia de los asesores que considere necesarios. La comisión formula recomendaciones a las partes que adquieren fuerza vinculante cuando estas las aprueban.

## 14. KUWAIT

1. *Operaciones conjuntas en Wafra.* De la prospección, explotación y ordenación de los recursos de petróleo y gas se encargan conjuntamente dos sociedades, Kuwait Gulf Oil Company y Saudi Arabia Chevron. Las operaciones conjuntas las lleva a cabo la empresa de operaciones conjuntas de Wafra y son organizadas por el comité operativo conjunto, integrado por representantes de las dos sociedades con los mismos derechos de voto. El comité

proporciona orientación en las operaciones conjuntas a los equipos de administración de los activos y aprueba los planes empresariales y los presupuestos.

2. *Operaciones conjuntas en Khafji.* Existen órganos y mecanismos conjuntos y asociaciones para la prospección, explotación y ordenación de los recursos transfronterizos de gas y petróleo. En la zona dividida que se encuentra en el mar, la empresa de operaciones conjuntas de Khafji se encarga del funcionamiento y la gestión del yacimiento de petróleo y gas en representación de ambos accionistas en condiciones de igualdad. El comité ejecutivo conjunto y el comité operativo conjunto son dos comités de alto nivel en los que están representados por igual los dos accionistas; son los organismos principales encargados de aprobar todas las actividades importantes en el marco de las operaciones conjuntas y de hacer un seguimiento de ellas, así como de garantizar que se apliquen las mejores prácticas para la prospección, explotación y ordenación de las reservas de petróleo y gas en la zona dividida del mar.

#### 15. MALÍ

1. Se ha creado un comité directivo integrado por representantes de Malí y Mauritania para aplicar el Acuerdo Marco sobre actividades relacionadas con el petróleo en las cuencas sedimentarias compartidas.

2. El comité directivo se reúne al menos dos veces al año o cuando es necesario para examinar propuestas de proyectos y presupuestos para actividades en una zona mutuamente acordada.

#### 16. MAURICIO

Mauricio respondió «No» a esta pregunta.

#### 17. MYANMAR

Puesto que Myanmar no tiene ningún acuerdo, arreglo ni práctica establecida con sus Estados vecinos en materia de prospección y explotación de los recursos transfronterizos de petróleo y gas, no existe ningún órgano, mecanismo conjunto ni asociación (de carácter público o privado) para la prospección, explotación u ordenación de los recursos transfronterizos de gas y petróleo.

#### 18. PAÍSES BAJOS

Los Países Bajos respondieron «No» a esta pregunta.

#### 19. NORUEGA

Todos los recursos transfronterizos de petróleo y gas que pertenecen parcialmente a Noruega son explotados como una sola unidad por sociedades mercantiles a las que han concedido derechos exclusivos al efecto el Gobierno de Noruega y el gobierno del otro lado de la línea de delimitación, respectivamente. Esa explotación está sujeta a la celebración de un acuerdo sobre la unidad entre las sociedades correspondientes de ambos lados de la línea de delimitación que ha de ser aprobado por los dos gobiernos pertinentes. Una vez recibida esa aprobación, las correspondientes sociedades de ambos lados de la línea de delimitación constituyen una empresa mixta a

los efectos de explotar el yacimiento transfronterizo de petróleo y gas como una sola unidad.

#### 20. OMÁN

1. El Ministerio de Petróleo y Gas no participa en ningún órgano o mecanismo conjunto ni en ninguna asociación (de carácter público o privado) para la prospección, explotación u ordenación de recursos transfronterizos de petróleo o gas.

2. Sin embargo, existen acuerdos sobre intercambio bilateral de información técnica. Esos acuerdos son aplicados en función de las necesidades por empresas de ambos lados bajo la supervisión del Ministerio.

#### 21. PORTUGAL

Portugal respondió «No».

#### 22. ESLOVAQUIA

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo entre la República Socialista de Checoslovaquia y la República de Austria para la explotación de los recursos comunes de petróleo y gas, se ha establecido una comisión bilateral encargada de calcular la capacidad de todos los yacimientos subterráneos y la cuota de cada participante. Esa comisión también establece las condiciones de la explotación.

#### 23. TAYIKISTÁN

En Tayikistán no existen órganos, mecanismos conjuntos ni asociaciones (de carácter público o privado) encargados de la prospección, explotación u ordenación de los recursos transfronterizos de gas o petróleo.

#### 24. TAILANDIA

Se ha establecido la Autoridad Conjunta de Malasia y Tailandia, organismo público que asume todos los derechos y obligaciones en nombre de los dos Gobiernos (Malasia y Tailandia) para la prospección y explotación de los recursos no vivos, en particular el petróleo, en la zona de alta mar que se superpone a la plataforma continental reclamada por los dos países y conocida como la «zona de aprovechamiento conjunto» por un plazo de 50 años a partir de la fecha en que entró en vigor el memorando de entendimiento (22 de febrero de 1979). La Autoridad Conjunta está integrada por dos copresidentes, uno de cada país, y un número igual de miembros de cada país.

#### 25. TURQUÍA

Turquía no cuenta con ningún órgano o mecanismo conjunto ni ninguna asociación para la prospección, explotación u ordenación de recursos transfronterizos de petróleo o gas.

#### 26. REINO UNIDO

En los acuerdos bilaterales para la explotación de los yacimientos o estructuras transfronterizos de la plataforma

continental del Reino Unido habitualmente figuran disposiciones para que los gobiernos se reúnan, cuando sea preciso, en una comisión consultiva u otro foro con objeto de facilitar la ejecución del acuerdo, ocuparse de cuestiones que plantee cada uno de los gobiernos o examinar las controversias entre concesionarios que se planteen en el marco de los acuerdos de concesión. La comisión o el foro generalmente estarán limitados a un número concreto de representantes de los gobiernos, pero en los acuerdos también se puede prever la remisión a un arbitraje externo. En el nuevo acuerdo marco entre el Reino Unido y Noruega puede encontrarse un ejemplo al respecto.

#### 27. ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos no han identificado ningún órgano conjunto, asociación ni mecanismo oficial con el Canadá ni con México que se ocupe de la prospección, explotación u ordenación de los recursos transfronterizos de gas o petróleo. En sus fronteras marítimas, los Estados Unidos no llevan a cabo esas actividades por sí mismos, sino que otorgan concesiones sobre la plataforma continental exterior que se encuentra dentro de su jurisdicción a empresas privadas de petróleo y gas, en régimen de competencia. Esas concesiones y quienes las operan han de respetar las leyes y disposiciones de los Estados Unidos y las condiciones de la concesión (véanse la Ley de tierras de la plataforma continental exterior y las disposiciones que la desarrollan, de las que las más pertinentes se encuentran en el Código de Reglamentos Federales, tít. 30, partes 250, 256 y 260.)

#### D. Pregunta 3

**En caso de respuesta afirmativa a la pregunta 1, sírvanse contestar las siguientes preguntas sobre el contenido de los acuerdos o arreglos o acerca de la práctica:**

**a) ¿Existen principios, arreglos o entendimientos específicos en materia de reparto o asignación del petróleo y el gas, u otras formas de cooperación? Sírvanse facilitar una reseña de los principios, disposiciones, arreglos o entendimientos;**

**b) ¿Existe algún arreglo o entendimiento o alguna práctica en materia de prevención y control de la contaminación o sobre otros problemas de medio ambiente, como la mitigación de accidentes? Sírvanse ampliar la información.**

#### 1. ARGELIA

1. Existe un acuerdo de amistad y cooperación entre los Gobiernos de Argelia y la Jamahiriya Árabe Libia relativo al desarrollo y la explotación de los yacimientos de Alrar y Wafa.

2. En enero de 2007 se creó la empresa Oil Spill Response Company (OSPREC). Sus accionistas son Argelia y Marruecos, y pronto se incorporará también Túnez. El objetivo de la empresa es prevenir y combatir la contaminación por hidrocarburos en una zona que se extiende desde la costa meridional del Mediterráneo hasta la costa occidental de África.

#### 2. AUSTRALIA

1. En relación con la pregunta 3, apdo. *a*, la disposición antes citada (véase la sección B *supra*), que figura en varios acuerdos de delimitación concluidos por Australia, establece claramente que, en caso de que se encuentren recursos transfronterizos de petróleo, ambas partes tratarán de lograr un acuerdo sobre el modo de explotar más eficazmente los recursos y sobre el reparto equitativo de los beneficios que resulten de esa explotación.

2. En cuanto a la pregunta 3, apdo. *b*:

*a)* Una vez que el Tratado de Perth entre en vigor, su artículo 7 dispone que, en las zonas en las que Australia tiene jurisdicción sobre el lecho marino e Indonesia tiene jurisdicción sobre la columna de agua suprayacente, ambas partes deberán tomar las medidas efectivas que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino.

*b)* El artículo 13 del Tratado del estrecho de Torres entre Australia y Papua Nueva Guinea impone a las partes la obligación de proteger y preservar el medio marino en la zona protegida y sus alrededores. Conforme a lo dispuesto en el artículo 15, Australia y Papua Nueva Guinea han acordado establecer una moratoria con carácter indefinido sobre las actividades de perforación y extracción destinadas a explorar o explotar los recursos del lecho marino y el subsuelo de la zona protegida.

*c)* El artículo 10 del Tratado del mar de Timor impone a Australia y Timor-Leste la obligación de cooperar para proteger el medio marino de las zonas conjuntas de explotación de recursos petrolíferos, con el fin de prevenir y reducir al mínimo la contaminación y otros daños ambientales derivados de las actividades petroleras. En cuanto al sector de Greater Sunrise, el artículo 21 del acuerdo de unitización firmado entre Australia y Timor-Leste establece que se aplicarán ciertas normas australianas de protección ambiental, que serán administradas por las autoridades reguladoras previstas en el acuerdo de unitización.

*d)* La Autoridad Australiana de Seguridad Marítima, responsable de la seguridad marítima, la protección del medio marino y la búsqueda y el salvamento de buques y aeronaves en Australia, ha firmado varios memorandos de entendimiento con los vecinos del país (Indonesia, Nueva Caledonia (Francia), Nueva Zelanda y Papua Nueva Guinea) que abordan cuestiones relacionadas con la respuesta a incidentes graves de derrame de petróleo.

#### 3. AUSTRIA

1. Puesto que el gas se explota exclusivamente en territorio austríaco, se aplican las leyes y normas de Austria.

2. No existen acuerdos específicos.

#### 4. BAHAMAS

Bahamas indicó que la pregunta «No se aplica».

## 5. CANADÁ

1. El Acuerdo entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de la República Francesa relativo a la explotación y explotación de yacimientos transfronterizos de hidrocarburos es un acuerdo marco que no contempla un único régimen unificado sino que es un instrumento que facilita el cumplimiento de las exigencias de la legislación francesa y canadiense en relación con cualquier yacimiento transfronterizo.

2. Además de reiterar a todos los efectos y con carácter definitivo la demarcación entre el Canadá y Francia, el Acuerdo establece en su preámbulo que sus disposiciones se basan en la proporcionalidad como criterio para determinar la cuota de las reservas de un yacimiento transfronterizo que corresponde a cada parte y destaca la importancia de las buenas prácticas en los yacimientos de petróleo, la seguridad, la protección del medio ambiente y la conservación de los recursos de los yacimientos transfronterizos.

3. A continuación se enumeran los principales rasgos del Acuerdo en lo que respecta a la asignación o apropiación del petróleo y el gas y otras formas de cooperación:

a) El Acuerdo establece la obligación de intercambiar información de manera más exhaustiva una vez que se determina que la acumulación es transfronteriza. El Acuerdo obliga a intercambiar información cuando se perforan pozos situados a menos de 10 millas marinas de la demarcación marítima. La información que se proporcione no podrá ser divulgada sin el consentimiento de la parte que la facilitó;

b) El Acuerdo regula la notificación que debe dirigirse a la otra parte, que habrá de ir acompañada de pruebas que permitan determinar si la acumulación es o no transfronteriza. Si la otra parte no está plenamente convencida podrá: i) solicitar una reunión del Grupo de trabajo técnico, y/o ii) remitir la discrepancia a un único experto para que se pronuncie conforme al procedimiento y dentro de los plazos previstos a tal efecto en el Acuerdo;

c) El Acuerdo regula el modo de determinar las reservas de hidrocarburos de un yacimiento transfronterizo y la posibilidad de volver a determinarlas en caso de discrepancia. En efecto, el operador del sector ha de presentar propuestas concretas sobre las que las partes deben ponerse de acuerdo en un plazo determinado. Si no se llega a un acuerdo la discrepancia se remite a un único experto para que se pronuncie conforme al procedimiento y dentro de los plazos previstos a tal efecto en el Acuerdo;

d) Una vez que se llega a un acuerdo o el experto determina que la acumulación es transfronteriza, las partes deben delimitar una zona para el intercambio exhaustivo de datos. Si un tenedor de títulos de explotación minera, esto es, una persona o empresa a quien una de las partes ha concedido títulos sobre minerales que estén en vigor o derechos exclusivos a explorar o explotar hidrocarburos en una zona determinada, está interesado en la producción del yacimiento transfronterizo, las partes comenzarán a negociar un acuerdo de explotación. Un acuerdo de explotación es cualquier acuerdo que suscriban el Canadá y Francia con respecto a un yacimiento transfronterizo;

e) El Acuerdo contempla un acuerdo de explotación independiente para cada yacimiento transfronterizo. Asimismo, impone un plazo para que las partes celebren ese tipo de acuerdos, ya que mientras no se firme el acuerdo de explotación no podrá iniciarse ningún tipo de producción comercial en el yacimiento transfronterizo de que se trate. Si las partes no consiguen concluir el acuerdo en un plazo determinado, cualquiera de ellas podrá remitir la cuestión a un árbitro para que, conforme al procedimiento de arbitraje previsto en el Acuerdo, se pronuncie sobre la finalización del acuerdo de explotación. De este modo, se ofrece certidumbre en cuanto al plazo en que debe celebrarse el acuerdo de explotación;

f) El Acuerdo exige que los tenedores de títulos de explotación minera celebren un acuerdo de unitización que establezca: i) la puesta en común de sus respectivos derechos en lo que respecta a los recursos de hidrocarburos de los yacimientos transfronterizos; ii) el reparto de los gastos y los beneficios, y iii) la explotación del yacimiento como una sola unidad. El acuerdo de unitización está supeditado a la previa aprobación por escrito de ambas partes. Se trata de un acuerdo confidencial dirigido por los operadores cuyas disposiciones garantizan que, en caso de conflicto entre el acuerdo de unitización y el acuerdo de explotación, prevalecerá lo dispuesto en este último;

g) La explotación de los yacimientos transfronterizos deberá realizarse conforme al acuerdo de explotación y el acuerdo de unitización;

h) Antes de iniciar la producción deberá acordarse un plan de explotación y un plan de beneficios. El plan de explotación especifica los criterios de explotación y funcionamiento del yacimiento transfronterizo, mientras que el plan de beneficios garantiza que se adopten todas las medidas necesarias para que, con sujeción a las obligaciones jurídicas nacionales e internacionales que resulten aplicables, los beneficios económicos derivados de la explotación del yacimiento se repartan entre el Canadá y Francia, teniendo en cuenta la distribución de las reservas de hidrocarburos entre las partes. Una vez que el operador del sector presente los planes de explotación y beneficios, las partes disponen de un plazo concreto para aprobarlos. Si el plazo termina sin que se hayan aprobado los planes, cualquiera de las partes podrá remitir la cuestión a un árbitro, conforme al procedimiento de arbitraje que se contempla en el Acuerdo;

i) Las partes deben asegurar que la explotación del yacimiento transfronterizo se realice conforme a los planes de explotación y beneficios aprobados;

j) El Acuerdo establece que todas las controversias se resolverán mediante negociación excepto en los casos en que deban ser sometidas a un experto o un árbitro.

4. El Acuerdo contiene disposiciones que regulan aspectos ambientales, incluida la realización de estudios transfronterizos de impacto ambiental. El Acuerdo dispone que las partes deben concluir acuerdos o arreglos en materia de búsqueda y salvamento, contaminación marina y estudios transfronterizos de impacto ambiental. Por ejemplo, las partes han de incorporarse a un acuerdo complementario

para la aplicación de la Convención sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo.

5. Las partes tienen la obligación de tomar todas las medidas necesarias para reducir al mínimo los efectos adversos sobre el medio ambiente. El Acuerdo establece que los tenedores de títulos de explotación minera deben prestar garantía suficiente, a juicio de la parte que tenga jurisdicción sobre ellos, para cubrir los daños ambientales que se deriven de cualquier actividad de exploración o explotación de hidrocarburos.

6. Por otra parte, conforme a la legislación del Canadá, las consideraciones ambientales se tienen en cuenta en el proceso de aprobación de las actividades relacionadas con el petróleo y el gas, lo que también se aplica en el caso de los yacimientos transfronterizos.

#### 6. CUBA

No se posee ningún arreglo ni práctica en materia de prevención y control de la contaminación u otros problemas de medio ambiente con Estados vecinos a Cuba (los Estados Unidos y México). Hasta el momento no han sido firmados los acuerdos de cooperación en salvamento e intervención en caso de accidentes.

#### 7. CHIPRE

1. En el acuerdo de puesta en común, los concesionarios determinan la distribución de las reservas a cada lado de la línea media y el reparto o asignación del petróleo y el gas con sujeción a la aprobación de los Estados. Se puede recurrir a la asistencia de un perito independiente.

2. En el acuerdo marco se dispone que los Estados adoptarán todas las medidas necesarias para que los concesionarios interesados cumplan las disposiciones en materia de salud, seguridad y medio ambiente previstas en la respectiva legislación aplicable, y en particular se asegurarán de que la realización de las actividades pertinentes, entre ellas la construcción y el funcionamiento de las instalaciones y conducciones, no causen daños al medio marino y de que se establezcan procedimientos pertinentes para la seguridad de la navegación y la seguridad y la salud del personal. Además, en la legislación nacional existen disposiciones para la protección del medio ambiente (Ley de hidrocarburos (Prospección, exploración y producción) y Reglamento de hidrocarburos (Prospección, exploración y producción)). Chipre también ha efectuado una evaluación estratégica del medio ambiente de las actividades relacionadas con los hidrocarburos dentro de su zona económica exclusiva en la que se identifican, describen y evalúan los efectos de importancia que probablemente provocarán sobre el medio ambiente las actividades de prospección y explotación de hidrocarburos. Los concesionarios están obligados a seguir las recomendaciones del estudio y cumplirlas, y han de preparar una evaluación del impacto ambiental antes de que se les otorgue una concesión para la explotación. La evaluación del impacto ambiental se efectuó de acuerdo con la legislación pertinente de la UE, la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2001 relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente [*Diario Oficial*

*de las Comunidades Europeas* L 197/30, 21 de julio de 2001]. Chipre es parte en diversos tratados y protocolos internacionales como el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Convenio MARPOL), modificado por el Protocolo de 1978; el Convenio para la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación; la Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas; la Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono; el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; el Programa 21 aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo [*Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 (A/CONF.151/26/Rev.1)*] (vol. I, vol. II, vol. III y vol. III/Corr.1) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.I.8 y corr.), vol. I: Resoluciones adoptadas por la Conferencia, resolución 1, anexo II]; el Convenio sobre la Diversidad Biológica; y el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes.

#### 8. REPÚBLICA CHECA

1. Un rasgo característico del Acuerdo de 1960 entre Checoslovaquia y Austria relativo a la explotación de depósitos compartidos de gas natural y petróleo era que solo una parte contratante (Austria) utilizaba la materia prima para su explotación conforme a criterios técnicos racionales. La otra parte contratante (Checoslovaquia/República Checa) disponía de un pozo de observación para supervisar los parámetros técnicos. Dado que la materia prima procedía también del territorio checoslovaco/checo, Checoslovaquia/la República Checa tenía derecho a percibir ciertas compensaciones financieras. El receptor de las compensaciones era la empresa minera titular de la licencia de explotación de la zona, esto es, la empresa Nafta Hodonín (actualmente la empresa minera Moravské naftové doly).

2. El Acuerdo de 1960 contempla la obligación de notificar las circunstancias especiales que se produzcan y exijan medidas inmediatas (art. 4). Las empresas mineras de las partes contratantes cooperan en la explotación y también deben intercambiar información sobre los efectos de sus actividades en el medio ambiente.

#### 9. IRLANDA

1. Irlanda respondió «Sí» a esta pregunta. El artículo 3 del Acuerdo entre Irlanda y el Reino Unido relativo a la delimitación de zonas de la plataforma continental entre ambos países, en su versión enmendada en virtud del Protocolo suplementario, tiene el siguiente tenor:

Si cualquier yacimiento de petróleo, gas o material condensado atraviesa la Línea A o la Línea B y la parte del yacimiento situada a uno u otro lado de la línea es susceptible de explotación, total o parcial, desde el otro lado de la línea, ambos Gobiernos procurarán por todos los medios llegar a un acuerdo sobre la explotación de dicho yacimiento.

2. Irlanda indicó que el apartado *a* de la pregunta 3 «No se aplica».

3. En cuanto a la pregunta 3, apdo. *b*, antes de iniciar cualquier perforación se elabora un plan de contingencia para casos de derrame de petróleo. Las evaluaciones estratégicas de impacto ambiental también incluyen una sección sobre evaluación del impacto transfronterizo.

#### 10. JAMAICA

1. En el Tratado sobre delimitación marítima entre Colombia y Jamaica no hay ninguna disposición expresa que se refiera a principios, arreglos ni entendimientos específicos en materia de reparto o asignación del petróleo y el gas en el área de régimen común. En el artículo 3 del Tratado se dispone sin embargo que las actividades en el área serán llevadas a cabo sobre bases conjuntas acordadas por ambas partes.

2. En virtud del artículo 3 del Tratado, las partes pueden llevar a cabo actividades en el área de régimen común con objeto de proteger y preservar el medio marino. En esa norma también se dispone que se hará sobre bases conjuntas acordadas por ambas partes. No existe en la actualidad ningún arreglo en materia de prevención y control de la contaminación en el área de régimen común. Sin embargo, ambas partes están celebrando conversaciones sobre la prospección y explotación de los recursos no vivos del área y comenzarán negociaciones sobre las modalidades de preservación y protección del medio ambiente del área.

#### 11. KUWAIT

1. En el caso de las operaciones conjuntas en Wafra, las compañías Kuwait Gulf Oil Company y Saudi Arabia Chevron comparten al 50% los aspectos relacionados con los gastos, los recursos de personal y todos los fluidos que se producen.

2. En cuanto a las operaciones conjuntas en Khafji existen principios, arreglos y entendimientos específicos en vigor en lo que se refiere a la distribución del petróleo y el gas.

3. Con arreglo a las condiciones del Acuerdo para las operaciones conjuntas de producción de petróleo, los dos socios tienen un interés igual e indivisible del 50% en todo el petróleo adquirido o producido en conexión con las operaciones conjuntas. En el Acuerdo también se indica que cada parte tendrá derecho a recibir en especie su cuota proporcional de cada grado y calidad del crudo y el gas natural adquiridos o producidos mediante las operaciones conjuntas.

4. En las operaciones conjuntas en Wafra, en las que están asociadas las compañías Gulf Oil, de Kuwait, y Chevron, de la Arabia Saudita, se aplica el sistema de gestión en materia de salud, seguridad y medio ambiente de Kuwait Petroleum Corporation, así como las normas del Organismo Público del Medio Ambiente de Kuwait y las de excelencia operativa de Chevron, con el objetivo de controlar los contaminantes y reducir la emisión a la atmósfera de productos peligrosos para el medio ambiente. Por ejemplo, en el marco del sistema de gestión

de desechos, en las operaciones conjuntas en Wafra se han puesto en marcha proyectos para reciclar papel y controlar materiales peligrosos. Además, con objeto de reducir las fugas de petróleo, en las operaciones conjuntas en Wafra se ha estado llevando a cabo un proyecto para sustituir las tuberías de conducción. También hay un proyecto de reparación de pozos como parte de los planes para la eliminación completa de vertidos, y está en estudio un proyecto de utilización del gas de Wafra cuyo objetivo es reducir la quema de gas.

5. En cuanto a las operaciones conjuntas en Khafji, existen arreglos, entendimientos y prácticas en materia de prevención y control de la contaminación o relacionados con otros problemas ambientales, como la mitigación de accidentes. En las operaciones conjuntas en Khafji se aplican las reglamentaciones ambientales pertinentes y otras disposiciones pertinentes para sus actividades operativas. En particular, en las operaciones conjuntas en Khafji se aplican las normas ambientales que especifican la Arabia Saudita y Kuwait y se han elaborado directrices apropiadas y un sistema de ordenación ambiental compatible con los objetivos de la protección del medio ambiente imperantes en la región.

6. En las operaciones conjuntas en Khafji se dispone de un sistema bien definido de gestión del desempeño a fin de hacer un seguimiento de los problemas relacionados con el medio ambiente, la salud y la seguridad, y mitigarlos. También se ha aplicado la norma ISO 14001 con objeto de que, en sus operaciones, su sistema de ordenación ambiental establezca normas internacionales para la ordenación del medio ambiente.

#### 12. MALÍ

Malí respondió «No» a esta pregunta. El Acuerdo marco con Mauritania no incorpora principios o mecanismos específicos en materia de reparto o asignación de petróleo y gas, ni incluye ningún arreglo o entendimiento de esa naturaleza.

#### 13. MAURICIO

Mauricio indicó que esta pregunta «No se aplica».

#### 14. PAÍSES BAJOS

1. Por lo que se refiere a la pregunta 3, apdo. *a*:

*a)* Artículos 5 a 9 del Acuerdo de 1962 complementario del Tratado Ems-Dollard;

*b)* Artículos 5 y 6 del Acuerdo de Markham de 1992;

*c)* Apartado *f* del Memorando de entendimiento de Minke Main.

2. En cuanto a la pregunta 3, apdo. *b*:

*a)* Artículo 17 del Acuerdo de Markham de 1992 [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1731, n.º 30235, pág. 156];

*b)* Apartado *d* del Memorando de entendimiento de Minke Main.



## 15. NORUEGA

1. Las empresas que pretendan obtener derechos exclusivos para la prospección y producción de petróleo y gas en la plataforma continental de Noruega y cumplan los requisitos pertinentes han de obtener una concesión para la producción. Esa concesión es exclusiva y otorga a sus titulares el derecho, dentro de un plazo especificado, a la prospección y producción del petróleo y el gas que se descubran en la zona que abarque la concesión.

2. Toda producción de petróleo y gas de un yacimiento transfronterizo está sujeta a la celebración de un acuerdo sobre el yacimiento entre las empresas correspondientes de ambas partes de la línea de delimitación que ha de ser aprobado por los dos gobiernos en cuestión. Una vez recibida esa aprobación, las empresas correspondientes de ambas partes de la línea de delimitación crean una sociedad mixta para explotar el yacimiento transfronterizo de petróleo y gas como una sola unidad.

3. En el caso de Noruega, toda empresa que obtenga la correspondiente concesión para la producción en el lado noruego de la línea de delimitación habrá de tributar por los beneficios que obtenga de la explotación de los yacimientos transfronterizos de petróleo y gas.

4. El fundamento jurídico de las operaciones conjuntas es siempre un acuerdo de puesta en común entre los gobiernos de cada lado de la línea de delimitación. En el caso de Noruega, en todos sus acuerdos de delimitación con Dinamarca, Islandia y el Reino Unido se prevé que los yacimientos transfronterizos de petróleo y gas se exploten sobre la base de acuerdos de puesta común celebrados entre los Gobiernos en cuestión.

5. Noruega y todos sus países vecinos tienen legislación nacional en la que se dispone que las empresas petrolíferas con derechos exclusivos de prospección y explotación del petróleo y el gas tendrán responsabilidad objetiva por la contaminación que se produzca en su zona como consecuencia de actividades relacionadas con el petróleo y el gas. Esas empresas petrolíferas también estarán obligadas a mitigar los efectos de los accidentes que provoque esa contaminación. Asimismo habrán de mitigar accidentes de otro tipo y pagar indemnizaciones cuando la empresa petrolífera titular del derecho exclusivo correspondiente sea responsable del accidente.

## 16. OMÁN

1. En lo que respecta a la pregunta 3, apdo. *a*, existen acuerdos para fomentar la cooperación en los sectores del petróleo y el gas entre Omán y algunos Estados vecinos. Por ejemplo, existe un comité técnico conjunto sobre petróleo y gas entre Omán y el Yemen. El comité ha celebrado cuatro reuniones desde su creación en 1993. Los acuerdos más importantes alcanzados en ese período son:

*a*) Intercambio de información y mapas sobre zonas fronterizas comunes en relación con el petróleo y el gas;

*b*) Intercambio bilateral de información técnica sobre zonas adyacentes a la frontera y concesión de

facilidades a las empresas de Omán y el Yemen que deseen invertir en los sectores del petróleo y el gas; esas inversiones deben ajustarse a los procedimientos que se siguen en ambos países;

*c*) Capacitación de técnicos del Yemen en varios ámbitos por parte de Petroleum Development Oman (PDO) y Occidental Petroleum Corporation en 2000;

*d*) Intercambio de visitas de funcionarios y personal técnico de ambos países y visitas a instalaciones y empresas petrolíferas que operan en el país.

2. La última reunión del comité se produjo en Sana del 1.º al 4 de julio de 2007. En esa ocasión se discutieron importantes cuestiones, como la formación de un grupo de trabajo conjunto entre la Autoridad de Exploración y Producción de Petróleo del Yemen (PEPA) y la Compañía de Petróleo de Omán (OOC) para estudiar la posibilidad de invertir en zonas disponibles en el Yemen. También se habló del uso por Omán de expertos yemeníes para elaborar una base de datos centralizada, que el Ministerio se propone crear en un futuro próximo. Una delegación del Ministerio visitó recientemente el Yemen para discutir este asunto.

3. En cuanto a la pregunta 3, apdo. *b*, el órgano competente en cuestiones ambientales es el Ministerio de Medio Ambiente y Asuntos Climáticos.

## 17. PORTUGAL

Portugal respondió «No se aplica».

## 18. SAN VICENTE Y LAS GRANADINAS

El Gabinete ha aprobado un proyecto de normativa sobre la energía para su debate con los interesados.

## 19. ESLOVAQUIA

Eslovaquia no tiene ningún arreglo, entendimiento ni práctica en materia de prevención y control de la contaminación o sobre otros problemas de medio ambiente, como la mitigación de accidentes.

## 20. TAILANDIA

1. Todos los gastos de la Autoridad Conjunta de Malasia y Tailandia por las actividades efectuadas en la zona de aprovechamiento conjunto, así como los beneficios procedentes de ellas, han de ser sufragados o compartidos en igual medida por los dos gobiernos (Malasia y Tailandia).

2. En virtud del Acuerdo sobre la Autoridad Conjunta de Malasia y Tailandia, la Ley de la Autoridad Conjunta de Malasia y Tailandia de 1990 y la legislación pertinente en materia de tributación por ingresos derivados del petróleo, la Autoridad Conjunta está facultada para conceder, con la aprobación de los gobiernos, contratos para la prospección y explotación de recursos de petróleo en la zona de aprovechamiento conjunto. Los contratos han de revestir la forma de un contrato de reparto de la producción.

3. Puede obtenerse más información en el artículo 9 (Financiación) del capítulo III (Disposiciones financieras) del Acuerdo relativo a la constitución de la Autoridad Conjunta de Malasia y Tailandia y a otros asuntos conexos.

4. En relación con el apartado *b* de la pregunta 3, en los Procedimientos para las operaciones de perforación y los Procedimientos para las operaciones de producción de la Autoridad Conjunta de Malasia y Tailandia figura más información.

## 21. REINO UNIDO

1. Una característica común de los acuerdos bilaterales por los que se delimita la plataforma continental del Reino Unido es la prescripción de alcanzar otro acuerdo sobre el modo en que se explotarán efectivamente los yacimientos o estructuras petrolíferos transfronterizos y el prorrateo de los gastos e ingresos. En esos otros acuerdos se dispone que los dos gobiernos aprueben cuestiones relacionadas con el aprovechamiento, que habitualmente incluirán, entre otras cosas: acuerdos comerciales entre los concesionarios correspondientes de cada Estado pertinentes para la explotación de la estructura o el yacimiento; disposiciones técnicas para determinar la extensión geológica del yacimiento o estructura y la distribución entre los grupos de concesionarios; designación del operador de los planes de aprovechamiento o el cierre del yacimiento; la función de los gobiernos y la medida en que cada uno de ellos tiene jurisdicción sobre las instalaciones de los yacimientos; las disposiciones para medir la producción de petróleo; las disposiciones para mantener la seguridad de las instalaciones y conducciones; las disposiciones para el uso del yacimiento y las instalaciones conexas por parte de terceros; las disposiciones para la protección ambiental; y las disposiciones para la solución de controversias.

2. En virtud de la Directiva del Consejo de 27 de junio de 1985 relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (85/337/CEE) [*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 175/40, 5 de julio de 1985] y la Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de enero de 2008 relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación [*Diario Oficial de la Unión Europea* L 24/8, 29 de enero de 2008], los Estados miembros de la UE están obligados a informar a los Estados fronterizos sobre cualquier proyecto que pueda repercutir sobre el medio ambiente de esos otros Estados y, para ello, existe un procedimiento oficial para intercambiar solicitudes relacionadas con las evaluaciones del impacto ambiental y las emisiones atmosféricas. También existe un procedimiento de intercambio similar, aunque menos formal, en relación con los vertidos en el medio marino que estén controlados en virtud de acuerdos vinculantes concluidos en el marco del Convenio para la protección del medio marino del Atlántico Nordeste. Además de esos acuerdos, los encargados de la reglamentación del Reino Unido se reúnen periódicamente con sus homólogos de los Estados fronterizos, con objeto de examinar cuestiones normativas generales y propuestas concretas de explotación.

3. Por lo que se refiere a otros problemas de medio ambiente, como la mitigación de accidentes, el Reino Unido es parte en diversos acuerdos internacionales en los que se prevé la cooperación frente a accidentes importantes de contaminación marina. En el apéndice B del Plan nacional para emergencias se ofrece información detallada sobre esos acuerdos, en los que se recogen las funciones y las responsabilidades con respecto a la notificación de accidentes de contaminación marina y la respuesta ante ellos. Los operadores de yacimientos de petróleo y gas marítimos del Reino Unido están obligados a notificar a las autoridades reguladoras en caso de cualquier derrame de petróleo o producto químico en el mar, con independencia del volumen. El Organismo de Guardacostas Marítimos está obligado, en virtud de los acuerdos internacionales anteriormente mencionados, a alertar a los Estados fronterizos cuando haya probabilidades de que la contaminación penetre en sus aguas.

## 22. ESTADOS UNIDOS

1. No existen principios, arreglos ni entendimientos en lo que se refiere al reparto o la asignación de la producción de petróleo y gas de depósitos transfronterizos, ya que no se ha descubierto ninguno en las fronteras marítimas de los Estados Unidos. Las únicas formas de cooperación se refieren al intercambio de información y otras formas limitadas de cooperación que se describen en el Tratado del polígono occidental con respecto a posibles depósitos transfronterizos.

2. Puesto que los Estados Unidos no tienen arreglos ni prácticas en materia de prospección y explotación de recursos transfronterizos de petróleo y gas, no existe ningún arreglo ni entendimiento conexos en materia de prevención y control de la contaminación ni sobre otros problemas de medio ambiente. En el ámbito interno, los operadores de petróleo y gas que lleven a cabo sus actividades en zonas bajo la jurisdicción de los Estados Unidos, han de respetar todas las leyes y disposiciones del país, muchas de las cuales se refieren a la contaminación y a problemas ambientales. Por ejemplo, véase en general la Ley de tierras de la plataforma continental exterior, y en concreto las disposiciones que la desarrollan, en el Código de Reglamentos Federales, título 30, parte 250. Además, inspectores públicos de los Estados Unidos visitan e inspeccionan periódicamente las instalaciones marítimas para asegurarse de que todo el equipo y las instalaciones se ajusten a las prescripciones reglamentarias.

### E. Pregunta 4

**Sírvanse exponer cualquier otra observación o información, en particular la legislación o las decisiones judiciales, que consideren pertinentes o útiles para la Comisión en el examen de las cuestiones relativas al petróleo y el gas.**

#### 1. AUSTRALIA

Australia indicó «No se responde».

#### 2. BAHAMAS

Bahamas indicó que esta pregunta «No se aplica».

## 3. BOSNIA Y HERZEGOVINA

Bosnia y Herzegovina mencionó las siguientes disposiciones:

a) Decisión del Consejo de Ministros de Bosnia y Herzegovina sobre la calidad de los productos del petróleo (2002);

b) Decreto sobre la organización y regulación del sector del gas de la Federación de Bosnia y Herzegovina (2007) y Ley del gas de la República Srpska (2007). Actualmente se trabaja en la redacción de la ley nacional del gas y en la mejora de la legislación existente a nivel de entidades.

## 4. CANADÁ

1. La zona del Canadá a que se refiere el Acuerdo entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de la República Francesa relativo a la exploración y explotación de yacimientos transfronterizos de hidrocarburos está administrada a nivel interno por la Junta Canadá-Terranova de Hidrocarburos Marinos, órgano independiente que regula la zona marina en nombre del Canadá y la Provincia de Terranova y Labrador. La normativa aplicable es la Ley de ejecución del Acuerdo Atlántico Canadá-Terranova.

2. Además, hay una pequeña zona transfronteriza que puede quedar sujeta a la Ley de ejecución del Acuerdo Canadá-Nueva Escocia sobre recursos petrolíferos marinos.

3. Ambas leyes regulan la gestión de los recursos marinos de petróleo y gas en nombre de los gobiernos provinciales y federal.

## 5. CUBA

Por decisión del Gobierno Cubano, se constituyó la Comisión Estatal de Límite Exterior de la Plataforma Continental, para extender los límites marítimos actuales más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, de conformidad con el artículo 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y por tanto más allá de la zona económica exclusiva de Cuba en el Golfo de México. Actualmente dicha Comisión se encuentra en proceso de organizar la presentación ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de las Naciones Unidas, lo cual tiene un interés futuro en cuanto a la prospección y explotación de petróleo y gas.

## 6. CHIPRE

La legislación nacional que se cita a continuación ha sido armonizada con la Directiva 94/22/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 30 de mayo de 1994 sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos [*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 164/3, 30 de junio de 1994]:

a) Ley de hidrocarburos (Prospección, exploración y producción) de 2007 (Ley 4(1)/2007);

b) Reglamento de hidrocarburos (Prospección, exploración y producción) de 2007 (Reglamento administrativo 51/2007).

## 7. REPÚBLICA CHECA

La República Checa solo dispone de depósitos de petróleo y gas natural en una pequeña parte de su territorio, casi exclusivamente en las zonas fronterizas del sudeste y el nordeste del país. Por consiguiente, solo son destacables los depósitos transfronterizos de petróleo y gas natural que se comparten con Austria y, posiblemente, depósitos de gas carbonífero que tal vez se compartan con Polonia. En lo que respecta al territorio de la República Checa, que ha sido objeto de una exhaustiva exploración geológica (sin parangón a nivel mundial), es poco probable que se encuentren nuevos depósitos de petróleo o gas natural que requieran un nuevo acuerdo internacional para regular su explotación o uso compartido.

## 8. HUNGRÍA

Los precedentes de explotación transfronteriza de recursos petrolíferos son escasos, por lo que Hungría no es consciente de que existan tratados o decisiones judiciales en la materia. No obstante, merece la pena considerar la posibilidad de adaptar los principios de unitización elaborados por la industria internacional del petróleo y el gas.

## 9. IRLANDA

Irlanda indicó que esta pregunta «No se aplica».

## 10. JAMAICA

En Jamaica se ha promulgado legislación solo con respecto a las zonas que se hallan dentro de la jurisdicción exclusiva de Jamaica<sup>1</sup> y, por consiguiente, esa legislación no es aplicable al área de régimen común.

<sup>1</sup> La Ley de zonas marítimas (1996) y la Ley de la zona económica exclusiva (1991).

## 11. MALÍ

Anticipándose al posible descubrimiento de reservas de hidrocarburos, Malí estudia actualmente la cuestión de su transporte a las zonas fronterizas. El Gobierno está tratando de definir un marco jurídico apropiado para esta actividad.

## 12. MAURICIO

Mauricio respondió «Ninguno»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> No obstante, el Gobierno de Mauricio incluyó como anexo a su respuesta la Ley del petróleo, Ley n.º 6 de 16 de abril de 1970, cuyo texto en inglés puede consultarse en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

## 13. PAÍSES BAJOS

1. El Acuerdo de 1962 complementario del Tratado Ems-Dollard de 1960 relativo a la asignación de petróleo y gas es un acuerdo excepcional en la medida en que

regula el reparto de reservas de petróleo y gas en una zona en la que no existe una frontera interestatal. En el Tratado Ems-Dollard de 1960, los Países Bajos y Alemania constataron la existencia de discrepancias sobre la frontera en la zona de Ems-Dollard, que ha sido objeto de controversia durante siglos. Teniendo en cuenta esta situación excepcional, en 1962 se acordó que las reservas de petróleo y gas se dividieran por igual entre ambos países en la zona definida como «fronteriza». Muchos consideran que los acuerdos concluidos con respecto al estuario de Ems-Dollard son un ejemplo de cómo abordar la situación que se plantea cuando dos países no consiguen llegar a un acuerdo sobre una frontera.

2. El Acuerdo de Markham de 1992 era un acuerdo específico para una situación concreta que dio lugar a una reglamentación muy compleja y detallada.

#### 14. NORUEGA

Más arriba se han mencionado los textos de los acuerdos pertinentes con los países vecinos.

#### 15. OMÁN

Omán respondió que actualmente no disponía de información pertinente en relación con la pregunta 4.

#### 16. PORTUGAL

1. No se tiene conocimiento de que exista acuerdo alguno de delimitación de fronteras marítimas con España. Un acuerdo con España sobre la definición de las fronteras marítimas es importante, pero no en perjuicio de la legislación actualmente en vigor de Portugal; es decir, debería tomar en consideración la legislación portuguesa en vigor y mantener el criterio de la línea media. España y Portugal han ratificado la Convención sobre la plataforma continental, que utiliza la línea media para delimitar la frontera marítima en zonas objeto de controversia.

2. En la Ley n.º 33/77, de 28 de mayo de 1977, se establecen la anchura y los límites del mar territorial y una zona económica exclusiva de 200 millas. También se dispone que, en caso de falta de acuerdo oficialmente válido entre los dos países, el límite de la zona es la línea media. Esa ley se ajusta a la norma sobre la plataforma continental establecida en la Convención. Posteriormente, en el Decreto Ley n.º 119/78, de 1º de junio de 1978, se fijaron los límites externos de la zona económica exclusiva sobre la base de las coordenadas geográficas de los puntos que determinan las líneas medias entre Portugal y los países con los que tiene fronteras (España y Marruecos) (véase el mapa n.º 1001-E del Instituto Hidrográfico).

3. Los derechos resultantes de la legislación de Portugal fueron reafirmados en el Decreto del Presidente de la República Portuguesa n.º 67-A/97, de 14 de octubre de 1997, por el que se ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

4. En 2002, de acuerdo con la legislación de Portugal, se abrió un concurso público de licitación para otorgar derechos de prospección y producción de petróleo (líquido o gas) en 14 bloques de las aguas profundas (publicado en la *Gaceta Oficial de Portugal* y en el *Diario Oficial*

*de la Unión Europea*). El bloque 14 limita al este con la línea de la zona económica exclusiva, de acuerdo con el Decreto Ley n.º 119/78, mencionado más arriba.

5. Los bloques se definieron en el sistema de referencia European Datum 1950 (Sistema de Coordenadas Universal Transversal de Mercator), que también se utiliza en España.

6. El grupo Repsol/RWE presentó ofertas para los bloques 13 y 14. Ese grupo no solo aceptaba y cumplía todos los requisitos, sino que incluso los superaba. Se le adjudicaron los dos bloques, se inicializaron los borradores de los contratos y se espera firmarlos.

#### 17. SAN VICENTE Y LAS GRANADINAS

En 2004 se estableció la disponibilidad del Fondo de Estabilización Petrolera de la Comunidad del Caribe. En 2005 se estableció el Acuerdo de Cooperación Energética Petrocaribe.

#### 18. TAYIKISTÁN

Tayikistán desearía señalar a la atención de la Comisión la situación en la parte meridional de ese Estado, en el distrito de Amu Darya, que limita con Uzbekistán. Existen 16 yacimientos petrolíferos que, debido a problemas no resueltos de demarcación, están siendo utilizados por la parte uzbeka. A ese respecto, Tayikistán espera que la Comisión proponga el mejor modo de resolver la controversia existente.

#### 19. TURQUÍA

1. Según el derecho internacional, la delimitación de la plataforma continental y la zona económica exclusiva en mares semicerrados como el Mediterráneo oriental solo puede llevarse a cabo mediante acuerdos entre todos los países interesados y observando los derechos e intereses de todas las partes.

2. A este respecto, la opinión de Turquía sobre los intentos grecochipriotas, contrarios al derecho y la legitimidad internacionales, de delimitar zonas de jurisdicción marítima y conceder licencias para la prospección de petróleo y gas en el mar Mediterráneo oriental ha sido debidamente comunicada a las Naciones Unidas, las demás organizaciones internacionales pertinentes y la comunidad internacional cada vez que se ha estimado oportuno.

3. En este contexto, a raíz de la firma de un acuerdo de delimitación de la zona económica exclusiva entre Egipto y Chipre el 17 de febrero de 2003, la Misión Permanente de Turquía manifestó en una carta de fecha 2 de marzo de 2004, que también fue distribuida como documento de las Naciones Unidas (publicado en el *Boletín de Derecho del Mar*, n.º 54), que los intentos de la parte grecochipriota de delimitar zonas de jurisdicción marítima eran inaceptables y que Turquía también tenía jurisdicción y derechos legítimos en zonas situadas al oeste de la isla de Chipre más allá de la longitud 32º 16' 18" Este. De esta manera, se declaró que no se aceptaría ningún intento grecochipriota de crear situaciones *de facto* mediante actos unilaterales en el Mediterráneo oriental.

## 20. REINO UNIDO

El Reino Unido respondió que no tenía más observaciones.

## 21. ESTADOS UNIDOS

En estos momentos, no hay en los Estados Unidos legislación ni decisiones judiciales que se ocupen específicamente de los depósitos transfronterizos, y el organismo pertinente del Gobierno federal carece actualmente de competencia legislativa interna para celebrar acuerdos de cooperación para la explotación con un Estado vecino (como un plan conjunto o un arreglo de reparto o puesta en común). Los operadores de la plataforma continental exterior de los Estados Unidos están sujetos a diversas leyes y disposiciones, entre ellos normas relativas a los arreglos internos de puesta en común entre los concesionarios en determinadas circunstancias. En general, a los operadores se les autoriza a realizar la prospección, explotación y producción de hidrocarburos de las superficies sobre las que se les ha otorgado la concesión de conformidad con la «norma moderna de captura», que exige, por ejemplo, prácticas de conservación de los recursos y maximizar la recuperación final de las reservas de recursos.

## F. Pregunta 5

**¿Hay algún aspecto sobre el particular que convendría analizar más detenidamente en el contexto de la labor de la Comisión? Sírvase indicarlos.**

## 1. AUSTRALIA

1. Australia considera que la Comisión debería obrar con cautela al examinar sectores del derecho internacional que afectan directamente a cuestiones que son de carácter esencialmente bilateral. Australia reconoce la valiosa labor realizada por la Comisión y particularmente el Relator Especial, Sr. Chusei Yamada, sobre el tema general de los recursos naturales compartidos y, en concreto, sobre los acuíferos subterráneos.

2. En cuanto a la propuesta de la Comisión de examinar el tema de los recursos compartidos de petróleo y gas, se trata de una cuestión de interés esencialmente bilateral, esto es, una cuestión que debe resolverse mediante negociación entre los Estados concretos de que se trate. El tema ya se encuentra debidamente regulado por los principios del derecho internacional y por los Estados de manera bilateral.

3. Si la Comisión sigue adelante con su examen de los recursos compartidos de petróleo y gas, Australia considera que no debe examinar cuestiones relacionadas con la delimitación de fronteras marítimas. La determinación de si esos recursos están o no físicamente compartidos es fundamentalmente una cuestión que depende de la delimitación de jurisdicciones territoriales o marítimas. En cada supuesto influyen circunstancias individuales y es probable que los Estados deseen resolver cualquier diferencia atendiendo a las circunstancias del caso. Esta diversidad de circunstancias lleva aparejada una complejidad que difícilmente pueda resolverse de manera sucinta. La delimitación de zonas marítimas y la evaluación de

los recursos marinos son cuestiones que competen a los Estados interesados, tal como establece claramente la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Por otra parte, según la experiencia de Australia, los acuerdos de delimitación suelen contener cláusulas de unitización que se aplican a los recursos petrolíferos que se sitúan a ambos lados de una frontera reconocida.

## 2. BAHAMAS

En relación con los recursos transfronterizos de petróleo y gas, la cuestión de la perforación horizontal debe seguir examinándose.

## 3. BOSNIA Y HERZEGOVINA

Bosnia y Herzegovina respondió «No se especifica».

## 4. CANADÁ

1. Aunque hay una demanda cada vez mayor de normas que regulen el uso de los recursos naturales compartidos o transfronterizos, el Canadá considera que el tema del petróleo y el gas es de índole esencialmente bilateral, sumamente técnico y muy delicado desde el punto de vista político, y abarca distintas situaciones regionales. Como tal, debe resolverse mediante negociación entre los Estados afectados. Por consiguiente, el Canadá no está convencido de que sea necesario que la Comisión elabore acuerdos o arreglos marco o modelo ni que redacte proyectos de artículos sobre el petróleo y el gas.

2. No obstante, el Canadá sí considera provechoso que la Comisión identifique elementos que sirvan de orientación a los Estados cuando negocien acuerdos sobre el reparto de recursos de petróleo y gas. El Canadá considera que sería útil, no solo para sí mismo sino para la comunidad internacional, que se elaborara un «patrón de elementos» sobre la práctica aplicable, incluido un examen de los acuerdos y la práctica de los Estados en vigor, junto con la identificación de principios y rasgos comunes, mejores prácticas y experiencias adquiridas. Tal patrón podría distinguir entre: *a)* circunstancias en las que no existe un acuerdo de delimitación, y *b)* circunstancias en las que ya existe un acuerdo de esa naturaleza.

3. Si la Comisión decide continuar con el examen del tema de los recursos compartidos de petróleo y gas, el Canadá no apoya que la Comisión examine cuestiones relacionadas con la demarcación de límites marítimos.

## 5. CUBA

Por el momento, Cuba considera adecuada la labor que lleva a cabo la Comisión en el estudio del tema que nos ocupa.

## 6. CHIPRE

Con respecto a la prospección y explotación de los recursos transfronterizos de petróleo y gas, un aspecto que convendría analizar más detenidamente en el contexto de la labor de la Comisión es que Israel, la República Árabe Siria y Turquía deberían firmar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que ha

sido firmada por más de 150 países. La situación en el Mediterráneo oriental sería mucho más clara si esos Estados firmasen la Convención, ya que el entorno empresarial pertinente se beneficiaría de las labores de prospección y explotación de los hidrocarburos de esa región efectuadas por otros Estados.

#### 7. IRLANDA

Irlanda respondió «No» a esta pregunta, y «No se aplica» en relación con la indicación de los aspectos que se mencionan en ella.

#### 8. MALÍ

Algunos aspectos del transporte de petróleo y gas de Malí a las terminales de los países vecinos deben estudiarse con mayor detalle, como por ejemplo, la integración y armonización de la normativa de los distintos países y la elaboración de entendimientos o arreglos con los países vecinos con los que Malí comparte cuencas sedimentarias.

#### 9. MAURICIO

Mauricio respondió «No» a esta pregunta.

#### 10. MYANMAR

Con respecto a la información adicional en el contexto de la labor de la Comisión, Myanmar tiene el honor de informar a la Comisión del estado actual de la cooperación bilateral con Estados vecinos. En la actualidad, Myanmar vende a Tailandia aproximadamente 1.200 millones de pies cúbicos de gas natural de los yacimientos de Yadana y Yetagun de la zona marítima de Moattama, que pertenece a Myanmar; transporta ese gas por gasoductos hasta la frontera entre Myanmar y Tailandia, donde lo vende a Tailandia conforme a un acuerdo de venta de las exportaciones de gas de esos yacimientos, desde 1998 y 2000, respectivamente. Además, empresas petrolíferas de Estados vecinos han firmado contratos de

distribución de la producción con la Empresa de Petróleo y Gas de Myanmar, la compañía petrolífera nacional, para la prospección y explotación de los recursos de petróleo y gas terrestres, marítimos y de los bloques de las aguas profundas de Myanmar. También hay planes en marcha para vender gas natural de bloques concretos de la zona marítima de Rakhine (Myanmar) que se transportará por gasoducto hasta China. Se están efectuando estudios de viabilidad y labores iniciales de ingeniería y diseño.

#### 11. NORUEGA

La seguridad jurídica es un factor fundamental en la esfera de los recursos transfronterizos de petróleo y gas, y así se reconoce en el derecho internacional, puesto que los Estados tienen un derecho soberano a explotarlos y en la medida de lo necesario, han celebrado tratados bilaterales concebidos para ocuparse de cada caso en concreto.

#### 12. OMÁN

Omán respondió que actualmente no disponía de información pertinente en relación con la pregunta 5.

#### 13. REINO UNIDO

El Reino Unido respondió «No».

#### 14. ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos creen que la práctica estatal en la esfera de los recursos transfronterizos de petróleo y gas es divergente y relativamente escasa y que asimismo, las condiciones de cada recurso específico varían ampliamente. Además, el aprovechamiento de los recursos de petróleo y gas, entre ellos los transfronterizos, entraña consideraciones políticas y económicas muy delicadas. Habida cuenta de esos factores, los Estados Unidos no creen que sea conveniente ni acertado que la Comisión siga estudiando esa esfera o intente extrapolar normas de derecho internacional consuetudinario a partir de una práctica limitada.



# EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/611\*

## Quinto informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial

[Original: francés]  
[27 de marzo de 2009]

### ÍNDICE

|  | <i>Página</i>   |
|--|-----------------|
| Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....  | 138             |
| Obras citadas en el presente informe.....  | 139             |
|  | <i>Párrafos</i> |
| INTRODUCCIÓN.....  | 1-9 141         |
| NORMAS GENERALES.....  | 143             |
| Principios generales.....  | 143             |
| Un derecho que debe ejercerse respetando las normas del derecho internacional**.....   | 143             |
| Límites relativos a la necesidad de respetar los derechos fundamentales del ser humano.....  | 143             |
| a) Consideraciones preliminares.....   | 10-44 143       |
| i) Protección de los derechos de todos los seres humanos.....  | 10-15 143       |
| ii) Concepto de «derechos fundamentales».....  | 16-27 144       |
| iii) Derechos fundamentales y «núcleo intangible» o «inderogable» de derechos humanos.....   | 28-44 147       |
| a. Definición.....   | 28-38 147       |
| b. Contenido.....  | 39-44 148       |
| b) La obligación general de respetar los derechos humanos.....   | 45-50 149       |
| Proyecto de artículo 8. Obligación general de respetar los derechos humanos de la persona en vías de expulsión.....                                    | 50 150          |
| c) Derechos de la persona en vías de expulsión especialmente protegidos.....   | 51-156 150      |
| i) El derecho a la vida.....   | 53-67 150       |
| Proyecto de artículo 9. Obligación de proteger el derecho a la vida de la persona en vías de expulsión ...   | 67 153          |
| ii) El derecho a la dignidad.....  | 68-72 153       |
| Proyecto de artículo 10. Obligación de respetar la dignidad de la persona en vías de expulsión.....  | 72 154          |
| iii) Prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.....   | 73-127 154      |
| a. Tortura.....  | 80-100 155      |
| b. Tratos crueles, inhumanos o degradantes.....  | 101-127 158     |
| i. Situación general.....  | 101-120 158     |
| Proyecto de artículo 11. Obligación de proteger a la persona en vías de expulsión contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes..... | 120 161         |
| ii. Caso particular de los niños.....  | 121-127 161     |
| Proyecto de artículo 12. Caso específico de la protección del niño en vías de expulsión.....   | 127 162         |
| iv) El respeto de la vida privada y familiar de la persona en vías de expulsión.....   | 128-147 162     |
| Proyecto de artículo 13. Obligación de respetar el derecho a la vida privada y a la vida familiar.....   | 147 166         |
| v) No discriminación.....  | 148-156 166     |
| Proyecto de artículo 14. Obligación de no discriminar.....   | 156 168         |

\* En el que se incorpora el documento A/CN.4/611/Corr.1.

\*\* Continuación de *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581 (título de la sección revisado).



## Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

## Fuente

|  |  |
|--|--|
| Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 2 de mayo de 1948)   | Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <i>Documentos Básicos Pertenecientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos</i> , OEA/Ser.L/V/I.4 rev.8, 22 de mayo de 2001.       |
| Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)   | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, n.ºs 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 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.  |
| Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)                              | Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 243, 10 de octubre de 1979.   |
| Protocolo n.º 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte (Estrasburgo, 28 de abril de 1983) | Ibíd., vol. 1496, n.º 2889, pág. 281. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 92, 17 de abril de 1985, pág. 10196.   |
| Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984)  | Ibíd., vol. 1525, n.º 2889, pág. 198.  |
| Protocolo n.º 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 2000)   | Consejo de Europa, <i>Série des traités européens</i> , n.º 177. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 64, 14 de marzo de 2008, pág. 15299.                |
| Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)  | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 189, n.º 2545, pág. 137.  |
| Convenio europeo de establecimiento (con Protocolo) (París, 13 de diciembre de 1955)   | Ibíd., vol. 529, n.º 7660, pág. 141.   |
| Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)   | Ibíd., vol. 660, n.º 9464, pág. 195.   |
| 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.  |
| Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (Nueva York, 15 de diciembre de 1989)                        | Ibíd., vol. 1642, anexo A, n.º 14668, pág. 433.  |
| Convención Americana sobre Derechos Humanos — «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)  | Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.   |
| Convención 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. 13.  |
| Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)   | Ibíd., vol. 1520, n.º 26363, pág. 217.   |
| 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 sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)   | Ibíd., vol. 1577, n.º 27531, pág. 102.   |
| 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).   |
| Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)   | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , Ibíd., vol. 2187, n.º 38544, pág. 308.   |

## Obras citadas en el presente informe

- ABRAHAM, Ronny  
«Article 25» en Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux y Pierre-Henri Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*. París, Economica, 1995, págs. 579 a 590.
- ALLAND, Denis (ed.)  
*Droit international public*, París, Presses Universitaires de France, 2000.
- BENNOUNA, Mohamed  
«Remise en cause et contestations de principe», en *La Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948-98. Avenir d'un idéal commun*, París, La Documentation française, 1999.
- BOSSUYT, Marc  
«Article 14», en Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux y Pierre-Henri Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*. París, Economica, 1995, págs. 475 a 488.
- BREITENMOSE, Stephan y Gunter E. WILMS  
«Human Rights v. Extradition: The Soering Case», *Michigan Journal of International Law*, vol. 11, n.º 3, segundo trimestre de 1990, págs. 845 a 886.
- CABRILLAC, Rémy y otros (eds.)  
*Libertés et droits fondamentaux*, 14.ª ed. rev. y aum., París, Dalloz, 2008.
- CALVO, Carlos  
*Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, París, D'Amoyot y Durand et Pedone-Lauriel, 1868.
- CARLIER, Jean-Yves  
«Et Genève sera... La définition du réfugié: Bilan et perspectives», en *La convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: Bilan et perspectives*, Bruselas, Bruylant, 2001, págs. 63 a 89.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio  
«Article 1», en Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux y Pierre-Henri Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*, París, Economica, 1995, págs. 135 a 141.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique  
«La notion de 'droit fondamental' et le droit constitutionnel français», *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1995, págs. 323 a 329.
- CHETAIL, Vincent  
«Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants», *Revue belge de droit international* (Bruselas), vol. XXXVII, 2004-1, págs. 155 a 210.
- COHEN-JONATHAN, Gérard  
*La Convention européenne des droits de l'homme*, París, Economica, 1989.  
«La responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme», en *La responsabilité dans le système international*, París, Pedone, 1991, págs. 101 a 135.  
«Les droits de l'homme, une valeur internationalisée», *Droits fondamentaux*, n.º 1, julio-diciembre de 2001, págs. 157 a 164.
- COT, Jean-Pierre y Alain PELLET  
«Préambule», en Jean-Pierre Cot y Alain Pellet (eds.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire, article par article*, 3.ª ed., París, Economica, 2005, págs. 287 a 312.
- COUTURIER, Gérard, Mireille DELMAS-MARTY y Claude LUCAS DE LEYSSAC (eds.)  
*Libertés et droits fondamentaux*, París, Seuil, 1996.
- DE VATEL, Emer  
*Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, reproducción de la edición de 1758 en James Brown Scott (ed.), *The Classics of International Law*, vol. I, Washington, D.C., Carnegie Institution, 1916.
- DECAUX, Emmanuel (ed.)  
*Le droit face au racisme*, París, Pedone, 1999.
- DELMAS-MARTY, Mireille y Claude LUCAS DE LEYSSAC (eds.)  
*Libertés et droits fondamentaux*, 2.ª ed., París, Seuil, 2002.
- DORMENVAL, Agnès  
«UN Committee against Torture: Practice and Perspectives», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 8, n.º 1 (1990), págs. 26 a 44.
- DUPUY, Pierre-Marie  
*Droit international public*, 8.ª ed., París, Dalloz, 2006.
- EDELMAN, Bernard  
«La dignité de la personne humaine, un concept nouveau», *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1997, págs. 185 a 188.
- FAVOREU, Louis  
«Rapport général introductif», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 33, n.º 2 (abril-junio de 1981), págs. 255 a 281.
- FAVOREU, Louis y Loïc PHILIP  
*Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9.ª ed., París, Dalloz, 1997.
- FIALAIRE, Jacques y Eric MONDIELLI  
*Droits fondamentaux et libertés publiques*, París, Ellipses, 2005.
- FREDMAN, Sandra (ed.)  
*Discrimination and Human Rights. The Case of Racism*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- GENEVOIS, Bruno y Robert BADINTER  
«Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux», *Revue française de droit administratif*, n.º 6 (3) (mayo-junio de 1990), págs. 317 a 335.
- HOLMSTRÖM, Leif (ed.)  
*Conclusions and Recommendations of the UN Committee against Torture: Eleventh to Twenty-Second Sessions (1993-1999)*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2000.
- INGELSE, Chris  
*The UN Committee against Torture. An Assessment*, La Haya, Kluwer, 2001.
- INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL  
«Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers», *Annuaire*, vol. XII, 1892-1894, sesión de Ginebra, París, Pedone, 1894.  
*Annuaire*, 1969, vol. 63, t. II, sesión de Santiago de Compostela, París, Pedone, 1989.
- JARREAU, Brigitte  
«L'éloignement des étrangers: interdiction définitive du territoire français (arrêts *Ezzouhdi* et *Abdouni* des 13 et 27 février 2001)», en Paul Tavernier (ed.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme*, Sceaux, Universidad de París-Sud, 2002, págs. 145 a 152.
- KAYSER, Pierre  
«Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire», *Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif* (Aix-en-Provence), 1998, n.º XXIII, n.º 72, págs. 387 a 432.

- KOLB, Robert  
«La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradants», *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 15, n.º 7-10 (15 de diciembre de 2003), págs. 254 a 287.
- LABORDE, Jean-Pierre  
«Conclusion. Principes et droits fondamentaux en matière sociale en Espagne et en France», *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* (Pessac), 1994-2, págs. 119 y 120.
- LE GUYADER, Alain  
«La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'homme», en Denis Maugeness y Paul-Gérard Pougoué (eds.), *Les droits de l'homme en Afrique centrale*, París, Karthala, 1995, págs. 249 a 265.
- LE POURHIET, Anne-Marie  
«Le Conseil constitutionnel et l'éthique bio-médicale», en *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, París, LGDJ, 1997, pág. 213.
- LILLICH, Richard B.  
«The Soering Case», *AJIL*, vol. 85, n.º 1 (enero de 1991), págs. 128 a 149.
- MARCOUX, Laurent  
«Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 35, n.º 4 (octubre-diciembre de 1983), págs. 691 a 733.
- MATHIEU, Bertrand  
«La supra-constitutionnalité existe-t-elle? Réflexions sur un mythe et quelques réalités», *Les Petites Affiches*, n.º 29, 1995, págs. 12 a 17.  
«La dignité de la personne humaine, quel droit? Quel titulaire?», *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1996, págs. 282 a 286.
- McKEAN, Warwick  
*Equality and Discrimination Under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- MCRAE, Donald M.  
«The contribution of international trade law to the development of international law», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 260, 1996, Martinus Nijhoff, págs. 99 a 237.
- MEYER-BISCH, Patrice  
«Le problème des limitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme», en Patrice Meyer-Bisch (ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Friburgo, Editions universitaires, 1991, págs. 97 a 121.
- NEIRINCK, Claire  
«La dignité humaine ou le mauvais usage d'une notion philosophique», en Philippe Pedrot (ed.), *Ethique, droit et dignité de la personne*, París, Economica, 1999, págs. 39 a 50.
- NOWAK, Manfred  
«The Implementation Functions of the UN Committee against Torture», en Manfred Nowak, Dorothea Steurer y Hannes Tretter (eds.), *Progress in the Spirit of Human Rights*, Kehl, Estrasburgo y Arlington, N. P. Engel, 1988, págs. 493 a 526.
- OPSAHL, Torkel  
*Law and Equality. Selected Articles on Human Rights*, Oslo, Ad Notam Gyldendal, 1996.
- PAVIA, Marie-Luce  
«Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental», *Les Petites Affiches*, n.º 54, 1994, págs. 6 a 13.
- PHILLIMORE, Robert  
*Commentaries upon International Law*, Filadelfia, T. & J.W. Johnson, vols. 1-4, 1854-1861.
- PILLET, Antoine  
«Recherches sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître», *RGDIP*, t. 5 (1898), págs. 66 y 236.
- PONTIER, Jean-Marie  
*Droits fondamentaux et libertés publiques*, 3.ª ed., París, Hachette Supérieur, 2007.
- RICHER, Laurent  
«Les droits fondamentaux: une nouvelle catégorie juridique?», *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 1998, pág. 1.
- ROUCOUNAS, Emmanuel  
«Facteurs privés et droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, t. 299, 2002, págs. 9 a 419.
- RUSSO, Carlo  
«Article 8 §1» en Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux y Pierre-Henri Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*. París, Economica, 1995, págs. 305 a 321.
- SAINT-JAMES, Virginie  
«Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français», *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1997, págs. 61 a 66.
- SILVERS, Samuel M.  
«The Exclusion and Expulsion of Homosexual Aliens», *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 15, n.º 2 (1983-1984), págs. 295 a 332.
- SUDRE, Frédéric  
«La notion de 'peines et traitements inhumains ou dégradants' dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme», *RGDIP*, t. 88, n.º 4 (1984), págs. 866 a 868.  
«Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989», *RGDIP*, t. XCIV (1990), págs. 103 a 121.  
«Quel noyau intangible des droits de l'homme?», en Denis Maugeness y Paul-Gérard Pougoué (eds.), *Les droits de l'homme en Afrique centrale*, París, Karthala, 1995, págs. 267 a 275.  
«Article 3», en Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux y Pierre-Henri Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*. París, Economica, 1995, págs. 155 a 175.  
*Droit international et européen des droits de l'homme*, 4.ª ed. act., París, Presses Universitaires de France, 1999.
- TCHAKOUA, Jean-Marie  
*Dignité et droits fondamentaux des salariés: Réflexion à partir des droits camerounais et français*, Yaoundé, Universidad de Yaoundé II, 1999 (tesis).
- THÉRON, Jean-Pierre  
«Dignité et liberté. Propos sur une jurisprudence contestable», en *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruselas, Bruylant, 1988, págs. 295 a 306.
- VAN BOVEN, Théo  
«Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: commentaire du Préambule», en Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux y Pierre-Henri Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*. París, Economica, 1995, págs. 125 a 134.
- VAN DEN WYNGAERT, Christine  
«Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, n.º 4 (1990), págs. 757 a 779.

VAN DER WILT, Harmen G.

«Après Soering: the Relationship between Extradition and Human Rights in the Legal Practice of Germany, the Netherlands and the United States», *Netherlands International Law Review*, vol. 42, n.º 1 (1995), págs. 53 a 80.

VAN MUYLDER, Céline

«Le droit au respect de la vie privée des étrangers», *Revue française de droit administratif*, n.º 17 (4) (julio-agosto de 2001), págs. 797 a 806.

VEGLÉRIS, Phedon

«Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme», *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t. I, Bruselas, Bruylant, 1972, págs. 565 a 588.

VIERDAG, E. W.

*The Concept of Discrimination in International Law: with special reference to human rights*, La Haya, Nijhoff, 1973.

WARBRICK, Colin

«Coherence and the European Court of Human Rights: the Adjudicative Background to the *Soering* Case», *Michigan Journal of International Law*, vol. 11, n.º 4 (tercer trimestre de 1990), págs. 1073 a 1096.

ZÜHLKE, Susanne y Jens-Christian PASTILLE

«Extradition and the European Convention — *Soering* Revisited», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 59, n.º 3 (1999), págs. 749 a 784.

## Introducción

1. En su cuarto informe sobre la expulsión de extranjeros<sup>1</sup>, el Relator Especial examinó la cuestión de la expulsión en caso de doble o múltiple nacionalidad y la pérdida de la nacionalidad o desnacionalización. Si bien sus análisis sobre estas cuestiones suscitaron encendidos debates en la Comisión de Derecho Internacional, la mayoría de sus miembros compartió la conclusión del Relator Especial en el sentido de que no existían razones para que la Comisión elaborara proyectos de normas específicas sobre esas cuestiones, incluso con miras al desarrollo progresivo del derecho internacional<sup>2</sup>, ya que el tema examinado era la expulsión de los extranjeros y no el régimen de la nacionalidad de las personas.

2. Cabe recordar, además, que el grupo de trabajo creado por la Comisión en su 60.º período de sesiones, celebrado en 2008, para que examinara las cuestiones que planteaba la expulsión de personas con doble o múltiple nacionalidad y la desnacionalización en relación con la expulsión llegó a la conclusión de que: a) «en el comentario sobre el proyecto de artículos había que indicar que, a los efectos de los artículos, el principio de no expulsión de los nacionales se aplicaba también a las personas que habían adquirido legalmente otra nacionalidad u otras nacionalidades», y b) había que «puntualizar en el comentario que los Estados no deberían recurrir a la privación de la nacionalidad para eludir las obligaciones que les incumbían en virtud del principio de no expulsión de los nacionales». La Comisión aprobó esas conclusiones y pidió al Comité de Redacción que las tuviera en cuenta en sus trabajos<sup>3</sup>.

3. Durante el examen del informe de la CDI sobre la labor realizada en su 60.º período de sesiones que hizo la Sexta Comisión en el sexagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General, los Estados expresaron opiniones variadas sobre el tema en general y sobre las cuestiones examinadas en el cuarto informe sobre la expulsión de extranjeros en particular. No obstante, de los debates se desprende que, en última instancia, la mayoría de las delegaciones que se pronunciaron sobre este tema comparte la opinión del Relator Especial en el sentido

de que la CDI no debería elaborar proyectos de artículos sobre las cuestiones de doble o múltiple nacionalidad y de pérdida de la nacionalidad y desnacionalización en relación con la expulsión<sup>4</sup>.

4. Por lo que respecta a las observaciones generales sobre el tema, su alcance, las definiciones propuestas por el Relator Especial y el derecho de expulsión y sus limitaciones, unos pocos Estados expresaron, ya desde un primer momento, sus dudas sobre la idoneidad del tema de la expulsión de los extranjeros para la codificación y el desarrollo progresivo<sup>5</sup>. Otros señalaron que aparentemente no había ninguna necesidad de codificar en determinadas esferas, como la de los trabajadores migrantes<sup>6</sup>. Por lo que respecta al alcance del tema, otros Estados indicaron que las cuestiones relativas a la no admisión, la extradición y otras formas de entrega de personas debían quedar excluidas de dicho alcance<sup>7</sup>, al igual que las expulsiones en situaciones de conflicto armado<sup>8</sup> y las cuestiones relativas al estatuto de los refugiados, la no devolución y el desplazamiento de poblaciones<sup>9</sup>. Por lo que respecta a las definiciones, algunos Estados consideraron que el término «territorio» era vago<sup>10</sup> o que no era necesario establecer una definición autónoma del término

<sup>4</sup> Véanse, en particular, las intervenciones del Canadá, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 34; Francia, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 17; Grecia, *ibíd.*, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 5; la República Islámica del Irán, *ibíd.*, párr. 39; Israel, *ibíd.*, párr. 77; Italia, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 98; Nueva Zelandia, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 9; los Países Bajos, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 16; Rumania, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 57, y el Reino Unido, *ibíd.*, párr. 25.

<sup>5</sup> Véase la intervención del Reino Unido, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 25.

<sup>6</sup> Véase la intervención de Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 2.

<sup>7</sup> Véase la intervención de los Estados Unidos, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 9.

<sup>8</sup> Véanse las intervenciones de los Estados Unidos, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 9) e Israel, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 76.

<sup>9</sup> Véase la intervención de Israel, *ibíd.*, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 76.

<sup>10</sup> Véanse las intervenciones de los Estados Unidos, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 12, e Israel, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 76.

<sup>1</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/594.

<sup>2</sup> *Ibíd.*, párr. 35.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párr. 171.

«comportamiento»<sup>11</sup>. Otra delegación propuso que la Comisión precisara que el término «refugiado» debía definirse de acuerdo con las obligaciones de cada Estado en la materia<sup>12</sup>. Diversos Estados subrayaron la necesidad de establecer un equilibrio entre el derecho soberano de los Estados a expulsar a los extranjeros y las limitaciones a ese derecho impuestas por el derecho internacional, en particular las normas relativas a la protección de los derechos humanos y el trato de los extranjeros<sup>13</sup>, y se afirmó, en ese sentido, que el derecho de expulsión llevaba aparejada la correspondiente obligación de los Estados de readmitir a sus propios nacionales<sup>14</sup>. Un Estado observó que la expulsión debía basarse en motivos legítimos, como el orden público o la seguridad nacional, tal como estuvieran definidos en las legislaciones nacionales<sup>15</sup>, y otro Estado indicó que en su opinión debía ser posible expulsar a los extranjeros en situación irregular por ese único motivo<sup>16</sup>.

5. Como puede comprobarse, estos comentarios y observaciones de los Estados se refieren a cuestiones que ya han sido objeto de intensos debates en la Comisión. Gracias a esos debates, el Relator Especial ha podido hacer las aclaraciones y precisiones necesarias y la Comisión ha podido definir una orientación general sobre el tema, que deberá ajustar a medida que vaya avanzando en su examen. Por consiguiente, el Relator Especial no volverá a analizar estas cuestiones, tanto más cuanto que la mayoría de las preocupaciones expresadas se tuvieron debidamente en cuenta en el segundo informe sobre la expulsión de extranjeros [*Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573].

6. Por lo que se refiere, más concretamente, a las observaciones sobre las cuestiones relativas a la expulsión en caso de doble o múltiple nacionalidad y la desnacionalización seguida de la expulsión, objeto del cuarto informe sobre la expulsión de extranjeros<sup>17</sup>, se han expresado diversas preocupaciones sobre distintos aspectos del análisis del Relator Especial. Un Estado expresó sus dudas sobre la conveniencia de incluir un proyecto de artículo sobre la no expulsión de los nacionales<sup>18</sup>. Otros Estados, sin embargo, subrayaron que el derecho internacional prohibía la expulsión de los nacionales<sup>19</sup> y que el principio de no expulsión de los nacionales era un derecho

humano fundamental reconocido por el derecho internacional consuetudinario<sup>20</sup>. Si bien algunos Estados consideraron que ese principio era de carácter absoluto<sup>21</sup>, otros estimaron, en cambio, que podía ser objeto de ciertas excepciones en circunstancias extraordinarias<sup>22</sup>; sin embargo, se sostuvo que cualquier excepción a ese principio debía concebirse de manera estricta y redactarse cuidadosamente<sup>23</sup>. Varios Estados respaldaron la conclusión de la Comisión de que el principio de no expulsión de los nacionales también se aplicaba a las personas que hubieran adquirido legalmente otra nacionalidad u otras nacionalidades<sup>24</sup>; uno de ellos sugirió que este aspecto se reflejara expresamente en el proyecto de artículo 4<sup>25</sup> y otros propusieron que se aclarara en el comentario<sup>26</sup>. En este sentido, se señaló que el criterio de la nacionalidad «efectiva» o «dominante» no podía justificar que un Estado tratara a uno de sus nacionales como un extranjero a efectos de una expulsión<sup>27</sup>. No obstante, un Estado sostuvo la opinión contraria y señaló que el principio de no expulsión de los nacionales no era aplicable, por lo general, a las personas con doble o múltiple nacionalidad y que era necesario aclarar el concepto de nacionalidad «efectiva»<sup>28</sup>.

7. Por lo que respecta a la posible relación entre la pérdida de la nacionalidad y la desnacionalización, por una parte, y la expulsión, por otra, algunos Estados hicieron hincapié en el derecho de toda persona a una nacionalidad y en su derecho a no ser privada arbitrariamente de su nacionalidad<sup>29</sup>. Un Estado declaró que la desnacionalización estaba prohibida por el derecho internacional<sup>30</sup>, mientras que otros Estados opinaron que podía admitirse

(A/C.6/63/SR.20), párr. 30; la República Islámica del Irán, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 37, e Israel, *ibíd.*, párr. 76.

<sup>20</sup> Véase la intervención de Hungría, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 30.

<sup>21</sup> Véanse las intervenciones de República de Corea, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 65; República Checa, *ibíd.*, párr. 93; Portugal, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 26; República Islámica del Irán (discurso), y El Salvador, 23.ª sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 49.

<sup>22</sup> Véanse las intervenciones de Rumania, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 57, y Qatar, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 77.

<sup>23</sup> Véase la intervención de Grecia, *ibíd.*, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 4.

<sup>24</sup> Véanse las intervenciones de Francia, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 17; la República Checa, *ibíd.*, párr. 93; los Países Bajos, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 13; Portugal, *ibíd.*, párr. 26; Hungría, *ibíd.*, párr. 30; los Estados Unidos, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 13; Polonia, *ibíd.*, párr. 33; la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 43; Chile, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 17; la India, 23.ª sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 23; El Salvador, *ibíd.*, párrs. 48 y 49; Grecia, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 4, y la República Islámica del Irán, *ibíd.*, párr. 38.

<sup>25</sup> Véase la intervención de los Países Bajos, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 16.

<sup>26</sup> Véanse las intervenciones de Francia, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 17, y Chile, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 17.

<sup>27</sup> Véanse las intervenciones de la República Checa, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 93; los Países Bajos, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 14; Portugal, *ibíd.*, párr. 26; Grecia, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 4, y la República Islámica del Irán, *ibíd.*, párr. 38.

<sup>28</sup> Véase la intervención de Cuba, *ibíd.*, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 27.

<sup>29</sup> Véanse las intervenciones de Portugal, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 26, y Rumania, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 57.

<sup>30</sup> Véase la intervención de la República Islámica del Irán, *ibíd.*, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 37.

<sup>11</sup> Véase la nota 9 *supra*.

<sup>12</sup> Véase la intervención de los Estados Unidos, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 14. Curiosamente, ese mismo país sugirió que el proyecto de artículo 5 relativo a los refugiados respetara fielmente la redacción de la Convención sobre el estatuto de los refugiados (arts. 32 y 33) y tuviera en cuenta la distinción entre refugiados en situación legal y en situación ilegal (*ibíd.*).

<sup>13</sup> Véanse las intervenciones de Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 3; el Japón, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 18; Nueva Zelanda, *ibíd.*, párr. 9; El Salvador, 23.ª sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 48, y la República Islámica del Irán, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 73.

<sup>14</sup> Véase la intervención de Dinamarca (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 3.

<sup>15</sup> Véase la intervención de la República Islámica del Irán, *ibíd.*, 24.ª sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 37.

<sup>16</sup> Véase la intervención de los Estados Unidos, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 10.

<sup>17</sup> Véase la nota 1 *supra*.

<sup>18</sup> Véase la intervención del Reino Unido, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 25).

<sup>19</sup> Véanse, en particular, las intervenciones de la República Checa, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 93; Hungría, 20.ª sesión

en ciertas circunstancias<sup>31</sup>, siempre que, según precisaron algunas delegaciones, no provocara apatridia<sup>32</sup>, se realizara de conformidad con la legislación nacional<sup>33</sup>, no fuese discriminatoria<sup>34</sup> y no se recurriera a ella de manera arbitraria o abusiva<sup>35</sup>. A este respecto, varios Estados estuvieron de acuerdo con la conclusión de la Comisión según la cual los Estados no debían recurrir a la desnacionalización para eludir el principio de no expulsión de los nacionales<sup>36</sup>, y se propuso que se incluyera un proyecto de artículo en ese sentido<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Véanse las intervenciones de los Países Bajos, *ibíd.*, 20.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 15, e Israel, 24.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 76.

<sup>32</sup> Véanse las intervenciones de los Países Bajos, *ibíd.*, 20.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 15; Grecia (discurso), y Cuba, 24.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 27.

<sup>33</sup> Véase la intervención de Grecia (discurso).

<sup>34</sup> *Ibíd.*

<sup>35</sup> Véanse las intervenciones de Grecia (discurso) e Israel, *ibíd.*, 24.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 76.

<sup>36</sup> Véanse las intervenciones de Portugal, *ibíd.*, 20.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.20), párr. 26; los Estados Unidos, 21.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.21), párr. 13; Polonia, *ibíd.*, párr. 33; la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 43; Chile, 22.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 11; la India, 23.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 23, y El Salvador, *ibíd.*, párr. 48.

<sup>37</sup> Véase la intervención de Italia, *ibíd.*, 19.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.19), párr. 98.

8. Tras recordar estas observaciones, procede ahora continuar con el examen de las normas que limitan el derecho de expulsión, iniciado en el tercer informe sobre la expulsión de extranjeros<sup>38</sup>. Como se indicó en ese informe, el derecho de expulsión debe ejercerse respetando las *normas del derecho internacional*<sup>39</sup> que fijan sus límites. En el tercer informe se examinaron los límites relativos a las personas expulsadas. Así, se acotaron sucesivamente los principios de no expulsión de los nacionales, no expulsión de los refugiados, no expulsión de los apátridas y no expulsión colectiva.

9. En el presente informe se continuará con dicho examen, analizando, por un lado, los límites relativos a la necesidad de respetar los derechos fundamentales del ser humano en caso de expulsión y, por otro, ciertas prácticas prohibidas por el derecho internacional en materia de expulsión.

<sup>38</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/581.

<sup>39</sup> En sus informes anteriores, el Relator Especial hablaba de «normas fundamentales de derecho internacional». Habida cuenta de la pertinencia de las observaciones realizadas dentro y fuera de la Comisión, el Relator Especial ha decidido suprimir el adjetivo «fundamental», que restringe el alcance de las normas de derecho internacional pertinentes y puede, además, suscitar controversias en relación con las normas de derecho internacional que han de considerarse fundamentales y las que no.

## NORMAS GENERALES

### PRINCIPIOS GENERALES

#### Un derecho que debe ejercerse respetando las normas del derecho internacional

##### LÍMITES RELATIVOS A LA NECESIDAD DE RESPETAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SER HUMANO

###### a) Consideraciones preliminares

###### i) Protección de los derechos de todos los seres humanos

10. Toda persona sujeta a una expulsión, cualesquiera que sean los motivos, es un ser humano que, como tal, debe seguir disfrutando de todos sus derechos fundamentales. Esa persona goza de los mismos atributos y aspira a las mismas libertades con independencia de su raza, etnia, sexo, creencias o nacionalidad; es lo que se ha denominado «la identidad universal del ser humano»<sup>40</sup>. La posición central del ser humano en la ética internacional ha hecho que la protección de esos derechos fundamentales sea una de las principales preocupaciones del derecho internacional contemporáneo. Como es sabido, esta protección ya no se deja al arbitrio de los Estados al amparo de la doctrina de los ámbitos reservados, que se basaba en una improbable soberanía absoluta del Estado. Es tanto más necesario proteger a la persona que un Estado ha decidido expulsar cuanto que dicha persona es vulnerable por su condición de extranjera y por la perspectiva de su expulsión. Dicha persona goza de esa protección en virtud del derecho internacional y la legislación del Estado que la expulsa, con independencia de su situación jurídica o de las condiciones en que haya

entrado en el territorio del Estado en cuestión, es decir, ya sea un extranjero en situación legal o ilegal (los nacionales quedan excluidos en virtud del principio de no expulsión por un Estado de sus propios nacionales).

11. Esta protección idéntica de todos los seres humanos es la piedra angular de todos los sistemas de protección de los derechos humanos, y se desprende tanto de los textos fundamentales de carácter universal como de los instrumentos jurídicos regionales. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>41</sup> proclama, al comienzo mismo de su preámbulo, que «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». Más concretamente, el artículo 2 de esta carta fundacional establece, en términos que procede recordar *in extenso*, que:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción depende una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

<sup>41</sup> Resolución 217 (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948. Los textos de los instrumentos jurídicos que se citan en el presente informe están publicados en *Derechos humanos: Recopilación de instrumentos internacionales*, vol. I y II (primera parte), *Instrumentos de carácter universal*, publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.02.XIV.4.

<sup>40</sup> Dupuy, *Droit international public*, pág. 208.

12. En ese mismo sentido, las Partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, reconocen en el artículo 1, de carácter introductorio y que, significativamente, lleva por título «Obligación de respetar los derechos humanos», «a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I de [ese] Convenio». Esta disposición no solo recuerda la obligación general de respetar los derechos humanos, sino que incorpora dicha obligación al derecho interno al garantizar el disfrute de los derechos y libertades enunciados en el Convenio a toda persona dependiente de su jurisdicción<sup>42</sup>. En ese mismo sentido, el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que lleva por título «Obligación de respetar los derechos», establece, en su párrafo 1, que

[l]os Estados Partes en [la] Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Con una redacción diferente, repartida entre los artículos 1 y 2, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establece que

todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo, como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otra condición.

Asimismo, los Estados miembros de la OUA, que son partes automáticamente en la Carta, «reconocerán los derechos, deberes y libertades contemplados en esta Carta y se comprometerán a adoptar medidas legislativas o de otra índole con el fin de llevarlos a efecto». La protección de los derechos y las libertades es muy amplia y global, y la obligación de los Estados es, al mismo tiempo, precisa y de gran alcance.

13. De esos instrumentos jurídicos se deriva un principio de no discriminación entre los beneficiarios de los derechos y libertades enunciados, principio que se expresa de manera diferente según se trate de instrumentos de carácter universal o de instrumentos regionales. Los primeros se aplican a todos los seres humanos, con independencia del lugar en que se encuentren o de su procedencia. En los segundos, la referencia a las personas «bajo la jurisdicción» del Estado, en particular en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, parece limitar el número de beneficiarios de los derechos y libertades establecidos en el Convenio, de modo que el principio de universalidad se mantiene aquí *ratione personae* pero no *ratione loci*: toda persona, sin distinción de situación jurídica o condición, disfruta de los derechos y libertades definidos en los instrumentos jurídicos regionales en cuestión.

14. Así, la condición de nacional no confiere más derechos que la de extranjero. Asimismo, la condición de extranjero no coloca a la persona en una situación de inferioridad en relación con la protección que confieren los derechos humanos. Es más, ni siquiera la ilegalidad de la estancia de una persona en el territorio de un Estado puede ser motivo para menoscabar sus derechos fundamentales,

incluso en el marco de un procedimiento de expulsión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recordó, en su sentencia *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Bélgica*<sup>43</sup>, que la competencia soberana de los Estados para controlar las fronteras, el acceso al territorio y la estancia de los extranjeros debe ejercerse respetando los compromisos internacionales contraídos, entre ellos el Convenio Europeo de Derechos Humanos (arts. 3, 5 y 8) y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 10 y 37): en otras palabras, respetando los derechos fundamentales de los extranjeros y, en particular, de los niños. Según el Tribunal,

la preocupación de los Estados por frustrar los intentos de eludir las restricciones a la inmigración no debe privar a los extranjeros de la protección otorgada por las convenciones, como tampoco debe privar a los menores extranjeros, en especial si no están acompañados, de la protección que se deriva de su condición<sup>44</sup>.

15. La protección de los derechos de los extranjeros ha sido motivo de especial preocupación para la Asamblea General desde el decenio de 1970. Se creó una subcomisión para analizar esta cuestión, que concluyó su labor en 1977<sup>45</sup>, y sobre la base de esos resultados la Asamblea General aprobó por consenso, el 13 de diciembre de 1985, la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven<sup>46</sup>. La Declaración abarca a todas las personas en cuestión y obliga a que se respeten los derechos fundamentales de los extranjeros, a saber: el derecho a la vida; el derecho a la intimidad; la igualdad ante los tribunales; la libertad de opinión y de religión, y el respeto del idioma, la cultura y las tradiciones<sup>47</sup>. Además, la Declaración prohíbe la expulsión individual o colectiva por motivos discriminatorios<sup>48</sup> y contempla los derechos sindicales y el derecho a condiciones de trabajo saludables y libres de peligros, así como el derecho a protección médica, seguridad social y educación<sup>49</sup>. Sin embargo, la Declaración es bastante genérica en cuanto al alcance de los derechos protegidos. Así pues, es preciso ahondar en el análisis para tratar de extraer, a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos y la práctica judicial de los órganos universales y regionales de control, e incluso de los tribunales nacionales, las normas específicas de derechos humanos que han de respetarse en caso de expulsión.

#### ii) *Concepto de «derechos fundamentales»*

16. Debe determinarse si el extranjero en vías de expulsión puede aspirar a disfrutar de todos los derechos del ser humano o si su condición específica exige que en ese caso solo se garanticen sus derechos fundamentales.

<sup>43</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda n.º 13178/03, fallo de 12 de octubre de 2006, *Recueil des arrêts et décisions 2006-XI*.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pág. 254, párr. 81.

<sup>45</sup> Con un informe preparado por la baronesa Elles, titulado El problema de la aplicabilidad de las disposiciones internacionales existentes relativas a la protección de los derechos humanos a los individuos que no son ciudadanos del país en que viven (E/CN.4/Sub.2/L.628 y Add.1).

<sup>46</sup> Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985.

<sup>47</sup> Art. 5.

<sup>48</sup> Art. 7.

<sup>49</sup> Art. 8.

<sup>42</sup> Véase Carrillo Salcedo, «Article 1», pág. 135.

17. En opinión del Relator Especial, no es realista imponer que una persona en vías de expulsión deba disfrutar de todos los derechos humanos garantizados por los instrumentos internacionales y la legislación nacional del Estado que la expulsa. En efecto, ¿cómo se podría garantizar durante el proceso de expulsión, por ejemplo, el derecho a la educación, la libertad de reunión y de asociación, la libertad de empresa, la libertad profesional y el derecho a trabajar, el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia, u otros? Parece más acorde con la realidad y la práctica de los Estados circunscribir los derechos garantizados durante la expulsión a los derechos *fundamentales* del ser humano.

18. Aunque este concepto de derechos fundamentales forma parte del lenguaje jurídico, su significado es especialmente confuso debido al empleo de otros conceptos que se consideran cercanos o equivalentes. Así, puede comprobarse que en la doctrina jurídica se utilizan indistintamente los conceptos de derechos humanos, libertades públicas, libertades fundamentales, derechos y libertades fundamentales y principios fundamentales, sin que esté claro que se refieran a una misma realidad jurídica<sup>50</sup>.

19. El concepto de derechos fundamentales tiene varios significados en el derecho interno. En primer lugar, algunos derechos son fundamentales en razón del lugar que ocupan en la jerarquía normativa. Se consideran fundamentales los derechos y libertades protegidos a nivel constitucional<sup>51</sup>. Se ha asegurado incluso que los derechos fundamentales son constitucionales «en esencia»<sup>52</sup>, lo que los distingue de la categoría más amplia de las libertades públicas. En segundo lugar, los derechos fundamentales serían los que se expresan o están reconocidos en las normas superiores de un ordenamiento jurídico determinado o los que son esenciales para la existencia y el contenido de otros derechos de ese ordenamiento<sup>53</sup>.

20. Ambas concepciones extraen los elementos de definición de los derechos humanos del ordenamiento jurídico y se exponen así a las contingencias de la construcción jurídica, a la arbitrariedad del legislador. Pues bien, la cuestión de la contingencia de los derechos fundamentales es objeto de una importante controversia. Según ciertos autores, estos derechos son superiores al ordenamiento jurídico porque expresan valores que lo sobrepasan<sup>54</sup>. Esta posición recuerda la idea del derecho natural, continuamente enterrada y constantemente resucitada<sup>55</sup>. A esta concepción se oponen los que piensan que «la existencia de normas supraconstitucionales en el derecho interno es una imposibilidad ‘cuasi-ontológica’, [...] una imposibilidad absoluta»<sup>56</sup>, en particular porque tal existencia privaría al pueblo de su soberanía (legislativa). El

Consejo Constitucional de Francia comparte este análisis<sup>57</sup>, aunque un examen minucioso de su terminología<sup>58</sup> sugiere que, quizá sin ser siempre consciente de ello, el Consejo Constitucional reproduce la terminología de la Constitución y se limita a «constatar» normas (pre)existentes, más que aplicar normas creadas por las autoridades dotadas de capacidad normativa. Se entiende así que el Tribunal Constitucional de Alemania haya afirmado, por su lado, que la sustancia de los derechos fundamentales queda fuera del alcance del poder constituyente, incluso del originario<sup>59</sup>. Esta posición puede equipararse a la sostenida por el Tribunal Constitucional de Italia en una de sus sentencias, en que afirmó expresamente que:

La Constitución italiana contiene algunos principios supremos cuyo contenido esencial no puede eliminarse ni modificarse, ni siquiera mediante una ley de reforma constitucional u otras leyes constitucionales<sup>60</sup>.

21. Este debate, ya clásico, entre los defensores del positivismo jurídico y los defensores del derecho natural no es ni mucho menos ajeno al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, en este ámbito nunca ha sido tan agrio y, como se verá, a pesar de ciertas reticencias finalmente se ha impuesto la idea de que existe una categoría intangible de derechos humanos.

22. El enfoque basado en el concepto de derechos fundamentales no carece de obstáculos, pues ha de determinarse qué ha de entenderse por «derechos fundamentales». La terminología está bien asentada en la doctrina que ha defendido ese enfoque, si bien es imposible hallar en esa doctrina una definición precisa del concepto<sup>61</sup>. Asimismo, el adjetivo «fundamental» figura en ocasiones en los títulos de ciertos instrumentos internacionales. Por ejemplo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y sus 11 protocolos; en la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de

<sup>57</sup> Véase, por ejemplo, la decisión n.º 92-312 DC, de 2 de septiembre de 1992, *Recueil*, pág. 94.

<sup>58</sup> La Constitución de Francia de 1958, al igual que las de otros países, utiliza los verbos «reconocer» y «proclamar» al enunciar los derechos fundamentales. Pues bien, esos dos verbos en modo alguno expresan la idea de creación (normativa), ya que según los diccionarios más comunes de la lengua francesa (*Petit Robert*, *Larousse*), «proclamar» significa «publicar o reconocer oficialmente mediante un acto» y «reconocer» quiere decir «admitir como cierto o real», «constatar, descubrir».

<sup>59</sup> Véase la decisión de 23 de abril de 1991.

<sup>60</sup> Sentencia citada por Favoreu y Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, pág. 826.

<sup>61</sup> El motor de búsqueda «Google» arroja varios miles de referencias sobre «derechos fundamentales». Véase, a título meramente indicativo, la revista electrónica *Droits fondamentaux* ([www.droits-fondamentaux.org](http://www.droits-fondamentaux.org)), n.º 1, julio-diciembre de 2001. En el editorial de ese primer número, firmado por Emmanuel Decaux, la expresión se utiliza una sola vez: «Hoy en día, al igual que en el pasado, los derechos fundamentales siguen siendo un desaffo». Pero no se ofrece ninguna explicación sobre el sentido de este concepto ni sobre su elección: «Los derechos universales e indivisibles proclamados en 1945 por la Carta de las Naciones Unidas ... no deben quedarse en una mera declaración de intenciones»: esta es la única frase que sugiere vagamente lo que podría entenderse; Cabrillac y otros, *Libertés et droits fondamentaux*; Pontier, *Droits fondamentaux et libertés publiques*; Delmas-Marty y Lucas de Leyssac, *Libertés et droits fondamentaux*; Couturier, Delmas-Marty y Lucas de Leyssac, *Libertés et droits fondamentaux*; Fialaire y Mondielli, *Droits fondamentaux et libertés publiques*; véase también, en particular, Carlier «Et Genève sera... La définition du réfugié: Bilan et perspectives», que habla de la «contextualización de los derechos fundamentales» (pág. 79).

<sup>50</sup> Véase Tchakoua, *Dignité et droits fondamentaux des salariés. Réflexion à partir des droits camerounais et français*, pág. 5.

<sup>51</sup> Véase Favoreu, «Rapport général introductif», pág. 271.

<sup>52</sup> Véase Genevois, «Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux», pág. 317.

<sup>53</sup> Marcoux, «Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne», pág. 691.

<sup>54</sup> Véase, en particular, Laborde: «Conclusion...», págs. 119 y 120.

<sup>55</sup> Véase Kayser, «Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire».

<sup>56</sup> Mathieu, «La supra-constitutionnalité existe-t-elle? Réflexions sur un mythe et quelques réalités», pág. 12.



promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos<sup>62</sup>, o en los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos<sup>63</sup>.

23. El concepto de «derechos fundamentales» del ser humano recuerda vagamente a la teoría de los «derechos fundamentales de los Estados» que surgió en el siglo XVIII en el pensamiento jurídico de de Vattel<sup>64</sup>. El concepto de derechos fundamentales de los Estados, que procede directamente de la teoría de los derechos y deberes perfectos de los Estados de de Vattel, fue sistematizado en el siglo XIX por autores como el diplomático argentino Carlos Calvo<sup>65</sup>, el universitario francés Antoine Pillet<sup>66</sup> o el juez inglés Robert Phillimore<sup>67</sup>. Esta teoría se basa en la idea de que los Estados, por el mero hecho de existir, son titulares de derechos inherentes, permanentes y fundamentales en sus relaciones con los demás. Estos derechos, que son el fundamento del derecho de gentes y de las relaciones internacionales en su conjunto, tanto en tiempos de paz como de guerra, deben ser obligatoriamente respetados por todos los Estados; correlativamente, la vulneración de esos derechos justificará el recurso a la fuerza. El contenido de estos derechos fundamentales de los Estados varía según los autores, pero por lo general comprende lo que en esa época se denominaba el «derecho de conservación», el derecho al respeto de la soberanía, al comercio y a la igualdad. La doctrina de la época consideraba que esos derechos fundamentales de los Estados derivaban del derecho natural. Pero esta teoría fue abandonada bajo la profunda y duradera influencia del positivismo en el pensamiento jurídico internacional<sup>68</sup>.

24. No es posible aplicar mecánicamente esta teoría en el ámbito de los derechos humanos. Pero es obvio que en uno y otro caso prevalece la idea de que existe un conjunto de derechos esenciales para la existencia misma del Estado y de la persona. Por lo demás, es la propia Carta de las Naciones Unidas la que introduce formalmente el concepto de «derechos fundamentales» del ser humano al «reafirmar la fe» de los «pueblos de las Naciones Unidas» «en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres»<sup>69</sup>. Esta expresión también figura en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establecen, en el párrafo 2 de sus respectivos artículos 5, que «no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los *derechos humanos fundamentales*\* reconocidos o vigentes»

<sup>62</sup> Aprobada por la Asamblea General mediante su resolución 53/144, de 9 de diciembre de 1998.

<sup>63</sup> Aprobados y proclamados por la Asamblea General mediante la resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

<sup>64</sup> Véase de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*.

<sup>65</sup> Véase Calvo, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*.

<sup>66</sup> Véase Pillet, «Recherches sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître».

<sup>67</sup> Véase Phillimore, *Commentaries upon International Law, 1854-1861*.

<sup>68</sup> Para una síntesis reciente de esta teoría, véase Alland, *Droit international public*, págs. 78 y 79.

<sup>69</sup> Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.

en un Estado parte. La Carta de las Naciones Unidas indica, por otra parte, que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es realizar la «cooperación internacional», en particular en el «estímulo del respeto a los derechos humanos y a las *libertades fundamentales*\* de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión»<sup>70</sup>. La expresión «derechos humanos y [...] libertades fundamentales» también figura en el apartado c del Artículo 55 de la Carta<sup>71</sup>.

25. Como puede comprobarse, el vocabulario varía un poco: a veces se habla de «los derechos fundamentales» y otras de «los derechos humanos y las libertades fundamentales»; en este último caso queda claro que el adjetivo «fundamentales» se refiere a las «libertades» y no a los derechos. Cabe señalar que la expresión «derechos fundamentales» no se menciona ni en el párrafo 3 del Artículo 1 ni en el apartado c del Artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas. Al margen de esta constatación, los comentaristas del preámbulo de la Carta no hacen la menor observación al respecto ni extraen ninguna conclusión<sup>72</sup>. Sin embargo, no puede decirse que ambas expresiones sean sinónimas. El paso de los «derechos humanos fundamentales» a «los derechos humanos y las libertades fundamentales», ¿refleja la voluntad de los redactores de la Carta de circunscribir el ámbito de las normas fundamentales pertinentes únicamente a las libertades?

26. No hay ningún elemento que permita extraer esa conclusión. En realidad, ningún instrumento internacional dota de contenido al concepto de «derechos fundamentales» o incluso al de «libertades fundamentales» que figura, como se ha señalado, en el título de varias convenciones internacionales. Cabría esperar que la Comisión o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubieran aclarado estos aspectos, al menos por lo que se refiere a las «libertades fundamentales» mencionadas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es cierto que la Comisión y el Tribunal han señalado, explícita o implícitamente, que el párrafo quinto del preámbulo de este Convenio refleja una de sus características esenciales, a saber, «un justo equilibrio entre la protección del interés general de la comunidad y el respeto de los derechos humanos fundamentales, al tiempo que atribuye un valor especial a estos últimos»<sup>73</sup>. Aunque se titule expresamente Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea<sup>74</sup>, el instrumento aprobado el 7 de diciembre de 2000 en la Cumbre de Niza por el Parlamento Europeo, el Consejo de la UE y la Comisión Europea no sirve de ayuda para resolver la cuestión de la definición del concepto de derechos fundamentales: no hay ningún elemento en el preámbulo ni en la parte dispositiva que aclare lo más mínimo su

<sup>70</sup> Artículo 1, párr. 3.

<sup>71</sup> Sin afán de exhaustividad, también se mencionan en el punto 15 de la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena el 25 de junio de 1993 (A/CONF.157/24 (Part I)).

<sup>72</sup> Véase el comentario de Cot y Pellet, «Préambule», pág. 290.

<sup>73</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* (fondo), fallo de 23 de julio de 1968, *serie A n.º 6*, párr. 5; véase también el fallo *Soering*, de 7 de julio de 1989, *serie A n.º 161*, párr. 87; y Van Boven, «Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», comentario sobre el Preámbulo, pág. 130.

<sup>74</sup> Véase *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C 364, 18 de diciembre de 2000, pág. 1.

significado. Sería perfectamente posible llegar a la conclusión de que todos los derechos establecidos en los 54 artículos de esa Carta son derechos fundamentales a efectos de ese texto. El título del instrumento así lo permite. Pero, ¿es esa la intención real de sus autores?

27. En su fallo *Golder*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguió un razonamiento que podría ayudar a determinar el contenido del concepto de derechos fundamentales. El Tribunal no rechazó la observación del Reino Unido según la cual los autores del Convenio Europeo de Derechos Humanos habían adoptado un «enfoque selectivo: el Convenio no pretendía proteger los derechos humanos en general, sino únicamente ‘algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal’»<sup>75</sup>. Sobre esta base, cabría razonar de la siguiente manera: así como cada instrumento internacional de derechos humanos se centra en un aspecto particular de los derechos humanos (derechos del niño, derechos de la mujer, derechos de los trabajadores migrantes, esclavitud, etc.) o únicamente en ciertos derechos y libertades, es fácil convenir en que no se pueden ejercer todos los derechos humanos al mismo tiempo y todo el tiempo. El abanico de derechos fundamentales puede variar según la condición de las personas y la situación en que se encuentren; no obstante, esa variación debe girar en torno a un «núcleo duro» considerado intangible. Los juristas rara vez abordan directamente esta cuestión.

### iii) *Derechos fundamentales y «núcleo intangible» o «inderogable» de derechos humanos*

#### a. Definición

28. Se carece de una definición jurídica del concepto de derechos humanos fundamentales. En algunos de los usos de ese concepto que hace la doctrina, parece confundirse con el de derechos humanos a secas<sup>76</sup> y hace referencia entonces al conjunto de derechos y libertades de las personas reconocidos por las constituciones nacionales y las convenciones internacionales y protegidos por los órganos nacionales e internacionales competentes. En el marco del presente informe y de los informes posteriores, la expresión «derechos fundamentales» se empleará como sinónimo de «núcleo duro» de derechos humanos.

29. Según la doctrina, el establecimiento de cierta jerarquía entre los derechos humanos permite garantizar mejor un núcleo de esos derechos, que a juicio de la comunidad internacional es fundamental. Este concepto de «núcleo duro» se emplea tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho internacional humanitario para designar «un conjunto de derechos que no admite ninguna excepción. Su lista varía según las convenciones, pero coinciden en un pequeño número que constituye un conjunto mínimo destinado a proteger la integridad y la seguridad de la persona. También se los

denomina derechos intangibles, y se habla entonces de núcleo intangible»<sup>77</sup>. En ese mismo sentido, otro autor afirma que «se ha dotado a ciertas normas de una fuerza particular y de un reconocimiento consuetudinario. Forman el ‘núcleo duro’ de derechos humanos. Este núcleo comprende [...] los derechos denominados *intangibles*, que no admiten ninguna excepción, ni siquiera en caso de guerra»<sup>78</sup>. Otro autor llega a la conclusión de que «en cualquier caso, existe un núcleo duro dentro de los derechos humanos que garantizan el respeto de la dignidad y la integridad física del ser humano que es exigible en todo momento a cualquier autoridad. Se trata en realidad de la garantía de los valores en que se funda la civilización de lo universal, lo que el Estatuto de [Roma de] la Corte Penal Internacional [...] denomina ‘el patrimonio común de todas las culturas, un delicado mosaico que puede romperse en cualquier momento’»<sup>79</sup>.

30. Sin embargo, la idea de un núcleo duro de derechos que no admiten excepción no está exento de toda crítica. La objeción que se formula tradicionalmente es que con ello se establece una jerarquía entre los derechos humanos que vulnera el principio de indivisibilidad de esos derechos. Pero también se considera que es una idea de «carácter subjetivo, evolutivo, cuando no contingente, lo que va precisamente en contra de la universalidad»<sup>80</sup>, o incluso que sanciona una situación de hecho interestatal y, por consiguiente, «no hace más que expresar un prejuicio positivista»<sup>81</sup>.

31. Esa crítica parece más ideológica que jurídica o técnica. Se basa en los principios de universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, que encarnan la idea improbable de que todos los derechos tienen igual importancia y el mismo estatuto jurídico. Como se ha observado con acierto, la idea del núcleo duro es «una respuesta a la proliferación individualista de derechos que puede poner en peligro la idea de los derechos humanos»<sup>82</sup>.

32. A diferencia de lo que podría sugerir en un primer momento, esta idea permite hacer frente al relativismo cultural que justifica las excepciones a las normas universales, o incluso su menoscabo, y cuestiona la universalidad en materia de derechos humanos. En efecto, desde ese punto de vista lo universal se presenta como un núcleo duro<sup>83</sup>. El problema crucial es acotar un criterio de identificación operativo que permita definir el contenido del núcleo duro. Sudre ha proporcionado aclaraciones útiles sobre esta cuestión. Según este autor,

<sup>77</sup> Le Guyader, «La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'homme», pág. 249. La filosofía se aparta sin embargo de esta acepción, que califica de «estrictamente jurídica», y enriquece el debate sobre este concepto con reflexiones filosóficas. Huelga decir que el Relator Especial se ceñirá a la acepción jurídica.

<sup>78</sup> Cohen-Jonathan, «Les droits de l'homme, une valeur internationalisée», pág. 159.

<sup>79</sup> Bennouna, «Remise en cause et contestations de principe», pág. 245, comunicación presentada en el coloquio organizado en la Sorbona por la Comisión nacional consultiva de derechos humanos de Francia con ocasión del 50.º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

<sup>80</sup> Dupuy, *op. cit.*, pág. 225.

<sup>81</sup> Le Guyader, *loc. cit.*, pág. 254.

<sup>82</sup> *Ibid.*, pág. 255.

<sup>83</sup> *Ibid.*, pág. 266.

<sup>75</sup> Fallo de 21 de febrero de 1975, *série A n.º 18*, párr. 34.

<sup>76</sup> Cuando se habla, por ejemplo, de la revista electrónica *Droits fondamentaux* o de la red de investigadores «Droits fondamentaux» se hace referencia, ni más ni menos, que a los derechos humanos en su conjunto y sin excepción. Así ocurre en las numerosas obras dedicadas a las «libertades y derechos fundamentales», algunas de las cuales se citan en la nota 61 *supra*.

un núcleo duro implica necesariamente un «envoltorio blando» y conduce a trazar una línea de separación entre derechos fundamentales y otros que lo son menos, entre derechos prioritarios y otros que son secundarios, entre derechos de primer orden y otros de segundo orden. En resumidas cuentas, la hipótesis de un «núcleo duro» plantea ineludiblemente la cuestión, en el ámbito jurídico, de la jerarquía de los derechos humanos<sup>84</sup>.

33. Gran parte de la doctrina considera este enfoque estremecedor y, en todo caso, blasfemo, ya que contradice directamente los principios fundadores de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos<sup>85</sup>.

34. Sin embargo, la idea de que puede haber un núcleo duro de derechos humanos no es infundada desde el punto de vista estrictamente jurídico. En efecto, más allá del discurso filosófico o de un enfoque ideológico y esencialmente moral de la cuestión, ha de admitirse que «el derecho de los derechos humanos no protege todos los derechos de la misma manera». Si no se confunden *lex ferenda* y *lex lata*, como ocurre a menudo en algunos discursos militantes sobre los derechos humanos, puede comprobarse que las normas de derechos humanos «no establecen el mismo régimen jurídico para todos los derechos proclamados, y es posible acordar un principio de aplicación acumulativa y complementaria de los derechos proclamados»<sup>86</sup>.

35. Si se acepta la utilidad tanto jurídica como práctica del núcleo duro, ¿cuáles son los criterios de identificación que habría que establecer?

36. El concepto de *jus cogens* no es un criterio satisfactorio<sup>87</sup>. Por una parte, a pesar de que está consagrado tanto a nivel convencional como jurisprudencial, sigue siendo controvertido debido a la indeterminación de su contenido. Por otra parte, es un concepto que, en el ámbito de los derechos humanos, es objeto de interpretaciones opuestas: una interpretación amplia que considera que los derechos humanos en general forman parte del *jus cogens*, como sugieren los proyectos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos [*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26] y de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad [*Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 19]; y una interpretación restrictiva, según la cual solo forman parte de ese concepto algunos derechos humanos. Sudre señala que el examen de los instrumentos internacionales de derechos humanos pone de manifiesto, con la única excepción de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que existe un «desdoblamiento del régimen jurídico de los derechos humanos»: algunos derechos que este autor denomina «derechos condicionales»<sup>88</sup>, «pueden ser objeto de restricciones o excepciones y, por tanto, su aplicación puede ser imperfecta o pueden dejar de aplicarse temporalmente; por el contrario, otros derechos —los *derechos intangibles*— no pueden ser objeto de esas limitaciones: son derechos absolutos, aplicables a todas las personas en todo momento y lugar»<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> Sudre, «Quel noyau intangible des droits de l'homme?», pág. 271.

<sup>85</sup> Véase, por ejemplo, Meyer-Bisch, «Le problème des limitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme», pág. 101.

<sup>86</sup> Sudre, «Quel noyau intangible des droits de l'homme?», pág. 271.

<sup>87</sup> *Ibid.*, pág. 272; véase también Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, n.º 42, pág. 59.

<sup>88</sup> Sudre, *op. cit.*, n.º 120, pág. 167.

<sup>89</sup> Sudre, «Quel noyau intangible des droits de l'homme?», pág. 272.

37. El criterio operativo para identificar el núcleo duro de derechos humanos es, por tanto, la *intangibilidad* de los derechos en cuestión. No se puede negar que este concepto de «núcleo duro» o «intangible» establece cierta jerarquía entre los derechos humanos. Pero se trata, ciertamente, de una jerarquía de hecho que se deriva del análisis de los instrumentos jurídicos internacionales, más que de una norma formal: se puede comprobar, en efecto, que los principales tratados de protección de los derechos humanos contienen un núcleo duro de derechos intangibles que gozan de una protección absoluta, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 15), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 27, párr. 2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4, párr. 2), siendo la única excepción la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

38. En esta idea de «núcleo duro» de derechos humanos subyacen los derechos llamados universales: «la cuestión del 'núcleo duro' plantea la existencia de un fondo común irreductible de derechos humanos sobre el que habría un acuerdo generalizado, si se admite implícitamente que existen diversas concepciones en materia de derechos humanos»<sup>90</sup>. Y desde el punto de vista de la aplicación de los derechos humanos, la idea del núcleo duro es una consecuencia pragmática del hecho de que muchos Estados hacen caso omiso de la lista de derechos humanos, en continua evolución, o la consideran una mera declaración de principio y que, por tanto, conviene «asegurar que se garantice un mínimo indispensable, una suerte de estándar por debajo del cual no cabría hablar de derechos humanos»<sup>91</sup>.

#### b. Contenido

39. Dentro del conjunto de los derechos humanos deben acotarse aquellos que constituyen el núcleo duro. La determinación del contenido de ese núcleo duro no es exactamente igual de un autor a otro.

40. De manera general, se considera que los derechos fundamentales que integran el «núcleo duro» de derechos humanos son el derecho a la vida y la prohibición de la tortura, las penas y tratos inhumanos, la esclavitud y la servidumbre. Algunos autores añaden los principios de igualdad y no retroactividad de la ley. Pero este contenido puede variar en el tiempo e incluso en el espacio. Cabe señalar, a este respecto, que el Protocolo n.º 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, añade un nuevo derecho a la lista de derechos intangibles que figura en el Convenio: el principio *non bis in idem* (art. 4). En ese mismo sentido, se ha señalado que la lista de los derechos que integran el «núcleo duro» no es la misma de un continente a otro. Si bien la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no contiene derechos que no admiten excepción, el número de esos derechos asciende a 5 en Europa, 11 en América y 7 en el plano universal<sup>92</sup>.

41. Cohen-Jonathan propone una lista aún más amplia. En su opinión, de la comparación entre el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

<sup>90</sup> *Ibid.*, pág. 267.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> Sudre, «Quel noyau intangible des droits de l'homme?», pág. 274.

Políticos y el párrafo 2 del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se desprende que el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de los tratos o penas inhumanos o degradantes y la prohibición de la esclavitud son derechos llamados intangibles, lo que corresponde aproximadamente al tenor del artículo 3 común a los cuatro 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))<sup>93</sup>. Pero añade que, según la jurisprudencia internacional, ha de agregarse la prohibición de la denegación flagrante de justicia y la detención arbitraria. Es más, el autor estima que también ha de incluirse en esa lista la prohibición de discriminación contra la mujer y por motivos de raza, que se menciona específicamente en el apartado c del Artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas, sin olvidar la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que también es considerada un derecho intangible por el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>94</sup>.

42. A la vista de lo anterior, se plantea la cuestión de la universalidad del «núcleo duro». Tras un análisis al respecto, se puede comprobar que algunos de esos derechos constituyen un fondo común irreductible en todas las listas que enumeran los derechos del «núcleo duro». Este «núcleo duro de los núcleos duros», según la expresión de Sudre, comprende cuatro derechos: el derecho a la vida, el derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud ni servidumbre y el derecho a la no retroactividad de la ley penal<sup>95</sup>.

43. Cabe añadir, como derechos fundamentales vinculados a la condición específica de una persona en vías de expulsión, el principio de no discriminación, el derecho al respeto de la integridad física de la persona en vías de expulsión, el derecho al respeto de la vida familiar y el derecho de toda persona a no ser expulsada a un país en que peligre su vida.

44. La protección que resulta de la observancia de esos derechos debe permitir materializar el derecho primigenio en materia de derechos humanos, a saber, el derecho a la dignidad.

b) *La obligación general de respetar los derechos humanos*

45. En la actualidad se reconoce que existe una obligación internacional general de respetar los derechos humanos<sup>96</sup>. Se trata de una obligación *erga omnes*, según el célebre pronunciamiento de la CIJ en su fallo de 5 de

febrero de 1970 en el caso *Barcelona Traction*. La Corte declaró, en efecto:

En particular, debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*.

Ese tipo de obligaciones deriva, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de actos de agresión y de genocidio, así como de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales del ser humano, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección han pasado a formar parte del derecho internacional general (*Reserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 23); otros están reconocidos en instrumentos internacionales de carácter universal o cuasiuniversal<sup>97</sup>.

46. En ese mismo sentido, la CIJ señaló, en su fallo de 27 de junio de 1986 en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, que «[l]a inexistencia de un compromiso [en materia de respeto de los derechos humanos] no significaría que un Estado pudiera violar impunemente los derechos humanos»<sup>98</sup>.

47. El Instituto de Derecho Internacional, reproduciendo la fórmula empleada por la CIJ en el caso *Barcelona Traction*, declaró en su resolución de 13 de septiembre de 1989<sup>99</sup> que esa obligación internacional general de respetar los derechos humanos «incumbe a todos los Estados en relación con la comunidad internacional en su conjunto y todo Estado tiene un interés legítimo en la protección de los derechos humanos».

48. El proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en primera lectura en 1996 establecía muy claramente esta idea de obligaciones *erga omnes* respecto de las normas en materia de «protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales», así como la posibilidad de acción pública que se deriva de esta idea. En efecto, según la parte pertinente del proyecto de artículo 40<sup>100</sup>, se entendía por «Estado lesionado»:

e) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado multilateral o de una norma de derecho internacional consuetudinario, cualquier otro Estado Parte en el tratado multilateral u obligado por la norma pertinente de derecho internacional consuetudinario, si consta que:

[...]

iii) el derecho ha sido creado o está reconocido para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

En el proyecto definitivo de artículos, aprobado por la Comisión en segunda lectura en 2001 y del que la Asamblea

<sup>93</sup> Véase Cohen-Jonathan, «Les droits de l'homme, une valeur internationalisée», pág. 159.

<sup>94</sup> *Ibid.*, pág. 160.

<sup>95</sup> Sudre, *op. cit.*; Meyer-Bisch, *op. cit.*, y Dupuy, *op. cit.*, pág. 226.

<sup>96</sup> Véase Alland, *op. cit.*, págs. 577 a 593; y Cohen-Jonathan, «Les droits de l'homme, une valeur internationalisée», págs. 160 y 161.

<sup>97</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 32, párrs. 33 y 34; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 104.

<sup>98</sup> Fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 134, párr. 267; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 210.

<sup>99</sup> Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, 1969, pág. 340. Sobre este aspecto de la labor del Instituto, véase Cohen-Jonathan, «La responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme», pág. 120.

<sup>100</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 68 y 69.

General «tomó nota» en su resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, la solución parece ser esencialmente la misma, aunque ya no se utilice la expresión «Estado lesionado» para esos supuestos y el texto del proyecto de artículos ya no contenga ninguna referencia explícita a los derechos humanos y las libertades fundamentales. En efecto, a tenor del párrafo 1 del artículo 48 de la versión de 2001, «[t]odo Estado que no sea un Estado lesionado» tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 de dicho artículo si:

a) 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; o

b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

A este respecto, cabe subrayar que, en relación con el apartado a, el comentario de ese artículo menciona como ejemplo el caso de «un sistema regional para la protección de los derechos humanos»<sup>101</sup>; mientras que, por lo que respecta al apartado b, el comentario hace referencia, en particular, al pasaje del fallo *Barcelona Traction* de la CIJ y cita como ejemplos de obligaciones *erga omnes* los «principios y normas relativos a los derechos fundamentales del ser humano, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial»<sup>102</sup>.

49. De las disposiciones que se acaban de mencionar se puede deducir que el incumplimiento por un Estado de sus obligaciones relativas a la protección de los derechos humanos puede entrañar la responsabilidad de ese Estado respecto de todos los demás Estados partes en el tratado en cuestión, cuando se trate de una obligación convencional, o respecto de todos los Estados cuando la obligación incumplida forme parte del derecho internacional general y exista con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

50. Esta obligación internacional general de respetar los derechos humanos es más importante aún en el caso de las personas que se encuentran en condición precaria debido a su situación jurídica, como ocurre con los extranjeros en vías de expulsión. Por ello, sobre la base de los elementos de la jurisprudencia internacional que se acaban de recordar y de la convergencia de la doctrina en la materia, ampliamente respaldados por los trabajos de los órganos de codificación con autoridad en la materia, se propone el siguiente proyecto de artículo:

**«Proyecto de artículo 8. Obligación general de respetar los derechos humanos de la persona en vías de expulsión**

**Toda persona expulsada o en vías de expulsión tendrá derecho a que se respeten sus derechos fundamentales y todos los demás derechos que vengan impuestos por su condición específica.»**

c) *Derechos de la persona en vías de expulsión especialmente protegidos*

51. Como ser humano, el extranjero que se encuentra en el territorio de un Estado goza de la protección de sus

<sup>101</sup> *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 135, párr. 7 del comentario.

<sup>102</sup> *Ibíd.*, pág. 136, párr. 9 del comentario.

derechos humanos. En su calidad de extranjero en vías de expulsión, goza, además de esta protección general, de la protección específica de algunos de esos derechos. Como proponía el Instituto de Derecho Internacional ya a finales del siglo XIX en el artículo 17 de su resolución aprobada en Ginebra el 9 de septiembre de 1892 sobre las Reglas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros, «la expulsión no es una pena y debe ejecutarse con todas las precauciones posibles, teniendo en cuenta la situación particular de la persona»<sup>103</sup>.

52. La protección especial de dichos derechos de la persona en vías de expulsión se materializa a través de los derechos del «núcleo duro», esos derechos intangibles de la persona expulsada que se derivan de los instrumentos jurídicos internacionales y que han sido confirmados por la jurisprudencia internacional. Se trata de los siguientes:

- El derecho a la vida;
- El derecho a la dignidad;
- El derecho a la integridad de la persona;
- La no discriminación;
- El derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes;
- El derecho a la vida familiar.

i) *El derecho a la vida*

53. El derecho a la vida, que, según el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, «es inherente a la persona humana», está proclamado, si bien con fórmulas que varían, en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto de carácter universal<sup>104</sup> como regional<sup>105</sup>.

54. ¿En qué consiste este derecho? La Declaración Universal de Derechos Humanos no ofrece ninguna pista al respecto y se contenta con afirmar lacónicamente en su artículo 3 que «[t]odo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona». La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se limita a reproducir *in extenso* esta fórmula en su artículo I.

55. En el Convenio Europeo de Derechos Humanos se proclama el derecho a la vida con un régimen detallado que ofrece información sobre su contenido. Según el artículo 2 de este Convenio:

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

<sup>103</sup> Instituto de Derecho Internacional, «Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers», pág. 222.

<sup>104</sup> Véase, en particular, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>105</sup> Véase el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; el artículo 2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y el artículo 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
- b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
- c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

56. Como puede comprobarse, esta concepción del derecho a la vida no excluye la pena de muerte como posible sanción para ciertas infracciones penales impuesta por un tribunal con arreglo a la ley. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adopta este enfoque mediante la fórmula que figura en la tercera frase del párrafo 1 de su artículo 6, según la cual «[n]adie podrá ser privado de la vida arbitrariamente». Lo que significa, según una formulación no negativa, que una persona puede ser privada de su vida, siempre que no sea de manera arbitraria. La fórmula del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos citada se reproduce al pie de la letra en los respectivos artículos 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

57. El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, modifica radicalmente el alcance de la norma en que se declara el derecho a la vida, al establecer en su artículo 1 que:

- 1. No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo.
- 2. Cada uno de los Estados Partes adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción.

En ese mismo sentido, el artículo 1 del Protocolo n.º 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte establece lo siguiente:

- 1. Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado.

De la estructura del artículo 2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea se desprende claramente que la prohibición de la pena de muerte y de su ejecución se concibe como el corolario del derecho a la vida. Así, después de recordar, en el párrafo 1, que «[t]oda persona tiene derecho a la vida», el párrafo 2 de dicho artículo establece que «[n]adie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado». Así pues, según este instrumento el derecho a la vida entraña la prohibición de la pena capital y de su ejecución.

58. No obstante, esta prohibición sigue topándose con la legislación contraria de varios países de fuera de Europa y no es, en modo alguno, una norma consuetudinaria universal a pesar de la moratoria del uso de la pena de muerte votada por la Asamblea General<sup>106</sup>. Es cierto que, durante

<sup>106</sup> Véase la resolución 62/149 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2007, en que la Asamblea «[e]xhorta a todos los Estados que todavía mantienen la pena de muerte a que», entre otras cosas, «c) Limiten progresivamente el uso de la pena de muerte y reduzcan el número de delitos por los que se puede imponer esa pena; d) Establezcan una moratoria de las ejecuciones, con miras a abolir la pena de

los diez años anteriores a la aprobación de dicha resolución, la Comisión de Derechos Humanos había aprobado en todos sus períodos de sesiones resoluciones en las que exhortaba «a los Estados que todavía mantienen la pena de muerte a [...] abolir completamente la pena de muerte y, entretanto, establecer una moratoria de las ejecuciones»<sup>107</sup>. Pero, en este caso, al igual que en la resolución de la propia Asamblea General, se trata simplemente de recomendaciones sin fuerza vinculante alguna y que no reflejan una *opinio juris communis* en la materia, ya que la resolución 62/149 no fue aprobada por unanimidad.

59. En el plano jurisprudencial, la cuestión de la expulsión, la extradición o la devolución de una persona a un Estado donde pelagra su derecho a la vida ha sido examinada tanto a nivel universal como regional.

60. En el plano universal, el Comité de Derechos Humanos examinó la cuestión en un caso bien conocido, *Charles Chitat Nq c. el Canadá* (1993)<sup>108</sup>, que, si bien se refería a un problema de extradición y no de expulsión, puede sin embargo aclarar la cuestión objeto de debate. El Sr. Nq estaba detenido por haber cometido asesinatos en serie. Se lo consideraba carente de escrúpulos y particularmente peligroso. Los Estados Unidos habían solicitado al Canadá su extradición debido a los homicidios que había cometido en su territorio. Se trataba, por tanto, de una extradición a un Estado en que el denunciante se exponía a la pena de muerte. Consciente de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permitía la pena de muerte (o, en todo caso, no la prohibía), el Canadá autorizó la extradición del Sr. Nq a los Estados Unidos. El Comité consideró que, si bien no había vulnerado el artículo 6 del Pacto, el Canadá había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 7 ya que, en ese caso concreto, la ejecución podía llevarse a cabo mediante asfixia por gas, que podía causar sufrimientos y agonía prolongados y no llevaba a la muerte lo más rápidamente posible. Así pues, en ese caso concreto se condenó el riesgo de sufrir un trato cruel.

61. No obstante, en 2003 el Comité de Derechos Humanos modificó su jurisprudencia en la materia en el caso *Judge c. el Canadá*, relativo a un hombre que había sido condenado a muerte en los Estados Unidos por asesinato pero que había huido al Canadá. El Sr. Judge se opuso a su extradición hacia los Estados Unidos invocando el riesgo que corría de ser ejecutado en ese país. El Comité modificó

muerte» (párr. 2). Además, la Asamblea «[e]xhorta a los Estados que han abolido la pena de muerte a que no la reintroduzcan» (párr. 3).

<sup>107</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Informe sobre el sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 3* (E/2005/23-E/CN.4/2005/135), pág. 260. La última resolución de dicha Comisión previa a la aprobación de la resolución de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2007, fue la de 20 de abril de 2005 (resolución 2005/59).

<sup>108</sup> Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/49/40), anexo IX, secc. CC, comunicación n.º 469/1991. Véase también *ibíd.*, *cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/48/40), anexo XII, secc. U, comunicación n.º 470/1991, *Joseph Kindler c. el Canadá* (1993), e *ibíd.*, *quinagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/50/40), anexo X, secc. M, comunicación n.º 539/1993, *Keith Cox c. el Canadá* (1995). Véanse también los comentarios de estos casos en *Revue universelle des droits de l'homme*, 1994, pág. 150; *ibíd.*, pág. 165, e *ibíd.*, 1995, pág. 13, respectivamente.

su jurisprudencia anterior y realizó una nueva interpretación del párrafo 1 del artículo 6 del Pacto. Tras un largo razonamiento, el Comité llegó a la siguiente conclusión:

Por estos motivos, el Comité considera que el Canadá, como Estado Parte que ha abolido la pena capital, independientemente de que aún no haya ratificado el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto destinado a abolir la pena de muerte, violó el derecho del autor a la vida a tenor del párrafo 1 del artículo 6 al expulsarlo a los Estados Unidos, donde está condenado a muerte, sin exigir garantías de que la condena no se ejecutaría. El Comité reconoce que no fue el Canadá quien impuso la pena de muerte al autor, pero al expulsarlo a un país donde estaba condenado a muerte, el Canadá aportó el eslabón decisivo a la cadena causal que haría posible la ejecución del autor<sup>109</sup>.

62. De esta decisión se desprende lo siguiente:

a) El Estado que ha abolido la pena de muerte no puede extraditar, expulsar o, de manera general, entregar a una persona condenada a muerte a un Estado en que existe esa pena, sin obtener antes garantías de que no se le impondrá dicha pena o que no se ejecutará;

b) Los Estados que aún no han abolido la pena de muerte y siguen imponiéndola en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no están sujetos a esta obligación, que solo se aplica a los Estados que la han abolido.

63. Por lo que respecta a la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos abordó esta cuestión por primera vez en la famosa causa *Soering c. Reino Unido*<sup>110</sup>, en la que el demandante, que había cometido un asesinato, se oponía a su extradición a los Estados Unidos, donde corría el riesgo de que se le impusiera la pena de muerte. Sostuvo que su extradición violaría el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos debido a las condiciones a que sería sometido, en particular su larga espera en el pabellón de los condenados a muerte antes de ser ejecutado. El problema no era, por tanto, el riesgo de ejecución que corría en caso de extradición (ya que la pena de muerte en sí no estaba prohibida por el Convenio), sino las circunstancias que rodeaban la ejecución de una condena a muerte en los Estados Unidos. Este cambio de perspectiva condujo al Tribunal a pronunciarse sobre la cuestión de si, en caso de extradición del demandante, habría un riesgo real de tortura o de tratos inhumanos o degradantes y, por tanto, una violación del artículo 3 del Convenio. Por consiguiente, la decisión del Tribunal se basó no tanto en la pena de muerte como en las condiciones en que podría aplicarse esa pena.

64. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recibido, en épocas recientes, diversas denuncias presentadas contra Estados miembros de la OEA, bien por violación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bien por violación de las disposiciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Así, en el caso *Hugo*

*Armendáriz c. Estados Unidos*<sup>111</sup>, el peticionario sostuvo que su expulsión de los Estados Unidos a México había vulnerado varias disposiciones de esa Declaración, en particular el artículo 1 que establece el derecho a la vida. En el caso *Marino López y otros (Operación Génesis) c. Colombia*<sup>112</sup>, los peticionarios también invocaron, entre otras cosas, la violación del párrafo 1 del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en que se establece el mismo derecho. La Comisión Interamericana declaró la admisibilidad de ambas peticiones, pero no entró a examinar el fondo.

65. En cambio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la obligación de proteger la vida e integridad de las personas afectadas por la expulsión en el caso *Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*. En su resolución de 2 de febrero de 2006, dictada en ese caso, la Corte, vistas su resolución de 18 de agosto de 2000 en que requería a la República Dominicana que adoptara cuantas medidas fueran necesarias «para proteger la vida e integridad personal» de Benito Tide Méndez, Antonio Sension, Andrea Alezy, Janty Fils-Aime y William Medina Ferreras, así como del sacerdote Pedro Ruquoy y de Solange Pierre; su resolución de 12 de noviembre de 2000 mediante la cual ratificó la resolución del Presidente de la Corte de 14 de septiembre de 2000 por la que éste había requerido a ese mismo país que adoptara cuantas medidas fueran «necesarias para proteger la vida e integridad personal» de Rafaelito Pérez Charles y Berson Gelim; y la resolución de la Corte de 26 de mayo de 2001 en la que recordó las dos resoluciones precedentes<sup>113</sup>, resolvió:

1. Ratificar la Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de octubre de 2005, en la cual se ordenó que el Estado ampliara e implementara las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad personal de los cuatro hijos de la señora Solain Pie o Solain Pierre o Solange Pierre.

2. Reiterar lo señalado en las Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000, 12 de noviembre de 2000 y 26 de mayo de 2001, en el sentido de que el Estado debe mantener las medidas que hubiese adoptado y disponga de forma inmediata las que sean necesarias para proteger eficazmente la vida y la integridad personal de los señores Benito Tide Méndez, Antonio Sension, Janty Fils-Aime, William Medina Ferreras, Rafaelito Pérez Charles, Berson Gelim, el sacerdote Pedro Ruquoy y las señoras Andrea Alezy y Solain Pie o Solain Pierre o Solange Pierre.

3. Requerir al Estado que brinde las debidas condiciones para que la señora Solain Pie o Solain Pierre o Solange Pierre y sus cuatro hijos regresen a su hogar en la República Dominicana y que, tan pronto eso ocurra, adopte cuantas medidas sean necesarias para proteger su vida e integridad personal<sup>114</sup>.

66. Del análisis que precede cabe extraer las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar, el derecho a la vida de todo ser humano es un derecho inherente, consagrado formalmente en las normas internacionales de derechos humanos. Como tal, se aplica a las personas en situación precaria

<sup>109</sup> Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones Suplemento n.º 40 (A/58/40)*, anexo VI, secc. G, comunicación n.º 829/1998, dictamen aprobado el 5 de agosto de 2003, párr. 10.6.

<sup>110</sup> Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Soering*, sentencia de 7 de julio de 1989, demanda n.º 14038/88, *série A n.º 161*.

<sup>111</sup> Informe n.º 57/06, petición 526-03, admisibilidad, 20 de julio de 2006, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.127 doc. 4, párr. 2.

<sup>112</sup> Informe n.º 86/06, petición 499-04, admisibilidad, 21 de octubre de 2006, *ibíd.*, párr. 2.

<sup>113</sup> Resolución de 2 de febrero de 2006, párrs. 1 a 3.

<sup>114</sup> *Ibíd.*, parte dispositiva.

como los extranjeros en vías de extradición, expulsión o devolución. A este respecto, también puede entenderse como una obligación del Estado que expulsa de proteger la vida de las personas en cuestión, tanto en el país de acogida como en el Estado de destino, según la situación que impere en este. Ese es el espíritu del párrafo 8 del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece importantes restricciones a la expulsión y transforma el derecho a la vida del extranjero en una obligación del Estado que expulsa de garantizar la protección de ese derecho. Según esta disposición:

En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

El párrafo 1 del artículo 33 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados contiene una disposición muy parecida.

b) En segundo lugar, el derecho a la vida no entraña necesariamente la prohibición de la pena de muerte y de las ejecuciones. Es cierto que, a la luz del derecho convencional y jurisprudencial regional de Europa, parece que deben considerarse prohibidas las extradiciones (o expulsiones) de personas a un Estado en que puedan ser condenadas a muerte. Pero no se puede generalizar esta regla, ya que no se trata de una norma consuetudinaria.

c) En tercer lugar, los Estados que han abolido la pena de muerte no pueden extraditar o expulsar a una persona condenada a muerte a un país sin obtener antes garantías de que no se le aplicará la pena capital; sin embargo, esta obligación solo es aplicable a los Estados que han abolido la pena capital.

67. En consecuencia, se propone el siguiente proyecto de artículo:

**«Proyecto de artículo 9. Obligación de proteger el derecho a la vida de la persona en vías de expulsión»**

**1. El Estado que expulsa protegerá el derecho a la vida de la persona en vías de expulsión.**

**2. El Estado que haya abolido la pena de muerte no podrá expulsar a una persona condenada a muerte a un Estado en que esa persona corra el riesgo de ser ejecutada sin obtener antes garantías de que no se ejecutará la pena capital.»**

ii) *El derecho a la dignidad*

68. El concepto de dignidad humana ha despertado mucho interés en la doctrina jurídica reciente<sup>115</sup>. En el

<sup>115</sup> Véase, en particular, Mathieu, «La dignité de la personne humaine, quel droit? quel titulaire?», págs. 282 y ss.; Saint-James, «Réflexions sur la dignité humaine en tant que concept juridique du droit français», págs. 61 y ss.; Edelman, «La dignité de la personne humaine, un concept nouveau», págs. 185 y ss.; Richer, «Les droits fondamentaux: une nouvelle catégorie juridique?», págs. 1 y ss.; Champpeil-Desplats, «La notion de 'droit fondamental' et le droit constitutionnel français», págs. 323 y ss.; Pavia, «Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental», págs. 6 y ss.; Marcoux, «Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne»; y Tchakoua, *op. cit.*, págs. 11 y ss.

derecho interno, en particular, ha habido divisiones en la doctrina sobre la cuestión de su juridificación: algunos autores consideran peligroso, incluso imposible, convertirlo en un concepto jurídico<sup>116</sup>; otros, por el contrario, estiman que la dignidad ya tiene estatuto jurídico y es el fundamento de un derecho nuevo<sup>117</sup>. No cabe duda, sin embargo, de que la dignidad es un concepto de derecho positivo en varios ordenamientos jurídicos nacionales<sup>118</sup>.

69. En el plano internacional, cabe observar que la aparición y evolución de los conceptos de dignidad humana y de derechos fundamentales han sido simultáneas. En esta evolución, la dignidad aparece a la vez como justificación y como principio primigenio que sirve de base a otros derechos. El principio del respeto de la dignidad humana, cimiento ético-filosófico de los derechos fundamentales, es la base de todos los demás derechos del ser humano. La Carta de las Naciones Unidas fue el primer instrumento en hacer referencia a estos dos conceptos al manifestar, ya en el segundo párrafo de su preámbulo, la resolución de los «pueblos de las Naciones Unidas» a «reafirmar [su] fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres». A semejanza de la Carta, la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia, en el primer párrafo de su preámbulo, que «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana».

70. Puede decirse que, a pesar de la rotundidad con que se enunciaba, hasta entonces solo se hacía referencia a la dignidad humana en los preámbulos, sin que sea necesario entrar ahora en el debate sobre el valor del preámbulo de un texto jurídico<sup>119</sup>. El concepto se formula con más firmeza en la parte sustancial de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, cuyo artículo 5 establece que «todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su personalidad jurídica». Más recientemente, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea aprobada en 2000 recoge este

<sup>116</sup> Véase, en particular, Théron, «Dignité et liberté. Propos sur une jurisprudence contestable», págs. 295 y ss.; Le Pourhiet, «Le Conseil constitutionnel et l'éthique bio-médicale», págs. 213 y ss., y Neirinck, «La dignité humaine ou le mauvais usage d'une notion philosophique».

<sup>117</sup> Véase, en particular, Edelman, *loc. cit.*, y Mathieu, *loc. cit.*

<sup>118</sup> Las referencias a la dignidad son cada vez más numerosas, tanto en los textos normativos como en las decisiones judiciales. Por lo que respecta a los textos normativos, cabe mencionar, por ejemplo en Francia, el Código Penal (cuyo capítulo V, título III, lleva por título «Los menoscabos de la dignidad»), el Código de deontología médica o la Ley sobre bioética incorporada al Código Civil y, en el Camerún, el preámbulo de la Constitución, que incorpora al derecho interno los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en que es parte el país (véase, a este respecto, el artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos). Por lo que respecta a las decisiones de los tribunales, cabe citar en particular, en Francia, las decisiones del Consejo Constitucional de 27 de julio de 1994 y 25 de enero de 1995 (*Recueil*, 1994 y 1995), la del Consejo de Estado de 25 de octubre de 1995 (*Recueil*, 1995) y la del Tribunal de Apelaciones de París de 28 de mayo de 1996 (*Dalloz, Jurisprudence*, 1996, págs. 617 y ss., nota, B. Edelman). En relación con el proceso de aparición de la dignidad como un derecho nuevo y la confusión que ha provocado en la doctrina francesa, véase Tchakoua, *op. cit.*, págs. 12 a 26.

<sup>119</sup> Sobre esta cuestión, véase en particular Cot y Pellet, *loc. cit.*, págs. 287 a 312; y Van Boven, *loc. cit.*, págs. 125 a 134.



concepto. El artículo 1 («Dignidad humana»), establece lo siguiente: «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida».

71. La jurisprudencia internacional ha confirmado el carácter positivo del concepto de dignidad humana en el derecho internacional de los derechos humanos y, además, ha proporcionado elementos de su contenido. El fallo de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Furundžija* reviste especial interés a este respecto. En efecto, la Sala:

estima que la penetración oral a la fuerza con el órgano sexual masculino es un *menoscabo de la dignidad humana especialmente humillante y degradante*<sup>120</sup>. La esencia de las normas del derecho internacional humanitario y de las normas de derechos humanos es la protección de la dignidad de la persona, ya sea de sexo masculino o femenino. El principio general del respeto de la dignidad humana es la base del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos y es, de hecho, su razón de ser: en la actualidad ha alcanzado tal importancia que impregna el derecho internacional en su conjunto. La finalidad de este principio es proteger al ser humano de todo menoscabo de su dignidad personal, con independencia de que resulte de violencia física, humillaciones o ataques contra el honor, la autoestima o la salud mental de una persona. Es plenamente coherente con este principio que un acto de violencia sexual tan grave como la penetración oral a la fuerza se califique de violación<sup>120</sup>.

72. La dignidad, valor cardinal de la axiología humana, no tiene precio; encarna un ideal de absoluto que se refleja fielmente en el concepto de intangibilidad que caracteriza a los derechos fundamentales o al «núcleo duro» de derechos humanos. Se trata, pues, al margen del derecho a la vida, que es un derecho primordial, de un derecho fundamental del que son titulares todos los seres humanos, que reviste especial importancia para las personas en vías de expulsión, debido a los riesgos de abusos que corren los extranjeros, en particular los que se encuentran en situación irregular en el Estado que los expulsa. Por ello, procede reformular este derecho en términos específicos que se ajusten a la condición del extranjero en vías de expulsión. El proyecto de artículo que figura a continuación se inspira en el artículo 1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; la primera frase de ese artículo se reproduce *in extenso* en el párrafo 1 del proyecto, y la segunda frase se incluye en un párrafo 2 completado con miras a reforzar la protección de la persona expulsada o en vías de serlo.

**«Proyecto de artículo 10. Obligación de respetar la dignidad de la persona en vías de expulsión»**

**1. La dignidad humana es inviolable.**

**2. La dignidad de una persona en vías de expulsión será respetada y protegida en cualquier circunstancia, con independencia de que la persona se encuentre en situación legal o ilegal en el Estado que la expulsa.»**

iii) *Prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*

73. Esta prohibición está ampliamente consagrada a nivel convencional. Así, según el artículo 5 de la

Declaración Universal de Derechos Humanos, «[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes». Esta disposición se plasma en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>121</sup>, en la primera frase del párrafo 2 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la primera frase del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante, la Convención contra la Tortura) reproduce esta disposición en el párrafo cuarto de su preámbulo, con arreglo al cual los Estados partes declaran tener en cuenta el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, antes citados. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos contiene esta misma norma, pero con una formulación en la que se vincula a otras categorías de menoscabos de la dignidad humana prohibidos. En efecto, en virtud de la segunda frase de su artículo 5:

[q]uedan prohibidas todas las formas de explotación y degradación del hombre, en particular la esclavitud, la trata de personas, la tortura física o psicológica y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>122</sup>.

74. El enunciado general de la norma no permite determinar con precisión su contenido. La jurisprudencia internacional es de gran ayuda a este respecto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular, ha elaborado una jurisprudencia amplia y bien asentada en la materia<sup>123</sup>. Según esta jurisprudencia constante y uniforme, el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos entraña la obligación de no expulsar a una persona a un país en el que corra el riesgo de ser sometida a torturas o tratos inhumanos o degradantes<sup>124</sup>.

75. De esta interpretación extensiva y teleológica de las obligaciones que incumben a los Estados partes en este Convenio se desprende que el artículo 3 no se limita a prohibir que los Estados contratantes inflijan torturas u otros tratos inhumanos o degradantes, sino que también impone a esos Estados la obligación correlativa de no colocar a una persona que se encuentre bajo su jurisdicción en una situación en que pueda ser víctima de una violación de esa índole, incluso cometida por un

<sup>121</sup> «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.»

<sup>122</sup> En ese mismo sentido, la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven establece, en su artículo 6, que «[n]ingún extranjero será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes».

<sup>123</sup> También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha declarado admisibles varias denuncias contra Estados miembros de la OEA por malos tratos (violación del artículo 5 del Pacto de San José de Costa Rica), pero sin entrar a examinar el fondo: véanse los casos *Sebastián Echaniz Alcorta y Juan Víctor Galarza Mendiola c. Venezuela*, informe n.º 37/06, petición 562-03, 15 de marzo de 2006, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, pág. 650, OEA/Ser.L/V/II.127, doc. 4, párr. 2; *Jesús Tranquilino Vélez Loo c. Panamá*, informe n.º 95/06, petición 92-04, 23 de octubre de 2006, *ibíd.*, pág. 597, OEA/Ser.L/V/II.127 doc. 4, párr. 1; *Hugo Armendáriz c. Estados Unidos y Marino López y otros c. Colombia* (notas 111 y 112 *supra*).

<sup>124</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Chahal c. Royaume-Uni*, sentencia de 15 de noviembre de 1996, *Recueil des arrêts et décisions 1996-V*, n.º 22, párrs. 73 y 74.

<sup>120</sup> Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *Le Procureur c. Anto Furundžija* (caso n.º IT-95-17/1), Sala de Primera Instancia, fallo, 10 de diciembre de 1998, *Recueils judiciaires 1998*, párr. 183.

Estado tercero<sup>125</sup>. Según la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Kirkwood c. Royaume-Uni*, esta interpretación,

se basa en el tenor, muy amplio, del artículo 3 del Convenio y en la obligación que dicho artículo, en relación con el artículo 1, impone a las Partes contratantes del Convenio de proteger «a toda persona dependiente de su jurisdicción» del riesgo real de sufrir tratos de esa índole, habida cuenta de su carácter irremediable<sup>126</sup>.

76. La doctrina ha sistematizado el razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mediante la teoría de la «protección indirecta»<sup>127</sup>, según la cual es posible invocar «derechos derivados del Convenio que este no garantiza como tales pero que se benefician de su protección indirecta a través de otro derecho garantizado»<sup>128</sup>. La prohibición de no entregar a un extranjero a sus verdugos o a un país en que corre el riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes es una obligación implícita que se deriva de la propia naturaleza del derecho protegido.

77. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo oportunidad de precisar su razonamiento en el caso *Soering*<sup>129</sup>. Su razonamiento parece basarse en tres directrices, a saber:

a) La intrascendencia de la responsabilidad internacional del Estado tercero, pues no se trata de una aplicación extraterritorial del artículo 3 con miras a que un Estado tercero respete las disposiciones de un tratado en que no es necesariamente parte;

b) La primacía del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre las demás obligaciones convencionales de los Estados partes;

c) La obligación implícita que figura en el artículo 3 de oponerse a la extradición o expulsión de una persona que corra el riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes.

78. Cerca de 20 años más tarde, las controversias sobre el razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Soering* no parecen haberse agotado<sup>130</sup>. Sin

<sup>125</sup> Véase Chetail, «Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: Bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitement inhumains ou dégradants», pág. 161.

<sup>126</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, demanda n.º 10479/83, *Kirkwood c. Royaume-Uni*, decisión de 12 de marzo de 1984, *Décisions et rapports*, vol. 37 (julio de 1984), págs. 215 y 216. Para comentarios sobre los motivos de esta interpretación, véase Chetail, *loc. cit.*, págs. 161 y 162.

<sup>127</sup> Sudre, «La notion de 'peines et traitements inhumains ou dégradants' dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme», págs. 866 a 868; véase también Cohen-Jonathan, *op. cit.*, págs. 84 y 304.

<sup>128</sup> Sudre, «Extradition et peine de mort: arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989», pág. 108.

<sup>129</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Soering c. Royaume-Uni*, sentencia de 7 de julio de 1989, *Décisions et rapports*, pág. 33, párr. 86.

<sup>130</sup> Además de las referencias ya citadas, véase también Van Den Wyngaert, «Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?»; Warbrick, «Coherence and the European Court of Human Rights: the Adjudicative Background to the *Soering* Case»; Breitenmoser y Wilms, «Human Rights v. Extradition: The *Soering* Case»; Richard, «The *Soering* Case»; Van der Wilt, «Après *Soering*: the Relationship between Extradition and Human Rights in the

embargo, no cabe duda de que, incluso ciñéndose estrictamente al plano convencional, del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se desprende una norma de carácter absoluto en la medida en que, según el párrafo 2 del artículo 15 de dicho Convenio, las Partes contratantes no pueden tomar medidas que deroguen la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, ni siquiera en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación. Este es, por otra parte, el motivo que con más frecuencia invoca la doctrina para justificar la aplicabilidad del artículo 3 a las medidas de expulsión (en el sentido general con que se emplea aquí) de los extranjeros. Desde el punto de vista de la responsabilidad internacional, el Estado que expulsa se convertiría en cómplice de los actos del Estado de destino porque, con la expulsión, le habría permitido cometer el hecho ilícito.

79. Procede, a continuación, examinar más a fondo los distintos actos o hechos-conceptos prohibidos por la norma. Pero antes, conviene precisar que, si bien el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíbe, como se ha visto, la «tortura» y las «penas o tratos inhumanos o degradantes», el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos añade un calificativo más al segundo conjunto de comportamientos prohibidos, ya que habla de «penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes»; esta fórmula del artículo 7 del Pacto ha sido reproducida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5, párr. 2) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 5). En consecuencia, esta será la fórmula que se utilizará a efectos del presente informe.

#### a. Tortura

80. Se considera que la tortura es el acto más grave dentro de la jerarquía de los actos de menoscabo de la integridad física del ser humano<sup>131</sup>.

81. A tenor del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención contra la Tortura:

se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas.

82. Como señaló la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Furundžija*<sup>132</sup>, esta definición jurídica de tortura se basa en cuatro elementos esenciales:

a) Un elemento material o físico: el hecho de infligir, mediante un acto o una omisión, dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales;

Legal Practice of Germany, the Netherlands and the United States», y Zühlke y Pastille, «Extradition and the European Convention – *Soering* Revisited»; véase también Chetail, *loc. cit.*, pág. 165.

<sup>131</sup> Véase Kolb, «La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitement inhumains ou dégradants», pág. 225.

<sup>132</sup> Caso *Furundžija* (nota 120 *supra*), párr. 162.

b) Un elemento psicológico: el acto o la omisión debe ser intencional;

c) Una finalidad: la tortura debe infligirse con el fin de obtener información o una confesión, de castigar, intimidar, humillar o coaccionar a la víctima o a una tercera persona o de discriminarlas por cualquier razón;

d) Un elemento instrumental o de medio: al menos una de las personas que participe en las torturas debe ser un funcionario público o, en todo caso, actuar no a título particular sino, por ejemplo, como órgano *de facto* de un Estado o de cualquier otra entidad dotada de autoridad.

83. A la luz de estos elementos, no cabe duda de que una persona expulsada o en vías de expulsión puede ser víctima de actos de tortura, ya sea en el Estado que la expulsa o en el Estado de destino. Por otra parte, el Comité contra la Tortura establecido por la Convención contra la Tortura, que no empezó a desempeñar sus funciones hasta 1991, ha recibido varios cientos de comunicaciones individuales que se refieren, casi en su totalidad, a casos de expulsión o extradición de una persona a un Estado donde corre el riesgo de ser sometida a torturas o malos tratos<sup>133</sup>. Las soluciones adoptadas por el Comité en estos casos son sustancialmente idénticas y más bien repetitivas<sup>134</sup>. Bastará, por tanto, mencionar algunos casos a título de ejemplo<sup>135</sup>.

84. En el caso *Mutombo c. Suiza* (1994), el denunciante se afilió clandestinamente en su país a un partido político, la Unión para la Democracia y el Progreso Social del Zaire. Poco tiempo después, en 1989, fue detenido y recluido en una celda de 1 m<sup>2</sup> durante cuatro días. Se le aplicaron descargas eléctricas, fue golpeado con un rifle y golpeado en los testículos hasta que perdió el conocimiento. Durante su cautiverio no recibió ninguna atención médica por una herida en la cabeza provocada por las torturas sufridas. Tras su liberación, en 1990, huyó a Suiza. A pesar de los certificados médicos que acreditaban las secuelas de los presuntos malos tratos recibidos (en este caso, los actos de tortura), Suiza dictó una orden de expulsión.

85. En contra de esta decisión se invocó la violación del artículo 3 de la Convención contra la Tortura, a tenor del cual:

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

<sup>133</sup> Véase Kolb, *loc. cit.*, págs. 261 y 266.

<sup>134</sup> En relación con la actividad de este Comité, véase en particular Ingelse, *The United Nations Committee Against Torture. An Assessment*; Holmström, *Conclusions and Recommendations of the United Nations Committee Against Torture: Eleventh to Twenty-Second Session (1993-1999)*; véase también Dormenval, «United Nations Committee Against Torture: Practice and Perspectives», págs. 26 y ss.; y Nowak, «The Implementation Functions of the United Nations Committee against Torture», págs. 493 y ss.

<sup>135</sup> Kolb hace un resumen de esos casos en su estudio antes citado (*loc. cit.*, en esp. págs. 268 a 273), en el que se inspira la presente exposición.

86. El Comité contra la Tortura, tras señalar que debía determinar si había razones fundadas para creer que el Sr. Mutombo corría peligro de ser sometido a tortura, declaró lo siguiente:

Ahora bien, esta reflexión tiene por objeto determinar si el interesado podría personalmente ser sometido a tortura en el país al que fuera devuelto. De ello se sigue que la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos no constituye motivo suficiente en sí para afirmar que una persona puede ser sometida a tortura al regresar a ese país; deben existir motivos suplementarios para pensar que el interesado estaría personalmente en peligro. Igualmente, la inexistencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos no significa que no pueda considerarse que una persona corre el riesgo de ser sometida a tortura en su caso particular<sup>136</sup>.

87. Según el Comité contra la Tortura, no cabía duda de que en ese caso concreto había razones fundadas para creer que el denunciante corría peligro de ser sometido a tortura en su país de origen. Había numerosos factores que respaldaban esa conclusión: sus orígenes étnicos, su afiliación política, la historia de su detención, su desertión del ejército para huir del país, así como los argumentos que había invocado en su solicitud de asilo, que podían considerarse difamatorios para el Zaire, a lo que había que añadir la situación de violaciones manifiestas de los derechos humanos que existía en ese país<sup>137</sup>.

88. En el caso *Alan c. Suiza* (1996) se aplicaron los mismos criterios. El denunciante era simpatizante de una organización kurda ilegal de orientación marxista-leninista. Fue detenido en Turquía en 1983 y afirmó haber sido brutalmente torturado con descargas eléctricas durante 36 días. Tras ser detenido nuevamente en varias ocasiones en 1988 y 1989, huyó a Suiza. A pesar de un informe médico que confirmaba que algunas cicatrices de su cuerpo podían haber sido causadas por las torturas descritas, Suiza decidió expulsarlo<sup>138</sup>. El Comité contra la Tortura declaró lo siguiente:

En el caso considerado, el Comité estima que el origen étnico del autor, sus presuntas afiliaciones políticas, la historia de su detención y su exilio interno son factores que deben tenerse en cuenta al determinar si correría peligro de ser sometido a tortura después de regresar; el Estado parte ha señalado contradicciones e incoherencias en la historia del autor, pero el Comité considera que normalmente no es posible esperar una precisión completa por parte de víctimas de la tortura y que las incoherencias que puedan existir en la presentación de los hechos por el autor no son fundamentales y no permiten abrigar dudas sobre la veracidad general de las afirmaciones del autor<sup>139</sup>.

89. Asimismo, tras recordar diversos actos de malos tratos invocados por el Sr. Alan, el Comité contra la Tortura afirmó que, en esas circunstancias, «considera que el autor ha demostrado de modo suficiente que corre el riesgo personal de ser sometido a tortura si se le obliga a regresar a Turquía»<sup>140</sup>. El Comité «llega a la conclusión de que la expulsión del autor o su regreso a Turquía en las

<sup>136</sup> Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/49/44)*, anexo V, secc. B, *Mutombo c. Suiza*, comunicación n.º 13/1993, párr. 9.3.

<sup>137</sup> *Ibid.*, párr. 9.4.

<sup>138</sup> *Ibid.*, *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/51/44)*, anexo V, secc. A, *Alan c. Suiza*, comunicación n.º 21/1995, párrs. 11.2 a 11.6.

<sup>139</sup> *Ibid.*, párr. 11.3.

<sup>140</sup> *Ibid.*, párr. 11.4.

actuales circunstancias constituiría una violación del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes»<sup>141</sup>.

90. En el caso *Amei c. Suiza* (1997), el Comité contra la Tortura adoptó una línea jurisprudencial que sería confirmada posteriormente por los tribunales nacionales. El Comité afirmó el carácter de *jus cogens* de la norma establecida en el artículo 3. En efecto, el Comité:

recuerda que la protección que ofrece el artículo 3 de la Convención es absoluta. Cada vez que hay razones fundadas para creer que una persona corre el peligro de ser sometida a torturas si se le expulsa a otro Estado, el Estado Parte está obligado a no devolver al interesado a ese otro Estado. La naturaleza de las actividades a que se haya dedicado el interesado no es una consideración pertinente para adoptar una decisión de conformidad con el artículo 3 de la Convención<sup>142</sup>.

91. Esta jurisprudencia inequívoca de los órganos de control no judiciales está bien asentada, con abundantes decisiones de los órganos judiciales que respaldan esa posición constante<sup>143</sup>.

92. Se comenzará por la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. Este Tribunal se pronunció por primera vez sobre la cuestión de la tortura en la causa *Delalić (Čelebići)* (1998). Si bien la Sala de Primera Instancia del Tribunal se remitió a la definición de tortura que figuraba en la Convención contra la Tortura<sup>144</sup>, su decisión reviste especial interés porque afirmó que la prohibición de la tortura era de naturaleza consuetudinaria y se aplicaba tanto en tiempo de paz como en períodos

de conflicto armado, ya fuera interno o internacional<sup>145</sup>. La Sala confirmó este enfoque unos meses más tarde en el caso *Furundžija*<sup>146</sup>, tras recordar claramente las reglas aplicables a esa norma:

En primer lugar, habida cuenta de la importancia que la comunidad internacional otorga a la protección de las personas contra la tortura, la prohibición de esta práctica es especialmente rigurosa y amplia. Los Estados no solo están obligados a prohibir y castigar el recurso a la tortura, sino también a prevenirla. No basta con intervenir *a posteriori*, cuando se haya menoscabado de manera irremediable la integridad física y psicológica de seres humanos. Los Estados están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para evitar el recurso a la tortura. Como señaló con gran autoridad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Soering*, el derecho internacional no solo pretende prohibir los menoscabos efectivos, sino también los potenciales (al igual que cualquier posible trato inhumano y degradante). De ello se desprende que las normas internacionales no solo prohíben la tortura, sino que también condenan: i) el hecho de no adoptar las medidas necesarias a nivel nacional para que la prohibición sea efectiva, y ii) el hecho de mantener en vigor o aprobar leyes contrarias a la prohibición<sup>147</sup>.

93. Esta decisión de la Sala de Primera Instancia fue confirmada por la Cámara de Apelaciones, que

considera inconcebible que se pueda sostener que, una vez demostrados, los actos imputados en el párrafo 25 del escrito de acusación revisado (a saber, el hecho de frotar un cuchillo contra los muslos y el vientre de una mujer mientras se la amenaza con introducir el cuchillo en su vagina) no eran lo suficientemente graves para constituir actos de tortura<sup>148</sup>.

94. La norma relativa a la prohibición de la tortura tiene una consecuencia jurídica particular en relación con la responsabilidad del Estado. Según la Sala de Primera Instancia:

Por regla general, el mantenimiento en vigor o la aprobación de leyes internas contrarias a las normas internacionales solo entraña la responsabilidad del Estado en cuestión y, por tanto, el derecho de cesación y reparación (en sentido amplio) cuando esas leyes se aplican efectivamente. En cambio, en el caso de la tortura, el simple hecho de mantener en vigor o aprobar una ley contraria a la prohibición internacional de la tortura entraña la responsabilidad internacional del Estado. El valor de la abolición de la tortura es de tal magnitud que resulta imprescindible prohibir toda ley nacional que autorice o tolere esta práctica o, en cualquier caso, que pueda tener ese efecto<sup>149</sup>.

95. Por otro lado, siguiendo el razonamiento de la causa *Delalić*, la misma Sala afirma lo siguiente:

151. Asimismo, la prohibición de la tortura impone a los Estados obligaciones *erga omnes*, es decir, obligaciones con relación a todos los demás miembros de la comunidad internacional, cada uno de los cuales tiene un derecho correlativo. Además, el incumplimiento de esas obligaciones vulnera el derecho correlativo de todos los miembros de la comunidad internacional y, al mismo tiempo, autoriza a cada uno de ellos a exigir que el Estado en cuestión cumpla su obligación o, cuando menos, ponga fin a su incumplimiento o no reincida.

152. Si existen órganos internacionales encargados de vigilar de manera imparcial la aplicación de las disposiciones de los tratados contra la tortura, estos tienen prioridad sobre los distintos Estados a la hora de determinar si cierto Estado ha adoptado todas las medidas necesarias para prevenir o castigar el recurso a la tortura y, en caso contrario, exhortarlo a que cumpla sus obligaciones internacionales. Esos órganos permiten velar por el respeto del derecho internacional de manera neutral e imparcial.

<sup>145</sup> *Delalić (Čelebići)*, fallo de 16 de noviembre de 1998, *Recueil judiciaire* 1998, vol. 2, párrs. 446 y 454.

<sup>146</sup> Caso *Furundžija* (nota 120 *supra*), párr. 155.

<sup>147</sup> *Ibid.*, párr. 148.

<sup>148</sup> *Furundžija*, fallo de la Cámara de Apelaciones de 21 de julio de 2000, párr. 114.

<sup>149</sup> *Furundžija* (nota 120 *supra*), párr. 150.

<sup>141</sup> *Ibid.*, párr. 11.6.

<sup>142</sup> *Ibid.*, *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/52/44), anexo V, secc. B.2, *Amei c. Suiza*, comunicación n.º 34/1995, párr. 9.8.

<sup>143</sup> *Ibid.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/55/44), A.D. c. *los Países Bajos*, comunicación n.º 96/1997; G.T. c. *Suiza*, *ibid.*, comunicación n.º 137/1999; H.A.D. c. *Suiza*, *ibid.*, comunicación n.º 126/1999; J. A. Arana c. *Francia*, *ibid.*, comunicación n.º 63/1997; K.M. c. *Suiza*, *ibid.*, comunicación n.º 107/1998; K.T. c. *Suiza*, *ibid.*, comunicación n.º 118/1998; S.C. c. *Dinamarca*, *ibid.*, comunicación n.º 143/1999; T.P.S. c. *el Canadá*, *ibid.*, comunicación n.º 99/1997; V.X.N. y H.N. c. *Suecia*, *ibid.*, comunicaciones n.ºs 130 y 131/1999; A.L.N. c. *Suiza*, *ibid.*, *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/53/44), comunicación n.º 90/1997; E.A.C. c. *Suiza*, *ibid.*, comunicación n.º 28/1995; I.A.O. c. *Suecia*, *ibid.*, comunicación n.º 65/1997; K.N.C. c. *Suiza*, *ibid.*, comunicación n.º 94/1997; P.Q.L. c. *el Canadá*, *ibid.*, comunicación n.º 57/1996; X., Y. y Z. c. *Suecia*, *ibid.*, comunicación n.º 61/1996; C.R. Núñez Chipana c. *Venezuela*, *ibid.*, *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/54/44), comunicación n.º 110/1998; H.D. c. *Suiza*, *ibid.*, comunicación n.º 112/1998; J.U.A. c. *Suiza* (1), *ibid.*, comunicación n.º 100/1997; M.B.B. c. *Suecia* (2), *ibid.*, comunicación n.º 104/1998; N.P. c. *Australia*, *ibid.*, comunicación n.º 106/1998; S.M.R. y M.M.R. c. *Suecia*, *ibid.*, comunicación n.º 103/1998; X. c. *los Países Bajos*, *ibid.*, *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/51/44), comunicación n.º 36/1995; X. c. *Suiza*, *ibid.*, *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 44* (A/52/44), comunicación n.º 27/1995; X. c. *Suiza*, *ibid.*, comunicación n.º 38/1995.

<sup>144</sup> La Sala del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia modificó su jurisprudencia relativa a la definición de la tortura en la causa *Kunarac, Kovac et Vukovic*: «Vistos los instrumentos internacionales y la jurisprudencia analizados hasta este momento, la Sala de Primera Instancia estima que no puede considerarse que la definición de tortura que figura en la Convención contra la Tortura sea la definición de tortura con arreglo al derecho internacional consuetudinario, que es vinculante con independencia del contexto. [...] Por consiguiente, la Sala de Primera Instancia estima que la definición de tortura que figura en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura solo tiene carácter orientativo» (*Kunarac, Kovac et Vukovic*, asunto IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, párr. 482; véase también el párrafo 496).

153. Si bien la naturaleza *erga omnes* que se acaba de mencionar pertenece al ámbito de la coerción internacional (en sentido amplio), la otra característica fundamental del principio de prohibición de la tortura atañe a la jerarquía de las normas en el ordenamiento jurídico internacional. Debido a la importancia de los valores que protege, este principio se ha convertido en una norma imperativa o *jus cogens*, es decir, una norma que, dentro de la jerarquía internacional, disfruta de un rango más elevado que el derecho convencional e incluso que las normas del derecho consuetudinario «ordinario». La consecuencia más notable de ello es que los Estados no pueden introducir excepciones a ese principio a través de tratados internacionales, costumbres locales o especiales o incluso normas consuetudinarias generales que no tengan el mismo valor normativo.

154. El valor de *jus cogens* de la prohibición de la tortura refleja claramente la idea de que esta se ha convertido en una de las normas más fundamentales de la comunidad internacional. Además, esta prohibición está concebida para tener efectos disuasorios, en el sentido de que recuerda a todos los miembros de la comunidad internacional y a las personas bajo su autoridad que se trata de un valor absoluto que nadie puede conculcar<sup>150</sup>.

96. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se adhirió a esta postura según la cual la prohibición de la tortura es una norma imperativa en la causa *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, donde señaló que, «según varias decisiones judiciales, la prohibición de la tortura ya tiene valor de norma imperativa, es decir, de *jus cogens*», y declaró, «sobre la base de estos precedentes jurisprudenciales, que la prohibición de la tortura se ha convertido en una norma imperativa de derecho internacional»<sup>151</sup>.

97. Mucho antes de que dictara esta sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había tenido oportunidad de pronunciarse sobre la prohibición de expulsar a un solicitante de asilo por riesgo de sufrir torturas en la causa *Cruz Varas et autres c. Suède*. La causa tenía por objeto la expulsión de nacionales chilenos a su país de origen en la época en que el general Pinochet aún estaba en el poder en ese país. El Tribunal aplicó literalmente los pronunciamientos de la sentencia *Soering* y admitió que la decisión de expulsar a un demandante que solicitaba asilo podía entrañar la responsabilidad del Estado que los expulsaba con arreglo al Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando existieran «razones serias y fundadas para creer que el interesado correría, en el país de destino, un riesgo real de ser sometido a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes»<sup>152</sup>. En ese caso concreto, el Tribunal consideró que la expulsión del demandante a su país de origen no lo había expuesto a un riesgo real de sufrir tratos de esa índole y, por tanto, Suecia no había incumplido las exigencias del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

98. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirmó esta jurisprudencia en la causa *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, que tenía por objeto la decisión del Reino Unido de devolver a su país de origen a cinco solicitantes de asilo de Sri Lanka. El Tribunal recordó que el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prohibía devolver a un refugiado que corriera un riesgo real de sufrir malos tratos en su país, pero consideró, no obstante, que en ese caso concreto las personas devueltas

<sup>150</sup> *Ibid.*, párrs. 151 a 154.

<sup>151</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, sentencia de 21 de noviembre de 2001, *Recueil des arrêts et décisions 2001-XI*, párrs. 60 y 61.

<sup>152</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cruz Varas et autres c. Suède*, sentencia de 20 de marzo de 1991, *serie A n.º 201*, párr. 69; véase también *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 3, n.º 6 (6 de agosto de 1991), pág. 209.

no corrían ese riesgo. El Tribunal aplicó en este caso un «criterio nacional», en lugar de un «criterio mínimo» internacional, y estimó que no se había acreditado que «la situación personal de los interesados fuera peor que la de la generalidad de los miembros de la comunidad tamil o los demás jóvenes tamiles de sexo masculino que regresaban a su país»<sup>153</sup>. Es verdad que, debido a la inestabilidad de la situación, «corrían cierto riesgo de ser detenidos o de sufrir malos tratos, como al parecer ya les había ocurrido a algunos de ellos en el pasado», pero su expulsión no constituía una infracción del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

99. Se ha resumido esta jurisprudencia de la siguiente manera:

En primer lugar: debe haber razones serias y fundadas para creer que la medida de expulsión expondría al interesado a un riesgo real de sufrir tratos contrarios al artículo 3. En segundo lugar: el punto de vista es subjetivo, y lo que importa es que el interesado corra ese riesgo personalmente. En tercer lugar: la situación objetiva en el Estado tercero tiene carácter indicativo; la práctica generalizada de malos tratos hace más verosímil que el interesado también pueda sufrirlas. Y viceversa: si la situación del interesado no parece distinguirse de la del conjunto de la comunidad a la que pertenece, en el territorio del Estado hacia el que debe producirse la expulsión, ello sería un argumento contrario a la existencia de un riesgo subjetivo suficiente<sup>154</sup>.

100. De esta jurisprudencia internacional, cuyo ejemplo más cabal es la causa *Furundžija*, se desprenden tres conclusiones principales<sup>155</sup>. En primer lugar, la prohibición de la tortura abarca tanto los menoscabos efectivos de la integridad física y psicológica (o mental) del ser humano como los potenciales; por consiguiente, el Estado no solo tiene la obligación de intervenir *a posteriori* para remediarlos, sino también el deber de prevenirlos de manera diligente, en particular mediante la abolición sin demora de las leyes contrarias a la norma de la prohibición<sup>156</sup>. En segundo lugar, la prohibición de la tortura impone obligaciones *erga omnes*; todos los Estados tienen derecho e interés legítimo para actuar al amparo de esta norma<sup>157</sup>. Por último, la prohibición de la tortura es una norma de *jus cogens*, a saber, una norma imperativa y absoluta que no admite excepciones en ninguna circunstancia. Es una de las normas que estructura el ordenamiento público internacional, en el que ocupa un rango elevado habida cuenta de los valores supremos que protege<sup>158</sup>.

#### b. Tratos crueles, inhumanos o degradantes

##### i. Situación general

101. Como ya se ha indicado, la prohibición de las «penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes» (fórmula de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 5) está recogida, con algunas diferencias de vocabulario, en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

<sup>153</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, sentencia de 30 de octubre de 1991, *serie A n.º 215*, párrs. 104 y ss., en esp. párr. 111; véase también *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 3, n.º 12 (31 de diciembre de 1991), pág. 537.

<sup>154</sup> Kolb, *loc. cit.*, pág. 270. El autor recuerda que este criterio de «no discriminación» ha sido criticado por la doctrina; véase, en particular, Sudre, «Article 3», pág. 174.

<sup>155</sup> Véase Kolb, *loc. cit.*, pág. 273.

<sup>156</sup> *Furundžija* (nota 120 *supra*), párrs. 148 a 150.

<sup>157</sup> *Ibid.*, párrs. 151 a 153.

<sup>158</sup> *Ibid.*, párrs. 153 a 157.

102. Esos instrumentos jurídicos no definen las distintas categorías de actos que integran esta parte de la norma que prohíbe las violaciones de los derechos de la persona y que limita el derecho de expulsión del Estado. La jurisprudencia internacional ha colmado esta laguna, en particular el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Delalić (Čelebići)*, antes citada. En esa causa, la Sala de Primera Instancia definió el «trato inhumano» como

actos u omisiones que provocan graves sufrimientos físicos o psicológicos o que menoscaban gravemente la integridad física o mental o la dignidad humana.

[...]

En resumen, la Sala de Primera Instancia considera que un trato inhumano es un acto u omisión intencional, es decir, un acto que, juzgado de manera objetiva, es deliberado y no accidental, y que provoca graves sufrimientos mentales o físicos o menoscaba gravemente la dignidad humana<sup>159</sup>.

103. La diferencia fundamental con la definición de tortura es que, por una parte, el trato inhumano (degradante o cruel) no se inflige necesariamente para obtener información o una confesión y, por otra, que ese trato no debe ser infligido necesaria o exclusivamente por agentes del Estado o personas que actúen al amparo de este.

104. En cuanto al «trato cruel», la Sala, en esa misma causa, ofreció la siguiente definición:

[E]l trato cruel es un acto u omisión intencional, es decir, un acto que, objetivamente, es deliberado y no accidental, que provoca grandes sufrimientos o dolores físicos o mentales o que menoscaba gravemente la dignidad humana. Por ello, tiene el mismo significado y, por tanto, la misma función residual, a los efectos del artículo 3 del [Convenio], que el trato inhumano como infracción grave de los Convenios de Ginebra [para la protección de las víctimas de la guerra]. Así pues, el crimen de tortura con arreglo al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra también está comprendido en el concepto de trato cruel. Todo trato que no cumpla los requisitos relativos a la finalidad para poder calificarse de tortura en virtud del artículo 3 común es un trato cruel<sup>160</sup>.

105. A la luz de estas dos definiciones, resulta que el concepto de «trato cruel» es más amplio y comprende tanto el trato inhumano como determinados aspectos del delito de tortura, que sin embargo no abarca completamente. Todos estos actos o tratos constituyen, no obstante, menoscabos de la dignidad humana. Tras el fallo en la causa *Delalić (Čelebići)*, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia volvió a hacer referencia al menoscabo grave de la dignidad humana como consecuencia del trato inhumano en la causa *Aleksovski*<sup>161</sup>.

106. La lista de actos calificados de tratos crueles, inhumanos o degradantes es larga y variada, y sería engorroso hacer una relación de los actos de esa índole recogidos en la jurisprudencia. Es preferible extraer los criterios utilizados para esa calificación. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda, en reiterada jurisprudencia, que:

para quedar comprendido en el artículo 3, los malos tratos deben tener un nivel mínimo de gravedad. La valoración de este nivel mínimo es, en esencia, relativa; depende del conjunto de circunstancias de la causa y,

<sup>159</sup> *Delalić (Čelebići)* (nota 145 *supra*), párrs. 442 y 543; véase también el caso *Blaskić* (2000), Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *Recueil judiciaires 2000*, vol. 1, párr. 154.

<sup>160</sup> *Delalić (Čelebići)* (nota 145 *supra*), párr. 552.

<sup>161</sup> *Aleksovski*, caso n.º IT-95-14/1-T, sentencia de 25 de junio de 1999, párr. 56; véase también el caso *Blaskić* (nota 159 *supra*), párr. 681.

en particular, de la naturaleza y el contexto del trato, así como del modo de ejecución, su duración, sus consecuencias físicas o mentales y, en ocasiones, la edad y el estado de salud de la víctima<sup>162</sup>.

107. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos inauguró su jurisprudencia sobre la prohibición de extradición y, por extensión, de expulsión en razón del riesgo de sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes en el caso *Soering*. La cuestión central sobre la que debía pronunciarse el Tribunal era determinar si la extradición de una persona por un Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos a un Estado tercero podía entrañar la responsabilidad del Estado parte, en virtud del artículo 3 del Convenio, en razón de los malos tratos que la persona extraditada podría sufrir en el país de destino. En su sentencia de 7 de julio de 1989, el Tribunal respondió a esta pregunta en el sentido de que el Convenio no establecía, en sí mismo, un derecho a no ser extraditado; sin embargo:

cuando una decisión afecta, por sus consecuencias, al ejercicio de un derecho garantizado por el Convenio, dicha decisión puede, si esas repercusiones no son demasiado remotas, hacer que surjan las obligaciones de un Estado contratante en virtud de la disposición correspondiente<sup>163</sup>.

108. Como se indicó en el párrafo 76 *supra*, la doctrina denomina a este mecanismo «protección indirecta»<sup>164</sup>, cuyo principio se basa en el artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el compromiso general de las Partes Contratantes de reconocer los derechos definidos en el Convenio a «toda persona dependiente de su jurisdicción»<sup>165</sup>.

109. Se podría sostener, como hizo el Gobierno demandado en la causa *Soering*, que el Estado que lleva a cabo la expulsión o la extradición no puede ser considerado responsable de la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que solo podría oponerse al Estado destinatario en que se hubieran infligido los malos tratos. La Comisión Europea de Derechos Humanos no comparó este punto de vista y reconoció en su informe que, en ciertos casos, la expulsión o la extradición podía entrañar la responsabilidad del Estado parte en el Convenio que la llevara a cabo si, por ejemplo, esa persona fuera a sufrir con toda seguridad torturas o tratos inhumanos o fuera a correr un riesgo grave de sufrirlos. Esa Comisión insistió en su informe en que la responsabilidad del Estado parte «se basaría en el hecho de que la persona expulsada o extraditada se vería expuesta a un trato inhumano o degradante en otro país»<sup>166</sup>. De esta manera, esa Comisión fue fiel a su jurisprudencia anterior, que recordó, por otra parte, en su informe<sup>167</sup>.

<sup>162</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Irlande c. Royaume-Uni*, sentencia de 18 de enero de 1978, *serie A n.º 25*, párr. 162; véase también, en el contexto de la extradición y de la expulsión, los casos *Soering* (nota 129 *supra*), párr. 100, y *Cruz Varas* (nota 152 *supra*), párr. 83.

<sup>163</sup> Caso *Soering* (nota 129 *supra*), párr. 85.

<sup>164</sup> Cohen-Jonathan, *op. cit.*, págs. 84 y 304; véase también Sudre, «Extradition et peine de mort: arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989», pág. 108.

<sup>165</sup> Sudre, «Extradition et peine de mort: arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989», pág. 109.

<sup>166</sup> Causa *Soering* (nota 129 *supra*), demanda n.º 14038/88, informe de la Comisión de 19 de enero de 1989, párr. 96.

<sup>167</sup> Véase la sentencia de 3 de mayo de 1983 en la causa *Altun c. République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 10308/83, *Décisions et rapports*, vol. 36, págs. 209 a 235; decisión de 12 de marzo de 1984 en la causa *Kirkwood c. Royaume-Uni* (nota 126 *supra*), págs. 158 a 224.

110. La jurisprudencia *Soering* fue confirmada posteriormente en otras sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>168</sup>, siendo una de las más recientes la dictada el 26 de julio de 2005 en la causa *N. v. Finland*, relativa a la expulsión de un antiguo miembro de las fuerzas especiales de Mobutu, ex jefe de Estado del Zaire, actual República Democrática del Congo. El Tribunal consideró que, al haber participado «en diversas operaciones destinadas a identificar a los disidentes considerados una amenaza» para Mobutu, había «motivos para pensar que el demandante podría encontrarse en una situación peor que la de la mayoría de los antiguos partidarios de Mobutu»; además, debido a un posible «deseo de venganza» de las personas próximas a los disidentes que habían sido víctimas de sus actividades, había «razones serias y fundadas para creer que el demandante correría un riesgo real de sufrir tratos contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (prohibición de tratos inhumanos) en caso de expulsión». En consecuencia, el Tribunal instó a Finlandia a que no expulsara al interesado<sup>169</sup>.

111. Esta obligación se basa en los fundamentos axiológicos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como escribió un antiguo magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

La prohibición absoluta de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra valores fundamentales de las sociedades democráticas. En consecuencia, la actuación de un Estado parte sería incompatible con los valores que subyacen en el Convenio si, por abominable que fuera el delito imputado, entregara conscientemente a un fugitivo a otro Estado cuando existan razones fundadas para pensar que el interesado correría peligro de sufrir torturas [o malos tratos]<sup>170</sup>.

Esta opinión concuerda con la conclusión del Tribunal en el caso *Soering*, según la cual, a pesar de no estar mencionada expresamente en el artículo 3 del Convenio:

la obligación implícita de no extraditar abarca los casos en que el fugitivo correría el riesgo de ser sometido en el Estado de destino a penas o tratos inhumanos o degradantes prohibidos por dicho artículo<sup>171</sup>.

112. Esta norma se aplica también a la expulsión<sup>172</sup>, con independencia de que la expulsión o la extradición ya decidida se ejecute o no. Como ha señalado un autor:

después de la Comisión, el Tribunal así lo decidió en su sentencia *Soering* de 7 de julio de 1989 (párr. 90). Tras las sentencias *Soering* (decisión de extradición a los Estados Unidos no ejecutada), *Cruz Varas*, de 20 de marzo de 1991 (expulsión a Chile ejecutada; [serie] A n.º 201, párr. 70), y *Vilvarajah*, de 30 de octubre de 1991 (devolución de tamiles a Sri Lanka; [serie] A n.º 215, párrs. 102 y 103), la solución del derecho europeo es perfectamente clara: desde el momento en que se ha adoptado una decisión al respecto, las expulsiones, extradiciones o devoluciones, sean efectivas o virtuales, pueden constituir tratos inhumanos o degradantes<sup>173</sup>.

<sup>168</sup> Véase, por ejemplo, la causa *D. c. Royaume-Uni*, en que el Tribunal consideró que el demandante corría el riesgo de sufrir tratos inhumanos (lo que constituía, por tanto, una violación del artículo 3 del Convenio) si se lo expulsaba a Saint Kitts y Nevis a pesar de su estado crítico de salud y de la inexistencia de equipo médico adecuado en la isla.

<sup>169</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *N. v. Finland*, demanda n.º 38885/02, sentencia de 26 de julio de 2005 (no declarado).

<sup>170</sup> Carrillo Salcedo, *loc. cit.*, pág. 140.

<sup>171</sup> Caso *Soering* (nota 129 *supra*), párr. 88.

<sup>172</sup> Véase Sudre, «Article 3», pág. 163.

<sup>173</sup> *Ibid.*, pág. 173.

113. No ocurre lo mismo cuando no se ha adoptado ningún acto de traslado a la frontera, como se desprende, por otra parte, de la causa *Vijayanathan et Pusparajah c. France*<sup>174</sup>. En efecto, en los casos en que los órganos de vigilancia del Convenio Europeo de Derechos Humanos desarrollan una jurisprudencia basada en la «violación inminente» en materia de expulsión, la limitan a los casos de medidas de traslado forzoso de extranjeros ya decididas pero no ejecutadas aún<sup>175</sup>.

114. ¿Qué ocurre en los casos en que se expulsa a una persona a un Estado donde corre el riesgo de sufrir actos de violencia, pero no cometidos por órganos del Estado sino por personas que actúan a título particular?

115. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que pronunciarse sobre este supuesto en el caso *H.L.R. c. France* (1997). El demandante, en vías de expulsión a Colombia, invocaba el riesgo de sufrir actos de tortura o actos inhumanos en ese país cometidos por grupos privados, en ese caso los traficantes que lo habían reclutado para transportar droga. A partir del caso *Soering* se amplió el alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para abarcar los actos de las autoridades estatales que podían dar lugar a torturas en el Estado tercero infligidas por las autoridades de ese Estado. En el mencionado caso *H.L.R. c. France*, el Tribunal amplía aún más ese alcance para cubrir los riesgos de origen no estatal, siempre que el Estado tercero no esté en condiciones de proteger al interesado: considera que se vulnera el artículo 3 del Convenio si un Estado expone a una persona a un peligro real de sufrir tratos inhumanos infligidos por personas que actúan a título particular. El Tribunal señaló lo siguiente:

Debido al carácter absoluto del derecho garantizado, el Tribunal no excluye que el artículo 3 se aplique también cuando el peligro emane de personas o grupos de personas que no sean funcionarios públicos. Pero es preciso demostrar que el riesgo existe realmente y que las autoridades del Estado de destino no están en condiciones de hacerle frente mediante una protección adecuada<sup>176</sup>.

116. Los órganos de vigilancia creados en virtud de instrumentos universales de derechos humanos abrazan la jurisprudencia europea sobre la prohibición de expulsar a una persona a un Estado donde corre el riesgo de sufrir malos tratos. Como ya se señaló, el Comité contra la Tortura se pronunció en ese sentido en el caso *Mutombo*, en que consideró que había «razones fundadas para creer que el Sr. Mutombo estaría en peligro de ser sometido a tortura»<sup>177</sup>. En relación con el riesgo de sufrir malos tratos en general, incluidas por tanto la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, el Comité de Derechos Humanos se pronunció al respecto en el caso *Al Zery c. Suecia*<sup>178</sup>.

<sup>174</sup> Véase demanda n.º 17550/90 y n.º 17825/91, informe de la Comisión, 5 de septiembre de 1991, y sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de agosto de 1992, *serie A n.º 241-B*.

<sup>175</sup> Véase Abraham, «Article 25», pág. 588.

<sup>176</sup> *Recueil des arrêts et décisions 1997-III*, n.º 36, párr. 40; véase también *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. n.º 1-4 (28 de noviembre de 1997), pág. 60.

<sup>177</sup> Véase la nota 136 *supra*.

<sup>178</sup> Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/62/40)*, vol. II, anexo VII, secc. II, decisión de 25 de octubre de 2006, comunicación n.º 1416/2005; véase también *Revue universelle des droits de l'homme*, 2006, vol. 27, n.º 9-12, págs. 391 y ss.

117. El denunciante, un químico y físico que ejercía la docencia en la Universidad de El Cairo, había participado activamente en una organización islamista de oposición. Gracias a un visado falso, había logrado entrar en la Arabia Saudita, donde vivió antes de partir hacia la República Árabe Siria, país que se vio obligado a abandonar porque había extraditado a varios ciudadanos egipcios a su país de origen. Gracias a un pasaporte danés falso, pudo entrar en Suecia, donde solicitó asilo inmediatamente y reconoció haber utilizado un pasaporte falso para entrar en el país. En apoyo de su solicitud de asilo, sostuvo que había sido agredido y torturado en Egipto, que tenía la impresión de estar vigilado y que su casa había sido registrada; que, después de haber salido de Egipto, habían ido a casa de sus padres a buscarlo; que temía ser llevado ante un tribunal militar si regresaba a Egipto; y que tenía miedo de ser detenido y torturado<sup>179</sup>.

118. La primera cuestión de fondo a la que debía responder el Comité de Derechos Humanos era determinar si la expulsión del interesado de Suecia a Egipto lo exponía a un riesgo real de sufrir torturas u otros malos tratos en el Estado de destino, lo que constituiría una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

11.4 El Comité observa en el presente caso que el propio Estado Parte ha admitido la existencia de un riesgo de maltrato que, sin más, habría impedido la expulsión del autor de conformidad con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. De hecho, el Estado Parte se basó exclusivamente en las seguridades diplomáticas obtenidas para creer que el riesgo de un maltrato proscrito era lo bastante reducido como para que no se infringiera la prohibición de la devolución.

11.5 El Comité observa que las seguridades obtenidas no comprendían ningún mecanismo que permitiera supervisar su cumplimiento. Tampoco se adoptó disposición alguna fuera de las seguridades en sí para prever su aplicación efectiva. Las visitas del Embajador y de los funcionarios del Estado parte se iniciaron cinco semanas después del regreso, con lo que se descuidó un período de máxima exposición al riesgo de daños. Por otra parte, la mecánica de las visitas que tuvieron lugar incumplió aspectos fundamentales de las buenas prácticas internacionales, ya que no se insistió en tener acceso privado al detenido ni en que se realizaran exámenes médicos y forenses adecuados, incluso después de surgir importantes acusaciones de maltrato. A la luz de estos factores, el Estado parte no ha demostrado que las seguridades diplomáticas obtenidas fuesen, en realidad, suficientes en este caso para reducir el riesgo de maltrato a un nivel acorde a lo establecido en el artículo 7 del Pacto. Por consiguiente, la expulsión del autor constituyó una violación del artículo 7 del Pacto<sup>180</sup>.

119. El Relator Especial cree que la UE ha querido reflejar los aspectos esenciales de esta jurisprudencia, en particular la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 19 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que lleva por título «Protección en caso de devolución, expulsión y extradición» y cuyo párrafo 2 establece lo siguiente:

Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

120. A la luz del análisis que precede sobre la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes y sobre la consiguiente obligación de los

Estados de proteger contra esos malos tratos a todas las personas, incluidos los extranjeros residentes o en vías de expulsión, se propone el siguiente proyecto de artículo:

**«Proyecto de artículo 11. Obligación de proteger a la persona en vías de expulsión contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes**

**1. Un Estado no podrá someter a una persona en vías de expulsión a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes en su territorio.**

**2. Un Estado no podrá expulsar a una persona a un país en que exista un riesgo grave de que sea sometida a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes.**

**3. Lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo se aplicará igualmente cuando el riesgo emane de personas o grupos de personas que actúen a título particular.»**

ii. Caso particular de los niños

121. Un último aspecto de la protección del extranjero en vías de expulsión contra los riesgos de malos tratos es la protección de los niños. La Convención sobre los Derechos del Niño, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, establece un marco general de protección de esos derechos que engloba los riesgos de malos tratos. Según el artículo 2 de la Convención:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

El párrafo 1 del artículo 3 establece, como complemento del artículo 2, una norma que resume la filosofía finalista que debe informar el cumplimiento de todas las obligaciones de los Estados con arreglo a la Convención:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Asimismo, el artículo 37 precisa:

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

<sup>179</sup> Informe del Comité de Derechos Humanos (nota 178 *supra*), párr. 3.2.

<sup>180</sup> *Ibid.*, párrs. 11.4 y 11.5.



c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

122. En el plano jurisprudencial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce un amplio alcance a la protección otorgada por el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: por una parte, esta protección tiene, como recordó la Cámara del Consejo del Tribunal Correccional de Bruselas en la causa *Cajamarca Arizaga et sa fille Loja Cajamarca c. Belgique*, «un carácter absoluto, que no admite excepción alguna, ni siquiera en razón de la posible actitud censurable del extranjero que la invoca»; por otra parte, abarca a todos los seres humanos, sean adultos o niños. En la causa mencionada, las demandantes sostenían, en cuanto a los hechos, que la niña, de 11 años de edad, había sufrido un trauma importante debido a su detención y encierro. Invocaron «graves violaciones» del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Convención sobre los Derechos del Niño. En efecto, las demandantes habían sido trasladadas al aeropuerto y detenidas en el centro INAD. La Sra. Cajamarca declaró haber sido esposada y separada de su hija, lo que había agravado el trauma psicológico de la niña. La policía de Zaventem impidió categóricamente que las demandantes recibieran visitas de su abogado y de un médico, a pesar de la autorización en ese sentido de la Oficina de Extranjeros.

123. Desde el punto de vista jurídico, las demandantes sostenían que los malos tratos sufridos constituían tratos inhumanos y degradantes, incluso tortura, en particular habida cuenta de la corta edad y la extrema vulnerabilidad de Angélica; y que el derecho a la integridad física era un derecho fundamental cuya violación debía cesar inmediatamente, un derecho de orden público que el juez podía proteger de oficio sin necesidad de que las propias partes lo invocaran.

124. A este respecto, cabe señalar que en la sentencia *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, en la que se basó el Tribunal Correccional de Bruselas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había condenado a Bélgica por trato inhumano y degradante por haber recluido en el centro n.º 127, durante dos meses, a un niño de 5 años. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos había considerado, asimismo, que la reclusión de un niño en las mismas condiciones que un adulto, en un centro cerrado, concebido inicialmente para adultos y, por tanto, no adaptado a las necesidades de su edad, constituía un trato inhumano y degradante contrario al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal había hecho hincapié en la extrema vulnerabilidad de los niños y señalado que incumbía al Estado belga protegerlos y hacerse cargo de ellos con medidas adecuadas, en virtud de las obligaciones positivas que le imponía el artículo 3 del Convenio<sup>181</sup>. El Tribunal había precisado

asimismo que esta vulnerabilidad de los niños «debe prevalecer sobre su situación administrativa»<sup>182</sup>. En efecto:

[h]abida cuenta de la prohibición absoluta del artículo 3 del Convenio, ha de tenerse presente que este elemento [la situación de extrema vulnerabilidad del niño] es determinante y prevalece sobre la condición de extranjero en situación de residencia ilegal.<sup>183</sup>

125. La Cámara del Consejo del Tribunal Correccional de Bruselas extrajo de ello la siguiente conclusión: «Los niños deben ser considerados, tratados y protegidos como tales, con independencia del carácter de su estancia en el país»<sup>184</sup>. Es la quintaesencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, jurisprudencia que amplía el alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al tiempo que explica indirectamente las disposiciones del artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, antes citado.

126. No hay ningún elemento que permita afirmar, no obstante, que el enunciado de esa conclusión exprese, en la actualidad, una norma de derecho consuetudinario. Puede decirse que ese enunciado refleja una acusada tendencia en la materia. Por lo demás, es difícil imaginar que pueda expresarse una oposición manifiesta a la filosofía protectora en que se basa la Convención sobre los Derechos del Niño y que se refleja en los instrumentos regionales, como la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño.

127. Habida cuenta de estas consideraciones, debe establecerse una norma específica de protección de los niños contra el riesgo de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, que se aplique con independencia del carácter de su estancia en el país.

**«Proyecto de artículo 12. Caso específico de la protección del niño en vías de expulsión»**

**1. El niño en vías de expulsión deberá ser considerado, tratado y protegido como tal, con independencia del carácter de su estancia en el país.**

**2. Constituirán tratos crueles, inhumanos y degradantes, en especial en el caso de los niños, el hecho de permanecer detenido en las mismas condiciones que un adulto o por un plazo prolongado.**

**3. La definición de niño a los efectos del presente artículo corresponderá a la contemplada en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.»**

iv) *El respeto de la vida privada y familiar de la persona en vías de expulsión*

128. Otra de las restricciones al derecho de expulsión del Estado es la obligación de respetar el derecho a la vida privada y familiar de las personas, incluidos los extranjeros

invocado y, por tanto, responsable de él. Esta jurisprudencia del Tribunal fue seguida por la Cámara del Consejo del Tribunal Correccional de Bruselas en su decisión de 4 de julio de 2007 en la causa *Cajamarca Arizaga et sa fille Loja Cajamarca c. Belgique*.

<sup>182</sup> Fórmula de la Cámara del Consejo del Tribunal Correccional de Bruselas.

<sup>183</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* (véase la nota 43 *supra*), párr. 55.

<sup>184</sup> Véase la nota 181 *supra*.

<sup>181</sup> El Tribunal desestimó de un plumazo las alegaciones de Bélgica en el sentido de que la familia del niño era la causa del perjuicio

en vías de expulsión. Este derecho está consagrado tanto en los instrumentos universales como regionales de protección de los derechos humanos. En el plano universal, si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos no dice nada al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 17, lo siguiente:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia [...].

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

129. En ese mismo sentido, el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 5 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven establece que los extranjeros gozan del derecho «a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia».

130. A nivel regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece, en el párrafo 1 de su artículo 8, que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar». La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea reproduce *in extenso* esta disposición en su artículo 7. Y si bien la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, a pesar de otorgar gran importancia a la protección de la familia (véase el artículo 18), no recoge ese derecho, la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo establece en el párrafo 2 de su artículo 11, en los mismos términos que el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, antes citado. Según el apartado *b* de la sección III del Protocolo del Convenio europeo de establecimiento, al pronunciarse sobre la expulsión, los Estados contratantes deberán, entre otras cosas, tener debidamente en cuenta los lazos familiares y la duración de la estancia en su territorio de las personas interesadas.

131. La jurisprudencia internacional ha precisado tanto el contenido del derecho a la vida privada y familiar como sus límites. En el caso *Canepa*, el Comité de Derechos Humanos estableció un criterio para valorar la injerencia en la vida familiar, al declarar lo siguiente:

La separación de una persona de su familia por medio de su expulsión podría considerarse como una injerencia arbitraria en la familia y como una violación del artículo 17 si en las circunstancias del caso la separación del autor de su familia y sus efectos sobre él fueran desproporcionados con respecto a los objetivos de su deportación<sup>185</sup>.

132. Se desprende así, por deducción o razonamiento *a contrario*, un criterio de proporcionalidad entre los intereses del Estado que expulsa (que son, en materia de expulsión, el orden público y la seguridad) y los intereses de la familia, en este caso la necesidad de preservar la vida familiar de la persona en vías de expulsión. Esto se desprende más claramente de la posición adoptada en un caso anterior, el caso *Stewart*, en que el Comité consideró que:

la perturbación de las relaciones familiares del Sr. Stewart, que será consecuencia inevitable de su deportación, no puede considerarse ilícita o arbitraria si la orden de deportación se dictó con arreglo a derecho, en

defensa de los legítimos intereses del Estado y teniendo debidamente en cuenta las relaciones familiares del deportado<sup>186</sup>.

133. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde la exigencia del respeto de la vida familiar ocupa un lugar cada vez más importante, va en la misma dirección. En la causa *Abdulaziz* el Tribunal había considerado, en 1985, que

se trata de un ámbito en que las Partes contratantes gozan de un amplio margen de apreciación para determinar, teniendo debidamente en cuenta las necesidades y recursos de la comunidad y de las personas, las medidas que han de adoptarse para asegurar el cumplimiento del Convenio<sup>187</sup>.

Sin embargo, una década más tarde, en 1996, decidió, en la causa *Chorfi. c. Belgique*, que la cuestión esencial era

determinar si en la expulsión en cuestión se había establecido un justo equilibrio entre los intereses en juego, a saber, por una parte el derecho del demandante al respeto de su vida privada y familiar y, por otra parte, la defensa del orden público y la prevención del delito<sup>188</sup>.

134. Así pues, el interés del Estado que expulsa en el mantenimiento del orden público y la seguridad parecer ser el criterio a la luz del cual la jurisprudencia valora si ha habido menoscabo o no de la vida privada o familiar. Sobre la base de este criterio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró, en las causas *Moustaquim*<sup>189</sup>, *Beldjoudi*<sup>190</sup> y *Nasri*<sup>191</sup>, que, con independencia del delito que se imputara a la persona, la expulsión era ilegal porque menoscababa la vida privada y familiar. El Tribunal ya se había pronunciado en el mismo sentido en la causa *Berrehab*, que tenía por objeto determinar si la decisión de repatriar a un padre a Marruecos a pesar de su derecho a visitar a su hija de 14 años, cuya guarda había sido confiada a su ex esposa, de nacionalidad neerlandesa, era una violación de su derecho al respeto de la vida familiar. Teniendo en cuenta las dificultades del demandante para desplazarse de Marruecos a los Países Bajos a fin de ejercer su derecho de visita, el Tribunal llegó a la conclusión de que, en la práctica, la medida de expulsión impedía el ejercicio de ese derecho y, por tanto, infringía el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>192</sup>.

135. En cambio, en las causas *Boughanemi*<sup>193</sup>, *Chorfi c. Belgique*<sup>194</sup>, *Bouchelkia*<sup>195</sup> y *Boujlifa*, el Tribunal Europeo

<sup>186</sup> *Ibid.*, anexo G, comunicación n.º 538/1993, *Charles E. Stewart c. el Canadá*, dictamen aprobado el 1.º de noviembre de 1996, párr. 12.10.

<sup>187</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, sentencia de 28 de mayo de 1985, *serie A n.º 94*, párr. 67.

<sup>188</sup> Caso *Chorfi c. Belgique*, sentencia de 7 de agosto de 1996, *Recueil des arrêts et décisions 1996-III*, vol. 12, pág. 924, párr. 32.

<sup>189</sup> Caso *Moustaquim c. Belgique*, sentencia de 18 de febrero de 1991, *serie A n.º 193*, párrs. 41 a 46.

<sup>190</sup> Caso *Beldjoudi c. France*, sentencia de 26 de marzo de 1992, *serie A n.º 234*, párrs. 71 a 80.

<sup>191</sup> Caso *Nasri c. France*, sentencia de 13 de julio de 1995, *serie A n.º 320 B*, párrs. 34 a 46.

<sup>192</sup> Caso *Berrehab c. Pays-Bas*, sentencia de 21 de junio de 1988, *serie A n.º 138*, 16, párr. 29; véanse también las observaciones de Russo (ex magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), en «Artículo 8 §1», pág. 318.

<sup>193</sup> Caso *Boughanemi c. France*, sentencia de 24 de abril de 1996, *Recueil des arrêts et décisions 1996-III*, vol. 8, pág. 595.

<sup>194</sup> *Ibid.*, vol. 12 (nota 188 *supra*), págs. 924 y 925, párr. 35.

<sup>195</sup> Caso *Bouchelkia c. France*, sentencia de 29 de enero de 1997, *ibid.*, 1997-I, vol. 28, pág. 63, párr. 41.

<sup>185</sup> Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones Suplemento n.º 40 (A/52/40)*, vol. II, anexo K, comunicación n.º 558/1993, *Giosue Canepa c. el Canadá*, dictamen aprobado el 3 de abril de 1997, párr. 11.4.

de Derechos Humanos, al aplicar el criterio de proporcionalidad entre los intereses de la familia y los intereses del Estado que expulsa en materia de orden público y seguridad, parece haber otorgado una importancia decisiva a los delitos cometidos por los demandantes a la hora de valorar la decisión de expulsión. En la causa *Boujlifa*, especialmente ilustrativa de la acusada tendencia de la jurisprudencia del Tribunal, el demandante era un ciudadano marroquí que vivía y se había educado en Francia desde los cinco años, donde también vivían sus padres y sus ocho hermanos y hermanas. El demandante había sido condenado por robo y robo a mano armada y las autoridades francesas habían decidido expulsarlo a Marruecos. A pesar de los muchos años que había residido en Francia y de que toda su familia se encontraba en ese país, el Tribunal consideró que «los imperativos de orden público priman sobre las consideraciones de carácter personal en que se basa la demanda»<sup>196</sup>. En otras palabras, cualquier menoscabo del respeto de la vida privada y familiar de una persona, en este caso de una persona en vías de expulsión, debe ser proporcional a los objetivos perseguidos por el Estado que expulsa<sup>197</sup>.

136. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue mucho más lejos en la causa *Boughanemi* al considerar que la expulsión del demandante no era contraria al artículo 8 del Convenio Europeo, basándose en que el Sr. Boughanemi había conservado su nacionalidad tunecina y, al parecer, nunca había intentado adquirir la nacionalidad francesa; que había mantenido vínculos con Túnez más allá del mero hecho de tener la nacionalidad de ese país, como sostenía el Gobierno del Estado que lo expulsaba; y que no había invocado ante la Comisión Europea de Derechos Humanos que no sabía hablar árabe o que había roto todo vínculo con su país de nacimiento, o que no había regresado a él<sup>198</sup>.

137. ¿Ha de concluirse que el extranjero debe romper todos los lazos y todos los vínculos sociales y culturales con su país para quedar protegido frente a una posible expulsión? El análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la que se acaban de recordar algunos hitos, permite extraer elementos para responder a esta pregunta.

138. Hasta la sentencia *Ezzouhdi* (2001), que se analizará más adelante, en muchos comentarios se distinguían

<sup>196</sup> Caso *Boujlifa c. France*, sentencia de 21 de octubre de 1997, ibíd., 1997-VI, vol. 54, pág. 2265, párr. 44.

<sup>197</sup> Un juez del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, designado para sustituir al Presidente, aplicó rigurosamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, al subrayar en su resolución de 30 de julio de 2007 en la causa *Cajamarca Arizaga et sa fille Loja Cajamarca c. Belgique* que «cualquier menoscabo del derecho al respeto de la vida privada y familiar de una persona debe, entre otras cosas, ser necesario en una sociedad democrática, es decir, debe ser proporcional a los objetivos perseguidos, de conformidad con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (R.R. n.º 07/5726/B Req. Cajamarca Arizaga Ana).

<sup>198</sup> *Recueil des arrêts et décisions 1996-III*, vol. 8 (nota 193 *supra*), pág. 610, párr. 44. Véase también la decisión del Comité de Derechos Humanos en los casos *Ngoc Si Truong c. el Canadá*, comunicación n.º 743/1997, CCPR/C/77/D/743/1997; y *Benjamin Ngambi y Marie-Louise Nébol c. Francia*, comunicación n.º 1179/2003, CCPR/C/81/D/1179/2003, donde no se podía hablar de menoscabo de la vida familiar porque en ese caso no había familia, ya que el demandante había invocado un certificado de matrimonio falso: la reunificación familiar solicitada no podía, por tanto, producirse.

dos períodos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia. Un primer período inaugurado por la sentencia *Moustaquim*<sup>199</sup>, primera vez que la expulsión de un extranjero fue considerada una infracción del artículo 8, seguida por las sentencias *Beldjoudi*<sup>200</sup> y *Nasri*<sup>201</sup>, en ese mismo sentido. Se consideró entonces que el Tribunal era especialmente benévolo con los inmigrantes de segunda generación, que se beneficiaban así de su protección contra la expulsión.

139. El segundo período de esa evolución jurisprudencial comenzó en 1996 con la sentencia *Boughanemi*, antes citada, que negó que se hubiera vulnerado el artículo 8 en razón de la expulsión, y que fue seguida por sentencias o decisiones sobre la admisibilidad en las causas *Chorfi*<sup>202</sup>, *Boulchekia*<sup>203</sup>, *El Boujaïdi*<sup>204</sup>, *Boujlifa*<sup>205</sup>, *Dalia*<sup>206</sup>, *Benrachid*<sup>207</sup>, *Baghli*<sup>208</sup>, *Farah*<sup>209</sup> y *A. v. Norway*<sup>210</sup>, todas en el mismo sentido. Se dedujo entonces que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había endurecido su posición, sin tener en cuenta que, mientras se producía esta tendencia jurisprudencial, el Tribunal había considerado que se había producido una infracción del artículo 8 en su sentencia de 26 de septiembre de 1997 en la causa *Mehemi c. France* [*Recueil des arrêts et décisions 1997-VI*], relativa a un extranjero nacido en Francia, casado y padre de tres hijos, y condenado a seis años de prisión y a abandonar definitivamente el territorio francés por tráfico de hachís. No cabe duda de que, en ese caso, el Tribunal hizo una distinción entre el cannabis y el hachís, por una parte, y la heroína, por otra, sustancia presente en las causas *El Boujaïdi*, *Dalia*, *Baghli*, *Farah* y *A. v. Norway*, antes citadas.

140. La sentencia dictada el 13 de febrero de 2001 en la causa *Ezzouhdi c. France*<sup>211</sup> permitió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos completar su jurisprudencia sobre esta cuestión de la expulsión en relación con el respeto del derecho a la vida privada y familiar y, al mismo tiempo, poner de manifiesto la coherencia de una jurisprudencia que se creía llena de fisuras cuando en realidad no eran más que matices<sup>212</sup>. El Sr. Ezzouhdi era un ciudadano marroquí nacido en 1970 que vivía en Francia desde los 5 años. Había estado escolarizado hasta los 16 años, edad a la cual había abandonado la escuela. Su padre había fallecido en 1995, pero su madre y sus

<sup>199</sup> Véase la nota 189 *supra*.

<sup>200</sup> Véase la nota 190 *supra*.

<sup>201</sup> Véase la nota 191 *supra*.

<sup>202</sup> Véase la nota 188 *supra*.

<sup>203</sup> Véase la nota 195 *supra*.

<sup>204</sup> Caso *El Boujaïdi c. France*, sentencia de 26 de septiembre de 1997, *Recueil des arrêts et décisions 1997-VI*.

<sup>205</sup> Véase la nota 196 *supra*.

<sup>206</sup> Caso *Dalia c. France*, sentencia de 19 de febrero de 1998, ibíd., 1998-I.

<sup>207</sup> Caso *Benrachid c. France*, decisión de 8 de diciembre de 1998, ibíd., 1999-II.

<sup>208</sup> Caso *Baghli c. France*, sentencia de 30 de noviembre de 1999, ibíd., 1999-VIII.

<sup>209</sup> Caso *Farah v. Sweden*, sentencia de 24 de agosto de 1999.

<sup>210</sup> Sentencia de 21 de marzo de 2000.

<sup>211</sup> Demanda n.º 47160/99, sentencia de 13 de febrero de 2001.

<sup>212</sup> En relación con esta sentencia, véanse en particular las observaciones de Jarreau, «L'éloignement des étrangers: interdiction définitive du territoire français (arrêt Ezzouhdi et Abdouni des 13 et 27 février 2001)».

dos hermanas vivían en Francia. Entre 1993 y 1997 se le habían impuesto tres condenas penales, una de ellas por posesión, adquisición y uso de estupefacientes, concretamente cannabis. En 1997 había sido condenado por el Tribunal Correccional de Bourg-en-Bresse a 18 meses de prisión y a la expulsión definitiva del territorio francés por adquisición y consumo de heroína, cocaína y hachís. El Tribunal de Apelaciones confirmó la expulsión del territorio y agravó la pena privativa de libertad, aumentándola a dos años. El Sr. Ezzouhdi presentó un recurso de casación, que no prosperó. Interpuso entonces una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos argumentando que Francia había violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

141. En su sentencia de 13 de febrero de 2001, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sucesivamente sobre los dos párrafos del artículo 8.

142. Por lo que respecta al párrafo 1, la cuestión consistía en determinar si el demandante podía invocar en Francia una vida privada y familiar que se vería menoscabada por la medida de expulsión. El Tribunal respondió afirmativamente, tras recordar la fecha de llegada a Francia del Sr. Ezzouhdi, la edad que tenía entonces, el hecho de que hubiera ido a la escuela en ese país y que trabajara en él. En realidad, en ese momento la única cuestión suscitada por el Gobierno de Francia era la de determinar si un soltero sin hijos tenía vida familiar a los efectos del párrafo 1 del artículo 8. En otras palabras, ¿la demanda presentada tenía por objeto el menoscabo de la vida privada y familiar del demandante o únicamente de su vida privada? El Tribunal consideró que sus lazos familiares con su madre y sus hermanos y hermanas, que residían en Francia, bastaban para considerar que existía una vida familiar. Cabe recordar que, según el Comité de Derechos Humanos, el término «familia» en el sentido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

se ha de tomar en sentido lato de modo que abarque a todas las personas de la familia según la sociedad de que se trate. No es óbice, necesariamente, para protegerla en un caso particular la falta de lazos matrimoniales formales, en especial cuando exista una práctica local de amancebamiento. Tampoco afecta forzosamente a la protección de la familia la distancia geográfica, la infidelidad o la falta de vida marital. No obstante, primero tiene que haber lazos familiares que proteger<sup>213</sup>.

Y no cabe duda de que, en este caso, existían esos lazos familiares entre el interesado y su madre, así como sus hermanos y hermanas.

143. Otro argumento a favor del demandante aceptado por el Tribunal fue la inexistencia de vínculos entre el Sr. Ezzouhdi y su país natal, al margen de su nacionalidad: solo había vivido en Marruecos durante los primeros años de su infancia, afirmaba que no sabía hablar árabe y el Gobierno de Francia no había aportado pruebas de que tuviera otros vínculos con ese país.

144. El Tribunal pasó entonces a realizar un control de proporcionalidad, consistente en comprobar si la medida de expulsión respondía a un justo equilibrio de los intereses en juego, a saber, el derecho del demandante al respeto de su vida privada y familiar, por una parte, y la defensa

del orden público, la prevención del delito y la protección de la salud, por otra. Según el Tribunal, la gravedad de las infracciones cometidas por el demandante era un elemento esencial para valorar esa proporcionalidad. En este caso, el Tribunal restó importancia a las infracciones imputadas al Sr. Ezzouhdi, al señalar que había sido condenado por uso y consumo de drogas y no por su cesión a título oneroso. En su opinión, estos hechos no constituían una amenaza grave para el orden público, a pesar de la reincidencia del demandante. El Tribunal llegó a la conclusión de que no había proporcionalidad entre las infracciones cometidas por el demandante y el menoscabo de su vida privada y familiar que resultaba de la medida de expulsión, y añadió, como última consideración, que «el carácter definitivo de la expulsión es especialmente riguroso».

145. Con la sentencia *Ezzouhdi*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reanudaba, unos tres años después de la sentencia *Mehemi*, antes citada, su jurisprudencia en la que declaraba la infracción del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en razón de una medida de expulsión. Sin embargo, no es seguro que esta sentencia suponga realmente una evolución, y menos aún una quiebra de la jurisprudencia del Tribunal en favor de los demandantes. Se trata, en el fondo, «de una decisión coherente con los pronunciamientos precedentes, en sentido contrario, ciertamente, pero únicamente porque los hechos del caso concreto lo exigían»<sup>214</sup>. Lo que el Tribunal exige en todo caso (sin establecer diferencias entre familia «legítima» y familia «natural») es que, con independencia del alcance de los lazos, la «vida familiar» que resulte de ellos debe existir previamente y ser efectiva, y caracterizarse por relaciones reales y suficientemente estrechas entre sus miembros<sup>215</sup>, que pueden adoptar la forma de vida en común, de dependencia económica (por ejemplo en el caso de los hijos menores de edad<sup>216</sup>), de un derecho de visita que se ejerce con regularidad<sup>217</sup> o incluso de relaciones continuas entre un padre y sus hijos ilegítimos<sup>218</sup>.

146. Por lo que respecta al párrafo 2 del artículo 8, la doctrina<sup>219</sup> y algunos magistrados del Tribunal en sus opiniones disidentes se han preguntado por el lugar que ocupa el derecho al respeto de la vida privada en relación con el derecho a la vida familiar. El Tribunal abordó específicamente el derecho a la vida privada en la sentencia dictada el 21 de octubre de 1997 en la causa *Boujlifa*, antes citada, aunque con escasos beneficios para el demandante. Así pues, la cuestión que sigue planteándose es: ¿existe una fusión entre vida privada y vida familiar? ¿No es esta más que un componente de aquella? En este punto, la sentencia *Ezzouhdi* confirmó la fórmula de la sentencia *Baghli*,

<sup>214</sup> Jarreau, *loc. cit.*, pág. 3.

<sup>215</sup> Véase Russo, *loc. cit.*, pág. 316.

<sup>216</sup> Demanda n.º 2991/66, *Alam et Klan c. Royaume-Uni, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, n.º 2 (1968), pág. 789; demanda n.º 8244/78, *Singh Uppal c. Royaume-Uni, Décisions et rapports* 17, pág. 149, e *ibíd.*, 20, pág. 29.

<sup>217</sup> *Berrehab et Koster c. Pays-Bas*, demanda n.º 10730/84, decisión de 8 de marzo de 1985, informe de 7 de octubre de 1986, sentencia de 21 de junio de 1988, *ibíd.*, pág. 196; véase también la nota 192 *supra*.

<sup>218</sup> *X. v. the Federal Republic of Germany*, demanda n.º 3110/67, *Décisions et rapports* 27, págs. 77 a 91; *X. c. Suisse*, demanda n.º 8924/80, *ibíd.*, 24; *X. et Y. c. Suisse*, demanda n.º 7289/75 y n.º 7349/76, *ibíd.*, pág. 76.

<sup>219</sup> Véase, por ejemplo, Van Muylder, «Le droit au respect de la vie privée des étrangers», pág. 797.

<sup>213</sup> Caso *Benjamin Ngambi y Marie-Louise Nébol c. Francia* (nota 198 *supra*), párr. 6.4.

antes mencionada, sin resolver realmente la cuestión. Sin embargo, es innegable que la vida privada y la vida familiar no siempre coinciden, y que un soltero, por ejemplo, puede tener una vida privada distinta de su vida familiar, que existe a pesar del celibato, como puso de manifiesto la causa *Ezzouhdi*. Así, sería conveniente que, en el marco del control de proporcionalidad en materia de expulsión, se diera un peso equivalente a estos dos componentes de los derechos previstos en el párrafo 1 del artículo 8.

147. Como puede verse, no parece que pueda considerarse, en el estado actual del derecho internacional de los derechos humanos, que la exigencia del respeto de la vida privada y de la vida familiar en materia de expulsión sea una norma de derecho consuetudinario. Tal exigencia, que se desprende del derecho a la vida privada y familiar consagrado, como se ha visto, en algunos de los principales instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos, parece ser, a la luz de la jurisprudencia bastante embrionaria del Comité de Derechos Humanos y de la jurisprudencia, más abundante, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una obligación generalizable y ampliable a la expulsión. Sobre esta base, y habida cuenta de lo expuesto anteriormente, se propone el siguiente proyecto de artículo:

**«Proyecto de artículo 13. Obligación de respetar el derecho a la vida privada y a la vida familiar**

**1. El Estado que expulsa respetará el derecho a la vida privada y a la vida familiar de la persona en vías de expulsión.**

**2. Dicho Estado solo podrá dejar sin efecto el derecho contemplado en el párrafo 1 del presente artículo en los casos previstos por la ley y con observancia de un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de la persona en cuestión.»**

v) *No discriminación*

148. A diferencia de las normas ya expuestas, la no discriminación «no tiene su origen en el núcleo primario de derechos humanos»<sup>220</sup>. Los elementos constitutivos y los modos de aplicación de este «principio», presente en diversos ámbitos del derecho internacional, difieren según se aplique a las relaciones entre Estados, entre Estados y particulares o entre particulares. Las relaciones que existen en los casos de expulsión son relaciones entre Estados y particulares. Por lo que respecta a este tipo de relaciones, el principio de no discriminación apareció por primera vez en los tratados de paz, en forma de normas destinadas a proteger a las minorías y las poblaciones y territorios bajo mandato. Así, la CPJI precisó, en su opinión consultiva *Colons allemands en Pologne*, que «[e]s preciso que haya igualdad de hecho, y no solo igualdad formal ante la ley, en el sentido de que los términos de la ley eviten que se establezca un trato diferenciado»<sup>221</sup>. La CPJI aclaró su postura en la opinión consultiva *Ecoles minoritaires en Albanie* al añadir que «[l]a igualdad ante la ley excluye toda discriminación; en cambio, la igualdad

de hecho puede exigir un trato diferenciado a fin de lograr un equilibrio entre situaciones diferentes»<sup>222</sup>.

149. En el ámbito de los derechos humanos y las libertades públicas, la norma de no discriminación surge como corolario del principio general de igualdad de las personas ante la ley<sup>223</sup>, teniendo presente, no obstante, que son dos conceptos distintos<sup>224</sup>. Así, la norma de no discriminación está consagrada, con fórmulas que varían, en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Según el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Por su parte, el artículo 2, párr. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El párrafo 1 del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño sigue ese mismo enfoque, mientras que el párrafo 2 del mismo artículo establece que:

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>225</sup> establece en su artículo 2 que los Estados partes «condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas» y se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para prohibir, eliminar o sancionar esa discriminación. En su artículo 1 define la expresión «discriminación contra la mujer» como:

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Los demás instrumentos jurídicos internacionales cuya finalidad es proteger a determinadas categorías de personas frente a la discriminación responden a esta misma concepción: pretenden prevenir actos o conductas que tienen por objeto o resultado una discriminación. Así ocurre con la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en

<sup>222</sup> C.P.J.I. *série C n.º 76*, pág. 19.

<sup>223</sup> Véase Vegleris, «Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme», pág. 427 y ss.; Mc Kean, *Equality and Discrimination Under International Law*; Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law*, y Roucouas, *loc. cit.*, págs. 160 y 161.

<sup>224</sup> Véase. Mc Rae, «The contribution of international trade law to the development of international law», pág. 166, y Opsahl, *Law and Equality. Selected Articles on Human Rights*, págs. 171 y ss.

<sup>225</sup> Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

<sup>220</sup> Roucouas, «Facteurs privés et droit international public», pág. 159.

<sup>221</sup> C.P.J.I. *série C n.º 3*, vol. I, III (1) et III (2), pág. 24.

la religión o las convicciones<sup>226</sup> y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>227</sup>.

150. La norma de no discriminación también figura en los principales instrumentos regionales de protección de los derechos humanos. Es el caso por ejemplo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo artículo 14 recoge esta idea sin emplear la palabra, y el Protocolo n.º 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que amplía el ámbito de aplicación de dicho artículo 14. Con una formulación distinta de las del Convenio Europeo y el Protocolo n.º 12, que consagran el derecho a disfrutar sin discriminación de los derechos y libertades enumerados, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea hace hincapié desde un principio en la idea de prohibición de la discriminación. A tenor del artículo 21, párr. 1:

Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Cabe señalar que, por lo que respecta a la orientación sexual, el estado del derecho en los países occidentales dista mucho de reflejar la situación general<sup>228</sup>. Por último, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos adopta un enfoque original sobre la no discriminación, cuya referencia parece más axiológica que jurídica. En efecto, según el artículo 28 de esta Carta

Todo individuo tendrá el deber de respetar y considerar a sus semejantes sin discriminación, y de mantener relaciones encaminadas a promover, salvaguardar y fortalecer el respeto y la tolerancia mutuos.

De todas las disposiciones mencionadas, esta es la única que indica claramente y de manera positiva la conducta que ha de seguirse para asegurar la no discriminación. En este sentido, reviste interés en relación con los derechos que han de protegerse en materia de expulsión de extranjeros.

151. Lo que debe determinarse es cómo puede aplicarse la norma de no discriminación en materia de expulsión si se admite el principio de no expulsión de los nacionales. No puede descartarse que la expulsión de un extranjero pueda deberse a una discriminación respecto de los nacionales. Por esta razón, el artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven prohíbe «la expulsión individual o colectiva de [los] extranjeros [que se hallen legalmente en el territorio de un Estado] por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico». Pero parece bastante obvio que en este caso

<sup>226</sup> Art. 2. Proclamada por la Asamblea General el 25 de noviembre de 1981 (resolución 36/55).

<sup>227</sup> Art. 2. Entró en vigor el 4 de enero de 1969. En relación con esta Convención y la norma de no discriminación, véase en particular Decaux, *Le droit face au racisme*, y Fredman, *Discrimination and Human Rights. The Case of Racism*.

<sup>228</sup> Existe una abundante jurisprudencia europea y de los tribunales norteamericanos, en particular en los Estados Unidos (véase, a este respecto, Silvers, «The exclusion and expulsion of homosexual aliens», págs. 295 a 332). Al mismo tiempo, se puede observar que la homosexualidad sigue tipificada como delito en numerosos países de África, en el mundo árabe y en Asia, donde ya estaba tipificada, e incluso se ha tipificado en algunos países donde no lo estaba, como Burundi, que aprobó una ley en ese sentido en marzo de 2009.

también debe contemplarse la no discriminación entre los extranjeros que se exponen a una expulsión. La idea es, por tanto, que en materia de expulsión no solo no debe haber discriminación entre los extranjeros y los nacionales, sino tampoco entre las distintas categorías de extranjeros, en particular por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (art. 2, párr. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), a lo que el Convenio Europeo de Derechos Humanos añade, como se ha visto, la «pertenencia a una minoría nacional» (art. 14 del Convenio y art. 1, párr. 1, del Protocolo n.º 12).

152. Así, en el caso *Shirin Aumeeruddy-Cziffra y otras 19 mujeres de Mauricio*, el Comité de Derechos Humanos consideró ilegal la expulsión porque la legislación establecía una discriminación por razón de sexo, al proteger de la expulsión a las esposas de nacionalidad mauriciana pero no a los maridos de la misma nacionalidad<sup>229</sup>. Cabe pensar que la no discriminación entre extranjeros en materia de expulsión tiene un fundamento jurídico pertinente en los distintos instrumentos internacionales antes citados, que consagran esta norma como uno de los elementos de la protección dispensada a las categorías específicas de personas a que se refieren.

153. En su sentencia de 28 de mayo de 1985 en la causa *Abdulaziz*<sup>230</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguió la postura adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el caso *Shirin Aumeeruddy-Cziffra y otras 19 mujeres de Mauricio*, antes citado. En efecto, el Tribunal declaró, por unanimidad, que cada una de las demandantes había sido víctima de una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 14 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos: a diferencia de los inmigrantes varones establecidos en el Reino Unido, las demandantes no tenían derecho, en la misma situación, a obtener para sus cónyuges no nacionales permisos de entrada y residencia en el país. Tras señalar que «el avance hacia la igualdad entre los sexos es hoy en día un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa», el Tribunal estimó que «una distinción basada en el sexo solo podría considerarse compatible con el Convenio por razones muy poderosas»<sup>231</sup>. También subrayó que el artículo 14 pretendía «impedir la discriminación en el goce de los derechos garantizados por el Convenio en aquellos casos en que existen diversas maneras de cumplir las obligaciones que se derivan de él»<sup>232</sup>. En cambio, el Tribunal consideró que, en ese caso, el hecho de que las normas aplicables afectaran «a menos personas blancas que de otra raza» no era motivo suficiente para atribuirles carácter racista, ya que no había ninguna «cláusula que estableciera distinciones entre personas o grupos sobre la base de su raza o de su origen étnico»<sup>233</sup>.

<sup>229</sup> Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/36/40)*, anexo XIII, comunicación n.º R.9/35. Véase también *Human Rights Law Journal*, vol. 2 (1981), pág. 139, párr. 9.2.

<sup>230</sup> Caso *Abdulaziz* (nota 187 *supra*). Bossuyt, «Article 14», págs. 482 y 483, recordó los pasajes pertinentes de esta sentencia en su comentario.

<sup>231</sup> Caso *Abdulaziz* (nota 187 *supra*). párr. 78.

<sup>232</sup> *Ibid.*, párr. 82.

<sup>233</sup> *Ibid.*, párr. 85.

154. De lo expuesto anteriormente se desprende que:

a) La norma de no discriminación está ampliamente establecida en el derecho escrito relativo a los derechos humanos, y esos derechos, por su propia naturaleza, han de ser aplicados sin discriminación a las categorías de personas de que se trate;

b) Dicha norma está consagrada, en materia de expulsión, por la jurisprudencia de los órganos encargados de vigilar la aplicación de los instrumentos de derechos humanos, si bien esa jurisprudencia se basa aún en un número muy limitado de casos;

c) La prohibición de discriminación en materia de derechos humanos en general, y de expulsión en particular, «no tiene una existencia independiente»<sup>234</sup>, en el sentido de que solo tiene significado si se aplica en relación con un derecho o libertad enunciado;

d) Los instrumentos jurídicos y la jurisprudencia examinados no pretenden enumerar de manera exhaustiva los distintos elementos en que puede basarse una discriminación.

<sup>234</sup> Bossuyt, *loc. cit.*, pág. 478.

155. También en este caso la norma ha de formularse no en términos de derechos de que deben disfrutar todos sus titulares sin discriminación, sino de obligación impuesta al Estado de no aplicar los derechos en cuestión de manera discriminatoria.

156. A la luz de todos estos análisis y observaciones, se propone el siguiente proyecto de artículo:

**«Proyecto de artículo 14. Obligación de no discriminar**

**1. El Estado ejercerá su derecho de expulsión sin discriminar a las personas afectadas, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.**

**2. La no discriminación se aplicará asimismo al disfrute por la persona en vías de expulsión de los derechos y libertades previstos tanto en las normas internacionales de derechos humanos como en la legislación del Estado que expulsa.»**

# EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/604

## Observaciones e información recibidas de los gobiernos

[Original: inglés]  
[26 de agosto de 2008]

### ÍNDICE

|  | <i>Página</i>   |
|--|-----------------|
| Instrumentos internacionales citados en el presente documento .....  | 170             |
|  | <i>Párrafos</i> |
| INTRODUCCIÓN.....  | 1-5 170         |
| OBSERVACIONES E INFORMACIÓN RECIBIDAS DE LOS GOBIERNOS.....  | 171             |
| A. Observaciones e información sobre las cuestiones específicas identificadas por la Comisión .....  | 171             |
| 1. La práctica de los Estados con respecto a la cuestión de la expulsión de los nacionales. ¿Está permitida por las legislaciones nacionales? ¿Es posible en lo que concierne al derecho internacional?.....   | 171             |
| Federación de Rusia.....   | 171             |
| Suiza .....  | 171             |
| 1. Legislación nacional.....   | 171             |
| 2. Derecho internacional.....  | 171             |
| 2. La manera como son tratadas, desde el punto de vista del régimen de la expulsión, las personas que poseen dos o más nacionalidades. ¿Pueden esas personas ser consideradas como extranjeros con respecto a la expulsión? .....  | 172             |
| Federación de Rusia.....   | 172             |
| Suiza .....  | 172             |
| 3. La cuestión de la privación de nacionalidad como eventual condición previa a la expulsión de una persona. ¿Está permitida esa medida por las legislaciones nacionales? ¿Es posible en lo que concierne al derecho internacional? .....  | 172             |
| Federación de Rusia.....   | 172             |
| Suiza .....  | 172             |
| 1. Legislación nacional.....   | 172             |
| 2. Derecho internacional.....  | 173             |
| 4. La cuestión de la expulsión colectiva de los extranjeros que son nacionales de un Estado que participa en un conflicto armado con el Estado de acogida. En ese contexto, ¿conviene distinguir entre los extranjeros que viven pacíficamente en el Estado de acogida y los que toman parte en actividades hostiles hacia éste? .....   | 173             |
| Suiza .....  | 173             |
| 5. La cuestión de la existencia de un derecho de regreso a favor de un extranjero que haya debido abandonar el territorio de un Estado en virtud de una medida de expulsión juzgada después irregular por una autoridad competente .....   | 174             |
| Federación de Rusia.....   | 174             |
| Suiza .....  | 174             |
| 6. Los criterios que permiten diferenciar la expulsión de un extranjero de la problemática de la no admisión; en particular, la cuestión de saber a partir de cuándo el alejamiento de un inmigrante ilegal está sujeto al procedimiento de expulsión y no al de no admisión.....  | 175             |
| Federación de Rusia.....   | 175             |
| Suiza .....  | 175             |
| 7. La situación jurídica de los inmigrantes ilegales que se encuentran en el mar territorial o en las aguas interiores, o en la zona fronteriza excepto las zonas portuarias o aeroportuarias. En particular, ¿existe, además de las zonas portuarias o aeroportuarias, una zona internacional dentro de la cual se consideraría que el extranjero no ha penetrado aún en el territorio del Estado? En caso afirmativo, ¿cómo determinar la extensión y la anchura de esa zona?..... | 175             |
| Federación de Rusia.....   | 175             |
| Suiza .....  | 176             |



|   | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| 8. La práctica de los Estados con respecto a los motivos de expulsión, así como la cuestión de si, y llegado el caso, en qué medida el derecho internacional limita esos motivos..... | 176           |
| Alemania.....   | 176           |
| Federación de Rusia.....  | 176           |
| Mauricio.....   | 176           |
| Suiza.....  | 177           |
| B. Observaciones e información sobre otras cuestiones.....  | 177           |
| Alemania.....   | 177           |
| Mauricio.....   | 177           |
| Suiza.....  | 178           |

### Instrumentos internacionales citados en el presente documento

|   | <i>Fuente</i>   |
|---|---|
| Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)  | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, n.ºs 970-973, pág. 31.<br>En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105. |
| 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.   |
| Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)   | Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221.<br>En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 243, 10 de octubre de 1979.   |
| Protocolo n.º 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por el que se reconocen ciertos derechos y libertades distintos de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio (Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963) | Ibíd., vol. 1496, n.º 2889, pág. 263.   |
| Protocolo n.º 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984)  | Ibíd., vol. 1525, n.º 2889, pág. 195.   |
| Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)   | Ibíd., vol. 189, n.º 2545, pág. 137.  |
| Convención sobre el estatuto de los apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)  | Ibíd., vol. 360, n.º 5158, pág. 174.  |
| Convenio europeo de establecimiento (París, 13 de diciembre de 1955)  | Ibíd., vol. 529, n.º 7660, pág. 141.  |
| Convención para reducir los casos de apatridia (Nueva York, 30 de agosto de 1961)   | Ibíd., vol. 989, n.º 14458, pág. 221.   |
| Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)   | Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.   |
| Convención Americana sobre Derechos Humanos – «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)   | Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.  |
| Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)  | Ibíd., vol. 1520, n.º 26363, pág. 217.  |
| Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (Schengen, 14 de junio de 1985)  | <i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i> , n.º L 239, 22 de septiembre de 2000, pág. 13.   |
| Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas (Dublín, 15 de junio de 1990)  | Ibíd., n.º C 254/19, 19 de agosto de 1997, pág. 13.   |
| Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990)  | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2220, n.º 39481, pág. 3.   |

### Introducción

1. En su 57.º período de sesiones, en 2005, la Comisión de Derecho Internacional decidió, en conformidad con el párrafo 2 del artículo 19 de su Estatuto, solicitar a los gobiernos, a través de la Secretaría General, cualquier infor-

mación relativa a la práctica de los Estados, incluida la legislación nacional, sobre el tema «Expulsión de extranjeros»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 15, párr. 27.

2. En el párrafo 4 de la resolución 60/22, de 23 de noviembre de 2005, la Asamblea General invitó a los gobiernos a facilitar información a la Comisión, tal como se solicita en el capítulo III del informe de la Comisión sobre su 57.º período de sesiones<sup>2</sup>, acerca de, entre otros temas, la «Expulsión de extranjeros».

3. En su 59.º período de sesiones, en 2007, la Comisión reiteró su solicitud de información acerca de la práctica de los Estados en el contexto del tema «Expulsión de extranjeros», con inclusión de ejemplos de la legislación nacional. La Comisión acoge con interés en particular la información y las observaciones sobre cuestiones específicas relativas a este tema<sup>3</sup>.

4. En el párrafo 3 de la resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, la Asamblea General señaló a la atención de los gobiernos la importancia que reviste para la Comisión

<sup>2</sup> *Ibíd.*

<sup>3</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 27. Las cuestiones sobre las que la Comisión invitó a los gobiernos a presentar comentarios e información se enumeran en la sección A *infra*.

contar con sus observaciones sobre los diversos aspectos relacionados con los temas del programa de la Comisión, incluido el relativo a la «Expulsión de extranjeros», en especial sobre todas las cuestiones concretas mencionadas en el capítulo III de su informe sobre la labor realizada en su 59.º período de sesiones<sup>4</sup>. En el párrafo 4 de la misma resolución, la Asamblea General invitó a los gobiernos, en el contexto del párrafo 3, a que proporcionaran información sobre la práctica relativa, entre otros, al tema «Expulsión de extranjeros».

5. Al 29 de agosto de 2008, se habían recibido respuestas escritas de Alemania (27 de mayo de 2008), la Federación de Rusia (30 de abril de 2008), Mauricio (12 de noviembre de 2007) y Suiza (22 de julio de 2008). Las respuestas se reproducen más adelante. En la sección A pueden verse las observaciones y la información sobre cuestiones específicas (o aspectos de las mismas) señaladas por la Comisión, mientras que en la sección B se encuentran las observaciones y la información sobre otras cuestiones relacionadas con este tema.

<sup>4</sup> *Ibíd.*

## Observaciones e información recibidas de los gobiernos

### A. Observaciones e información sobre las cuestiones específicas identificadas por la Comisión

#### 1. La práctica de los Estados con respecto a la cuestión de la expulsión de los nacionales. ¿Está permitida por las legislaciones nacionales? ¿Es posible en lo que concierne al derecho internacional?

##### FEDERACIÓN DE RUSIA

Según el párrafo 1 del artículo 61 de la Constitución de la Federación de Rusia, «un ciudadano de la Federación de Rusia no puede ser expulsado de Rusia ni extraditado a otro Estado».

##### SUIZA

#### 1. Legislación nacional

1. La expulsión de nacionales no está permitida por la legislación suiza. Esta prohibición consta en la Constitución Federal: «Los ciudadanos suizos no pueden ser expulsados del país; pueden ser entregados a un autoridad extranjera únicamente con su consentimiento» (art. 25, párr. 1).

#### 2. Derecho internacional

2. Se prohíbe a los Estados expulsar a sus nacionales, según se especifica en varios instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos.

3. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (160 Estados Partes y 67 signatarios) se dispone, en el artículo 12, párr. 4, que «[n]adie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país».

Aunque en el Pacto no se menciona expresamente una prohibición de la expulsión, sino más bien el derecho a entrar, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación general n.º 27 señala que el derecho consagrado en el párrafo 4 del artículo 12 del Pacto incluye explícitamente el derecho a permanecer en el propio país y, por consiguiente, a no ser expulsado<sup>1</sup>. El término «arbitrariamente» parece indicar que el Pacto solo prohibiría las exclusiones arbitrarias. El Comité de Derechos Humanos especifica que el término «arbitrariamente» intenta subrayar que el principio se aplica a toda actuación del Estado, legislativa, administrativa o judicial, y que las injerencias, aun cuando estén previstas por la ley, deben estar en consonancia con el espíritu del Pacto y ser razonables habida cuenta de las circunstancias<sup>2</sup>. Así pues, la prohibición de privar a un individuo del derecho a entrar en su propio país (y, por consiguiente, la prohibición de expulsarlo de él) es condicional e implica que la expulsión de un nacional, según las circunstancias, podría considerarse razonable y admisible. Asimismo, conviene señalar que el derecho consagrado en el artículo 12 puede suspenderse en virtud del artículo 4 del Pacto, a saber, en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación. Dicha suspensión está sometida a las condiciones previstas en el mismo artículo.

4. En el plano regional, en el Protocolo n.º 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por el que se reconocen ciertos

<sup>1</sup> Observación general n.º 27 (1999), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/55/40)*, vol. I, anexo VI, secc. A, párr. 19: «Este derecho tiene varias facetas. Supone el derecho a permanecer en el propio país».

<sup>2</sup> *Ibíd.*, párr. 21: «La referencia al concepto de arbitrariedad en este contexto tiene por objeto subrayar que se aplica a toda actuación del Estado, legislativa, administrativa o judicial; garantiza que incluso las injerencias previstas por la ley estén en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto, y sean, en todo caso, razonables en las circunstancias particulares».

derechos y libertades distintos de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio<sup>3</sup> (41 Estados Partes, 4 signatarios y 2 Estados no signatarios, incluida Suiza) se dispone que «[n]adie podrá ser expulsado [...] del territorio del Estado del cual sea nacional» (art. 3, párr. 1). Igual que el régimen de derechos humanos europeo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (24 Estados Partes, 1 Estado signatario y 7 Estados no signatarios) prohíbe la expulsión de nacionales (art. 22, párr. 5). No obstante, cabe señalar que tanto el Convenio europeo como la Convención Americana reconocen a los Estados la opción, en casos excepcionales de guerra o peligro público, de suspender la prohibición de expulsión de sus propios nacionales, de conformidad con los artículos 15 y 27, respectivamente. En el párrafo 2 del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se dispone también que todo individuo tiene derecho a regresar a su país. No obstante, el derecho puede estar sometido a restricciones por motivos de seguridad nacional, orden público, salud o moralidad, cuando así lo dispone la ley.

5. Habida cuenta de lo expuesto, parece que el principio general de la no expulsión de los nacionales está reconocido ampliamente en el derecho internacional, aunque hay diferencia de opiniones acerca de su alcance y definición.

<sup>3</sup> Suiza no ha firmado el Protocolo n.º 4 por razones no relacionadas con el artículo relativo a la expulsión de nacionales.

**2. La manera como son tratadas, desde el punto de vista del régimen de la expulsión, las personas que poseen dos o más nacionalidades. ¿Pueden esas personas ser consideradas como extranjeros con respecto a la expulsión?**

FEDERACIÓN DE RUSIA

En virtud de la legislación rusa, «un ciudadano de la Federación de Rusia que posee nacionalidad de otro Estado es considerado por la Federación de Rusia únicamente como ciudadano de la Federación de Rusia salvo disposición en contrario de un tratado internacional de la Federación de Rusia o del derecho federal» (párrafo 1 del artículo 6 de la Ley Federal sobre Ciudadanía de la Federación de Rusia). Así pues, la prohibición relativa a la expulsión de nacionales rusos comprende también a quienes poseen la nacionalidad de otros Estados.

SUIZA

La Constitución Federal de Suiza dispone que «los ciudadanos suizos no pueden ser expulsados del país»<sup>1</sup>. Por lo tanto, parece que la persona en cuestión, aun cuando tenga una o más nacionalidades además de la nacionalidad suiza, no puede ser expulsada. Por consiguiente, una persona con doble nacionalidad (una de las cuales sea suiza) no puede ser considerada como extranjero con respecto a la expulsión.

<sup>1</sup> Constitución Federal de la Confederación Suiza, de 18 de abril de 1999, párrafo 1 del artículo 25.

**3. La cuestión de la privación de nacionalidad como eventual condición previa a la expulsión de una persona. ¿Está permitida esa medida por las legislaciones nacionales? ¿Es posible en lo que concierne al derecho internacional?**

FEDERACIÓN DE RUSIA

1. De conformidad con la Constitución de la Federación de Rusia, los ciudadanos rusos no podrán ser privados de la nacionalidad (párrafo 3 del artículo 6). La ley federal antes mencionada prevé también esa prohibición (párrafo 4 del artículo 4). En la Federación de Rusia la prohibición de privar a un ciudadano de su nacionalidad es uno de los principios de la institución de la ciudadanía en su conjunto.

2. Al mismo tiempo, la privación de nacionalidad debería distinguirse claramente de la anulación de una decisión relativa a la concesión de la nacionalidad, cuando se comprueba que un solicitante ha presentado datos falsos o documentos falsificados. La anulación de una decisión sobre la concesión de la nacionalidad adquirida mediante fraude es un derecho soberano inherente de todo Estado. En la Federación de Rusia, el procedimiento de anulación de una decisión sobre la concesión de la nacionalidad está regulado por la Ley Federal sobre Ciudadanía (cap. IV).

SUIZA

*1. Legislación nacional*

1. Según la legislación suiza, la oficina federal competente puede revocar la nacionalidad suiza si se cumplen tres condiciones. En primer lugar, la persona en cuestión debe tener doble nacionalidad. En segundo lugar, la persona debe haber provocado daño grave a los intereses o reputación de Suiza. En tercer lugar, la autoridad del cantón de origen debe haber dado su consentimiento<sup>1</sup>.

2. Asimismo, la legislación suiza dispone que la nacionalidad suiza debe revocarse en los cinco años siguientes a la naturalización o rehabilitación obtenida mediante declaraciones falsas o la ocultación de datos fundamentales, aun cuando en consecuencia la persona resulte apátrida<sup>2</sup>.

3. Una vez que una persona ha sido privada de la nacionalidad suiza pasa a ser un nacional extranjero y, por consiguiente, puede ser objeto del procedimiento de expulsión. Así pues, en teoría es posible privar de la nacionalidad suiza a una persona que haya provocado daño grave a los intereses o la reputación de Suiza o su nacionalidad suiza y luego expulsar a esa persona debido a que representa una amenaza para la seguridad nacional. No obstante, la

<sup>1</sup> Ley Federal sobre la adquisición y pérdida de la nacionalidad suiza, de 29 de septiembre de 1952 (Ley de Nacionalidad), *Recueil systématique* 141.0, art. 48. En diciembre de 2006 se presentó una iniciativa parlamentaria en que se proponía una enmienda de la Ley de Nacionalidad a fin de que los extranjeros con doble nacionalidad pudieran ser privados, al menos temporalmente, de la nacionalidad suiza si representaban un peligro grave o repetido contra la seguridad pública o violaban la ley. La comisión parlamentaria competente no propuso tomar medidas al respecto, pero el Consejo Nacional no ha examinado todavía el tema.

<sup>2</sup> Ley Federal sobre la adquisición y pérdida de la nacionalidad suiza, de 29 de septiembre de 1952 (Ley de Nacionalidad), *Recueil systématique* 141.0, art. 41. En cuanto a la cancelación de la naturalización, incluso en el caso de la apatridia, véase la sentencia n.º 5A.22/2006 del Tribunal Federal de 13 de julio de 2006, motivos 4.4 (inédita).

intención de expulsar a una persona no es un argumento válido para revocar la nacionalidad suiza de una persona.

## 2. Derecho internacional

4. El otorgamiento y la privación de la nacionalidad dependen de la jurisdicción exclusiva de los Estados. Por ello, el derecho internacional general no regula las cuestiones relacionadas con esta esfera. De todas formas, trata de reducir en lo posible la apatridia<sup>3</sup>.

5. Los Estados tienen también jurisdicción exclusiva para determinar las normas que regulan los motivos y procedimientos para la expulsión de los extranjeros, siempre que respeten sus obligaciones internacionales, en particular en la esfera de los derechos humanos.

6. Por ello, es comprensible que el derecho internacional no se pronuncie sobre la cuestión de si la privación de la nacionalidad puede utilizarse o no como paso previo a la expulsión de una persona.

7. No obstante, conviene señalar que incluso la Convención para reducir los casos de apatridia, prevé que los Estados pueden formular una declaración (en el momento de la firma de ratificación) por la que se reservan la facultad de eximirse del principio de no privación de la nacionalidad resultante en apatridia cuando una persona «se haya conducido de una manera gravemente perjudicial para los intereses esenciales del Estado»<sup>4</sup>. Si bien esta convención internacional encaminada a limitar la apatridia ofrece a los Estados la posibilidad de convertir a una persona en apátrida, resulta claro que es poca o ninguna la limitación a la privación de la nacionalidad por motivos de interés nacional. Por consiguiente, cabe suponer que sería posible, en virtud del derecho internacional, que un Estado privara a uno de sus nacionales de su nacionalidad si hubiera causado grave daño a su interés nacional y, por los mismos motivos (seguridad nacional), lo expulsara una vez que se hubiera revocado su nacionalidad.

<sup>3</sup> Convención para reducir los casos de apatridia. Cabe señalar que, hasta la fecha, esta Convención cuenta solo con 34 Estados Partes y 3 signatarios (Suiza no se encuentra entre ellos). Ello demuestra la resistencia de los Estados a dejar que las cuestiones relacionadas con la nacionalidad estén reguladas por el derecho internacional.

<sup>4</sup> Art. 8, párr. 3, apdo. a, inc. ii). Cuatro de los 26 Estados Partes han hecho uso de la posibilidad prevista en esta disposición para formular dicha reserva.

## 4. La cuestión de la expulsión colectiva de los extranjeros que son nacionales de un Estado que participa en un conflicto armado con el Estado de acogida. En ese contexto, ¿conviene distinguir entre los extranjeros que viven pacíficamente en el Estado de acogida y los que toman parte en actividades hostiles hacia éste?

### SUIZA

1. La cuestión de la expulsión colectiva en caso de conflictos armados no se contempla en la legislación nacional de Suiza. No obstante, en lo que se refiere al derecho internacional, varios instrumentos de derechos humanos y de derecho internacional humanitario pueden ayudar a responder a esta pregunta.

2. En primer lugar, es importante considerar la cuestión de la expulsión colectiva desde la perspectiva del principio de no devolución. De hecho, la prohibición de la tortura y

de los tratos o penas inhumanos o degradantes —reconocida en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos, y que es reconocida como norma imperativa de derecho internacional— está estrechamente vinculada con el tema de la expulsión. Un Estado no puede expulsar ni devolver a una persona a un país si corre en él peligro de verse sometida a tortura o a tratos o penas inhumanos o degradantes, sea en tiempo de paz o en tiempo de guerra, independientemente del delito de que se acusa a la persona en cuestión<sup>1</sup>. Ello significa que, en todo momento, el Estado debe comprobar que la posible expulsión no viola la prohibición absoluta de tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes. Como todo Estado está obligado a examinar las expulsiones caso por caso, la expulsión colectiva está estrictamente prohibida lo mismo en tiempo de paz que en tiempo de guerra, independientemente del delito de que se acuse a la persona en cuestión.

3. Aunque el principio mismo de no devolución excluye la expulsión colectiva en términos absolutos, en bien de una información exhaustiva conviene examinar las disposiciones específicas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos acerca de la expulsión colectiva.

4. En el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se estipula que una persona que esté legalmente en el territorio de un Estado Parte no puede ser expulsada sin tener acceso a las debidas garantías procesales. Ello implica el examen individual de cada caso de expulsión y, por consiguiente, la prohibición de la expulsión colectiva. De todas formas, un Estado no está obligado a cumplir esta disposición si lo requieren «razones imperiosas de seguridad nacional».

5. El Protocolo n.º 4 del Convenio europeo de derechos humanos prohíbe también la expulsión colectiva de extranjeros (art. 4)<sup>2</sup>. El Protocolo no hace referencia a la prohibición contra la derogación de los derechos y obligaciones contenidos en él. De ello se deduce que la exención de la prohibición contra la expulsión colectiva es posible en virtud del artículo 15 del Convenio (artículo 6 del Protocolo n.º 4). En consecuencia, la expulsión colectiva de extranjeros estaría permitida en tiempo de guerra, en la medida estrictamente requerida por la situación y siempre que las medidas adoptadas no estén en contradicción con otras obligaciones del derecho internacional.

6. Para cumplir esta disposición del Convenio, parece pertinente establecer una distinción entre los extranjeros que viven pacíficamente en el Estado de acogida y los que participan en actividades hostiles contra el mismo. De hecho, sería difícil argumentar que la expulsión de extranjeros pacíficos está exigida por la situación a tenor del artículo 15. Un Estado que expulse a nacionales de otro Estado con el que esté en conflicto, independiente-

<sup>1</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Saadi c. Italie*, sentencia de la Gran Sala de 28 de febrero de 2008, *Recueil des arrêts et décisions 2008*, párr. 127; Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/49/40)*, vol. II, Observación general n.º 20, párr. 9, comunicación n.º 469/1991, *Chitat Ng c. Canadá*; *ibíd.*, *quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, comunicación n.º 539/1993, *Keith Cox c. Canadá*; e *ibíd.*, *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/53/40)*, vol. II, comunicación n.º 706/1996, *G. T. c. Australia*.

<sup>2</sup> Suiza no ha firmado el Protocolo por razones no relacionadas con el artículo sobre la expulsión colectiva.

mente de la participación de aquellos en el mismo, incurriría sin duda en violación del artículo 4 del Protocolo n.º 4 y del artículo 15 del Convenio. Lo mismo cabría argumentar con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros (art. 22, párr. 9) en las mismas condiciones que el Convenio y prevé la opción de la suspensión en tiempo de guerra (art. 27).

7. A diferencia de los regímenes de América y Europa, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos mantiene que la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros no puede ser objeto de derogación<sup>3</sup>. En el contexto del régimen africano, no se plantea la cuestión de la distinción entre los extranjeros que viven pacíficamente en el Estado de acogida y los que participan en actividades hostiles contra el mismo.

8. El derecho internacional humanitario tiende también a confirmar el principio de la prohibición de la expulsión colectiva. De hecho, a pesar de que los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra no mencionan expresamente la prohibición de la expulsión colectiva, de todas sus disposiciones se deduce claramente que cada Estado está obligado a examinar las expulsiones de extranjeros caso por caso a fin de comprobar que la persona en cuestión no correrá peligro en el país de destino.

9. Es también digno de mención el artículo 44 del Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), en el que se dispone que los refugiados no pueden ser tratados como extranjeros enemigos exclusivamente a causa de su pertenencia jurídica a un Estado enemigo. De ello se desprende que no sería permisible la expulsión de una categoría de refugiados únicamente por su nacionalidad. Además, en el artículo 12 del Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (Convenio III) y en el artículo 45 del Convenio IV se dispone que los prisioneros de guerra y los civiles «no pueden ser transferidos por la Potencia detenedora más que a otra Potencia que sea Parte en el Convenio y cuando la Potencia detenedora se haya cerciorado de que la otra Potencia desea y puede aplicar el Convenio». Asimismo, el artículo 45 del Convenio IV contiene una cláusula de no devolución. Finalmente, conviene señalar el comentario al artículo 45 del Convenio IV, en que se aclara el término «transferencia» y se determina lo siguiente:

Al no haber ninguna cláusula en que se estipule que la deportación debe considerarse una forma de transferencia, parecería que en este artículo no se pone ninguna traba al derecho de las partes en el conflicto a deportar extranjeros en conflicto en casos concretos cuando la seguridad del Estado así lo exija<sup>4</sup>. Sin embargo, la práctica y la teoría hacen de este un derecho limitado: por ejemplo, no puede permitirse la deportación en masa, al comienzo de una guerra, de todos los extranjeros del territorio de un beligerante<sup>5</sup>.

10. De lo dicho se desprende que la expulsión colectiva, sea en tiempos de paz o de guerra, está excluida por el derecho internacional. Por ello, la cuestión de si debe hacerse una distinción entre extranjeros pacíficos y hostiles no tiene ya sentido en el contexto de las expulsiones colectivas. De

<sup>3</sup> Art. 12, párr. 5.

<sup>4</sup> La versión francesa de la observación, publicada en 1956, parece ser más restrictiva sobre este punto. El pasaje correspondiente es del siguiente tenor: «y cuando la seguridad del Estado lo exige *absolutamente*\*».

<sup>5</sup> Jean S. Pictet (ed.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949. Commentaire*, vol IV, Ginebra, CICR, 1956, págs. 286 y 287.

todas formas, ello no significa que el criterio de las características pacíficas u hostiles de la persona en cuestión no deba tenerse en cuenta en el procedimiento para la expulsión de una persona.

## 5. La cuestión de la existencia de un derecho de regreso a favor de un extranjero que haya debido abandonar el territorio de un Estado en virtud de una medida de expulsión juzgada después irregular por una autoridad competente

### FEDERACIÓN DE RUSIA

*A priori*, el extranjero tiene derecho de retorno, siempre que continúen siendo válidas las razones jurídicas de su estancia en el territorio de un Estado. De lo contrario, el derecho a regresar parece depender de los motivos en virtud de los cuales se considera que una orden de expulsión es ilegal. Si, por ejemplo, la expulsión de un extranjero ha dado lugar a la violación de su derecho al respeto a la vida familiar, la readmisión de la persona en cuestión parece ser una «indemnización» adecuada. Por el contrario, si se comprueba que una orden de expulsión ha sido ilegal debido al incumplimiento de determinadas formalidades, el único deber del Estado expulsor es otorgar una indemnización por el daño provocado al extranjero expulsado, sin que ello implique necesariamente el derecho de regreso.

### SUIZA

1. De conformidad con la Ley Federal sobre Extranjeros<sup>1</sup>, los recursos jurídicos están regulados por las disposiciones generales del procedimiento federal. Según estas disposiciones generales, la autoridad competente podrá hacer ejecutiva su decisión únicamente cuando esta no pueda ser ya impugnada mediante un recurso jurídico, cuando dicho recurso no tenga efecto suspensivo o cuando se haya retirado el efecto suspensivo atribuido a un recurso jurídico (artículo 39 de la Ley Federal sobre Procedimiento Administrativo). El procedimiento federal estipula que las apelaciones tendrán efecto suspensivo, salvo en un pequeño número de casos excepcionales o disposición en contrario de la ley (artículo 55 de la Ley Federal sobre Procedimiento Administrativo).

2. Cuando no se prevé ninguna excepción y la Ley Federal sobre Extranjeros no disponga lo contrario, la expulsión no se ejecutará si puede ser impugnada y la apelación tiene efecto suspensivo. Un extranjero sujeto a orden de expulsión se encuentra, por consiguiente, en territorio suizo mientras espera la decisión de la autoridad competente<sup>2</sup>. En tal caso, no se plantea la cuestión del derecho de regreso.

3. No obstante, en algunos casos de remoción o expulsión, como la remoción inmediata de un extranjero que provoca grave daño a la seguridad y el orden públicos, la

<sup>1</sup> Ley Federal sobre Extranjeros, de 16 de diciembre de 2005, *Recueil systématique* 142.20, art. 112.

<sup>2</sup> Cabe señalar que el procedimiento para la remoción se enmendará tras la aplicación en Suiza del Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes y del Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas. De hecho, en conformidad con las disposiciones del acuerdo de asociación con este último instrumento, la remoción será ejecutable de forma inmediata y la apelación contra la orden de remoción no tendrá efecto suspensivo.

apelación no tiene efecto suspensivo. En tal circunstancia, debe esperarse el resultado de la apelación mientras que el apelante se encuentra fuera del territorio de Suiza. Si la autoridad competente para conocer de la apelación decide que la orden de expulsión se ha adoptado ilegalmente, podrá anular la decisión impugnada y dictar otra sentencia. En tal caso, según cuál sea la decisión de la autoridad competente para conocer de la apelación, se podrá otorgar al extranjero el derecho de regreso.

4. Conviene señalar también que cuando se interpone una solicitud contra una orden de expulsión ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta apelación no tiene efecto suspensivo. Por ello, las autoridades suizas trasladan a la persona extranjera antes de que dicho Tribunal dicte una sentencia. Si el Tribunal concluye que la ejecución de la expulsión representó una violación del Convenio europeo de derechos humanos, no se otorgará al extranjero en cuestión un derecho automático de regreso. No obstante, las autoridades cantonales competentes otorgan en general una nueva autorización para entrar en Suiza, siempre que no haya ninguna otra razón para denegarla.

5. Finalmente, aunque estrictamente hablando no se trate de un derecho de regreso resultante del reconocimiento de una expulsión ilegal, conviene señalar que en los acuerdos de readmisión que Suiza ha concertado con otros Estados se incluye en general una disposición en virtud de la cual el Estado que solicita la readmisión de una persona en su (supuesto) país de origen está obligado a readmitirlo en su territorio si posteriormente se comprueba que la persona no tiene la nacionalidad del país en cuestión («readmisión»).

#### **6. Los criterios que permiten diferenciar la expulsión de un extranjero de la problemática de la no admisión; en particular, la cuestión de saber a partir de cuándo el alejamiento de un inmigrante ilegal está sujeto al procedimiento de expulsión y no al de no admisión**

##### FEDERACIÓN DE RUSIA

1. Un criterio decisivo para establecer la distinción entre esos dos procedimientos parece ser el «territorial», ya que no es posible expulsar a una persona que no se encuentre presente en el territorio del Estado expulsor. A esta persona solo puede denegársele la admisión. Por ello, denegación de admisión significa impedir a una persona que está realmente fuera del territorio de un Estado que entre en dicho Estado, mientras que expulsión significa obligar a una persona que está realmente en el territorio de un Estado a abandonar ese territorio.

2. Habida cuenta de ello, estaría justificado excluir el mar territorial, las aguas internas y la zona fronteriza de la definición de «territorio» a los efectos del proyecto de artículos sometido a consideración. Si se aplica un régimen especial a los extranjeros en las zonas antes mencionadas, no es probable que dichos extranjeros sean objeto de expulsión. La Federación de Rusia no está convencida de que esta situación se encuentre dentro del ámbito del proyecto de artículos.

##### SUIZA

1. Las disposiciones de la Ley Federal sobre Extranjeros abordan siempre cuestiones relacionadas con la

denegación de permisos de residencia y la denegación de prórroga del permiso de residencia en el mismo contexto. Ello significa que, en términos generales, no se realiza ninguna distinción entre la remoción en el contexto del procedimiento de no admisión (denegación de permiso de residencia) y la remoción en el contexto del procedimiento de expulsión (denegación de prorrogar el permiso de residencia).

2. No obstante, la Ley Federal sobre Extranjeros contiene una cláusula sobre el caso especial de retorno en el aeropuerto<sup>1</sup>. Esta cláusula es aplicable cuando se deniega a un inmigrante el ingreso en Suiza durante los controles fronterizos realizados en el aeropuerto. En tal caso, el extranjero debe abandonar el territorio suizo sin demora. La oficina competente toma una decisión en el plazo de 48 horas. Esta decisión puede ser objeto de apelación en un período de tiempo muy breve (48 horas) una vez realizada la notificación. La autoridad competente en materia de apelaciones debe dictar su sentencia antes de transcurridas 72 horas. Mientras no se ordene el retorno forzado del extranjero, este puede ser retenido por un período de hasta 15 días en la zona de tránsito a fin de preparar su salida. Hasta ese punto, se trata de un procedimiento de denegación de admisión.

3. En los casos en que un extranjero no puede ser devuelto, debido al riesgo de tortura y de tratos o penas inhumanos o degradantes, se le concede la admisión temporal. El extranjero en cuestión ya no es, por lo tanto, un «inmigrante ilegal». En consecuencia, la persona en cuestión ya no está sujeta al procedimiento de denegación de admisión. Su caso será examinado periódicamente para determinar si la persona puede permanecer en territorio suizo o si debe ser devuelta (en el marco del procedimiento de expulsión).

4. Por otro lado, si la persona en cuestión tiene intención de solicitar asilo y cumple los requisitos contenidos en la Ley de Asilo<sup>2</sup>, se permitirá su entrada en Suiza para que pueda presentar una solicitud de asilo. Por ello, el extranjero ya no estará sujeto al procedimiento de denegación de admisión. Si las autoridades competentes deciden tomar las medidas de remoción, se procederá en el marco del procedimiento de traslado o expulsión y no en el de denegación de admisión.

<sup>1</sup> Ley Federal sobre Extranjeros, de 16 de diciembre de 2005, *Recueil systématique* 142.20, art. 65.

<sup>2</sup> Ley de Asilo, de 26 de junio de 1998, *Recueil systématique* 142.31.

#### **7. La situación jurídica de los inmigrantes ilegales que se encuentran en el mar territorial o en las aguas interiores, o en la zona fronteriza excepto las zonas portuarias o aeroportuarias. En particular, ¿existe, además de las zonas portuarias o aeroportuarias, una zona internacional dentro de la cual se consideraría que el extranjero no ha penetrado aún en el territorio del Estado? En caso afirmativo, ¿cómo determinar la extensión y la anchura de esa zona?**

##### FEDERACIÓN DE RUSIA

Además de las zonas portuarias y aeroportuarias, pueden considerarse como zonas internacionales en el sentido

indicado (es decir, zonas en las que se consideraría que un extranjero no ha penetrado aún en el territorio del Estado) los siguientes territorios: los territorios de las estaciones/terminales de ferrocarril o de automóviles abiertas al tráfico internacional así como los de otros lugares específicamente designados colindantes con la frontera estatal donde se realiza la admisión al territorio de un Estado de acuerdo con la legislación nacional. El alcance y amplitud de estas zonas se determinan en la legislación nacional.

#### SUIZA

No se aplica a Suiza.

### 8. La práctica de los Estados con respecto a los motivos de expulsión, así como la cuestión de si, y llegado el caso, en qué medida el derecho internacional limita esos motivos

#### ALEMANIA

La Ley de Residencia de Alemania (*Aufenthaltsgesetz, AufenthG*) especifica varias razones de expulsión. Entre ellas se incluyen los motivos basados en la comisión de delitos penales o en condenas, así como los relacionados con actividades terroristas o extremistas y delitos asociados con la reglamentación.

#### FEDERACIÓN DE RUSIA

##### *Cuestión de si los motivos de expulsión están limitados por el derecho internacional*

1. Parece pertinente hablar sobre los motivos únicamente con respecto a la expulsión de extranjeros legalmente presentes en el territorio de un Estado (en el caso de los extranjeros ilegales, los motivos son evidentes). No es probable que el derecho internacional general restrinja los motivos para la expulsión de extranjeros «legales», con excepción de quienes gozan de estatuto especial: refugiados y apátridas así como trabajadores migrantes y sus familiares que están documentados o se encuentran en situación regular.

2. Las normas específicas con respecto a su expulsión están establecidas en la Convención sobre el estatuto de los refugiados (arts. 32 y 33), la Convención sobre el estatuto de los apátridas (art. 31) y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (art. 56, párr. 3), respectivamente.

3. En el plano regional se adopta un planteamiento diferenciado en cuanto a la restricción de los motivos para la expulsión de un extranjero. Por ejemplo, en virtud del artículo 1 del Protocolo n.º 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, los motivos para la expulsión de los «extranjeros legales» se limitan a consideraciones relacionadas con la seguridad nacional y el orden público. No obstante, esta restricción se aplica únicamente en casos de expulsión antes del ejercicio de las salvaguardias de procedimiento establecidas en ese artículo. El Convenio europeo de establecimiento, limita los motivos de expulsión de los extranjeros residentes, incluidos los residentes de larga duración (art. 3).

4. Al mismo tiempo, los motivos de expulsión de los extranjeros —al menos de los que no gozan de un estatuto especial— quedan, por norma, a discreción del Estado, principio que se basa en la naturaleza misma del derecho a expulsar. Obviamente, los motivos de expulsión no deben ser discriminatorios.

##### *Práctica de la Federación de Rusia con respecto a los motivos de expulsión*

5. En virtud de la legislación nacional de la Federación de Rusia, hay dos procedimientos relativos a la expulsión: la remoción administrativa de un extranjero o una persona apátrida y la deportación.

6. La remoción administrativa es una medida de responsabilidad administrativa de un extranjero o apátrida por delitos administrativos. Estos últimos guardan relación fundamentalmente con la infracción del régimen relativo a la permanencia de extranjeros (personas apátridas) en el territorio de la Federación de Rusia, incluido el régimen de inmigración y el referente a la actividad laboral. La lista de delitos que implican la remoción administrativa, así como el procedimiento para exigir responsabilidades y para la ejecución de la sanción, están claramente regulados por el Código Ruso de Delitos Administrativos.

7. La deportación se aplica a las personas cuando los motivos de su permanencia legal (residencia) en el territorio de la Federación de Rusia han dejado de existir y dichas personas no abandonan el territorio de forma voluntaria. La cesación de los motivos mencionados *supra* puede dimanar de la decisión de las autoridades competentes de reducir la duración de la estancia (residencia) de un extranjero (persona apátrida) o de anular su permiso de residencia temporal o permanente en la Federación de Rusia. La lista de casos en que puede tomarse esta decisión es exhaustiva. Se encuentra en la Ley Federal sobre la condición jurídica de los extranjeros en la Federación de Rusia.

8. Además, la legislación rusa prevé un mecanismo en virtud del cual las autoridades competentes pueden determinar que es improcedente la permanencia de un extranjero (persona apátrida) que se encuentra legalmente en el territorio de la Federación de Rusia. Esta decisión puede adoptarse si la permanencia (residencia) de una persona representa una amenaza real para la defensa o seguridad del Estado o para el orden público o la salud pública, así como por razones relacionadas con la protección del orden constitucional, la moral, o los derechos o intereses jurídicos de otras personas. Los extranjeros (personas apátridas) cuya permanencia se considere improcedente deberían abandonar el territorio de la Federación de Rusia de forma voluntaria. De lo contrario, pueden ser objeto de deportación.

#### MAURICIO

La Ley de Deportación de 1968 de Mauricio regula la expulsión de los extranjeros. En la sección 4 de la Ley se faculta al Ministro de Defensa y Seguridad para dictar orden de deportación de: *a*) una persona convicta; *b*) una persona indeseable; *c*) una persona indigente, o *d*) un inmigrante prohibido. Estas categorías de personas se definen en la Ley.

## SUIZA

*Motivos de expulsión en virtud de la legislación suiza*

a) Se ha denegado al extranjero el permiso de residencia, o el permiso se ha anulado o no será prorrogado («retorno ordinario», artículo 66 de la Ley Federal sobre Extranjeros<sup>1</sup>);

b) El extranjero no tiene la autorización requerida («retorno sin una decisión formal», párrafo 1, apdo. a, del artículo 64 de la Ley Federal sobre Extranjeros);

c) El extranjero, durante una estancia que no requiere autorización, no cumple ya las condiciones exigidas por la ley para continuar en territorio suizo sin autorización («retorno sin una decisión formal», párrafo 1, apdo. b, del artículo 64 de la Ley Federal sobre Extranjeros);

d) El extranjero, en forma grave o repetida, provoca daño o pone en peligro el orden y la seguridad públicos o representa una amenaza para la seguridad interna o externa (artículo 121 de la Constitución Federal; «retorno sin una decisión formal», párrafo 3 del artículo 64 de la Ley Federal sobre Extranjeros; «retorno ordinario», párrafo 3 del artículo 66 de la Ley Federal sobre Extranjeros; y «expulsión», párrafos 1 y 4 del artículo 62 de la Ley Federal sobre Extranjeros).

*Restricciones de los motivos de expulsión en virtud del derecho internacional y, en su caso, alcance de los mismos*

1. Dado que Suiza es un país que aplica la teoría monista, el derecho internacional (derecho internacional convencional, desde su entrada en vigor en Suiza, y derecho internacional consuetudinario) forma parte de su orden jurídico interno. Por consiguiente, las leyes se interpretan a la luz del derecho tanto nacional como internacional. En principio, el derecho internacional tiene primacía sobre la legislación nacional. Por ello, el derecho internacional puede limitar la aplicación de la legislación nacional, incluida la referente a la expulsión de extranjeros. Por consiguiente, las autoridades judiciales competentes examinarán cada caso de expulsión teniendo en cuenta el derecho internacional consuetudinario y los instrumentos en que Suiza es parte.

2. Además, la Ley Federal sobre Extranjeros se aplica a estos «en la medida en que su estatuto jurídico no está regulado por otras disposiciones de la legislación federal o por tratados internacionales concertados por Suiza»<sup>2</sup>. Por consiguiente, las disposiciones de esta ley, en que se incluyen los motivos de la expulsión, son aplicables únicamente cuando no es aplicable ninguna otra ley federal o disposición del derecho internacional (como la Convención sobre el estatuto de los refugiados).

3. Si bien los motivos de la expulsión de extranjeros no están limitados por el derecho internacional en la actualidad, la expulsión forzosa está limitada en términos más amplios por las obligaciones vinculantes contraídas por Suiza en virtud del derecho internacional (véase más adelante).

<sup>1</sup> Ley Federal sobre Extranjeros, de 16 de diciembre de 2005, *Recueil systématique* 142.20.

<sup>2</sup> Art. 2, párr. 1.

**B. Observaciones e información sobre otras cuestiones**

## ALEMANIA

1. Al considerar la cuestión de las restricciones impuestas por el derecho internacional, deben tenerse en cuenta las dos partes del proceso utilizado para poner fin a la residencia en Alemania. El permiso de residencia de un extranjero expira en el momento de la expulsión y, por consiguiente, aquel se ve privado de su derecho de residencia en Alemania. Por ello, el extranjero debe abandonar el país (sección 50 de la Ley de Residencia). Solo una vez que el requisito de abandonar el país llega a ser ejecutable y no se tiene la certeza de que el extranjero abandonará el país voluntariamente o existen razones de seguridad y orden públicos que hacen necesaria la supervisión de la salida, la obligación de abandonar el país se lleva a cabo mediante la deportación (sección 58 de la Ley de Residencia).

2. Las obligaciones internacionales pueden obstaculizar la expulsión y la deportación. Por ejemplo, las consideraciones mencionadas en el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos, y el artículo 6 de la Ley Fundamental de Alemania (Constitución) se han incorporado en la sección 56 de la Ley de Residencia (protección especial frente a la expulsión en caso de vínculos familiares en Alemania). En los párrafos 2 y 5 de la sección 60 de la Ley de Residencia se prohíbe la deportación (también debido a la obligación contraída en virtud del artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos) si existe peligro de que el extranjero, una vez deportado, pueda ser objeto de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Estas restricciones se aplican independientemente de que existan o no motivos para la expulsión.

## MAURICIO

1. En virtud de la Ley de Ciudadanía de Mauricio, de 1968, por extranjero se entiende una persona que no es un ciudadano del Commonwealth o persona protegida británica. Un extranjero puede, con sujeción a determinadas condiciones, reunir los requisitos para la residencia en Mauricio: en el párrafo 1, apdo. b, de la sección 5 de la Ley de Inmigración de 1973 se dispone que, con sujeción a lo dispuesto en su sección 6, toda persona que no sea ciudadano gozará del estatuto de residente a los efectos de esa ley cuando, en el caso de un extranjero, haya sido, antes del 10 de diciembre de 1966, residente ordinario de Mauricio de forma continuada por un período de al menos siete años y desde la terminación de este período de residencia no se haya ausentado de Mauricio por un período de tres años o más.

2. La Ley de Deportación de 1968 de Mauricio regula la expulsión de los extranjeros. En la sección 4 de la Ley se faculta al Ministro de Defensa y Seguridad a dictar orden de deportación de: a) una persona convicta; b) una persona indeseable; c) una persona indigente, o d) un inmigrante prohibido. Estas categorías de personas se definen en la Ley. Cuando exista posibilidad de una orden de deportación, la persona a quien esté dirigida debe recibir una notificación en que se especifiquen las razones de



la deportación propuesta. Además, en dicha notificación deberá requerírsele que manifieste ante un magistrado las razones por las que no debe adoptarse esa orden. Luego, el Ministro considerará el informe del magistrado y decidirá si dictar o no a una orden de deportación. Si el Ministro decide que debe dictarse la orden, el deportado tendrá una segunda oportunidad para justificar por escrito por qué no debe adoptarse dicha orden.

3. La Ley de Inmigración de 1973 de Mauricio hace referencia en especial a la cuestión de la denegación de admisión de personas, a diferencia de la expulsión o deportación. En la sección 8 de la Ley se especifica una lista de personas clasificadas como «inmigrantes prohibidos», para quienes no existe derecho de admisión en Mauricio. No obstante, en virtud de los párrafos 2 y 3 de la sección 8, el Ministro de Inmigración tiene facultades discrecionales para otorgar la admisión condicional a una persona clasificada como «inmigrante prohibido». Asimismo, en algunos casos, la sección 13, párr. 6, apdo. *b*, de la Ley de Inmigración otorga el derecho de apelación a un pasajero a quien se haya denegado la admisión en Mauricio. En ella se prevé que, cuando un pasajero a quien el Ministro haya denegado la admisión en Mauricio declare ser ciudadano, residente permanente o residente, se incoará ante el Tribunal Supremo una apelación contra la decisión del Ministro.

4. Finalmente, la Ley sobre el Pasaporte de Mauricio contiene una sección sobre la no admisibilidad de personas en Mauricio: en la sección 12, párr. 1, se establece que el Ministro podrá determinar los países cuyos nacionales o ciudadanos deberán obtener un visado antes de ingresar en Mauricio, y en la sección 12, párr. 2, se afirma que una persona apátrida o, cuando los reglamentos se adopten en virtud del párrafo 1, un nacional o ciudadano de un país especificado en los reglamentos no estará autorizado a entrar en Mauricio a no ser que haya obtenido previamente un visado de las autoridades encargadas de los pasaportes.

## SUIZA

1. Si bien los motivos de la expulsión de extranjeros no están limitados por el derecho internacional en la actualidad, la expulsión forzosa está limitada en términos generales por las obligaciones vinculantes contraídas por Suiza en virtud del derecho internacional. En particular, Suiza no puede imponer una expulsión si esta viola sus obligaciones en materia de derechos humanos, incluido el principio de no devolución. Suiza ha codificado estas obligaciones en su legislación nacional. Por ejemplo, la Constitución Federal de Suiza dispone que nadie podrá ser devuelto al territorio de un Estado donde corra peligro de verse sometido a tortura o cualquier otra forma de tratamiento o castigo cruel o inhumano (véase el párrafo 3 del artículo 25). En términos generales, la Ley Federal sobre Extranjeros<sup>1</sup> establece que la ejecución forzosa de una orden de expulsión o traslado «es ilegal cuando el retorno de un extranjero a su Estado de origen, al Estado de donde llegó o a un tercer Estado es contrario a las obligaciones contraídas por Suiza en virtud del derecho internacional» (artículo 83 de la Ley Federal sobre Extranjeros). Por consiguiente, el traslado no puede realizarse y el extranjero puede acogerse a la admisión temporal.

2. Otro ejemplo de restricción de la expulsión forzosa resulta de la primacía del procedimiento de extradición con respecto al de expulsión. Si se presenta a Suiza una solicitud de extradición en el contexto de la asistencia jurídica mutua en asuntos penales, la persona será trasladada al Estado solicitante de conformidad con el procedimiento de extradición aplicable y no el de expulsión. Asimismo, no sería permisible utilizar un acuerdo de readmisión con el fin de extraditar a la persona en cuestión.

<sup>1</sup> Ley Federal sobre Extranjeros, 16 de diciembre de 2005, *Recueil systématique* 142.20, art. 121.

## EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/617

### Proyectos de artículos sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, reordenados por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, a la luz del debate celebrado en sesión plenaria durante la primera parte del presente período de sesiones

[Original: francés]  
[21 de julio de 2009]

#### Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

Fuente

|   |  |
|---|--|
| Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) (Ginebra, 12 de agosto de 1949)                      | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, n.º 973, pág. 287. En español, véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105. |
| Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950) | Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 243, 10 de octubre de 1979, pág. 23564.                                       |
| Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)   | Ibíd., vol. 189, n.º 2545, pág. 151.   |
| Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)                               | Ibíd., vol. 360, n.º 5158, pág. 126.   |
| Acuerdo relativo a los marinos refugiados (La Haya, 23 de noviembre de 1957)  | Ibíd., vol. 506, n.º 7384, pág. 125.   |
| 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 Americana sobre Derechos Humanos — «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)   | Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.   |
| Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)  | Ibíd., vol. 1520, n.º 26363, pág. 217.   |
| 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.   |
| Carta Árabe de Derechos Humanos (Túnez, 22 de mayo de 2004)   | CHR/NONE/2004/Rev.1.   |

1. Con ocasión del examen del quinto informe sobre la expulsión de extranjeros (documento A/CN.4/611, reproducido en el presente volumen), que tuvo lugar en la primera parte del 61.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, en 2009, una gran mayoría de los miembros de la Comisión manifestaron su incompreensión respecto de las intenciones del Relator Especial acerca de la cuestión de la protección de los derechos humanos de la

persona expulsada o en vías de expulsión, como límite al derecho de expulsión del Estado. Estos miembros expresaron el deseo de que se afirmase claramente el principio de una protección integral de los derechos de la persona expulsada o en vías de expulsión en el contexto de la expulsión de extranjeros y, en consecuencia, pidieron que se volviera a redactar el proyecto de artículo 8 en el sentido indicado.

2. En este mismo orden de ideas, la Comisión pidió también que se reordenasen los proyectos de artículos 9 a 14 teniendo en cuenta las modificaciones propuestas a algunos de ellos durante el debate, con miras a remitir al Comité de Redacción el conjunto de los proyectos de artículos 8 a 14 contenidos en el quinto informe.

3. El presente documento trata de responder a tales preocupaciones. Los proyectos de artículos se reordenan en cuatro secciones relativas a: «Normas generales», «Protección requerida del Estado autor de la expulsión», «Protección contra los riesgos de violación de los derechos humanos en el Estado de destino», y «Protección en el Estado de tránsito».

## CAPÍTULO 4

### Protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión<sup>1</sup>

#### A. Normas generales

##### **Proyecto de artículo 8<sup>2</sup>. Obligación general de respetar los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión**

Toda persona expulsada o en vías de expulsión tiene derecho a que se respeten sus derechos humanos, *en particular los enunciados en el presente proyecto de artículos.*

##### **Proyecto de artículo 9<sup>3</sup>. Obligación de respetar la dignidad de la persona expulsada o en vías de expulsión**

La dignidad de una persona expulsada o en vías de expulsión deberá ser respetada y protegida en cualquier circunstancia.

##### **Proyecto de artículo 10<sup>4</sup>. Obligación de no discriminar [Regla de la no discriminación]**

1. El Estado ejercerá su derecho de expulsión con respecto a las personas afectadas sin discriminación alguna, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>1</sup> Este capítulo 4, así como su título, corresponden al nuevo plan de estudio del conjunto del tema relativo a la expulsión de extranjeros, que propone el Relator Especial en el documento A/CN.4/618, reproducido en el presente volumen. Así pues, el capítulo 4 sustituye al texto titulado «Límites relativos a la necesidad de respetar los derechos fundamentales del ser humano», que figura en el quinto informe (documento A/CN.4/611, reproducido en el presente volumen).

<sup>2</sup> El proyecto de artículo 8 incorpora las modificaciones propuestas durante el debate en sesión plenaria: se ha suprimido la expresión «derechos fundamentales», sustituyéndola por la expresión más amplia y no limitativa de «derechos humanos». Las palabras «y en particular los enunciados en el presente proyecto de artículos» se inspiran en los debates del pleno de la Comisión, y tienen por objeto subrayar no solo que no se tiene el propósito de establecer una jerarquía entre los derechos humanos que deben respetarse en el marco de la expulsión, sino también que los derechos enunciados en el proyecto de artículos no son ni exhaustivos ni exclusivos.

<sup>3</sup> Antes proyecto de artículo 10. Esta disposición se ha trasladado a la parte A, relativa a las «Normas generales» relativas a la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, para subrayar su alcance general.

El párrafo 1 del antiguo proyecto de artículo 10, en el que se enunciaba la norma general de la inviolabilidad de la dignidad humana, se ha suprimido para poner de manifiesto que el derecho a la dignidad se contempla aquí en el contexto específico de la expulsión y no en general.

<sup>4</sup> Antes proyecto de artículo 14. Se ha trasladado también a la parte A, sobre las «Normas generales», a fin de subrayar su alcance general.

2. La no discriminación se aplicará asimismo, *entre las personas expulsadas o en vías de expulsión*, al disfrute de los derechos y libertades establecidos en las normas internacionales de derechos humanos y en la legislación del Estado autor de la expulsión.

#### B. Protección requerida del Estado autor de la expulsión

##### **Proyecto de artículo 11<sup>5</sup>. Obligación de proteger la vida de la persona expulsada o en vías de expulsión**

1. El Estado autor de la expulsión protegerá el derecho a la vida de la persona *expulsada o en vías de expulsión*.

2. Un Estado no podrá someter a una persona expulsada o en vías de expulsión a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes en su territorio *o en un territorio bajo su jurisdicción*.

##### **Proyecto de artículo 12<sup>6</sup>. Obligación de respetar el derecho a la vida familiar**

1. El Estado autor de la expulsión respetará el derecho a la vida familiar de la persona expulsada o en vías de expulsión.

2. Dicho Estado solo podrá dejar sin efecto el derecho a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo en los casos previstos por *el derecho internacional y*

En el párrafo 2 se ha insertado la fórmula «entre las personas expulsadas o en vías de expulsión» para tener en cuenta las observaciones de varios miembros de la Comisión que subrayaron que, en este caso, la no discriminación se debe aplicar entre los extranjeros sujetos a expulsión y no entre esos extranjeros y los nacionales del Estado autor de la expulsión.

<sup>5</sup> El presente proyecto de artículo es el resultado de la combinación del párrafo 1 del antiguo proyecto de artículo 9 con el párrafo 1 (aquí párrafo 2) del antiguo proyecto de artículo 11. El reagrupamiento efectuado obedece al deseo expresado de manera insistente por ciertos miembros de la Comisión de que se distinga entre las obligaciones del Estado autor de la expulsión y las del Estado de destino.

La expresión «o en un territorio bajo su jurisdicción» se ha añadido en el párrafo 2 para tener en cuenta las preocupaciones expresadas por otros miembros de la Comisión.

<sup>6</sup> Esta disposición corresponde al antiguo proyecto de artículo 13.

Por una parte, se han suprimido las palabras «a la vida privada» en el título y en el párrafo 1 del proyecto de artículo, como deseaban algunos miembros de la Comisión; por otra parte, en el párrafo 2 se han sustituido las palabras «la ley» por «el derecho internacional», como habían pedido otros miembros de la Comisión.

manteniendo un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de la persona en cuestión.

**Proyecto de artículo 13<sup>7</sup>. El caso específico de las personas vulnerables**

1. Los niños, las personas de edad, las personas discapacitadas y las mujeres embarazadas, expulsados o en vías de expulsión deberán ser considerados, tratados y protegidos como tales, sea cual fuere el carácter de su estancia.

2. En particular, toda medida relativa a un niño expulsado o en vías de expulsión deberá tomarse en el interés superior del niño.

**Proyecto de artículo (X). Condiciones de retención y trato de la persona expulsada o en vías de expulsión**

[Por redactar.]

**C. Protección contra los riesgos de violación de los derechos humanos en el Estado de destino**

**Proyecto de artículo 14<sup>8</sup>. Obligación de garantizar el respeto del derecho a la vida y a la libertad individual de la persona expulsada o en vías de expulsión en el Estado de destino**

1. Nadie podrá ser expulsado o devuelto a un Estado donde su derecho a la vida o su libertad personal estén en peligro de ser violados por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas.

<sup>7</sup> Esta disposición corresponde al antiguo proyecto de artículo 12, relativo al «caso específico de la protección del niño en vías de expulsión». Ahora se ha hecho extensivo a todas «las personas vulnerables», como indica su título.

El párrafo 1 especifica de qué personas se trata. El párrafo 2 es una nueva disposición que reemplaza al párrafo 2 del antiguo proyecto y pone de relieve que cuando se expulse a un niño lo que debe prevalecer es su interés superior, que en algunos casos puede exigir que el niño sea detenido en las mismas condiciones que un adulto para no ser separado de este.

<sup>8</sup> Este proyecto de artículo es una reformulación del antiguo proyecto de artículo 9, en particular de su párrafo 1. Esta nueva versión procura tener en cuenta el deseo expresado por ciertos miembros de la Comisión de que la norma de la protección del derecho a la vida se haga extensiva a todas las personas expulsadas. Esta disposición de alcance general abarca también la situación de los solicitantes de asilo que, en consecuencia, ya no necesita un trato particular.

1. En efecto, algunos miembros de la Comisión expresaron el deseo de que se generalizase el principio de no devolución, y que la protección así ofrecida se hiciera extensiva a todas las personas expulsadas o en vías de expulsión, estuviesen o no en situación regular.

A este respecto, cabe señalar que el principio de no devolución se impuso primero como el principio fundamental del derecho internacional de los refugiados. Por este motivo, además de en la Convención sobre el estatuto de los refugiados este principio se ha recogido en múltiples convenciones y declaraciones de principios de alcance tanto universal como regional (Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas; Acuerdo relativo a los marinos refugiados (art. 10); Principios relativos al régimen de los refugiados aprobados en 1966 por el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (art. III, párr. 3) [*Anuario... 1967*, vol. II, pág. 346]; Resolución 14 (1967) sobre el asilo en favor de las personas amenazadas de persecución, aprobada por el Comité Ministerial del Consejo de Europa; Declaración sobre el Asilo Territorial, de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General

2. El Estado que haya abolido la pena de muerte no podrá expulsar a un extranjero condenado a muerte a un Estado en que esa persona corra el riesgo de ser ejecutada sin obtener antes garantías de que no se ejecutará la pena capital.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo se aplican igualmente a la expulsión de un apátrida que se encuentre en el territorio del Estado autor de la expulsión.

**Proyecto de artículo 15<sup>9</sup>. Obligación de proteger a la persona expulsada o en vías de expulsión contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Estado de destino**

el 14 de diciembre de 1967 (art. 3); Convención de la OUA que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África (art. II, párr. 3); numerosas conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, pronunciadas desde 1977; Declaración de Cartagena sobre refugiados, de 22 de noviembre de 1984, por la que se reitera «la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados» (conclusión quinta).

Sin embargo, el principio de no devolución no se confina al derecho internacional de los refugiados sino que también figura en el derecho internacional humanitario (véase el Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) (art. 45), y se considera que también forma parte integrante de la protección internacional de los derechos humanos.

En lo relativo en particular a los derechos humanos, la introducción de este principio tuvo lugar por conducto de ciertos instrumentos internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 22, párr. 8), y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 3, párr. 1).

No obstante, solo las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos atribuyen expresamente al principio de no devolución un alcance general en materia de derechos humanos. En efecto, el párrafo 8 del artículo 22 de esta Convención dispone que «[e]n ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas». Esta disposición es paralela a la del artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según el cual «[t]odo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona», disposición esta que han recogido con diferencias o matices de formulación diversos instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter universal o regional (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6); Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 2, párr. 1); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 4); véase también la Carta Árabe de Derechos Humanos). Los argumentos derivados de los instrumentos internacionales y los derechos regionales convergentes ofrecen una base suficiente para la codificación de esta norma en el marco del derecho relativo a la expulsión de extranjeros.

2. El Relator Especial no ha creído necesario introducir modificaciones en el párrafo 2 de este proyecto de artículo 14 por los motivos expuestos en el párrafo 58 de su quinto informe (documento A/CN.4/611, reproducido en el presente volumen), aunque ha tomado nota de la preferencia expresada por algunos miembros de la Comisión a favor de una fórmula tendiente a la abolición de la pena de muerte.

3. El Relator Especial ha añadido el párrafo 3 para tener en cuenta una preocupación expresada en el Comité de Redacción cuando se examinó el proyecto de artículo 6 sobre la no expulsión de los apátridas.

<sup>9</sup> El proyecto de artículo 15 corresponde al antiguo proyecto de artículo 11, que ha sido dividido para tener en cuenta la necesidad, afirmada con insistencia por algunos miembros de la Comisión, de distinguir, en el marco de la reordenación de los antiguos proyectos de artículo 8 a 14, entre la protección de los derechos humanos del extranjero expulsado o en vías de expulsión en el Estado autor de la expulsión y en el Estado de destino.

1. Un Estado no podrá expulsar a una persona a un país en que exista un riesgo real de que sea sometida a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo se aplicará igualmente cuando el riesgo emane de personas o grupos de personas que actúen a título particular, y cuando las autoridades del Estado de destino no estén en condiciones de eludir ese riesgo mediante una protección apropiada.

---

(Continuación de la nota 9.)

Este proyecto de artículo 15 reproduce los párrafos 2 y 3 del antiguo proyecto de artículo 11. El párrafo 3 se completa con las palabras «y cuando las autoridades del Estado de destino no estén en condiciones de eludir ese riesgo mediante una protección apropiada», a fin

#### **D. Protección en el Estado de tránsito**

##### ***Proyecto de artículo 16<sup>10</sup>. Aplicación de las disposiciones del presente capítulo en el Estado de tránsito***

*Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán también a la persona expulsada o en vías de expulsión en el Estado de tránsito.*

---

de mantenerse fiel a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *H. R. L. c. France* (*Recueil des arrêts et décisions* 1997-III, párr. 40).

<sup>10</sup> Esta disposición ha sido añadida por el Relator Especial para completar el dispositivo de protección de los derechos de la persona expulsada durante todo el proceso y a lo largo de todo el recorrido desde el Estado autor de la expulsión hasta el Estado de destino.

# EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

[Tema 6 del programa]

## DOCUMENTO A/CN.4/618

### Nuevo proyecto de plan de trabajo, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial

[Original: francés]  
[21 de julio de 2009]

1. En el curso de los debates en sesión plenaria sobre los informes tercero (*Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4./581) y quinto (documento A/CN.4/611, reproducido en el presente volumen) sobre la expulsión de extranjeros, se observó en varias ocasiones que, a pesar del esbozo de plan de trabajo presentado por el Relator Especial en su informe preliminar (*Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), pág. 217, documento A/CN.4/554, anexo I), algunas intervenciones se anticipaban excesivamente a las cuestiones que deberá examinar el Relator Especial en sus informes futuros, lo que complicaba el debate. No cabe duda de que la naturaleza del tema acentúa el deseo de que todas las cuestiones se traten a un mismo tiempo.

2. Por otra parte, todo plan de estudio de un tema es de carácter necesariamente provisional, porque según se avanza en el examen del tema siempre es preciso hacer reajustes.

3. Por estas diferentes razones, el Relator Especial ha decidido presentar a la Comisión un nuevo proyecto de plan de trabajo totalmente reestructurado, que no obstante sigue siendo de carácter provisional, porque el plan definitivo solo podrá establecerse cuando se termine el estudio del tema.

4. El objetivo de este plan es presentar con la mayor claridad posible todas las ramificaciones del tema, no ya siguiendo una lógica analítica sino ateniéndose a la ordenación de los proyectos de artículos ya elaborados o que deben elaborarse sobre el tema de la expulsión de extranjeros.

#### PLAN DE ESTUDIO REESTRUCTURADO

##### PRIMERA PARTE

##### REGLAS GENERALES

##### CAPÍTULO 1

##### Introducción

*Proyecto de artículo 1. Ámbito de aplicación*

*Proyecto de artículo 2. Definiciones*

*Proyecto de artículo 3. Derecho de expulsión*

##### CAPÍTULO 2

##### Personas cuya expulsión está prohibida

*Proyecto de artículo 4. Prohibición de la expulsión por un Estado de sus propios nacionales*

*Proyecto de artículo 5. Prohibición de la expulsión de refugiados*

*Proyecto de artículo 6. Prohibición de la expulsión de apátridas*

##### CAPÍTULO 3

##### Prácticas de expulsión prohibidas

*Proyecto de artículo 7. Prohibición de la expulsión colectiva*

*Proyecto de artículo 8. Prohibición de la expulsión encubierta*

*Proyecto de artículo 9. Prohibición de la expulsión por motivos contrarios a las normas de derecho internacional*

##### CAPÍTULO 4

##### Protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión

##### A. Normas generales

*Proyecto de artículo 10[8]<sup>1</sup>. Obligación general de respetar los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión*

*Proyecto de artículo 11[9]. Obligación de respetar la dignidad de la persona expulsada o en vías de expulsión*

*Proyecto de artículo 12[10]. Obligación de no discriminar [Regla de la no discriminación]*

<sup>1</sup> El número que aparece entre corchetes corresponde al número actual del proyecto de artículo, como figura en el documento ILC(LXI)/EA/CRD.1.

**B. Protección en el Estado autor de la expulsión**

*Proyecto de artículo 13[11]. Obligación de proteger la vida y la libertad de la persona expulsada o en vías de expulsión*

*Proyecto de artículo 14[12]. Obligación de respetar el derecho a la vida familiar de la persona expulsada o en vías de expulsión*

*Proyecto de artículo 15[13]. El caso específico de las personas vulnerables*

*Proyecto de artículo (X...). Condiciones de retención y trato de la persona expulsada o en vías de expulsión*

[Por redactar.]

**C. Protección respecto del Estado de destino**

*Proyecto de artículo 16[14]. Obligación de garantizar el respeto del derecho a la vida y a la libertad de la persona expulsada o en vías de expulsión en el Estado de destino*

*Proyecto de artículo 17[15]. Obligación de proteger a la persona expulsada o en vías de expulsión contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes*

**D. Protección en el Estado de tránsito**

*Proyecto de artículo 18[16]. Aplicación de las disposiciones del capítulo 4 a la persona expulsada o en vías de expulsión en el Estado de tránsito*

SEGUNDA PARTE  
REGÍMENES DE EXPULSIÓN

CAPÍTULO 5

**Garantías del derecho a la jurisdicción de la persona expulsada o en vías de expulsión**

CAPÍTULO 6

**Vías de recurso**

CAPÍTULO 7

**Relaciones entre el Estado autor de la expulsión, el Estado de tránsito y el Estado de destino**

TERCERA PARTE

CONSECUENCIAS JURÍDICAS  
DE LA EXPULSIÓN

CAPÍTULO 8

**Derechos de la persona expulsada**

- Protección del derecho de propiedad de la persona expulsada
- Derecho al retorno en caso de expulsión ilegal

CAPÍTULO 9

**Responsabilidad del Estado autor de la expulsión por una expulsión ilegal**

- Afirmación del principio de la responsabilidad del Estado autor de la expulsión
- Reparación del perjuicio sufrido de resultas de la expulsión ilegal

# LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR (*AUT DEDERE AUT JUDICARE*)

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/612

## Información y observaciones recibidas de los gobiernos

[Original: árabe/español/francés/inglés]  
[26 de marzo de 2009]

### ÍNDICE

|   | <i>Página</i>   |
|---|-----------------|
| Instrumentos multilaterales citados en el presente documento..... | 185             |
| Obras citadas en el presente documento.....                       | 187             |
|   | <i>Párrafos</i> |
| INTRODUCCIÓN.....   | 1-5 187         |
| INFORMACIÓN Y OBSERVACIONES RECIBIDAS DE LOS GOBIERNOS.....       | 188             |
| A. Argentina.....   | 188             |
| B. Bélgica.....   | 189             |
| C. Canadá.....  | 193             |
| D. Sudáfrica.....   | 196             |
| E. Yemen.....   | 197             |

---

### Instrumentos multilaterales citados en el presente documento

|   | <i>Fuente</i>   |
|---|---|
| Convención sobre Extradición (Montevideo, 26 de diciembre de 1933)  | Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , 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, <i>Recueil des Traités</i> , 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, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 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 debido a 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. En español, véase CICR, <i>Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> , ed. rev., CICR, Ginebra, 1996, pág. 3. |



## Fuente

- 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.*, 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.
- Convención única de 1961 sobre Estupefacientes (Nueva York, 30 de marzo de 1961) *Ibíd.*, vol. 520, n.º 7515, pág. 151.
- Convención única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de modificación de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes (con anexos) (Nueva York, 8 de agosto de 1975) *Ibíd.*, vol. 976, n.º 14152, pág. 105.
- 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.
- 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.
- 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.
- Convención sobre la protección física de materiales nucleares (Viena, 26 de octubre de 1979) *Ibíd.*, 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 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 árabe de Riad sobre cooperación judicial (Riad, 6 de abril de 1983) *Recueil de documents du Conseil*, Rabat, Consejo de Ministros Árabes de Justicia, vol. 2, 1988, pág. 7.
- 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. 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.
- 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) *Ibíd.*, vol. 1582, n.º 27627, pág. 303.
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México D.F., 18 de marzo de 1994) OEA, *Serie sobre Tratados*, n.º 79.
- 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.
- Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (Washington D.C., 14 de noviembre de 1997) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2029, n.º 35005, pág. 100.

## Fuente

|   |  |
|---|--|
| 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.   |
| Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (París, 17 de diciembre de 1997)   | OCDE, DAF/IME/BR(97)20. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> n.º 46, pág. 7155.   |
| Convención árabe sobre la represión del terrorismo (El Cairo, 22 de abril de 1998)  | Naciones Unidas, <i>Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión del terrorismo internacional</i> , publicación de las Naciones Unidas (n.º de venta: S.08.V.22), Nueva York, 2009. |
| Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)  | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2187, n.º 38544, pág. 308.  |
| 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.   |
| 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.   |
| Convenio sobre cibercriminalidad (Budapest, 23 de noviembre de 2001)  | Ibíd., vol. 2296, n.º 40916, pág. 167.   |
| Protocolo adicional al Convenio sobre cibercriminalidad relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos (Estrasburgo, 28 de enero de 2003)  | Ibíd., vol. 2466, n.º 40916, pág. 205.   |
| 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.  |
| Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006)  | A/RES/61/177.  |

---

**Obras citadas en el presente documento**

PICTET, Jean S. (ed.)

*Les Conventions de Genève du 12 août 1949: Commentaire*, vol. IV, Ginebra, CICR, 1952.

PRINCETON PROJECT ON UNIVERSAL JURISDICTION

*The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton (Nueva Jersey), Program in Law and Public Affairs, 2001.

---

**Introducción**

1. El presente documento 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, 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.<sup>1</sup>

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:

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*?

<sup>1</sup> *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 30.

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*?<sup>2</sup>

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?<sup>3</sup>

5. Las observaciones recibidas en el 60.º período de sesiones de la Comisión figuran en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/599. Desde entonces, y al 30 de marzo de 2009, se habían recibido observaciones por escrito de los seis Estados siguientes: Argentina, Bélgica, Canadá, México<sup>4</sup>, Sudáfrica y Yemen.

<sup>2</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 31.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, párr. 32.

<sup>4</sup> Las observaciones de México consistían en la declaración formulada en la Sexta Comisión de la Asamblea General el 3 de noviembre de 2008 y no se reproducen en el presente documento. Puede consultarse un resumen de esa declaración en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/63/SR.23), párrs. 58 a 60.

## Información y observaciones recibidas de los gobiernos

### A. Argentina

1. Con respecto a la pregunta de la Comisión reproducida más arriba en el apartado *a* del párrafo 3 de la introducción, la Argentina es parte en los tratados multilaterales siguientes que contienen la obligación de *aut dedere aut judicare* y respecto de los cuales no ha formulado reservas ni declaraciones que limiten la aplicación de dicha obligación: Convención sobre Extradición, 1933; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil; 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; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; Convención internacional contra la toma de rehenes; Convención sobre la protección física de materiales nucleares; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de

Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores; Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; Convención Interamericana contra la Corrupción; 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; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

2. La Argentina ha celebrado tratados bilaterales de extradición que incluyen la obligación de *aut dedere aut judicare* con los países siguientes: Australia, 1988; Bélgica, 1886; Bolivia, 1898; Brasil, 1961; Colombia, 1922; España, 1987; Italia, 1987; Países Bajos, 1893; Paraguay, 1996; República de Corea, 1995, y Suiza, 1906. Estos tratados bilaterales prevén la posibilidad de enjuiciar al extraditabile por los tribunales del Estado requerido, si este Estado no concede la extradición por ser el individuo en cuestión su nacional.

3. Con referencia a la pregunta de la Comisión que se reproduce más arriba, en el apartado *b* del párrafo 3 de la introducción, en el ordenamiento jurídico argentino, la

Ley 24767 regula la cooperación internacional en materia penal, incluido el procedimiento de extradición [*Boletín Oficial de la República Argentina*, n.º 28565, 16 de enero de 1997]. Esta norma legal no prevé de manera general la obligación de *aut dedere aut judicare*, sino que contempla esta obligación solo para el caso de los extraditables nacionales. Así, el artículo 12 establece:

Si el requerido para la realización de un proceso fuese nacional argentino, podrá optar por ser juzgado por los tribunales argentinos, a no ser que fuere aplicable al caso un tratado que obligue a la extradición de nacionales.

[...]

Si el nacional ejerciere esta opción, la extradición será denegada. El nacional será entonces juzgado en el país, según la ley penal argentina, siempre que el Estado requirente preste conformidad para ello, renunciando a su jurisdicción, y remita todos los antecedentes y pruebas que permitan el juzgamiento.

Es preciso destacar que si bien la Ley 24767 no contiene la obligación general de juzgar o extraditar, la aplicación de esta obligación puede derivarse de alguno de los tratados mencionados más arriba, en virtud de que la misma Ley establece que si existiere un tratado entre el Estado requirente y la Argentina, sus normas regirán el trámite de la ayuda.

4. Adicionalmente, la Ley 26200 [*Boletín Oficial de la República Argentina*, n.º 31069, 9 de enero de 2007], por la cual se implementó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el ordenamiento jurídico argentino, prevé expresamente el principio *aut dedere aut judicare* para los delitos respecto de los cuales la Corte es competente. Así, el artículo 4 de dicha norma legal establece:

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.

5. En lo que atañe a la pregunta de la Comisión reproducida más arriba, en el apartado *c* del párrafo 3 de la introducción, los tribunales argentinos aplican rigurosamente las disposiciones de la Ley 24767 en los juicios de extradición. En virtud de esta ley, la extradición, en caso de existir un tratado sobre la materia entre el Estado requirente y la Argentina, se rige por lo establecido en dicho tratado. En ausencia de tratado, la Argentina subordina la extradición a la existencia u ofrecimiento de reciprocidad. Asimismo, la extradición está sometida a otras reglas, tanto de carácter formal como de carácter sustantivo, previstas en la referida Ley 24767.

6. Según los antecedentes obrantes en el organismo nacional que reviste la calidad de autoridad central en materia de cooperación judicial internacional, en la práctica judicial argentina la única aplicación que ha tenido la obligación de *aut dedere aut judicare* ha sido en el caso de denegación de la extradición por motivo de la nacionalidad del requerido. Esta aplicación se ha observado en un número reducido de casos desde la vigencia de la Ley 24767, y sin ningún resultado, ya que no se ha arribado a sentencia ante la falta de remisión de los antecedentes por parte de los tribunales extranjeros requirentes.

7. Vale destacar que el único caso en que la obligación de *aut dedere aut judicare* se haría ejecutable en la Argentina es en el de los procesos de extradición pasiva en los que el requerido es nacional y en los que no se aplica ningún tratado. Esto es así en virtud de la regla impuesta en el artículo 12 de la Ley 24767. Tal regla admite tres posibilidades ante la extradición de un nacional: *a*) que no se aplique un tratado; *b*) que el tratado aplicable no permita tomar en cuenta la nacionalidad del requerido para rechazar una solicitud de extradición, y *c*) que el tratado aplicable establezca la extradición de nacionales como facultativa, en cuyo caso la decisión queda a cargo del Poder Ejecutivo Nacional. Dentro de estas tres posibilidades, en la práctica, la obligación de extraditar o juzgar solo tiene gravitación en la primera, ya que ante la opción del nacional por ser juzgado ante los tribunales argentinos la solicitud de extradición debe ser rechazada. Podría también ser aplicable en la tercera opción, aunque en los casos resueltos hasta el presente se ha adoptado el criterio de entrega de nacionales en atención a que es el más respetuoso de las tendencias modernas en la materia y del espíritu que impulsa la cooperación penal internacional.

8. Con referencia a la pregunta de la Comisión reproducida más arriba, en el apartado *d* del párrafo 3 de la introducción, la Ley 24767 se limita a señalar aquellos delitos que no son susceptibles de extradición; a saber: los delitos políticos y los delitos previstos exclusivamente por la ley penal militar. Por ende, el resto de los delitos previstos en la legislación penal argentina son extraditables, a condición de que se cumplan las reglas generales establecidas en dicha ley. Cabe destacar que la Ley 24767 aclara que no se considerarán delitos políticos a los efectos de la extradición, «[l]os delitos respecto de los cuales la República Argentina hubiera asumido una obligación convencional internacional de extraditar o enjuiciar» (artículo 9, apartado *g*).

## B. Bélgica

1. En lo que respecta a la pregunta de la Comisión reproducida más arriba, en el apartado *a* del párrafo 3 de la introducción, en opinión de Bélgica, la cuestión consiste en saber qué tratados de los que obligan a Bélgica incluyen la obligación de *aut dedere aut judicare* y en qué medida esa obligación implica una jurisdicción universal. La respuesta varía según los tratados.

2. Sin embargo, se ha de hacer una distinción previa entre dos tipos de cláusulas en las que puede basarse la jurisdicción universal de un Estado:

*a*) Los tratados que subordinan la obligación de juzgar a que se haya denegado la solicitud de extradición del presunto autor del delito. Esos tratados incluyen una cláusula de *aut dedere aut judicare* en el sentido clásico del término;

*b*) Los tratados que obligan a los Estados a ejercer la jurisdicción universal con respecto a los autores de los delitos graves previstos en esos instrumentos sin subordinar esa obligación a que se haya denegado una solicitud previa de extradición. Esos tratados incluyen una cláusula de *judicare vel dedere*.

3. A continuación figura una lista no exhaustiva de tratados que incorporan una cláusula de *aut dedere aut judicare* y el requisito de que se haya denegado la extradición:

a) El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, ratificado el 24 de agosto de 1973, en cuyo artículo 7 figura una obligación de *aut dedere aut judicare*;

b) El Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, ratificado el 13 de agosto de 1976 (art. 5, párr. 2);

c) El Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, ratificado el 31 de octubre de 1985 (art. 7).

4. A continuación figura una lista no exhaustiva de tratados con una cláusula de *judicare vel dedere* y que no incluyen el requisito de que se haya denegado la extradición:

a) En los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (ratificados el 3 de septiembre de 1952) así se establece en sus artículos comunes 40, 50, 129 y 146. En otras palabras, en los Convenios de Ginebra no se subordina la obligación de juzgar a una solicitud previa de extradición no satisfecha. El Estado parte debe juzgar a los autores de delitos graves que se encuentran en su territorio. El Estado parte puede también optar por no juzgar si prefiere extraditar a esa persona al Estado que así lo solicita. Por ello, en los Convenios no se enuncia una obligación del tipo *aut dedere aut judicare*, sino más bien una obligación que podría calificarse de *judicare vel dedere*. El comentario de los Convenios de Ginebra efectuado por los juristas del CICR confirma esa interpretación:

La obligación de las Altas Partes Contratantes de buscar a las personas acusadas de haber cometido violaciones graves les impone un deber activo. En cuanto una de ellas tenga conocimiento de que se halla en su territorio una persona que haya cometido una violación de ese tipo, su deber es velar por que esa persona sea detenida y juzgada rápidamente. Por tanto, las investigaciones policiales necesarias se emprenderán espontáneamente, y no solo a petición de otro Estado<sup>1</sup>.

b) La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (ratificada el 25 de junio de 1999) parece, a primera vista, basar la obligación de ejercer la jurisdicción universal en el principio *aut dedere aut judicare*. El párrafo 2 del artículo 5 tiende a confirmar el establecimiento de una jurisdicción universal sobre la base del principio *aut dedere aut judicare*. Sin embargo, el Comité contra la Tortura ha considerado que la obligación de juzgar estaba relacionada con lo que Bélgica ha denominado una obligación de *judicare vel dedere* en lugar de una obligación de *aut dedere aut judicare*; el 17 de mayo de 2006, el Comité afirmó que «la obligación de enjuiciar al presunto autor de actos de tortura no depende de la existencia previa de una solicitud de extradición del mismo»<sup>2</sup>. Esa interpretación del párrafo 2 del artículo 5 de la Convención es una interpretación

oficial de la Convención y, además, es coherente con la afirmación de la Comisión en su proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad respecto de la represión de esos crímenes<sup>3</sup>;

c) En la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, también se dispone un tipo penal universal de la clase *judicare vel dedere*.

5. En resumen, esos ejemplos dejan claro que el principio de la jurisdicción universal no guarda necesariamente relación con la norma *aut dedere aut judicare* y que para varios delitos internacionales, en particular delitos de derecho internacional humanitario, la jurisdicción universal adopta más bien la forma de regla *judicare vel dedere*.

6. Además, junto a esas obligaciones convencionales que Bélgica asumió al ratificar y aplicar esos instrumentos, Bélgica considera que existen obligaciones consuetudinarias que exigen a los Estados incorporar normas de jurisdicción universal en su derecho interno con objeto de juzgar a los presuntos responsables de delitos tan graves que suponen una amenaza para la comunidad internacional en su conjunto, como los delitos graves de derecho internacional humanitario (crímenes de lesa humanidad y delito de genocidio). En opinión de Bélgica, esa obligación convencional de juzgar a los responsables de delitos graves de derecho internacional humanitario solo existe cuando los presuntos responsables se encuentran presentes en su territorio.

7. Con referencia a la pregunta de la Comisión reproducida más arriba, en el apartado *b* del párrafo 3 de la introducción, si bien Bélgica tiene jurisdicción universal sobre determinados delitos, ello no siempre está relacionado con la obligación de *aut dedere aut judicare*.

8. Para algunos de esos delitos, no existe una norma internacional que exija el ejercicio de la jurisdicción universal sobre la base del principio *aut dedere aut judicare*. Pero ello no ha impedido a Bélgica asumir una jurisdicción universal, de modo que sus tribunales puedan investigar los delitos de que se trate. Como se indicó en la respuesta a la primera pregunta, el principio de la jurisdicción universal no guarda por ello una relación inextricable con la norma *aut dedere aut judicare*.

9. Además, Bélgica fue pionera en el establecimiento de la jurisdicción universal sobre delitos graves de derecho internacional humanitario. El amplísimo régimen de jurisdicción universal establecido en esa esfera por la Ley de 16 de junio de 1993, que esencialmente incorporaba en el derecho belga los cuatro Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y sus dos protocolos adicionales, y que fue ampliado después por conducto de la Ley de 10 de febrero de 1999 con objeto de incluir el delito de genocidio y los crímenes de lesa humanidad, hubo sin embargo de ser restringido debido a la utilización abusiva de esa legislación. En la medida de lo posible, sin embargo, se han mantenido los principios subyacentes en las Leyes de 1993 y 1999 y las normas sobre jurisdicción siguen siendo muy amplias, puesto que el derecho común

<sup>1</sup> Pictet, *Les Conventions de Genève du 12 août 1949: Commentaire*, pág. 631.

<sup>2</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 44 (A/61/44)*, Informe del Comité contra la Tortura, 35.º período de sesiones, comunicación n.º 181/201, *Suleymane Guengueng y otros c. Senegal*, párr. 9.7.

<sup>3</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 34 y 35.

que regula la jurisdicción extraterritorial de los tribunales belgas ha sido adaptado a las realidades de la delincuencia internacional moderna.

10. Los jueces de Bélgica tienen reconocidas las siguientes formas de jurisdicción extraterritorial:

a) Jurisdicción personal activa: los tribunales de Bélgica tienen jurisdicción sobre los nacionales extranjeros que tengan su residencia principal en Bélgica y hayan cometido un hecho tipificado como crimen o delito por el derecho belga (Código de Procedimiento Penal, Título preliminar, arts. 6 y 7); en el caso de crímenes o delitos de derecho común diferentes de los que amenazan la seguridad externa del Estado, las violaciones graves del derecho internacional humanitario, los actos de terrorismo o la acuñación de moneda falsa, el ejercicio de la competencia represiva está subordinado a la condición de que el acto en cuestión también esté tipificado en el país en el que se cometió la infracción (art. 7);

b) Jurisdicción personal pasiva: los tribunales de Bélgica tienen jurisdicción sobre:

i) Los nacionales extranjeros que hayan perpetrado contra un belga un acto tipificado como delito en Bélgica, a condición de que esté sujeto, en el país en el que se cometió el delito, a una condena cuyo límite máximo supere los cinco años de prisión (art. 10, párr. 5);

ii) Los nacionales extranjeros que hayan perpetrado un delito de derecho internacional humanitario contra un belga, una persona reconocida como refugiado en Bélgica o un nacional extranjero que haya residido de modo efectivo, habitual y legal en Bélgica como mínimo durante tres años (art. 10, párr. 1 *bis*);

c) Jurisdicción de protección: los tribunales de Bélgica tienen jurisdicción sobre los nacionales extranjeros que hayan cometido, en el extranjero, un crimen o delito contra la seguridad exterior del Estado (art. 10, párr. 1);

d) Jurisdicción universal: los tribunales belgas tienen jurisdicción sobre los nacionales extranjeros que hayan cometido, en el extranjero, alguno de los delitos tipificados en el derecho penal de Bélgica (varios de los cuales se han mencionado *supra*), entre ellos:

i) Delitos sexuales perpetrados contra menores, explotación de la prostitución o trata de personas (Código de Procedimiento Penal, Título preliminar, art. 10, párr. 3, que remite a los artículos 379 a 381 y 381 *bis*, párrs. 1 y 3, del Código Penal);

ii) Mutilación genital femenina (Código de Procedimiento Penal, art. 10, párr. 3, apdo. 2, que remite al artículo 409 del Código Penal);

iii) Inobservancia de alguna de las normas que regulan las actividades de las agencias de intermediación matrimonial (Código de Procedimiento Penal, art. 10, párr. 3, apdo. 3, que remite a los artículos 10 a 13 de la Ley de 9 de marzo de 1993);

iv) Actos de corrupción (Código de Procedimiento Penal, art. 10, párr. 4, que remite a los artículos 246 a 250 del Código Penal);

v) Actos de contaminación marina (Ley de 6 de abril de 1995, artículo 17 *bis*);

vi) Acuñación de moneda falsa (Código de Procedimiento Penal, art. 10, párrs. 2 y 3);

vii) Violaciones graves del derecho internacional humanitario (Código de Procedimiento Penal, art. 10, párr. 1 *bis*);

viii) Actos de terrorismo (Código de Procedimiento Penal, art. 10, párr. 6), y

ix) Cualquier delito que en virtud del derecho internacional convencional o consuetudinario deba ser juzgado con independencia del país en el que haya sido cometido y de la nacionalidad de su autor o autores (Código de Procedimiento Penal, art. 12 *bis*). Los tribunales de Bélgica tienen jurisdicción sobre la base de esa disposición incluso cuando Bélgica no haya denegado una solicitud de extradición.

11. Con referencia a la pregunta de la Comisión reproducida más arriba, en el apartado *c* del párrafo 3 de la introducción, la práctica judicial de Bélgica en la esfera de la jurisdicción universal no guarda relación con la obligación de *aut dedere aut judicare*. Así, la asignación de un magistrado belga para enjuiciar penalmente a personas acusadas de haber participado en las masacres cometidas en Rwanda de abril a junio de 1994 se hizo sobre la base de la jurisdicción establecida en la Ley de 16 de junio de 1993 de represión de las violaciones graves de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y sus dos protocolos adicionales, con independencia de cualquier solicitud de extradición formulada por otro Estado.

12. Con respecto a la pregunta de la Comisión que se reproduce más arriba, en el apartado *d* del párrafo 3 de la introducción, la respuesta se incluye en los párrafos precedentes: en algunas ocasiones, la jurisdicción universal no se expresa como una norma *aut dedere aut judicare* sino *judicare vel dedere*.

13. Con referencia a la pregunta de la Comisión más arriba, en el apartado *a* del párrafo 4 de la introducción, Bélgica se remitió a su Ley de extradición de 15 de marzo de 1874 (art. 1, párr. 1), modificada por las Leyes de 28 de junio de 1899, 31 de julio de 1985 y 14 de enero de 1999, en la que no se establece la extradición en los supuestos no previstos por un tratado. Además, en la Ley (art. 1, párr. 1) solo se permite la extradición de nacionales extranjeros. Por ello, Bélgica deniega la extradición de sus propios nacionales y acepta extraditar a un nacional extranjero solo de conformidad con un tratado entre Bélgica y el Estado solicitante.

14. Por lo que se refiere a la extradición por delitos no previstos en un tratado entre Bélgica y el Estado solicitante, en el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley de extradición se dispone que solo pueden dar lugar a extradición los hechos tipificados como delito en virtud del derecho belga y el derecho del otro país y castigados con pena de

prisión de más de un año de duración. De acuerdo con el derecho moderno de la extradición, ello significa que los delitos que pueden dar lugar a extradición son los que, por un lado, están tipificados como tales en Bélgica y en el Estado solicitante y por otro, están castigados con una pena de una cierta gravedad (más de un año de prisión) en Bélgica y en el Estado solicitante. Así, el factor determinante no es la naturaleza del delito, sino su doble tipificación y la gravedad de la condena prevista en los dos Estados. Por ello, Bélgica denegaría toda solicitud de extradición del presunto autor de un delito que no estuviese tipificado en Bélgica y en el Estado solicitante o que no estuviese castigado con una pena de más de un año de prisión.

15. En lo que atañe a la extradición de nacionales, aunque como se ha indicado *supra* la práctica está prohibida en virtud de su derecho en materia de extradición, Bélgica está obligada por la Decisión marco del Consejo [de la UE] relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros [*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 190, 18 de julio de 2002], de 13 de junio de 2002. Esa decisión marco se incorporó en el derecho belga por conducto de la Ley de 19 de diciembre de 2003. En la decisión marco de 2002 y la Ley de 2003 se prevé la entrega de una persona contra la que un Estado miembro de la UE haya dictado una orden de detención europea. Esa persona puede ser nacional del Estado en el que se haya de ejecutar la orden de detención, lo que constituye por consiguiente una excepción al principio de que un Estado no puede extraditar a sus propios nacionales. Sin embargo, en la decisión marco y en la Ley se prevé que el Estado ejecutante puede condicionar la entrega de sus nacionales a que sean devueltos a su Estado de origen para cumplir allí la pena privativa de libertad que les haya sido impuesta en el Estado que emitió la orden de detención (decisión marco, art. 5, párr. 3; Ley de 2003, art. 8).

16. En otras palabras, Bélgica admite que, dentro del marco de la UE, un nacional belga sea entregado a un Estado miembro de la UE a consecuencia de una orden de detención emitida contra esa persona, pero Bélgica puede condicionar la entrega de su nacional al Estado que emitió la orden de detención a que la persona sea devuelta a Bélgica para cumplir allí la condena impuesta por el tribunal del Estado que emitió la orden de detención.

17. En cuanto a la pregunta de la Comisión que se reproduce más arriba, en el apartado *b* del párrafo 4 de la introducción, si por delitos «en los que no está implicado un nacional suyo» se entienden los delitos cometidos en otros Estados por un nacional extranjero, la respuesta es afirmativa: en el contexto de la jurisdicción extraterritorial reconocida por el derecho belga, siempre que se cumplan las diversas condiciones establecidas en el derecho penal de Bélgica los jueces belgas pueden ejercer jurisdicción sobre los delitos cometidos en otros Estados por personas que no sean de nacionalidad belga (véanse los párrafos 7 a 10 *supra*).

18. Por último, en lo que respecta a la pregunta de la Comisión reproducida más arriba, en el apartado *c* del párrafo 4 de la introducción, se ha mantenido en ocasiones que la obligación de extraditar o juzgar es una obligación consuetudinaria. Por ejemplo, en los casos *Lockerbie*, el

magistrado Weeramantry, en su opinión disidente respecto de la providencia sobre medidas provisionales, mencionó la «norma del derecho internacional consuetudinario *aut dedere aut judicare*»<sup>4</sup>; sin embargo, en una declaración conjunta en la misma providencia, los magistrados Evensen, Tarassov, Guillaume y Aguilar Mawdsley, afirmaron:

Además, en el derecho internacional general no existe una obligación de juzgar si no se produce extradición. Aunque desde los días de Covarrubias y Grocio esa fórmula ha sido promovida por una parte de la doctrina, nunca ha formado parte del derecho positivo<sup>5</sup>.

Bélgica comparte esa opinión con respecto al enjuiciamiento penal de los autores de delitos de derecho consuetudinario.

19. Por lo que se refiere a los delitos de derecho internacional, Bélgica considera que la obligación de extraditar o juzgar constituye, fundamentalmente, una obligación convencional. De hecho, está prevista en diversos tratados que tipifican como delitos internacionales determinadas infracciones (véanse los ejemplos mencionados en los párrafos 1 a 6 *supra*) y más en general, para los delitos de derecho interno, en el Convenio europeo de extradición (art. 6, párr. 2) en relación con las causas en las que se deniegue la extradición de un nacional.

20. Sin embargo, Bélgica considera que todos los Estados deben cooperar para reprimir determinados delitos sumamente graves, en particular, los delitos de derecho internacional humanitario (crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra), puesto que esos delitos suponen una amenaza, cualitativa y cuantitativamente, contra los valores más esenciales de la comunidad internacional. Esa contribución al empeño por reprimirlos puede adoptar la forma del enjuiciamiento directo de los presuntos responsables de esos delitos o de la extradición de los responsables a cualquier Estado que desee juzgarlos. De ese modo, existe realmente una obligación de juzgar, pero de una naturaleza *judicare vel dedere*, más que *aut dedere aut judicare*. Se trata de una obligación consuetudinaria que tiene numerosas fuentes:

a) El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad preparado por la Comisión (véase el párrafo 4 *supra*);

b) Diversas resoluciones de la Asamblea General sobre la represión de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (por ejemplo, las resoluciones 2840 (XXVI), de 18 diciembre de 1971, párrs. 1, 2 y 4, y 3074 (XXVIII), de 3 de diciembre de 1973, párrs. 1 a 9);

c) Las diversas posiciones adoptadas por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad respecto a la necesidad

<sup>4</sup> *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (Jamahiriyá Árabe Libia c. Reino Unido), medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, pág. 69; y *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (Jamahiriyá Árabe Libia c. los Estados Unidos), medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, *ibíd.*, pág. 179. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, págs. 1 y 7, respectivamente.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, declaración conjunta de los magistrados Evensen, Tarassov, Guillaume y Aguilar Mawdsley, págs. 24 (providencia relativa al Reino Unido) y 135 (providencia relativa a los Estados Unidos).

de luchar contra la impunidad. Véanse por ejemplo las resoluciones de la Asamblea General en las que se exige que los autores de delitos de derecho internacional humanitario sean llevados ante la justicia en casos como el de los países siguientes: Iraq (resolución 54/178, de 17 de diciembre de 1999, párr. 3, apdo. d), República Democrática del Congo (resolución 54/179, de 17 de diciembre de 1999, párr. 3, apdo. d), Haití (resolución 54/187, de 17 de diciembre de 1999, párr. 8) y Rwanda (resolución 54/188, de 17 de diciembre de 1999, párr. 8). El Consejo de Seguridad ha adoptado posiciones similares. Por ejemplo, en ocasión de la Cumbre del Milenio, el Consejo hizo «hincapié en que los responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario deben ser llevados ante la justicia» (resolución 1318 (2000), de 7 de septiembre de 2000, sección VI; véanse también, entre otras, las resoluciones 1120 (1997), de 14 de julio de 1997, párr. 7, y 1325 (2000), de 31 de octubre de 2000, párr. 11);

d) Los párrafos cuarto a sexto del preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en los que los Estados partes en el Estatuto afirman la necesidad de que la comunidad internacional en su conjunto luche contra la impunidad de los crímenes más graves y recuerdan que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales.

21. Por todos esos motivos, Bélgica considera que existe una obligación universal de reprimir los delitos de derecho internacional humanitario. Esa obligación es consuetudinaria, habida cuenta de las muchas opiniones concordantes manifestadas por la comunidad internacional al respecto, y adopta la forma de juzgar o extraditar, más que la de extraditar o juzgar. Sin embargo, para los delitos graves distintos de los delitos de derecho internacional humanitario, solo existe la obligación alternativa de extraditar o juzgar, y es una obligación puramente convencional.

### C. Canadá

1. El Canadá apoya la labor de la Comisión en esta esfera y sigue interesado en el posible alcance de la cuestión, ya que, en su opinión, la obligación de extraditar o someter la cuestión a enjuiciamiento no se aplica a todos los delitos. El Canadá celebra que se siga analizando la fuente de la obligación y considera que sería conveniente efectuar un estudio sistemático de los tratados que incluyen una obligación de extraditar o juzgar. Asimismo, celebra la decisión del Relator Especial de no seguir examinando la «tercera alternativa», ya que el Canadá considera que la entrega a un tribunal penal internacional difiere notablemente de un acto de extradición, puesto que este último implica un comportamiento bilateral de Estado a Estado.

2. En el Canadá, la obligación de extraditar o juzgar se aplica a delitos de jurisdicción universal cuando así se dispone en un tratado, y el Canadá tiene la capacidad de extraditar o juzgar en caso de delitos de jurisdicción universal no basados en un tratado. Como han señalado el Relator Especial y otros gobiernos en sus comunicaciones, la obligación alternativa de extraditar o juzgar reviste formas diferentes en los tratados multilaterales en los que se ha plasmado.

3. *Jurisdicción universal.* Cuando los delitos son de una gravedad y a una escala que justifican considerarlos como un ataque contra el ordenamiento jurídico internacional, el principio de universalidad ofrece jurisdicción para los delitos en cualquier lugar del mundo. Por ejemplo, en los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y sus protocolos adicionales se establece la jurisdicción universal obligatoria sobre las violaciones graves y se exige a las partes que lleven a los presuntos infractores ante sus tribunales o los entreguen a otra parte para ser enjuiciados. Además, en general se reconoce que la piratería, las violaciones graves de las leyes y usos de la guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio están sujetos al principio de universalidad.

4. De modo similar, en diversos instrumentos multilaterales de lucha contra el terrorismo se exige a las partes que extraditen o ejerzan la jurisdicción cuando no se conceda la extradición (que sometan el caso «sin excepción alguna» a las autoridades competentes, con la salvedad de que esas autoridades deben tomar su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualesquiera otros «delitos comunes de carácter grave»), como figura en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (art. 7). Esa estructura de la obligación ha sido reproducida en diversos acuerdos posteriores sobre la represión de delitos internacionales celebrados bajo los auspicios de las Naciones Unidas o sus organismos especializados y aparece también en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

5. *Ejercicio permisivo de la jurisdicción extraterritorial sobre los no nacionales cuando se deniega la extradición.* En otros instrumentos multilaterales, la obligación alternativa de juzgar cuando se deniega la extradición se subordina a la postura general del Estado sobre la pertinencia de ejercer la jurisdicción extraterritorial. Ese marco se basa en la presunción de que los Estados que se niegan a extraditar a sus nacionales no tienen dificultad en juzgarlos y consideran, en general, que cuando la única razón para denegar la extradición es la nacionalidad del infractor, este debe ser castigado en su país por el delito cometido en el extranjero. Esa formulación de la obligación puede encontrarse, por ejemplo, en los instrumentos multilaterales de lucha contra las drogas, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

6. Con este marco, al igual que ocurre con los tratados bilaterales de extradición en los que se dispone una obligación alternativa de extraditar o juzgar, se trata fundamentalmente de evitar que los Estados que se niegan a extraditar a sus propios nacionales ofrezcan cobijo a presuntos delincuentes, que, de lo contrario, evitarían el enjuiciamiento por delitos cometidos en el extranjero.

7. El Canadá desearía prevenir contra la adopción de una concepción demasiado amplia de la obligación de extraditar o juzgar. En su opinión, para la inmensa mayoría de los delitos, no se aplica y no debe aplicarse la obligación de extraditar o juzgar y, cuando sea aplicable, su alcance debe ser definido por un tratado. A ese respecto, el Canadá apoya la inclusión de esas disposiciones en



tratados multilaterales como parte del empeño colectivo de la comunidad internacional por denegar cobijo a los terroristas y otros delincuentes.

8. En el Canadá, la extradición a otro Estado se regula por la Ley de extradición, cap. 18, que entró en vigor el 17 de junio de 1999, y la Carta de derechos y libertades del Canadá, primera parte de la Ley de la Constitución, 1982, que es el anexo B de la Ley del Canadá de 1982 (Reino Unido), 1982, cap. 11. La Ley de extradición, conjuntamente con la Carta, regula el procedimiento interno para la extradición de una persona desde el Canadá a otro Estado y establece tres regímenes de extradición distintos: *a)* de conformidad con un tratado bilateral o multilateral; *b)* a un Estado colaborador en materia de extradición designado en el anexo de la Ley de extradición, o *c)* con carácter excepcional, a un Estado que no sea uno de los colaboradores en materia de extradición designados en el anexo de la Ley de extradición, en relación con una solicitud de extradición concreta. La extradición de una persona desde otro Estado a solicitud del Canadá se tramita de conformidad con las disposiciones del tratado bilateral o multilateral en vigor entre el Canadá y el Estado requerido, y la legislación del Estado al que se solicite la extradición.

9. En la actualidad, el Canadá está obligado por 51 tratados bilaterales de extradición<sup>1</sup>. Aunque en muchos tratados bilaterales se contempla la posibilidad de denegar discrecionalmente una solicitud de extradición cuando el Canadá y el Estado solicitante tengan jurisdicción para juzgar el delito por el que se solicita la extradición, cuando existan actuaciones en curso en el Canadá contra esa persona por el delito por el que se solicita la extradición o cuando las autoridades competentes del Canadá hayan decidido no juzgar o poner fin a un enjuiciamiento que se hubiera iniciado, en ninguno de los tratados bilaterales del Canadá figura una obligación de extraditar o someter la cuestión a enjuiciamiento. En la Ley de extradición también se establecen los motivos en los que se puede o debe basar el Ministro de Justicia para denegar las solicitudes de extradición, que se aplican cuando se formula una solicitud de extradición y no hay tratado; así, se puede denegar la entrega cuando existen actuaciones penales en el Canadá contra la persona de que se trate por el delito por el que se solicita la extradición (art. 47, apdo. *d*). El Canadá también enumeró en sus observaciones los Estados colaboradores en materia de extradición que se designan en el anexo de la Ley de extradición.

10. El Canadá también es parte en los siguientes tratados multilaterales que incluyen una obligación de extraditar o juzgar:

*a) Universales:* 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); 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); Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, y 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; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; 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; 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; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; y Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo;

*b) Permisivos:* Convención única de 1961 sobre Estupefacientes; Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas; Convención única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de modificación de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; Convención Interamericana contra la Corrupción; Convención para la represión del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; 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; y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

11. El Canadá también es parte en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y en el Convenio relativo a las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves. Si bien el Canadá reconoce que esos dos instrumentos no incluyen una obligación explícita de extraditar o juzgar, señala que exigen a los Estados que establezcan su jurisdicción con respecto a determinados delitos.

12. El Canadá no ha tratado de limitar la aplicación de esa obligación en ninguno de los tratados multilaterales citados.

13. El Canadá también ha firmado, aunque todavía no ha ratificado, los siguientes instrumentos: Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales

<sup>1</sup> Se adjuntó una lista de esos tratados bilaterales, que se puede consultar en la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas.

relacionados; Convenio sobre cibercriminalidad; 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; Protocolo adicional al Convenio sobre cibercriminalidad relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos; y Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear.

14. En el Canadá, la obligación de extraditar o someter la cuestión a enjuiciamiento se aplica a los delitos de jurisdicción universal, ya sean reconocidos como tales en virtud de un tratado o del derecho internacional consuetudinario. Aunque no existen leyes ni disposiciones constitucionales que se ocupen directamente de la obligación de extraditar o juzgar, en los instrumentos legislativos siguientes se incluyen disposiciones jurídicas por las que se establece la jurisdicción extraterritorial para delitos concretos que permiten su enjuiciamiento en el Canadá: el Código penal, Legislación revisada del Canadá 1985, cap. 46; la Ley de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, Legislación del Canadá 2000, cap. 24; y la Ley de defensa nacional, Legislación revisada del Canadá 1985, cap. N-5.

15. Cuando la legislación aplicable no amplía la jurisdicción extraterritorialmente, los tribunales del Canadá han determinado que basta con que exista un «vínculo real e importante» entre el delito y el Canadá para que los tribunales canadienses sean competentes (véase al respecto *Libman v. The Queen*, [1985] 2 *Supreme Court Reports* 178).

16. En el párrafo 2 del artículo 6 del Código Penal se enuncia la norma general de que la aplicación territorial del derecho penal canadiense se limita a los delitos cometidos en el Canadá, salvo que la legislación federal amplíe específicamente la jurisdicción del Canadá. Las excepciones a la norma general que dispone el juicio en el Canadá de los delitos cometidos fuera del país se exponen fundamentalmente en el artículo 7 del Código Penal. En dicho artículo se amplía la jurisdicción del derecho penal del Canadá para incluir diversos delitos que con frecuencia tienen repercusiones relativas al derecho internacional, como la piratería aérea, los delitos contra diplomáticos, los delitos de terrorismo, la protección de materiales nucleares y la tortura. Varios de los delitos mencionados en el artículo 7 del Código Penal, como la tortura (art. 269.1), los delitos contra personas internacionalmente protegidas (art. 431) y los delitos de terrorismo (parte II.1), se crearon para responder a las obligaciones del Canadá en virtud de los tratados internacionales enumerados anteriormente y que tienen por objetivo prevenir y reprimir determinados tipos de delitos. La jurisdicción del Canadá también se amplía en algunas circunstancias en relación con la estación espacial internacional (art. 7, párrs. 2.3 a 2.34); casos concretos relacionados, entre otras cosas, con personas internacionalmente protegidas, el personal de las Naciones Unidas y los delitos de terrorismo (art. 7, párrs. 3 a 3.75); delitos cometidos fuera del Canadá por funcionarios públicos canadienses (art. 7, párr. 4); y determinados delitos sexuales que cometan fuera del Canadá nacionales de ese país o residentes permanentes (art. 7, párrs. 4.1 a 4.3). Sin embargo, la jurisdicción ampliada

que se prevé en el Código Penal está condicionada a la exigencia de obtener el consentimiento del Fiscal General del Canadá para incoar actuaciones contra los no nacionales (art. 7, párr. 7).

17. En los artículos 6 a 8 de la Ley de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra también se dispone que los delitos de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la infracción de la responsabilidad de mando en relación con un genocidio, un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra cometidos fuera del Canadá podrán ser enjuiciados en ese país si en el momento en que presuntamente se cometió el delito: *a*) la persona era un nacional canadiense o estaba empleada por el Canadá con carácter civil o militar; *b*) la persona era nacional de un Estado que se hallaba en conflicto armado contra el Canadá o estaba empleada con carácter civil o militar por ese Estado; *c*) la víctima del presunto delito era un nacional del Canadá, o *d*) la víctima del presunto delito era nacional de un Estado aliado del Canadá en un conflicto armado. Además, esos delitos pueden ser enjuiciados en el Canadá si, después del momento en que se cometió la presunta infracción, la persona se encuentra en el Canadá.

18. El Canadá también ejerce jurisdicción extraterritorial específica en otras circunstancias limitadas, como los delitos cometidos por el personal militar del Canadá y otras personas sometidas al Código de disciplina en el servicio (arts. 67, 130 y 132 de la Ley de defensa nacional).

19. El Canadá observa que la obligación de someter un asunto a enjuiciamiento, como alternativa cuando no es posible la extradición, sigue siendo una cuestión que afecta principalmente a los Estados que se niegan a extraditar a sus propios nacionales. El Canadá permite, y autoriza continuamente, la extradición de sus nacionales; por ello, la aplicación de ese principio raras veces se plantea en el Canadá. Así, no existe una práctica particular relativa a la obligación de extraditar o juzgar en el Canadá, ya sea desde la perspectiva judicial, fiscal o policial, ni existe ningún crimen ni delito particulares a los que se aplique o no esa obligación, ya que los tribunales del Canadá solo entienden de cuestiones penales cuando las autoridades policiales pertinentes deciden imputar cargos y el Fiscal General del Canadá, o el Fiscal General provincial pertinente, incoa un procedimiento. El Gobierno del Canadá no tiene conocimiento de ninguna decisión judicial adoptada en el Canadá en la que se aplique específicamente el principio de la obligación de extraditar o juzgar.

20. Cuando se considere improcedente una solicitud de extradición por insuficiencia de pruebas o por no estar tipificada la conducta en el Canadá, las autoridades canadienses pertinentes no podrán proceder al enjuiciamiento por los mismos motivos. Por otra parte, cuando el delito a que se refiera una solicitud de extradición haya sido presuntamente cometido fuera del territorio canadiense, el Canadá, salvo en determinadas circunstancias excepcionales, no podrá imputar cargos ni proceder al enjuiciamiento por falta de jurisdicción.

21. Por último, en las decisiones de iniciar actuaciones, suspender el procedimiento o interponer recurso en el Canadá se puede tener en cuenta el interés público, pero no se debe incluir ninguna consideración de las repercusiones políticas de la decisión. Ningún organismo de

investigación, departamento gubernamental ni ministro de la Corona puede impartir instrucciones para que se lleve a cabo o se suspenda un enjuiciamiento concreto ni para que se presente determinado recurso. Esas decisiones corresponden exclusivamente al Fiscal General (o sus asesores), que a esos efectos ha de ser considerado un funcionario independiente que ejerce sus funciones de modo similar al de un magistrado.

#### D. Sudáfrica

1. Antes de responder a las preguntas concretas formuladas por la Comisión, Sudáfrica observó que le habría resultado provechosa una exposición sobre cómo entiende la Comisión los principios de la jurisdicción universal y su vínculo, si existe, con el principio *aut dedere aut judicare*. También sería útil saber cómo se incorporará en el proyecto de la Comisión sobre el principio *aut dedere aut judicare* el estudio sobre la jurisdicción universal.

2. A falta de esa explicación, y a los efectos de sus observaciones, Sudáfrica explicó que había utilizado el principio de la jurisdicción universal del modo enunciado en los Principios de Princeton sobre la jurisdicción universal:

1. [...] La jurisdicción universal es una jurisdicción penal basada exclusivamente en el carácter del delito, con independencia de dónde se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o convicto, la nacionalidad de la víctima o cualquier otra conexión con el Estado que ejerce esa jurisdicción.

2. La jurisdicción universal puede ser ejercida por un órgano judicial competente y ordinario de cualquier Estado con objeto de juzgar a una persona debidamente acusada de cometer los delitos graves de derecho internacional especificados en el párrafo 1 del segundo Principio, a condición de que la persona esté presente ante ese órgano judicial<sup>1</sup>.

Además, observó que entre los delitos graves de derecho internacional especificados en el párrafo 1 del segundo Principio estaban la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y la tortura.

3. Sudáfrica opina que es necesario seguir analizando hasta qué punto la jurisdicción universal es parte del derecho internacional consuetudinario, aunque en la fase actual es probable que eso solo pueda afirmarse en relación con las obligaciones *erga omnes*. En los demás casos, la opinión de Sudáfrica es que la jurisdicción universal, o incluso la cuasiuniversal, se basa en tratados.

4. Sudáfrica también estima que no existe un vínculo automático entre la jurisdicción universal y el principio *aut dedere aut judicare*. Como demuestra la definición mencionada más arriba, la jurisdicción universal permite a un Estado establecer su jurisdicción, pero no crea una obligación de juzgar o extraditar. Se reconoce que la jurisdicción universal, o cuasiuniversal, y el principio *aut dedere aut judicare* a menudo están vinculados, en especial en el marco de un tratado, pero ello no significa necesariamente que lo estén siempre, e indudablemente no existe un vínculo desde el punto de vista del derecho internacional consuetudinario.

5. Con respecto a la pregunta de la Comisión reproducida en el apartado *a* del párrafo 3 de la introducción, dado que parece haber algún desacuerdo sobre qué tratados establecen la jurisdicción universal, sería provechoso contar con una indicación al respecto de la Comisión. Algunos de los tratados que sí incluyen el concepto de jurisdicción universal vinculada al principio *aut dedere aut judicare* son los 13 tratados de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo.

6. En cuanto a la pregunta de la Comisión que se reproduce en el apartado *b* del párrafo 3 de la introducción, Sudáfrica es parte en los 13 tratados de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo que se mencionan en el párrafo anterior. Se ha dado efecto al principio *aut dedere aut judicare* por conducto, por ejemplo, de la Ley n.º 10 de 1972 de delitos de la aviación civil y la Ley n.º 33 de 2004 de protección de la democracia constitucional contra el terrorismo y las actividades conexas.

7. Si bien en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no le atribuye jurisdicción universal, ciertos Estados han promulgado legislación para otorgar alguna forma de jurisdicción universal a sus propios tribunales con objeto de que enjuicien los delitos internacionales reconocidos en el Estatuto de Roma (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra). En Sudáfrica, la Ley n.º 27 de 2002 de aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional faculta a los tribunales sudafricanos a ejercer jurisdicción sobre una persona que haya cometido esos delitos fuera de Sudáfrica si «esa persona, después de la comisión del delito se encuentra en el territorio de la República». La citada Ley faculta a la Fiscalía Nacional de la República a enjuiciar y a los Tribunales Superiores de la República a fallar en las causas incoadas contra cualquier persona acusada de haber cometido cierto tipo de delitos en la República y fuera de sus fronteras en determinadas circunstancias. En concreto, se trata de los delitos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Parece que esos delitos están tipificados en el derecho interno de Sudáfrica con independencia de quién los haya cometido y del lugar donde se hayan llevado a efecto. También habrá jurisdicción si los delitos se cometen en los territorios de Estados que no son partes en el Estatuto de Roma.

8. Con respecto a la pregunta de la Comisión reproducida en el apartado *c* del párrafo 3 de la introducción, hasta la fecha no se ha identificado ninguna causa que se refiera específicamente a la obligación de *aut dedere aut judicare*.

9. En lo que atañe a la pregunta de la Comisión que se reproduce en el apartado *a* del párrafo 4 de la introducción, en la Ley n.º 67 de 1962 de extradición no figura ninguna excepción para los nacionales. El enfoque de Sudáfrica con respecto a la nacionalidad (ciudadanía) y la extradición fue examinado por el Tribunal Constitucional en la causa *Geuking v. President of the Republic of South Africa* 2003 (3) SA 34 (CC), en la que se había alegado que el Presidente, en el ejercicio de su facultad de entregar a una persona a la República Federal de Alemania en virtud del párrafo 2 del artículo 3 de la Ley, no había tenido en cuenta que la persona era un nacional (ciudadano) de

<sup>1</sup> Princeton Project on Universal Jurisdiction, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, pág. 28.

Sudáfrica. El magistrado Goldstone, hablando en nombre del Tribunal, dijo:

En la presente causa, el Presidente indicó en la declaración jurada que elevó al Tribunal Superior que al decidir si otorgaba su consentimiento en virtud del párrafo 2 del artículo 3 de la Ley, la ciudadanía del recurrente no había sido un factor pertinente. No puedo encontrar ningún fundamento constitucional para impugnar esa decisión de orden político. A diferencia de la República Federal de Alemania y muchos otros ordenamientos jurídicos de inspiración romanista, Sudáfrica generalmente no juzga a sus ciudadanos por delitos cometidos fuera de sus fronteras. La conducta delictiva quedaría impune si los ciudadanos de Sudáfrica no fuesen extraditados para ser sometidos a enjuiciamiento en el país en el que se cometió el delito. Por ello, el Presidente está facultado para adoptar una política que redunde en interés de la República y que consiste en acceder a la solicitud de extradición contra una persona con independencia de su ciudadanía.

10. Con arreglo al derecho interno, Sudáfrica está facultada para extraditar a personas que se encuentren en situaciones no incluidas en un tratado. En el párrafo 2 del artículo 3 de la Ley se dispone lo siguiente:

Toda persona acusada de un delito extraditable cometido dentro de la jurisdicción de un Estado extranjero que no sea parte en un acuerdo de extradición, o condenada por ese delito, podrá ser entregada al Estado extranjero si el Presidente consiente por escrito en dicha entrega.

A los efectos del párrafo 2 del artículo 3 de la Ley, no es necesario que exista un tratado para que se produzca la extradición. El principio fue confirmado en la causa *Harksen v. President of the Republic of South Africa and Others* 2000 (2) SA 825 (CC). En esa causa, el Tribunal Constitucional confirmó la legalidad de la extradición del recurrente a Alemania a pesar de que no existía un tratado.

11. No obstante, en el contexto de las preguntas planteadas procede señalar que han de observarse todas las prescripciones del derecho en materia de extradición. Por ello, la Ley de extradición no atribuye directamente la facultad de extraditar en virtud del principio de la jurisdicción universal, salvo que el delito en concreto haya sido incorporado en el derecho interno de Sudáfrica.

12. En respuesta a la pregunta de la Comisión reproducida en el apartado *b* del párrafo 4 de la introducción, Sudáfrica se remitió a sus observaciones que figuran más arriba.

13. Por lo que respecta a la pregunta de la Comisión que se reproduce en el apartado *c* del párrafo 4 de la introducción, Sudáfrica no cree que el principio *aut dedere aut judicare* haya alcanzado un suficiente grado de reconocimiento internacional y aplicación práctica como para ser considerado parte del derecho internacional

consuetudinario de modo que, por ahora, su posición jurídica sigue dependiendo de la existencia de un tratado que le sirva de fundamento.

## E. Yemen

1. El Yemen destacó su respeto de los instrumentos internacionales en que es parte e indicó que cumple las obligaciones que le incumben en virtud de ellos. En el artículo 6 de su Constitución se dispone lo siguiente:

La República del Yemen confirma su adhesión a la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de la Liga de los Estados Árabes y las normas generalmente reconocidas del derecho internacional.

2. Si bien en el artículo 45 de la Constitución se dispone que ningún ciudadano del Yemen puede ser extraditado, en la legislación pertinente se afirma que los delincuentes serán enjuiciados y condenados con imparcialidad. En el artículo 3 del Código Penal, que fue promulgado mediante el decreto republicano n.º 12 de 1994, se dispone lo siguiente:

La presente legislación se aplicará a todos los delitos que se cometan dentro del Estado, con independencia de la nacionalidad de su autor. El delito se considerará cometido dentro del Estado si cualquiera de sus elementos constitutivos tiene lugar dentro del Estado; cuando el delito en su totalidad o parte de él se cometa dentro del Estado la presente legislación se aplicará a todo el que participe en él, aunque su participación no tenga lugar dentro del Estado. La presente legislación también se aplicará a los delitos que se cometan fuera del Estado pero cuyo enjuiciamiento corresponda a los tribunales del Yemen de acuerdo con la Ley de procedimiento penal.

3. El Yemen ha firmado con diversos países hermanos y amigos los acuerdos bilaterales siguientes sobre extradición y enjuiciamiento de delincuentes: acuerdo de cooperación en materia de seguridad interna y pública celebrado con Jordania; acuerdo de cooperación en materia de seguridad celebrado con la Jamahiriya Árabe Libia; acuerdo de cooperación bilateral entre los Ministerios del Interior del Yemen y Djibouti, y programa ejecutivo conexo; acuerdo celebrado con Egipto sobre el traslado de personas condenadas; y acuerdos bilaterales de cooperación en materia de seguridad celebrados con la Arabia Saudita, Argelia, Egipto y Etiopía.

4. El Yemen también es parte en los acuerdos internacionales siguientes sobre extradición y enjuiciamiento de delincuentes: el Acuerdo árabe de Riad sobre cooperación judicial, ratificado mediante la Ley n.º 36 de 1983, y la Convención árabe sobre la represión del terrorismo, ratificada mediante la Ley n.º 34 de 1999.



# PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE

[Tema 8 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/615

## Segundo informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial

[Original: inglés]  
[7 de mayo de 2009]

### ÍNDICE

|  | <i>Página</i>   |
|--|-----------------|
| Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....  | 199             |
| Obras citadas en el presente informe.....  | 200             |
|  | <i>Párrafos</i> |
| INTRODUCCIÓN.....  | 1-14 200        |
| <i>Capítulo</i>  |                 |
| I. DEFINICIÓN DEL ALCANCE DEL TEMA.....  | 15-49 202       |
| A. <i>Ratione materiae</i> .....   | 16-27 202       |
| 1. Derechos y necesidades en la protección de las personas en casos de desastre.....   | 16-18 202       |
| 2. La doble naturaleza de la protección de las personas en los casos de desastre.....  | 19-27 203       |
| B. <i>Ratione personae</i> : Estados y agentes no estatales.....   | 28 205          |
| C. <i>Ratione temporis</i> : actuación antes del desastre, durante el desastre propiamente dicho y después del desastre..... | 29-30 205       |
| Proyecto de artículo 1. Alcance.....   | 30 205          |
| D. Definición de desastre.....   | 31-45 205       |
| Proyecto de artículo 2. Definición de desastre.....  | 46-49 208       |
| II. SOLIDARIDAD Y COOPERACIÓN.....   | 49-70 208       |
| Proyecto de artículo 3. Deber de cooperar.....   | 70 213          |
| III. LABOR FUTURA.....   | 71 213          |

### Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

|   | <i>Fuente</i>   |
|---|---|
| Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<br>(Nueva York, 9 de diciembre de 1948)  | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> ,<br>vol. 78, n.º 1021, pág. 296. |
| Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)  | Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.  |
| Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<br>(Nueva York, 16 de diciembre de 1966)  | Ibíd., vol. 993, n.º 14531, pág. 3.   |
| Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)  | Ibíd., vol. 1520, n.º 26363, pág. 217.  |
| 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.  |
| Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica<br>(Viena, 26 de septiembre de 1986)                                | Ibíd., vol. 1457, n.º 24643, pág. 187.  |
| Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono<br>(Montreal, 16 de septiembre de 1987)                                   | Ibíd., vol. 1522, n.º 26369, pág. 65.   |
| Acuerdo por el que se establece el Organismo del Caribe para la Gestión de Emergencias en<br>Casos de Desastre (Puerto España, 26 de febrero de 1991) | Ibíd., vol. 2256, n.º 40212, pág. 53.   |

## Fuente

|  |   |
|--|---|
| Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre (Santiago, 7 de junio de 1991)   | OEA, <i>Documentos Oficiales</i> , OEA/Ser.A/49 (SEPF).                       |
| Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en casos de catástrofe (Tampere, 18 de junio de 1998) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2296, n.º 40906, pág. 5.   |
| Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil (Ginebra, 22 de mayo de 2000)  | Ibíd., vol. 2172, n.º 38131, pág. 213.  |
| Acuerdo de la ASEAN sobre Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia (Vientiane, 26 de julio de 2005)  | <i>ASEAN Documents Series 2005</i> , pág. 157.                                |
| Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006)   | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2515, n.º 44910, pág. 154. |

## Obras citadas en el presente informe

|  |   |
|--|---|
| BABOVIĆ, Bogdan<br>«The duty of States to cooperate with one another in accordance with the Charter», en Milan Šahović, <i>Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation</i> , Belgrado, Institute of International Politics and Economics, 1972, págs. 277 a 321. | HUME, David<br><i>Tratado de la naturaleza humana</i> , Madrid, Tecnos, 2008.   |
| BECK, Ulrich<br><i>Risk Society: Towards a New Modernity</i> , Londres, Sage Publications, 1992.   | INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL<br><i>Annuaire</i> , vol. 70, t. II, sesión de Brujas, 2003, segunda parte, París, Pedone.   |
| BERNARD, Mountague<br><i>On the Principle of Non-Intervention. A Lecture Delivered in the Hall of All Souls' College</i> , Oxford, Parker, 1860.   | MACDONALD, Ronald St. John<br>«The principle of solidarity in public international law», en Christian Dominicé, Robert Patry y Claude Reymond (eds.), <i>Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive</i> , Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1993, págs. 275 a 307. |
| FISCHER, Horst<br>«International disaster response law treaties: trends, patterns, and lacunae», <i>International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges</i> , Ginebra, FICR, 2003, págs. 24 a 44.   | MILL, John Stuart<br><i>Sistema de lógica inductiva y deductiva</i> , Madrid, Daniel Jorro Ed., 1917.   |
| GIDDENS, Anthony<br>«Affluence, Poverty and the Idea of a Post-scarcity Society», Discussion Paper 63, Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social, 1995.  | UVIN, Peter<br><i>Human Rights and Development</i> , Bloomfield (Connecticut), Kumarian Press, 2004.  |
| HART, Herbert Lionel Adolphus y Tony HONORÉ<br><i>Causation in the Law</i> , 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1985.   | WERNER, Wouter G.<br>«State sovereignty and international legal discourse», en Ige F. Dekker y Wouter G. Werner (eds.), <i>Governance and International Legal Theory</i> , Leiden, Nijhoff, 2004, págs. 125 a 157.  |

## Introducción\*

1. El presente informe sobre la protección de las personas en casos de desastre es continuación de un informe preliminar sobre el mismo tema<sup>1</sup> presentado por el Relator Especial en mayo de 2008 durante el 60.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional. Dicho informe se presentó después de que, en su 59.º período de sesiones, celebrado en 2007<sup>2</sup>, la Comisión decidiera incluir el tema en su programa de trabajo actual.

2. El informe preliminar se ocupó, de manera general, del alcance del tema, a fin de delimitarlo adecuadamente<sup>3</sup>. A tal efecto, presentó una exposición amplia

de las cuestiones jurídicas más pertinentes que implica, agrupando el análisis en torno a tres ejes: *ratione materiae* (que comprende el concepto y clasificación de los desastres<sup>4</sup> y el concepto de protección de las personas<sup>5</sup>), *ratione personae*<sup>6</sup> y *ratione temporis*<sup>7</sup>. Revestía especial interés la posibilidad de un enfoque del tema basado en los derechos, que el Relator Especial examinó sin perjuicio del resultado de los debates posteriores<sup>8</sup>. También se evaluaron las fuentes del derecho aplicables a la protección y la asistencia internacionales en casos de desastre<sup>9</sup> y se presentaron algunas ideas preliminares sobre la forma definitiva que resultaría apropiada para los trabajos<sup>10</sup>.

\* El Relator Especial desea expresar su agradecimiento a Arjen Vermeer, doctorando, T.M.C. Asser Institute, La Haya, y a René Urueña, doctorando, y J. Benton Heath, doctorando, New York University Law School, Nueva York, por la asistencia prestada en la preparación del presente informe.

<sup>1</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/598.

<sup>2</sup> *Anuario... 2007*, vol. II (segunda parte), párr. 375.

<sup>3</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/598, párr. 9.

<sup>4</sup> Ibíd., párrs. 44 a 49.

<sup>5</sup> Ibíd., párrs. 50 a 55.

<sup>6</sup> Ibíd., párr. 56.

<sup>7</sup> Ibíd., párrs. 57 y 58.

<sup>8</sup> Ibíd., párrs. 12, 26 y 51.

<sup>9</sup> Ibíd., párrs. 21 a 42.

<sup>10</sup> Ibíd., párrs. 59 y 60.

3. La Comisión examinó el informe preliminar en sus sesiones 2978.<sup>a</sup> a 2982.<sup>a</sup>, celebradas en julio de 2008<sup>11</sup>. El debate entre los miembros de la Comisión giró en torno a las ventajas y los problemas que presentaba un enfoque del tema basado en los derechos<sup>12</sup>. También se analizaron en profundidad los límites apropiados de su alcance en relación con los tres ejes mencionados<sup>13</sup> y el derecho a la asistencia humanitaria como elemento importante que había de ser examinado en las etapas posteriores de los debates<sup>14</sup>.

4. La Comisión prestó atención a la noción de «deber de proteger», cuya pertinencia en relación con el presente tema algunos miembros seguían sin ver clara, en particular en el contexto de los desastres<sup>15</sup>. Por último, se examinaron las fuentes pertinentes en relación con el estudio del tema y se resaltó la importancia de que los trabajos de la Comisión no repitiesen innecesariamente labores anteriores sobre el tema efectuadas en otros ámbitos<sup>16</sup>, por ejemplo las Directrices sobre la Facilitación y Reglamentación Nacionales de las Operaciones Internacionales de Socorro en Casos de Desastre y Asistencia para la Recuperación Inicial, aprobadas en 2007 por la FICR, en su 30.<sup>a</sup> Conferencia<sup>17</sup>.

5. En octubre y noviembre de 2008, durante el sexagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General, la Sexta Comisión examinó también el informe preliminar y el debate celebrado sobre él en la CDI. En conexión con el análisis del capítulo IX del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 60.<sup>o</sup> período de sesiones (*Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte)), más de 20 Estados y la FICR presentaron sus opiniones sobre las cuestiones propuestas en el informe preliminar del Relator Especial. Todas las delegaciones compartieron la opinión del Relator Especial sobre la importancia y oportunidad de la tarea en su conjunto y estuvieron de acuerdo en las complejidades particulares del tema, que justifican que la CDI les conceda una atención especial en su tratamiento. Se alcanzó un acuerdo provisional con respecto al resultado final de la labor: aunque algunos Estados se mostraron partidarios de unas directrices no obligatorias<sup>18</sup>, ninguno se opuso a la propuesta de que la labor revistiera la forma de proyectos de artículos, cuya fuerza obligatoria definitiva podría decidirse en una etapa posterior.

6. Se alcanzó un consenso similar con respecto a algunas limitaciones del alcance *ratione materiae*. Todas las delegaciones que se refirieron a la cuestión apoyaron que los conflictos armados quedasen excluidos de la materia que se había de estudiar<sup>19</sup>. Asimismo, a diversas delegaciones

les pareció innecesario trazar una línea divisoria estricta entre los desastres provocados por el hombre y los desastres naturales, particularmente si las dos causas producían efectos similares<sup>20</sup>. No obstante, algunas de esas delegaciones propusieron que, por cuestiones metodológicas, se podría comenzar la labor examinando los desastres naturales y pasar después a otros tipos de desastres<sup>21</sup>.

7. También se debatieron en la Sexta Comisión las limitaciones al alcance *ratione temporis*. En diversas intervenciones<sup>22</sup> se propuso la idea de limitar, en principio, la labor de la Comisión a dos fases de una situación de desastre: el desastre propiamente dicho (respuesta) y la etapa posterior (recuperación inicial), sin perjuicio de que en el futuro se continúen examinando las cuestiones de la preparación en la fase previa al desastre.

8. Por último, varias delegaciones respaldaron un enfoque del tema basado en los derechos<sup>23</sup>, mientras otras manifestaron sus dudas de que ese fuera el camino correcto que se había de seguir en el caso<sup>24</sup>. De modo similar, aunque a diversas delegaciones seguía sin quedarles clara la pertinencia del «deber de proteger»<sup>25</sup>, algunas delegaciones consideraron que no se debía impedir a la Comisión que examinara esa noción, si la lógica de su empeño la llevase en esa dirección<sup>26</sup>.

9. En el informe sobre la labor realizada en su 60.<sup>o</sup> período de sesiones, la Comisión indicó que acogería con interés cualquier información relativa a la práctica de los Estados sobre el tema, incluidos ejemplos de la legislación interna. En particular, desearía recibir información y observaciones sobre los problemas jurídicos e institucionales específicos que se plantean al afrontar desastres o reaccionar contra ellos<sup>27</sup>. La Comisión recibió respuestas de El Salvador (oralmente, en su declaración ante la Sexta

párr. 24; España, *ibíd.*, párr. 37; el Reino Unido, *ibíd.*, párr. 63, y Polonia, 24.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 55.

<sup>20</sup> Por ejemplo, Austria, *ibíd.*, 23.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 7; la República de Corea, *ibíd.*, párr. 24; el Reino Unido, *ibíd.*, párr. 63; Chile, 22.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 14; Finlandia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, párr. 54; Alemania, *ibíd.*, párr. 60; Francia, 24.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 81, y Grecia, *ibíd.*, párr. 6; Véase también la intervención de la Argentina, *ibíd.*, párr. 64 (establecer una clara distinción entre desastres naturales y desastres provocados por el hombre sería difícil).

<sup>21</sup> Por ejemplo, el Japón, *ibíd.*, 23.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 41; la República de Corea, *ibíd.*, párr. 24; España, *ibíd.*, párr. 37; México, *ibíd.*, párr. 61, y Portugal, 25.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.25), párr. 6.

<sup>22</sup> Por ejemplo, Austria, *ibíd.*, 23.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 9; la República de Corea, *ibíd.*, párr. 24; Nueva Zelandia, 24.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 11, y Francia, *ibíd.*, párr. 80.

<sup>23</sup> Por ejemplo, Chile, *ibíd.*, 22.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 16; Finlandia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, párr. 53; Francia, 24.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 81; Polonia, *ibíd.*, párr. 55; Portugal, 25.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.25), párr. 6; España, 23.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 37, y Tailandia, *ibíd.*, párr. 90. Véase también Austria, *ibíd.*, párr. 10 (algunos elementos de las normas de derechos humanos tendrán una influencia en el tema).

<sup>24</sup> Por ejemplo, China, *ibíd.*, 23.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 29; Nueva Zelandia, 24.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 11, y los Países Bajos, 22.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 62.

<sup>25</sup> Por ejemplo, China *ibíd.*, 23.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 31; la India, *ibíd.*, párr. 20, y el Japón, *ibíd.*, párr. 42.

<sup>26</sup> Por ejemplo, Finlandia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, 22.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 55; Polonia, 24.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.24), párr. 53, y Portugal, 25.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.25), párr. 6.

<sup>27</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 31.

<sup>11</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 216.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, párrs. 227 a 229.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, párrs. 230 a 240.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, párrs. 241 a 246.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, párrs. 247 a 250, en esp. párr. 248.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, párrs. 251 a 256.

<sup>17</sup> 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).

<sup>18</sup> Por ejemplo, Alemania, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 22.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 60; la India, 23.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 21, y el Reino Unido, *ibíd.*, párr. 64.

<sup>19</sup> Por ejemplo, Finlandia (en nombre de los países nórdicos), *ibíd.*, 22.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.22), párr. 54; la India, 23.<sup>a</sup> sesión (A/C.6/63/SR.23), párr. 19; el Japón, *ibíd.*, párr. 41; la República de Corea, *ibíd.*,



Comisión)<sup>28</sup>, México (por escrito, el 5 de noviembre de 2008) y Alemania (por escrito, el 26 de febrero de 2009). Las respuestas por escrito han sido distribuidas como documentos internos de la Comisión.

10. Asimismo, la Comisión, en su 60.º período de sesiones, decidió formular una pregunta al sistema de las Naciones Unidas en los términos siguientes:

¿Cómo ha institucionalizado el sistema de las Naciones Unidas los cometidos y atribuciones, en los planos mundial y nacional, en materia de asistencia a los Estados y las poblaciones afectados en casos de desastre —en la fase de intervención frente al desastre, pero también en las fases previa y posterior a éste— y cómo se relaciona en cada una de estas fases con actores como los Estados, otras organizaciones internacionales, el Movimiento de la Cruz Roja, las organizaciones no gubernamentales, los equipos nacionales de intervención especializados, las autoridades nacionales de gestión de desastres y otros actores pertinentes?<sup>29</sup>

Además, la Comisión decidió solicitar información a la FICR sobre la base de una pregunta análoga, modificada según conviniese<sup>30</sup>.

11. Mediante cartas de 6 de noviembre de 2008, el secretario de la Comisión transmitió la pregunta a los dos destinatarios. El 10 de marzo de 2009 se recibió la respuesta de la FICR y el 17 de abril de 2009, la de la OCAH. Esas respuestas se han distribuido como documentos internos de la Comisión.

12. Durante el 60.º período de sesiones de la Comisión y con posterioridad a éste, el Relator Especial continuó manteniendo contactos con representantes de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales interesadas. En julio de 2008 se reunió con el Sr. Sálvano Briceño, director de la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNISDR). También celebró una reunión independiente con la OCAH, bajo la presidencia del Sr. Dusan Zupka (Sección de Preparación ante Situaciones de Emergencia), en la que participaron 14 funcionarios de la Oficina; una reunión con la FICR, presidida por el Sr. Ibrahim Osman, Vicesecretario General, y en la que participaron seis funcionarios de la Federación; y una reunión con el grupo de trabajo dedicado a la protección, bajo la presidencia del Sr. Walter Kälin, Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, y que contó con la

participación de otros cuatro miembros del grupo de trabajo, principalmente funcionarios del ACNUR.

13. En diciembre de 2008 se celebró en Ginebra una mesa redonda sobre el tema en beneficio del Relator Especial, bajo la presidencia del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos y en la que participaron 14 funcionarios de su oficina, el ACNUDH, la FICR, la OCAH, el ACNUR, el UNICEF y miembros del grupo de trabajo dedicado a la protección.

#### *Últimos acontecimientos*

14. En el período posterior a la conclusión del 60.º período de sesiones de la Comisión, en 2008, se han publicado diversos documentos que son pertinentes para el examen del presente tema, entre los que se destacan:

a) El informe del Experto independiente sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional, presentado al Consejo de Derechos Humanos por la Alta Comisionada para los Derechos Humanos<sup>31</sup>;

b) El Manual sobre el derecho y las normas internacionales aplicables en situaciones de desastres naturales preparado y publicado por la Organización Internacional para el Derecho del Desarrollo. Como se explica en el prólogo, el manual proporciona un análisis global de las normas jurídicas internacionales relativas a cinco aspectos decisivos de la respuesta ante los desastres: los derechos humanos, los derechos de los grupos vulnerables, los derechos de los niños, la gestión de la tierra y los bienes y la gestión de los fondos y la lucha contra la corrupción;

c) El informe del Secretario General sobre cómo hacer efectiva la responsabilidad de proteger<sup>32</sup>. Remitiéndose a los párrafos 138 y 139 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005<sup>33</sup>, el apartado b del párrafo 10 del informe explica que:

A menos que los Estados Miembros decidan otra cosa, la responsabilidad de proteger únicamente es aplicable a los cuatro crímenes o actos especificados: el genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. La tentativa de ampliarlo para abarcar otras calamidades como el VIH/SIDA, el cambio climático o los desastres naturales redundaría en desmedro del consenso de 2005 y extendería el concepto hasta un punto en que ya no sería reconocible ni tendría utilidad práctica alguna.

<sup>28</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 23.ª sesión (A/C.6/63/SR.23)*, párrs. 56 y 57.

<sup>29</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 32.

<sup>30</sup> *Ibid.*, párr. 33.

<sup>31</sup> A/HRC/9/10.

<sup>32</sup> A/63/677.

<sup>33</sup> Resolución 60/1 de la Asamblea General, de 16 de septiembre de 2005.

## CAPÍTULO I

### Definición del alcance del tema

15. La provechosa orientación de la CDI y la Sexta Comisión permite al Relator Especial avanzar en la definición del alcance del tema. Una vez más, con objeto de facilitar el debate, se tratan a continuación tres aspectos del alcance: *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis*.

#### A. *Ratione materiae*

##### 1. DERECHOS Y NECESIDADES EN LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE

16. Un aspecto importante del informe preliminar y del debate que le siguió fue el alcance que se había de dar a

la protección de las personas en la presente labor, en concreto en relación con un enfoque del tema «basado en los derechos». Los enfoques «basados en los derechos» aparecieron a finales del decenio de 1980 como un cambio de orientación conceptual con respecto a los paradigmas anteriores de los estudios sobre el desarrollo<sup>34</sup>. El cambio de lenguaje implicaba que la política de desarrollo podía y debía considerarse como una cuestión de derechos, la que se tradujo en la orientación de los instrumentos normativos y judiciales establecidos en la esfera de los derechos humanos hacia la consecución de objetivos de desarrollo. Como consecuencia de ello, los estándares de derechos se convertirían en criterios fundamentales para evaluar los programas de desarrollo y, lo que es quizás más importante, la lógica basada en los derechos se convertiría en una parte importante del marco conceptual para interpretar las políticas de desarrollo<sup>35</sup>.

17. Desde entonces, los enfoques basados en los derechos se han difundido como metodología para interpretar los más diversos aspectos del desarrollo. Más que una declaración normativa con pretensiones de exclusividad, el enfoque es un punto de partida útil que lleva consigo el importantísimo bagaje de un vocabulario basado en los derechos, y ha de ser complementado con otros puntos de vista pertinentes en relación con la materia concreta que se ha de interpretar. En opinión de la FICR, una forma de complementar en este caso el enfoque basado en los derechos sería examinar la pertinencia de las necesidades que se plantean en la protección de las personas en casos de desastre<sup>36</sup>. El Relator Especial cree que semejante proceder resultaría provechoso en el presente contexto. No hay una oposición absoluta entre las necesidades y un enfoque de la protección de las personas en casos de desastre basado en los derechos. Al contrario, un enfoque razonable e integrado del tema parece exigir que se tengan en cuenta tanto los derechos como las necesidades y que ambos elementos se complementen entre sí cuando sea apropiado.

18. Otro fundamento que ha de examinarse al definir el alcance del tema es el riesgo. La gestión del riesgo es una consideración decisiva que informa todos los aspectos de la política sobre desastres<sup>37</sup> y es posible interpretarla en referencia a dos momentos diferentes del hecho constitutivo del desastre: en primer lugar, el riesgo como elemento fundamental de la prevención de los desastres y, en segundo término, el riesgo como variable en la protección de las personas en la fase del desastre propiamente dicho y en la etapa posterior. En Ginebra, la Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres trabaja actualmente para crear mayor conciencia sobre la importancia de reducir los desastres como componente integral del desarrollo sostenible<sup>38</sup>. Para no duplicar esfuerzos innecesariamente, el Relator Especial considera conveniente

que, en la presente etapa, la Comisión siga de cerca las labores de la Estrategia sobre la prevención de los desastres, dejando la elaboración de un paradigma en función de los riesgos para debates posteriores sobre la preparación para los desastres.

## 2. LA DOBLE NATURALEZA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN LOS CASOS DE DESASTRE

19. En su informe preliminar, el Relator Especial llegó a la conclusión, entre otras cosas, de que «[e]l trabajo sobre el tema puede emprenderse partiendo de un enfoque basado en los derechos que informe los mecanismos operacionales de protección» (*Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/598, párr. 62). A ese respecto, el Relator Especial observa que puede ser útil que los diversos tipos de reglamentación internacional que constituyen una aportación importante en la materia se interpreten partiendo de dos ejes diferenciados: los derechos y obligaciones de los Estados entre sí, y los derechos y obligaciones de los Estados en relación con las personas que necesitan protección.

20. La noción de que, pese a ser conceptualmente diferentes, esos dos ejes están íntimamente vinculados entre sí no es nueva en el derecho internacional. Cabe citar al respecto la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en virtud de la cual las partes contratantes contraen obligaciones entre sí cuyos beneficiarios últimos son, no obstante, los seres humanos. En su opinión consultiva *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ señaló claramente la premisa en que se basa el enfoque del Relator Especial, al sostener lo siguiente:

La Convención fue manifiestamente aprobada con un objetivo puramente humanitario y civilizador. De hecho, es difícil imaginar una convención que tenga ese doble carácter en mayor grado, puesto que su objeto es, por una parte, salvaguardar la propia existencia de determinados grupos humanos y, por otra, confirmar y sancionar los principios de moralidad más elementales. En una convención de ese tipo, los Estados contratantes no tienen ningún interés propio; todos y cada uno de ellos tienen meramente un interés común, a saber, el cumplimiento de esos elevados objetivos que son la razón de ser de la convención. Por consiguiente, en una convención de esa clase no se puede hablar de ventajas ni de inconvenientes particulares para los Estados, ni del mantenimiento de un equilibrio contractual perfecto entre derechos y deberes. Los ideales elevados que inspiraron la Convención proporcionan, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones<sup>39</sup>.

21. Esa premisa también ha informado la interpretación posterior de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. En virtud del artículo 1, «[l]as partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar». Si bien los autores y las víctimas del delito serán con toda seguridad personas, tales individuos no son sujetos directos de la Convención. Sin embargo, parece difícil comprender el régimen jurídico establecido por la Convención si no se incluye a las personas en el razonamiento. Una manifestación de esa tensión apareció en el fallo de 26 de febrero de 2007 en el caso *Application de la Convention pour la Prévention et la répression du crime de génocide (Bosnia y Herzegovina)*

<sup>34</sup> Los debates en la disciplina de los estudios sobre el desarrollo culminaron en 1986 en la primera manifestación oficial de un cambio de paradigma, con la adopción de la Declaración sobre el derecho al desarrollo (resolución 41/128 de la Asamblea General, anexo).

<sup>35</sup> Véase Uvin, *Human Rights and Development*, pág. 165.

<sup>36</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22)*, párr. 68.

<sup>37</sup> Véase Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres, *Vivir con el riesgo. Informe mundial sobre iniciativas para la reducción de desastres*, 2004.

<sup>38</sup> Véase el sitio web [www.unisdr.org](http://www.unisdr.org).

<sup>39</sup> *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 23; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 25.

c. *Serbia*)<sup>40</sup>, en la que el demandado había sostenido que la condición *sine qua non* para establecer la responsabilidad del Estado por el delito de genocidio es el establecimiento previo, de acuerdo con las normas del derecho penal, de la responsabilidad individual de un autor que dé lugar a la responsabilidad del Estado. La CIJ, teniendo presente la distinción entre los dos ejes a que se hace referencia en el presente informe, mantuvo que:

Las diferencias entre esta Corte y los tribunales que juzgan a personas por infracciones penales en cuanto a los procedimientos que aplican y las facultades a su disposición no indican por sí mismas que exista un impedimento jurídico para que la propia Corte determine que se ha perpetrado un genocidio o los demás actos enumerados en el artículo III.

[...]

Cualquier otra interpretación significaría que no quedase ningún recurso jurídico disponible en virtud de la Convención en algunos casos fácilmente concebibles: el de los dirigentes de un Estado que, habiendo cometido presuntamente un genocidio dentro de su territorio, no han sido llevados ante la justicia porque, por ejemplo, siguen controlando ampliamente los poderes del Estado, como por ejemplo la policía, la fiscalía y los tribunales, y no hay ningún tribunal penal internacional que pueda ejercer su competencia sobre los presuntos delitos; o el de un Estado responsable que ha reconocido la infracción. En consecuencia, la Corte concluye que un Estado puede incurrir en responsabilidad en virtud de la Convención por genocidio y complicidad, sin que ninguna persona haya sido condenada por ese delito u otra infracción conexa<sup>41</sup>.

22. Una situación paralela es la del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en el que se establecen determinados derechos y obligaciones con vistas a facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía. En concreto, en la parte pertinente del artículo 36, se dispone lo siguiente:

b) Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado.

[...]

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

23. En el fallo *LaGrand*, la CIJ examinó si la referencia a los «derechos» prevista en la disposición precedente «se aplica solo a los derechos del Estado que envía y no a los de la persona detenida»<sup>42</sup> y concluyó que «el párrafo 1 del artículo 36 crea derechos individuales para la persona detenida además de los derechos concedidos al Estado que envía, y que, en consecuencia, ha de entenderse que la referencia a derechos que figura en el párrafo 2 se aplica no solo a los derechos del Estado que envía, sino también a los derechos de la persona detenida»<sup>43</sup>. El Relator Especial observa que la Corte interpretó el artículo 36 teniendo en

cuenta dos ejes: por un lado, los derechos y obligaciones de los Estados entre sí y, por otro, los derechos y obligaciones de los Estados en relación con la persona detenida. Ese enfoque es el que sigue el Relator Especial con respecto a la protección de las personas en casos de desastre.

24. La CIJ aplicó este enfoque en el fallo *Avena et autres ressortissants mexicains* (México c. Estados Unidos)<sup>44</sup>. Al ocuparse de las reparaciones adecuadas por la violación del artículo 36, la Corte estableció una diferencia entre las obligaciones entre las partes contratantes y las obligaciones en relación con la persona detenida<sup>45</sup>. Siguiendo esa diferenciación, la Corte concluyó que

el remedio para reparar esas violaciones debería consistir en una obligación de los Estados Unidos de permitir la revisión y reconsideración de las causas de esos nacionales por los tribunales de los Estados Unidos [...] con vistas a determinar si en cada caso la violación del artículo 36 cometida por las autoridades competentes causó un perjuicio efectivo al demandado en el proceso de administración de la justicia penal<sup>46</sup>.

25. El hecho de que un tema se enfoque teniendo en cuenta los dos ejes antes mencionados no implica ningún juicio previo sobre la condición de los derechos y obligaciones agrupados en torno a cada eje. En el fallo *Avena*, la CIJ reflexionó sobre si el derecho de notificación y comunicación consular debía considerarse un derecho humano fundamental. La Corte sostuvo que no había necesidad de decidir sobre la condición de ese derecho:

Es innecesario que la Corte se pronuncie sobre si los derechos de la Convención de Viena son o no derechos humanos. Sin embargo, la Corte desea observar que ni el texto ni el objeto y fin de la Convención, ni ninguna indicación que figure en los trabajos preparatorios, respaldan la conclusión que México extrae de su argumentación al respecto<sup>47</sup>.

26. El enfoque adoptado en el presente informe también aparece en la práctica del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Cabe señalar al respecto el informe del Grupo Especial encargado de examinar el asunto *Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*<sup>48</sup>, en el que el Grupo Especial analizó las consecuencias de una determinada ley interna en relación con la aplicación del párrafo 1 del artículo 23 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. El Grupo Especial examinó la cuestión tratando de determinar los objetos y fines del Entendimiento y, más en general, de la OMC, que son pertinentes para la interpretación del artículo 23. Para el Grupo Especial, los más pertinentes eran «los que se refieren a la creación de unas condiciones de mercado que fomenten la actividad económica individual en los mercados nacionales y en el mercado mundial y el establecimiento de un sistema multilateral de comercio que sea seguro y previsible»<sup>49</sup>. El Grupo Especial observó que esas metas solo se pueden alcanzar mediante la actividad de los agentes privados, que no son parte del régimen multilateral de comercio, ya que «el GATT y la OMC no han creado un nuevo ordenamiento jurídico que se

<sup>44</sup> Fallo, *C.I.J. Recueil 2004*, pág. 12.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pág. 60, párrs. 121 y 122.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pág. 60, párr. 121.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pág. 61, párr. 124.

<sup>48</sup> *Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, informe del Grupo Especial, WT/DS152/R (22 de diciembre de 1999).

<sup>49</sup> *Ibid.*, párr. 7.71.

<sup>40</sup> Fallo, *C.I.J. Recueil 2007*, pág. 43.

<sup>41</sup> *Ibid.*, págs. 119 y 120, párrs. 181 y 182.

<sup>42</sup> *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos), fallo, *C.I.J. Recueil 2001*, pág. 497, párr. 89. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 200.

<sup>43</sup> *Ibid.*

aplique tanto a las partes contratantes o Miembros como a sus nacionales»<sup>50</sup>. Sin embargo, para el Grupo Especial

sería totalmente erróneo considerar que la posición de los particulares no es de importancia a los efectos del marco jurídico del GATT/OMC. Muchas de las ventajas que se espera que reporte a los Miembros la aceptación de las diversas disciplinas del GATT/OMC dependen de la actividad de los diferentes agentes económicos en los mercados nacionales y en el mercado mundial. La finalidad de muchas de esas disciplinas, y de hecho uno de los objetivos primordiales del GATT/OMC en su conjunto, es lograr ciertas condiciones de mercado que permitan que florezca esa actividad de los particulares<sup>51</sup>.

27. Ese razonamiento, y los ejemplos mencionados más arriba, reflejan el enfoque adoptado por el Relator Especial con respecto a la protección de las personas en casos de desastre. En primer lugar, se pueden examinar los derechos y obligaciones de los Estados entre sí para, en una etapa posterior, pasar a definir los derechos y obligaciones de los Estados en relación con las personas necesitadas de protección.

### B. *Ratione personae*: Estados y agentes no estatales

28. El socorro después de los desastres generalmente implica la participación de numerosos agentes, como organismos públicos diversos, el ejército, organizaciones no gubernamentales internacionales y nacionales, la FICR, las sociedades nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y el sector privado. Mediante sus Directrices sobre la Facilitación y Reglamentación Nacionales de las Operaciones Internacionales de Socorro en Casos de Desastre y Asistencia para la Recuperación Inicial (véase el párrafo 4 *supra*), la FICR ya ha efectuado una contribución importante al régimen jurídico interno aplicable a varios de esos agentes en su esfuerzo por mejorar los marcos jurídicos, normativos e institucionales internos relativos a las operaciones internacionales de socorro en casos de desastre y a la asistencia para la recuperación inicial<sup>52</sup>. En ese contexto, definir un marco jurídico global de nuevo cuño para todos los agentes que participan en la respuesta posterior a los desastres parecería innecesario, porque podría solaparse con la labor plasmada ya en las Directrices. Igualmente importante es que ese intento rebasaría además lo que razonablemente cabe esperar de la presente labor. Por ello, parece importante que la prioridad se centre en los destinatarios de los trabajos de la Comisión sobre el tema. El Relator Especial cree que, a primera vista, sería conveniente que la Comisión empezase concentrando sus labores en los derechos y obligaciones que incumben a los Estados a fin de garantizar la protección de las personas en casos de desastre. Tal planteamiento se entendería sin perjuicio de las disposiciones concretas que la Comisión pueda examinar en una etapa posterior, aplicables a los agentes no estatales.

### C. *Ratione temporis*: actuación antes del desastre, durante el desastre propiamente dicho y después del desastre

29. Íntimamente relacionada con las cuestiones antes mencionadas está la limitación del tema *ratione temporis*. En los debates celebrados en la Sexta Comisión, varios

Estados propusieron que la labor sobre el tema se limitase a la etapa del desastre propiamente dicho y la fase posterior<sup>53</sup>. La reducción de los riesgos de desastre abarca un conjunto de actividades que, de acuerdo con el Marco de Acción de Hyogo, incluye elaborar marcos que permitan: a) velar por que la reducción de los riesgos de desastre constituya una prioridad nacional y local dotada de una sólida base institucional de aplicación; b) identificar, evaluar y vigilar los riesgos de desastre y potenciar la alerta temprana; c) utilizar los conocimientos, las innovaciones y la educación para crear una cultura de seguridad y de resiliencia a todo nivel; d) reducir los factores de riesgo subyacentes, y e) fortalecer la preparación para casos de desastre a fin de asegurar una respuesta eficaz a todo nivel<sup>54</sup>. El alcance de esas actividades tal vez sería demasiado ambicioso para ser abordado adecuadamente en la etapa actual de las labores sobre el tema y podría impedir que la Comisión hiciera aportaciones más limitadas (aunque pertinentes) a la protección de las personas en casos de desastre. Sin embargo, la preparación o las actividades anteriores al desastre deben favorecer activamente la protección de las personas en las fases posteriores. El Relator Especial cree que el modo de conciliar esas necesidades complementarias es atenerse en la actual etapa de los trabajos a la referida propuesta formulada por varios miembros y limitar el alcance del presente tema, *ratione temporis*, al momento del desastre propiamente dicho y la fase posterior. Ello no obsta para que, más adelante, la Comisión se ocupe de la preparación en la etapa anterior al desastre.

30. Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, se propone un proyecto de artículo sobre el alcance del proyecto de artículos, cuyo tenor podría ser el siguiente:

#### «Proyecto de artículo 1. Alcance

**El presente proyecto de artículos se aplica a la protección de las personas en casos de desastre, con objeto de que los Estados aseguren el ejercicio efectivo de los derechos de las personas en esos casos, proporcionando una respuesta adecuada y efectiva a sus necesidades en todas las fases del desastre.»**

### D. Definición de desastre

31. El Relator Especial observa que «desastre» no es un término técnico y, por tanto, carece de una única definición aceptada; en consecuencia, como se indicó en el informe preliminar sobre la protección de las personas en casos de desastre, algunos instrumentos internacionales optan por no definir en absoluto el término<sup>55</sup>. Sin embargo, una definición parece de fundamental importancia en el presente contexto. Tal definición contribuirá a delimitar las situaciones en las que se pueda o deba invocar la protección, así como las circunstancias en las que la protección deje de ser necesaria. Describir los perfiles del término

<sup>50</sup> *Ibid.*, párr. 7.72.

<sup>51</sup> *Ibid.*, párr. 7.73.

<sup>52</sup> Véase Directrices... (nota 17 *supra*), párr. 3.

<sup>53</sup> Véase la nota 22 *supra*.

<sup>54</sup> Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres (A/CONF.206/6 y Corr.1, cap. I, resolución 2), párr. 14.

<sup>55</sup> Véase, por ejemplo, la Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre, de la OEA, que entró en vigor el 16 de octubre de 1996.

«desastre» también contribuirá a identificar a las personas que necesitan protección, determinando por tanto quién tiene derecho a ella. Una definición también debería establecer límites razonables para el alcance del tema, excluyendo situaciones como los conflictos armados.

32. En derecho internacional, el término «desastre» se ha definido utilizando dos metodologías diferentes. La primera parte de un enfoque específico que no se concentra en una definición abstracta del término, sino que lo interpreta como un tipo concreto de hecho que justifica por sí solo el tratamiento de emergencia. Siguiendo ese enfoque, la cuestión de si un hecho entra dentro de la definición de «desastre» deja de tener significado práctico. Así ocurre en el caso de la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica, que evita una definición de «desastre» aunque establece el tipo de cooperación que se han de prestar las partes contratantes en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica, hechos que se consideran desastres en sí mismos.

33. La segunda alternativa es una definición más amplia de desastre, no limitada a un único tipo de hecho. Teniendo en cuenta que, tal como está formulado, el tema no se refiere a la protección de las personas en casos concretos de desastre, sino que ha de codificar y elaborar normas o directrices que se puedan aplicar eficazmente a todo tipo de desastres, parece apropiado optar por esa segunda metodología, es decir, proponer una definición general en la que se establezcan los elementos necesarios que caracterizan un hecho como «desastre». A ese fin, un buen punto de partida es el Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en casos de catástrofe (en adelante, el Convenio de Tampere), mencionado por Finlandia (en nombre de los países nórdicos) en la Sexta Comisión<sup>56</sup>, que en el artículo 1, párr. 6, dispone lo siguiente:

Por «catástrofe» se entiende 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 resultado de un proceso dilatado y complejo.

La FICR utilizó la misma definición en sus Directrices, aunque excluyendo los conflictos armados<sup>57</sup>. Esa definición, con esta última salvedad, proporciona una buena base para iniciar los trabajos sobre el presente tema.

34. A partir de esa base, varios aspectos de la definición precedente merecen la atención de la Comisión. El primero se refiere al requisito del daño (o la falta de él) en la definición de desastre: ¿Bastaría con la mera amenaza a la vida humana para considerar que un hecho constituye un desastre? El Convenio Marco de Asistencia en materia de Protección Civil, por ejemplo, solo exige la amenaza de que se produzcan pérdidas, al definirse en el apartado c del artículo 1 el desastre como «una situación excepcional que puede perjudicar a la vida, los bienes o el medio ambiente». Una posible alternativa sería incluir en

la definición de desastre una precisión sobre la necesidad de que existan pérdidas efectivas. Un ejemplo al respecto puede ser el Glosario multilingüe de términos convenidos internacionalmente relativos a la gestión de desastres, elaborado en 1992 por el Departamento de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas<sup>58</sup>, en el que figura la siguiente definición de desastre:

Interrupción seria de las funciones de una sociedad, que causa pérdidas humanas, materiales o ambientales extensas que exceden la capacidad de la sociedad afectada para resurgir, usando solo sus propios recursos. Los desastres se clasifican comúnmente de acuerdo con [...] las causas (naturales o antropogénicas).

35. Además de contemplar pérdidas efectivas, esa definición y otras exigen que el desastre desborde la capacidad de respuesta de la región afectada. Otro ejemplo de ese requisito puede encontrarse en el artículo 1, apdo. d, del Acuerdo por el que se establece el Organismo del Caribe para la Gestión de Emergencias en Casos de Desastre:

Por «desastre» se entenderá un suceso repentino imputable directa y exclusivamente a fuerzas de la naturaleza o a la intervención humana, o a ambas, y que se caracteriza por una destrucción generalizada de vidas o bienes y por amplias perturbaciones de los servicios públicos, quedando excluidos los sucesos ocasionados por guerras, enfrentamientos militares o mala gestión.

36. Además, la definición de Tampere incluye una mención al elemento causal de los desastres, con objeto de recalcar que la definición comprende los hechos naturales y los provocados por el hombre. La referencia a la causalidad en la definición de «desastre» puede no tener en consideración el problema de la causalidad compleja, es decir, el problema de que difícilmente puede decirse que haya una única condición que baste para producir una determinada consecuencia<sup>59</sup>. Ese obstáculo parece revestir una importancia decisiva hoy más que nunca, cuando los fenómenos naturales se funden con la acción humana en la compleja génesis y propagación de los desastres<sup>60</sup>. En ese contexto, la referencia explícita a la causalidad tal vez sea innecesaria en una definición de desastre. En 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<sup>61</sup>, por ejemplo, no se emplea un elemento causal, y se define el desastre como «acontecimientos extremos y aciagos que se cobran vidas humanas y provocan tanto gran sufrimiento y angustia como vasto perjuicio material».

37. Este extremo nos lleva a una conclusión más general. En la Sexta Comisión, varias delegaciones indicaron que sería conveniente limitar la definición de desastre a

<sup>58</sup> Documento DHA/93/36.

<sup>59</sup> En palabras de Hume, la causalidad «corresponde tan solo al alma que considera la unión de dos o más objetos en todos los casos pasados» (*Tratado de la naturaleza humana*, pág. 134). Sobre la relación problemática entre causas y condiciones, véase, en general, Mill, *Sistema de lógica inductiva y deductiva*, pág. 322 y ss. Sobre el mismo problema en el razonamiento jurídico, véase Hart y Honoré, *Causation in the Law*, cap. II.

<sup>60</sup> Véanse, en general, Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, pág. 21; y Giddens, «Affluence, Poverty and the Idea of a Post-scarcity Society», pág. 4.

<sup>61</sup> 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, anexo VI, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 36, n.º 310 (1996), pág. 128.

<sup>56</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión (A/C.6/63/SR.22)*, párr. 54.

<sup>57</sup> Véase la sección 2.1 de las Directrices... (nota 17 *supra*).

los efectos del hecho y no necesariamente a sus orígenes<sup>62</sup>. Esa sugerencia apunta en la dirección correcta. No parece muy útil insistir en una separación estricta entre los desastres naturales y los provocados por el hombre cuando, por un lado, es particularmente difícil establecer una relación causal clara y, por el otro, un criterio de ese tipo no constituiría una aportación importante a la definición del término. Sin embargo, ello no obsta para que esa distinción se utilice en contextos diferentes de la definición de desastre, que la Comisión encuentre útil o necesaria en su labor futura.

38. Por otra parte, el presente tema se refiere específicamente a la protección de las personas en casos de desastre. En la definición de Tampere y en la mayoría de las demás definiciones se incluye la amenaza de daño no solo para las personas, sino también para los bienes y el medio ambiente. ¿Debería limitarse la definición de desastre del presente informe a las pérdidas que afectan a la vida o la salud humanas? No parece ser el caso. Aunque, en su condición actual, el tema se circunscribe a la protección de las personas, las pérdidas que llevan aparejadas las situaciones de desastre y que pondrían en marcha esa protección no están sujetas a tales límites. Un desastre ambiental exige la protección de las personas porque, en palabras de la CIJ, «el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio vital, la calidad de vida y la salud misma de los seres humanos, incluidas las generaciones por nacer»<sup>63</sup>. De modo similar, la destrucción material generalizada también podría justificar la protección de las personas. Trazar fronteras conceptuales estrictas en el marco de las situaciones de desastre puede no ser conveniente, ya que las pérdidas materiales y ambientales están indisolublemente unidas a la vida y la salud humanas y justifican, como un todo, la protección de las personas tras el acaecimiento de un desastre. Si bien esto parece claro en el contexto de una definición, dada la limitación del tema corresponde a la Comisión ofrecer orientación sobre si las labores futuras deben incluir el examen detallado de la protección de los bienes o del medio ambiente en casos de desastre.

39. Entre los instrumentos que no limitan sus definiciones de desastre a los que afectan directamente a la vida o la salud humanas está la Carta sobre cooperación para el logro del uso coordinado de instalaciones espaciales en catástrofes naturales o tecnológicas (también conocida como Carta internacional sobre el espacio y los grandes desastres)<sup>64</sup>. En su artículo I, dispone lo siguiente:

El término «catástrofe natural o tecnológica» se refiere a una situación de gran peligro que implique pérdida de vida o daños de gran escala a los bienes, ocasionada por un fenómeno natural; por ejemplo, ciclón, tornado, terremoto, erupción volcánica, inundaciones o incendios forestales; o por accidentes tecnológicos tales como contaminación por hidrocarburos, sustancias tóxicas o radiactivas.

40. Cabe observar que en la Carta internacional sobre el espacio y los grandes desastres se contemplan también detenidamente las causas de los desastres. De modo similar, el Convenio Marco de Asistencia en materia de

Protección Civil, instrumento cuyo propósito es promover una prevención de los desastres y una gestión de las crisis que sean efectivas, se ocupa de las amenazas ambientales y materiales, pero no incluye un elemento causal:

«Catástrofe» es una situación excepcional que puede perjudicar a la vida, los bienes o el medio ambiente<sup>65</sup>.

41. 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, parece adoptar un enfoque mucho más restrictivo, que exige pérdida de vidas y daños materiales. En ese Código se define el desastre como:

acontecimientos extremos y aciagos que se cobran vidas humanas y provocan tanto gran sufrimiento y angustia como vasto perjuicio material<sup>66</sup>.

42. Un criterio alternativo abarca los desastres que provocan pérdida de vidas, daños en los bienes o degradación del medio ambiente, pero incluye un requisito restrictivo adicional: que el hecho sea de una escala tal que la comunidad local sea incapaz de responder adecuadamente. Considérese por ejemplo la definición de desastre natural ofrecida por las Directrices Operacionales sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de desastres naturales, aprobadas por el Comité Interinstitucional Permanente:

Por «desastre natural» se entienden las consecuencias de hechos desencadenados por peligros naturales como terremotos, erupciones volcánicas, desprendimientos de tierras, tsunamis, inundaciones y sequías que desbordan la capacidad local de respuesta. Esos desastres trastocan gravemente el funcionamiento de una comunidad o una sociedad provocando pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales generalizadas, que superan la capacidad de la comunidad o la sociedad afectadas de hacerles frente utilizando sus propios recursos<sup>67</sup>.

43. La Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres ha adoptado una terminología similar en su propia definición, en la que se caracteriza el desastre como:

[u]na seria interrupción en el funcionamiento de una comunidad o sociedad que ocasiona una gran cantidad de muertes al igual que pérdidas e impactos, materiales, económicos y ambientales que exceden la capacidad de la comunidad o la sociedad afectada para hacer frente a la situación mediante el uso de sus propios recursos<sup>68</sup>.

44. Después de examinar esas definiciones, entre otras, el Relator Especial cree que el Convenio de Tampere parece proporcionar la mejor orientación para el presente tema. En la definición de ese Convenio se consideran los fenómenos naturales y los provocados por el hombre y se reconoce la realidad de que los desastres con frecuencia proceden de un complejo entramado de factores, en el que no se puede distinguir una única causa que baste para explicar la situación. Además, en la definición de ese Convenio se incluyen hechos que ponen en peligro no solo la vida humana, sino también los bienes y el medio

<sup>62</sup> Art.1, apdo. c.

<sup>63</sup> Véase la nota 61 *supra*.

<sup>62</sup> Véase la nota 20 *supra*.

<sup>63</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, opinión consultiva, C.I.J. *Recueil 1996*, pág. págs. 241 y 242, párr. 29. Véase también C.I.J. *Resúmenes 1992-1996*, pág. 111.

<sup>64</sup> Disponible en [www.disasterscharter.org/](http://www.disasterscharter.org/).

<sup>67</sup> Proyecto Brookings-Bern Project sobre Desplazamiento Interno, *Human Rights and Natural Disasters: Operational Guidelines and Field Manual on Human Rights Protection in Situations of Natural Disaster*, 2008.

<sup>68</sup> Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres, 2009 *UNISDR Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastres*, págs. 13 y 14, Ginebra, Naciones Unidas, 2009.

ambiente. Como se ha indicado más arriba, cada una de esas amenazas es lo bastante grave como para plantear la necesidad de protección.

45. En vista de cuanto antecede, parece posible concluir el presente capítulo con un proyecto de artículo relativo a la definición de desastre, cuya redacción sería la siguiente:

*«Proyecto de artículo 2. Definición de desastre*

**Por «desastre» se entenderá una perturbación grave del funcionamiento de la sociedad, con excepción de las situaciones de conflicto armado, que provoque pérdidas humanas, materiales o ambientales importantes y generalizadas.»**

46. Tal definición adopta la caracterización básica del desastre como «perturbación grave», término empleado en el Convenio de Tampere y en otras definiciones recientes<sup>69</sup>. Esa utilización refleja la interpretación generalizada de que el umbral para determinar la existencia de un desastre debe ser el grado de disfunción de la sociedad en la que ocurre. Sin embargo, esa definición no exige que esos hechos «super[en] la capacidad de la [...] sociedad [...] de hacerles frente»<sup>70</sup>. Ese requisito alejaría el centro de atención del presente tema de las personas que necesitan protección.

<sup>69</sup> Véanse FICR (nota 17 *supra*), y la definición del Departamento de Asuntos Humanitarios (nota 58 *supra*). Véanse también la Carta internacional sobre el espacio y los grandes desastres («situación de gran peligro») (nota 64 *supra*) y el Acuerdo por el que se establece el Organismo del Caribe para la Gestión de Emergencias en Casos de Desastre («amplias perturbaciones de los servicios públicos»).

<sup>70</sup> Véase Proyecto Brookings-Bern (nota 67 *supra*). Véase también Departamento de Asuntos Humanitarios (nota 58 *supra*).

47. Además, el Relator Especial destaca que es necesario que exista algún tipo de pérdida efectiva y no solo la mera amenaza de daño. Ello encaja perfectamente con la interpretación común de desastre como una calamidad y remite a las situaciones que exigirían la protección de las personas. El tipo de daño, en cambio, no se limita a la pérdida de vidas o de la salud, lo que refleja el hecho de que situaciones graves de degradación ambiental o daño a bienes justifican determinadas protecciones.

48. De modo similar, la definición no distingue entre hechos naturales y hechos provocados por el hombre, con lo que se reconoce que a menudo los desastres surgen a partir de conjuntos complejos de causas que pueden incluir al mismo tiempo elementos totalmente naturales y aportaciones de las actividades humanas. Se excluyen expresamente los conflictos armados, al entenderse que ya existe un corpus jurídico perfectamente elaborado para ocuparse de esas situaciones.

49. Por último, la definición se abstiene de indagar las causas. Los desastres generalmente proceden de un complejo conjunto de factores, lo que hace prácticamente imposible todo intento de distinguir una única causa que baste para explicar la situación. Además, habida cuenta de que el presente tema se concentra especialmente en la protección de las personas, la búsqueda de las causas subyacentes de una calamidad es irrelevante. Es la propia perturbación, no los fenómenos causales que la originaron, la que provoca la necesidad de protección. La presente definición, que se centra en la perturbación y sus daños concretos, representa el marco más apropiado para estudiar los derechos y obligaciones relacionados con la protección de las personas.

## CAPÍTULO II

### Solidaridad y cooperación

50. Los principios sobre los que se asienta la protección de las personas en casos de desastre son los de solidaridad y cooperación, tanto entre naciones como entre seres humanos particulares. Es en la solidaridad inspirada por el sufrimiento humano donde el mandato de la Comisión encuentra el fin último, como una expresión de nuestra herencia común en un contexto mundial.

51. En dicho marco, para proteger a las personas en casos de desastre, es indispensable entablar formas eficaces de cooperación internacional. Como ha observado el Secretario General:

El motivo principal para que la comunidad internacional preste asistencia humanitaria es y debe ser la creencia en la dignidad y el valor de los seres humanos tal como se manifiesta en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas. El concepto de solidaridad internacional, invocado tan frecuentemente después de las grandes emergencias y entendido como un sentimiento de responsabilidad hacia los seres humanos en desgracia, también tiene sus raíces en los principios éticos de la Carta. La solidaridad entendida en este sentido no es caridad<sup>71</sup>.

Más recientemente, el Experto independiente sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional ha observado que:

<sup>71</sup> A/45/587, párr. 5.

La solidaridad internacional y la cooperación internacional se cimientan en la responsabilidad compartida. En su sentido más amplio, la solidaridad es una comunión de responsabilidades e intereses entre individuos, grupos y Estados, y está relacionada con el ideal de la fraternidad y la noción de cooperación. La relación entre la solidaridad internacional y la cooperación internacional es integral, ya que la cooperación internacional es un vehículo fundamental para alcanzar los objetivos colectivos y la unión de intereses<sup>72</sup>.

Una manifestación del principio de solidaridad se puede encontrar en la Declaración de Hyogo de 2005:

Estamos decididos a reducir las pérdidas de vidas y otros bienes sociales, económicos y ambientales causadas por los desastres en todo el mundo, y somos conscientes de la importancia de la cooperación, la solidaridad y las alianzas internacionales, así como de la buena gobernanza a todos los niveles<sup>73</sup>.

52. El deber de cooperar está bien arraigado como principio del derecho internacional y se puede encontrar en numerosos instrumentos internacionales. La Carta de las Naciones Unidas lo consagra, concediéndole un lugar importante en el contexto humanitario en el que se ubica

<sup>72</sup> A/HRC/9/10, párr. 6. Véase también la resolución 46/182, de 19 de diciembre de 1991, párrafo 5 de la parte dispositiva.

<sup>73</sup> A/CONF.206/6 y Corr.1, cap. I, resolución 1, párrafo quinto del preámbulo.

la protección de las personas en casos de desastre<sup>74</sup>. En el párrafo 3 del Artículo 1 de la Carta se establece claramente que uno de los propósitos de la Organización es:

Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Los Artículos 55 y 56 de la Carta desarrollan el párrafo 3 del Artículo 1 con respecto a la cooperación internacional. El Artículo 55 de la Carta dice así:

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

- a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
- b. la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y
- c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

El Artículo 56 de la Carta dice lo siguiente:

Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55.

53. El deber general de cooperar fue reiterado como uno de los principios del derecho internacional en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas en los términos siguientes:

Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias<sup>75</sup>.

En la interpretación de un autor, esa obligación «consagra la solidaridad de las naciones»<sup>76</sup>.

54. La solidaridad como principio jurídico internacional y concepto distinto de la caridad, da origen a un sistema de cooperación, en apoyo de la noción de que sirven mejor a la justicia y el bien común las políticas que benefician a todas las naciones<sup>77</sup>. Vista desde esa perspectiva, también puede detectarse en el contexto del derecho internacional del medio ambiente, en relación con la función del mundo en desarrollo. De ese modo, en la Declaración de Estocolmo se proclamó que las naciones deben

emprender una labor coordinada para preservar y salvaguardar los recursos naturales, en la medida en que la protección del medio ambiente «afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero»<sup>78</sup>. Reconociendo que «[l]as deficiencias del medio originadas por las condiciones del subdesarrollo y los desastres naturales plantean graves problemas», la Declaración insta a acelerar el desarrollo mediante la asistencia financiera y tecnológica<sup>79</sup>. La Declaración dispone además que los países desarrollados proporcionarán información científica y conocimientos especializados pertinentes para mitigar la degradación del medio ambiente y que los países en desarrollo contribuirán a fomentar la información y los conocimientos citados<sup>80</sup>. Los deberes que se imponen tanto a los Estados en desarrollo como a los desarrollados se basan en el reconocimiento de que los problemas ambientales mundiales «requerirán una amplia colaboración entre las naciones»<sup>81</sup>, con el entendimiento específico de que «los países industrializados deben esforzarse por reducir la distancia que los separa de los países en desarrollo»<sup>82</sup>. Además, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, reafirmando la Declaración de Estocolmo, concede prioridad a las preocupaciones de los países en desarrollo y afirma que «[s]e deberá dar especial prioridad a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental»<sup>83</sup>.

55. En instrumentos posteriores se dio aplicación a esa obligación de cooperar, estableciendo mecanismos para compartir información, financiación y recursos científicos. En el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, por ejemplo, se exige una investigación cooperativa y un intercambio de información entre todos los Estados partes en el Convenio. El Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, por el que se modificó el Convenio de Viena, cumplió el compromiso de este último de tener en cuenta «las circunstancias y las necesidades especiales de los países en desarrollo» [tercer párrafo del preámbulo del Convenio]. Los países en desarrollo reciben un trato permisivo con respecto a determinados productos químicos prohibidos o regulados<sup>84</sup> y el Protocolo dispone que los países desarrollados presten asistencia financiera y tecnología a los países menos desarrollados<sup>85</sup>. El Protocolo establece también un fondo multilateral para fomentar la participación de los países en desarrollo<sup>86</sup>. A cambio, los países en desarrollo están obligados a adoptar medidas de control de la

<sup>78</sup> Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.73.II.A.14), cap. I.

<sup>79</sup> *Ibid.*, principio 9.

<sup>80</sup> *Ibid.*, principio 20.

<sup>81</sup> *Ibid.*, párr. 7.

<sup>82</sup> *Ibid.*, párr. 4.

<sup>83</sup> *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.I.8), Principio 6.

<sup>84</sup> Art. 5, párrs. 1 a 3.

<sup>85</sup> Arts. 10 y 10A; véase también art. 5, párr. 5 (en donde se observa que el cumplimiento de las medidas de control del Protocolo por parte de los países en desarrollo dependerá de la disposición de los países desarrollados a proporcionar asistencia financiera y tecnológica).

<sup>86</sup> Art. 10.

<sup>74</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), anexo, documento A/CN.4/590, párr. 17 y nota 57.

<sup>75</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo, párr. 1.

<sup>76</sup> Babović, «The duty of States to cooperate with one another in accordance with the Charter», pág. 289.

<sup>77</sup> Véase, en general, MacDonald, «Solidarity in the practice and discourse of public international law», pág. 275.



contaminación, y las partes en el Convenio están facultadas para recurrir a procedimientos por incumplimiento cuando corresponda<sup>87</sup>.

56. Como se ha indicado anteriormente, la solidaridad es un elemento importante de la cooperación de cara a la solución de los problemas económicos, como se expone en el párrafo 3 del Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>88</sup>. La Declaración reconoce la obligación de los Estados de cooperar entre sí y dispone que «los Estados deben cooperar para promover el crecimiento económico en todo el mundo, particularmente en los países en desarrollo»<sup>89</sup>. Ese concepto se subrayó y amplió en la Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional<sup>90</sup>. La Declaración se basa en el deber de los Estados de cooperar «en la solución de los problemas económicos mundiales [...] teniendo presente la necesidad de lograr el desarrollo acelerado de todos los países en desarrollo»<sup>91</sup> y en ella se afirma además que la «cooperación internacional para el desarrollo es el objetivo compartido y deber común de todos los países»<sup>92</sup>.

57. La solidaridad como principio jurídico internacional también quedó reflejada más allá de la Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional. En la Declaración sobre la cooperación económica internacional, se observa la interdependencia de la comunidad internacional<sup>93</sup> y se reconoce que reactivar el crecimiento de los países en desarrollo exige «esfuerzos concertados y firmes de todos los países»<sup>94</sup>. Más recientemente, la Declaración del Milenio, incluye la solidaridad entre los valores fundamentales que son decisivos para las relaciones internacionales<sup>95</sup>. Esa Declaración amplía con mayor detalle su invocación a la solidaridad:

Los problemas mundiales deben abordarse de manera tal que los costos y las cargas se distribuyan con justicia, conforme a los principios fundamentales de la equidad y la justicia social. Los que sufren, o los que menos se benefician, merecen la ayuda de los más beneficiados<sup>96</sup>.

58. La solidaridad también se refleja en instrumentos regionales. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establece que los particulares y los grupos deben disponer de su riqueza «con vistas a reforzar la unidad y la solidaridad africanas»<sup>97</sup> y garantiza el derecho al desarrollo social y económico<sup>98</sup>. También establece el

derecho a un «entorno satisfactorio»<sup>99</sup> y el deber de los particulares de promover la solidaridad social y nacional<sup>100</sup>.

59. El imperativo de la cooperación internacional está firmemente enraizado en instrumentos internacionales de carácter humanitario. Como se ha indicado más arriba, el deber de cooperar en el contexto de los derechos humanos figura explícitamente en el párrafo 3 del Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas. Asimismo, ha sido reiterado en numerosas declaraciones y resoluciones de la Asamblea General. En este sentido, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas:

Los Estados deben cooperar para promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades, y para eliminar todas las formas de discriminación racial y todas las formas de intolerancia religiosa<sup>101</sup>.

Asimismo, en el párrafo 1 de su resolución 56/152, de 19 de diciembre de 1991, titulada Respeto de los propósitos y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas para lograr la cooperación internacional en la promoción y el aliento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y en la solución de los problemas internacionales de carácter humanitario, la Asamblea General afirmó

el solemne compromiso de todos los Estados de intensificar la cooperación internacional en el ámbito de los derechos humanos y en la solución de los problemas internacionales de carácter humanitario en pleno cumplimiento de la Carta de las Naciones Unidas.

60. Como se observó en el informe preliminar sobre el presente tema, las normas internacionales de derechos humanos adquieren una trascendencia especial en este contexto<sup>102</sup>. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona explícitamente la cooperación internacional como medio de hacer efectivos los derechos que dicho instrumento consagra<sup>103</sup>. Así lo ha reiterado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus observaciones generales relativas a la aplicación de derechos concretos garantizados por el Pacto<sup>104</sup>. En una resolución reciente, el Consejo Económico y Social alentó

a los Estados Miembros y, según proceda, a las organizaciones regionales a reforzar sus marcos operacionales y jurídicos para el socorro en casos de desastre en el plano internacional teniendo en cuenta, según corresponda, las Directrices sobre la facilitación y reglamentación nacionales de las operaciones internacionales de socorro en casos de

<sup>87</sup> Art. 5.

<sup>88</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo, párr. 1.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> Resolución 3201 (S-VI) de la Asamblea General, de 1.º de mayo de 1974.

<sup>91</sup> *Ibid.*, párr. 4, apdo. c.

<sup>92</sup> *Ibid.*, párr. 3.

<sup>93</sup> Resolución S-18/3 de la Asamblea General, de 1.º de mayo de 1990, anexo, párr. 12.

<sup>94</sup> *Ibid.*, párr. 21.

<sup>95</sup> Véase la resolución 55/2 de la Asamblea General, de 8 de septiembre de 2000, párr. 6.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> Art. 21, párr. 4.

<sup>98</sup> Art. 22.

<sup>99</sup> Art. 24.

<sup>100</sup> Art. 29, párr. 4.

<sup>101</sup> Véase la nota 75 *supra*.

<sup>102</sup> Véase *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/598, párrs. 25 y 26.

<sup>103</sup> Arts. 11, 15, 22 y 23.

<sup>104</sup> Véanse, en particular, las observaciones generales n.º 2 (*Documentos Oficiales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, informe sobre el cuarto período de sesiones, Suplemento n.º 3*, anexo III, pág. 92); n.º 3 (*ibíd.*, *informe sobre el quinto período de sesiones, Suplemento n.º 3*, anexo III, pág. 86); n.º 7 (*ibíd.*, *informe sobre los períodos de sesiones 16.º y 17.º, Suplemento n.º 3*, anexo IV, pág. 121); n.º 14 (*ibíd.*, *informe sobre los períodos de sesiones vigésimo segundo, vigésimo tercero y vigésimo cuarto, Suplemento n.º 2*, anexo IV, pág. 121), y n.º 15 (*ibíd.*, *informe sobre los períodos de sesiones vigésimo octavo y vigésimo noveno, Suplemento n.º 2*, anexo IV, pág. 131).

desastre y asistencia para la recuperación inicial, aprobadas en la trigésima Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra en noviembre de 2007<sup>105</sup>.

Asimismo, en la misma resolución, el Consejo

*Reconoce* los beneficios que genera la colaboración y la coordinación con los agentes humanitarios competentes para la eficacia de la respuesta humanitaria y alienta a las Naciones Unidas a seguir procurando reforzar las alianzas en el plano mundial con el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, las organizaciones no gubernamentales humanitarias competentes y los demás participantes del Comité Permanente entre Organismos<sup>106</sup>.

61. La cooperación internacional adquirió especial relevancia en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que es aplicable, entre otros casos, «en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales»<sup>107</sup>. Un artículo independiente de esa Convención se ocupa de la cooperación internacional en los términos siguientes:

Los Estados Partes reconocen la importancia de la cooperación internacional y su promoción, en apoyo de los esfuerzos nacionales para hacer efectivos el propósito y los objetivos de la presente Convención, y tomarán las medidas pertinentes y efectivas a este respecto, entre los Estados y, cuando corresponda, en asociación con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes y la sociedad civil, en particular organizaciones de personas con discapacidad<sup>108</sup>.

62. Existen muchísimos instrumentos especialmente pertinentes para la protección de las personas en casos de desastre que demuestran la importancia del imperativo de la cooperación internacional en la lucha contra los efectos de los desastres. Además de ser en sí mismos expresiones de cooperación, esos instrumentos reflejan en términos generales el principio de la cooperación en relación con aspectos concretos de la gestión de desastres en el texto del propio instrumento. Habitualmente, en los acuerdos bilaterales ello se refleja en el título otorgado al instrumento, que denota cooperación o asistencia (mutua)<sup>109</sup>. Además, en la inmensa mayoría de los casos el imperativo de cooperar, que figura habitualmente en el preámbulo de cada instrumento, se formula como uno de los objetivos del propio instrumento o se considera como un factor que puede repercutir positivamente en el logro de tales objetivos. Una vez más, el Convenio de Tampere resulta pertinente a este respecto, ya que en el último párrafo de su preámbulo indica que las partes desean «facilitar la cooperación internacional para mitigar el impacto de las catástrofes». Otro ejemplo, muy en consonancia con el alcance del presente tema, puede encontrarse en un acuerdo bilateral entre Francia y Malasia:

<sup>105</sup> Resolución 2008/36 del Consejo Económico y Social, de 25 de julio de 2008, párrafo 5 de la parte dispositiva.

<sup>106</sup> *Ibid.*, párr. 7.

<sup>107</sup> Art. 11.

<sup>108</sup> Art. 32.

<sup>109</sup> En *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte), anexo, documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, puede consultarse una amplia lista de instrumentos pertinentes. Para otra tipología de instrumentos a los efectos del derecho internacional relativo a la respuesta ante casos de desastre, véase Fischer, «International disaster response law treaties: trends, patterns and lacunae», pág. 33, quien señala que «[a]unque en todos los casos el objetivo concreto es diferente, la razón de fondo es la necesidad de aumentar las capacidades de hacer frente a los efectos del desastre».

Convencidos de la necesidad de que los organismos competentes de ambas partes cooperen en la esfera de la prevención de los riesgos graves y de la protección de las poblaciones, los bienes y el medio ambiente<sup>110</sup>.

63. Sin embargo, no debe entenderse que la cooperación disminuya las prerrogativas de un Estado soberano dentro de los límites del derecho internacional. Por el contrario, el principio subraya el respeto de la soberanía de los Estados y su corolario, la no intervención y la función primordial de las autoridades del Estado en la iniciación, organización, coordinación y ejecución de las medidas pertinentes para la protección de las personas en casos de desastre. La soberanía puede ser concebida como «un concepto para describir una realidad preexistente, un sistema de interpretación que se utiliza para organizar y estructurar nuestro modo de entender la vida política»<sup>111</sup>. La no intervención es un principio sólidamente establecido del derecho internacional, que se retrotrae a las etapas iniciales de ese corpus jurídico<sup>112</sup> y cuyo contenido sustantivo no hace falta repetir aquí. Baste señalar que la protección de las personas en casos de desastre suele implicar la adopción de medidas políticas, reglamentarias, administrativas y jurídicas por parte del Estado afectado, entre ellas el despliegue de sus fuerzas armadas dentro de su propio territorio, que son expresiones del «derecho de todo Estado soberano a conducir sus asuntos sin interferencia externa», como definió dicho principio la CIJ en su fallo *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos), de 1986<sup>113</sup>.

64. Las autoridades del Estado afectado tienen la responsabilidad primordial de ocuparse de las víctimas de desastres naturales y otras emergencias similares que se produzcan en su territorio<sup>114</sup>. En palabras de la Asamblea General, «dejar a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares sin asistencia humanitaria representa una amenaza a la vida humana y un atentado contra la dignidad humana»<sup>115</sup>.

65. La cooperación complementa el deber primordial de los Estados. Sin embargo, ese deber primordial no solo concierne a los gobiernos y las autoridades públicas, sino también a las organizaciones internacionales y elementos de la sociedad civil competentes, como las sociedades nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Esa postura ya fue claramente definida por el Secretario General en una fecha tan temprana como 1971, en su informe general titulado *Asistencia en casos de desastres naturales*:

<sup>110</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de Malasia sobre cooperación en materia de prevención y gestión de desastres y de protección civil, 25 de mayo de 1998, párrafo cuarto del preámbulo, *Journal Officiel de la République Française*, 9 de diciembre de 1996, pág. 181519.

<sup>111</sup> Werner, «State Sovereignty and International Legal Discourse», pág. 155.

<sup>112</sup> Para una de las primeras exposiciones de sus orígenes, véase Bernard, *On the Principle of Non-Intervention. A Lecture Delivered in the Hall of All Souls' College*.

<sup>113</sup> Fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, págs. 106, párr. 202; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 210.

<sup>114</sup> Resolución 46/182, de 19 de diciembre de 1991, anexo, párr. 4. Véase también la Declaración de Hyogo de 2005, nota 73 *supra*, párr. 4.

<sup>115</sup> Resolución 45/100, de 14 de diciembre de 1990, párrafo 6 del preámbulo.

Si bien un gobierno debe poder contar, en sus preparativos o en sus esfuerzos para hacer frente a tales situaciones de urgencia, con la ayuda de la comunidad internacional, proporcionada por los gobiernos, por la Liga de Sociedades de la Cruz Roja y otros organismos voluntarios, o por las organizaciones de las Naciones Unidas, la responsabilidad principal de proteger la vida, la salud y la propiedad del pueblo dentro de sus fronteras y de mantener los servicios públicos esenciales recae en el gobierno. La asistencia internacional solo puede complementar los esfuerzos que realice el propio país por intermedio de su gobierno o de organizaciones tales como la sociedad nacional de la Cruz Roja, y su eficacia dependerá en gran parte de esos esfuerzos<sup>116</sup>.

66. En el memorando de la Secretaría de 2008 se observa el vínculo entre el principio de cooperación como condición *sine qua non* para el presente tema y la multiplicidad de agentes que intervienen, enumerando no solo los agentes estatales, sino también agentes no estatales, es decir, las organizaciones de socorro<sup>117</sup>. Así, la participación de los agentes no estatales y la cooperación con ellos ha ido abriéndose camino progresivamente en el discurso jurídico internacional, que reconoce que la interdependencia cada vez mayor dentro de la sociedad internacional exige que la cooperación internacional incluya a agentes distintos de los Estados. En palabras del Experto independiente sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional:

Desde una perspectiva global, la interdependencia, por su propia naturaleza, no solo existe entre los Estados sino también entre otros actores internacionales, y esa relación requiere cooperación internacional<sup>118</sup>.

67. La función de esos agentes ha sido reconocida como fundamental para luchar contra los efectos de los desastres. El deber de los Estados de cooperar con las Naciones Unidas se expresa en el Artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas, y la Organización, a su vez, ha recalcado la necesidad de colaborar estrechamente con la FICR<sup>119</sup> y con organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil en su conjunto<sup>120</sup>.

68. Además, se han celebrado diversos tratados entre Estados y organizaciones internacionales<sup>121</sup> en los que se reconoce la importancia de la cooperación internacional entre los agentes estatales y no estatales en el plano internacional<sup>122</sup>. En otros instrumentos internacionales se procede de igual modo. En el preámbulo de la Declaración

de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se cita el objetivo de «establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas»<sup>123</sup>. El concepto de la alianza mundial se repite luego en los principios 7, 21 y 27. La cooperación se expresa de modos diversos. Con respecto al presente tema, el principio 18 dispone lo siguiente:

Los Estados deberán notificar inmediatamente a otros Estados los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos Estados. La comunidad internacional deberá hacer todo lo posible por ayudar a los Estados que resulten afectados.

En el Acuerdo de la ASEAN sobre la Gestión de Desastres y Respuesta de Emergencia se afirma que:

Las partes, al enfrentarse a los riesgos de desastre, harán partícipes, según corresponda, a todos los interesados, entre ellos las comunidades locales, las organizaciones no gubernamentales y las empresas privadas, utilizando, entre otros, enfoques sobre la preparación para los desastres y la respuesta temprana que estén basados en las comunidades<sup>124</sup>.

El artículo primero de la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica dispone:

Los Estados Parte cooperarán entre sí y con el Organismo Internacional de Energía Atómica.

En la Declaración de Hyogo se expresa el valor de la participación de los agentes no estatales en el contexto de la reducción de los desastres por lo que se refiere a «la cooperación, incluidas las alianzas»<sup>125</sup>. Asimismo, el Instituto de Derecho Internacional, en su resolución sobre la asistencia humanitaria, ha reconocido «la función decisiva que desempeñan las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales, el Comité Internacional de la Cruz Roja y las organizaciones no gubernamentales»<sup>126</sup>.

69. El concepto de sociedad civil no conlleva necesariamente una connotación transnacional. Más bien, hace hincapié en la sociedad civil local. La definición de trabajo propuesta por el Centre for Civil Society de la London School of Economics es ilustrativa al respecto:

La sociedad civil se refiere al foro donde se manifiesta, exenta de coacciones, la acción colectiva en torno a intereses, objetivos y valores compartidos. En teoría, sus formas institucionales son diferentes de las del Estado, la familia y el mercado, aunque en la práctica, los límites entre el Estado, la sociedad civil, la familia y el mercado suelen ser complejos, difusos y negociados. Comúnmente, la sociedad civil abarca una multiplicidad de espacios, agentes y formas institucionales, con grados diversos de estructuración, autonomía y poder. Con frecuencia, las sociedades civiles están integradas por organizaciones tales como entidades benéficas registradas, organizaciones no gubernamentales de desarrollo, grupos comunitarios, organizaciones de mujeres, organizaciones profesionales, asociaciones profesionales, sindicatos, grupos de autoayuda, movimientos sociales, asociaciones empresariales, coaliciones y grupos de presión<sup>127</sup>.

<sup>116</sup> E/4994, párr. 100. Ese extremo fue reafirmado por la Asamblea General en la resolución 43/131, de 8 de diciembre de 1988.

<sup>117</sup> *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 1), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3, párr. 18.

<sup>118</sup> A/HRC/4/8, párr. 11.

<sup>119</sup> Véanse, entre otras, las resoluciones 2435 (XXIII), de 19 de diciembre de 1968, 2816 (XXVI), de 14 de diciembre de 1971, 36/225, de 17 de diciembre de 1981, 46/182, de 19 de diciembre de 1990, 57/150, de 16 de diciembre de 2002, y 63/139, de 11 de diciembre de 2008.

<sup>120</sup> Resoluciones 63/139, de 11 de diciembre de 2008, y 63/141, de 11 de diciembre de 2008.

<sup>121</sup> El Relator Especial sigue la definición provisionalmente adoptada por la Comisión en el marco del tema de la «Responsabilidad de las organizaciones internacionales». El proyecto de artículo 2 define el término «organización internacional» a los efectos del proyecto de artículos como «una organización instituida por un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional y dotada de personalidad jurídica internacional propia. Las organizaciones internacionales pueden contar entre sus miembros, además de Estados, otras entidades» (*Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 164).

<sup>122</sup> Véase la lista de instrumentos concluidos entre Estados y organizaciones internacionales en *Anuario... 2008*, vol. II (primera parte) (Adición 1), documento A/CN.4/590 y Add.1 a 3.

<sup>123</sup> *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo...* (nota 83 *supra*).

<sup>124</sup> Art. 3, párr. 6.

<sup>125</sup> Declaración de Hyogo de 2005 (nota 73 *supra*), párr. 4. Véase también el párrafo 2, en el que se destaca «la importancia de hacer partícipes a todos los interesados».

<sup>126</sup> Resolución adoptada el 2 de septiembre de 2003 (Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, pág. 264).

<sup>127</sup> «What is civil society?», Centre for Civil Society, London School of Economics, 2004.

70. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Relator Especial propone el siguiente proyecto de artículo sobre el deber de cooperación:

*«Proyecto de artículo 3. Deber de cooperar*

**A los efectos del presente proyecto de artículos, los Estados cooperarán entre sí y, cuando corresponda, con:**

**a) las organizaciones internacionales competentes, en particular las Naciones Unidas;**

**b) la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, y**

**c) la sociedad civil.»**

### CAPÍTULO III

#### **Labor futura**

71. El presente informe se centra en el alcance de la protección de las personas en casos de desastre y propone una definición de desastre. En él se destaca también el enfoque conceptual que servirá de orientación para la futura labor y se propone un proyecto de artículo sobre el principio básico que inspira los trabajos sobre el tema. Como siguiente paso, la labor se orientará a complementar el

primer eje, a saber, el de los derechos y obligaciones de los Estados entre sí, y a delimitar los principios que inspiran la protección de las personas en casos de desastre, en su aspecto relacionado con las personas que necesitan protección. Posteriormente, los trabajos se centrarán en los aspectos operativos del socorro y la asistencia en casos de desastre.



## LISTA DE DOCUMENTOS DEL 61.º PERÍODO DE SESIONES

| <i>Signatura</i>                | <i>Título</i>   | <i>Observaciones y referencias</i>  |
|---------------------------------|---|---|
| A/CN.4/604                      | Expulsión de extranjeros. Observaciones e información recibidas de los gobiernos  | Reproducido en el presente volumen.   |
| A/CN.4/605                      | Programa provisional del 61.º período de sesiones   | Mimeografiado. El programa definitivo figura en <i>Anuario... 2009</i> , vol. II (segunda parte). |
| A/CN.4/606 y Add.1              | Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo tercer período de sesiones  | Mimeografiado.  |
| A/CN.4/607 [y Corr.1] y Add.1   | Recursos naturales compartidos. Comentarios y observaciones de los gobiernos  | Reproducido en el presente volumen.   |
| A/CN.4/608                      | Recursos naturales compartidos. Documento sobre el petróleo y el gas preparado por el Sr. Chusei Yamada, Relator Especial   | Ídem.   |
| A/CN.4/609                      | Responsabilidad de las organizaciones internacionales. Comentarios y observaciones recibidos de organizaciones internacionales  | Ídem.   |
| A/CN.4/610                      | Séptimo informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, del Sr. Giorgio Gaja, Relator Especial  | Ídem.   |
| A/CN.4/611 [y Corr.1]           | Quinto informe sobre la expulsión de los extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial   | Ídem.   |
| A/CN.4/612                      | La obligación de extraditar o juzgar ( <i>aut dedere aut judicare</i> ). Información y observaciones recibidas de los gobiernos   | Ídem.   |
| A/CN.4/613 y Add.1              | Vacantes imprevistas en la Comisión. Nota de la Secretaría  | A/CN.4/613, reproducido en el presente volumen.<br>A/CN.4/613/Add.1, Mimeografiado.               |
| A/CN.4/614 y Add.1 y 2          | Decimocuarto informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial  | Reproducido en el presente volumen.   |
| A/CN.4/615                      | Segundo informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial   | Ídem.   |
| A/CN.4/616                      | Las reservas a los tratados en el contexto de la sucesión de Estados. Memorando de la Secretaría  | Ídem.   |
| A/CN.4/617                      | Expulsión de extranjeros. Proyectos de artículo sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, reordenados por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial  | Ídem.   |
| A/CN.4/618                      | Expulsión de extranjeros. Nuevo proyecto de plan de trabajo, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial  | Ídem.   |
| A/CN.4/L.743 y Add.1            | Responsabilidad de las organizaciones internacionales. Reordenación de los proyectos de artículo y texto de los proyectos de artículo 2, 4, 8, párrafo 2 b del artículo 15, 15 bis, 18, 19 y 55, aprobados por el Comité de Redacción los días 25, 26 y 27 de mayo y 2 de junio de 2009 | Mimeografiado.  |
| A/CN.4/L.744 [y Corr.1] y Add.1 | Las reservas a los tratados. Título y texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción los días 5, 6, 18, 19, 27, 28 y 29 de mayo de 2009  | Ídem.   |

| <i>Signatura</i>                   | <i>Título</i>   | <i>Observaciones y referencias</i>  |
|------------------------------------|---|---|
| A/CN.4/L.745                       | Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 61.º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones) | Ídem. Véase el texto aprobado en <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones</i> , Suplemento n.º 10 (A/64/10). El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2009</i> , vol. II (segunda parte). |
| A/CN.4/L.746                       | Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 61.º período de sesiones)   | Ídem.   |
| A/CN.4/L.747 y Add.1               | Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)       | Ídem.   |
| A/CN.4/L.748 y Add.1 y 2           | Ídem: capítulo IV (Responsabilidad de las organizaciones internacionales)   | Ídem.   |
| A/CN.4/L.749 y Add.1 a 7           | Ídem: capítulo V (Las reservas a los tratados)  | Ídem.   |
| A/CN.4/L.750 [y Corr.1] y Add.1    | Ídem: capítulo VI (Expulsión de extranjeros)  | Ídem.   |
| A/CN.4/L.751                       | Ídem: capítulo VII (Protección de las personas en casos de desastre)  | Ídem.   |
| A/CN.4/L.752                       | Ídem: capítulo VIII (Recursos naturales compartidos)  | Ídem.   |
| A/CN.4/L.753                       | Ídem: capítulo IX (La obligación de extraditar o juzgar ( <i>aut dedere aut judicare</i> ))   | Ídem.   |
| A/CN.4/L.754                       | Ídem: capítulo X (Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado)  | Ídem.   |
| A/CN.4/L.755                       | Ídem: capítulo XI (La cláusula de la nación más favorecida)   | Ídem.   |
| A/CN.4/L.756                       | Ídem: capítulo XII (Los tratados en el tiempo)  | Ídem.   |
| A/CN.4/L.757                       | Ídem: capítulo XIII (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)  | Ídem.   |
| A/CN.4/L.758                       | Texto de los proyectos de artículo 1, 2, 3, 4 y 5 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción                                       | Mimeografiado.  |
| A/CN.4/L.759                       | Informe del Grupo de Planificación  | Ídem.   |
| A/CN.4/SR.2998 -<br>A/CN.4/SR.3035 | Actas resumidas provisionales de las sesiones 2998. <sup>a</sup> a 3035. <sup>a</sup>   | Ídem. El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2009</i> , vol. I.  |

---

United Nations publication  
Sales No. S.14.V.11  
ISSN 0497-9885

ISBN 978-92-1-333454-6

